

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMLIV

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.

Concepto del Derecho Mercantil en Derecho español (*)

J. GIRON TENA
Catedrático de Derecho Mercantil

I. Para explicarse el sistema del Código en vigor hay que partir de sus ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE 1829.

Valiéndose de la comparación con el Código francés, se pueden ahorrar algunos desenvolvimientos, sirviéndonos de los ya expuestos al tratar de aquel Código.

La comparación en este punto con el Código francés presenta, no obstante, particularidades de notable interés.

A) En primer lugar, hay que destacar lo referente a las *relaciones entre los aspectos procesal y material en la delimitación de la materia mercantil*.

1. *El alcance dado a la determinación de la competencia* persigue, fundamentalmente, la *solución de problemas juridico-procesales*. Frente a la mezcla francesa, el Código español mantiene la separación de los aspectos sustantivo y adjetivo;

a) Desde el punto de vista *sistemático*, se excluye de la parte destinada a la competencia, lo referente a la enunciación de los «actos de comercio» y se establece la fórmula de suprimir la enumeración, sustituyéndola por una remisión: las menciones, con sus correspondientes acotamientos, en los lugares del Código en que cada institución se trata.

Esta técnica sienta la base de la del Código vigente en el artículo 2.º; conviene ya dejarlo aquí indicado, para dejar en su verdadero lugar la atribución de esta fórmula a los redactores del Código vigente.

Este es el sentido del artículo 1.199, en su último inciso: «La jurisdicción de los Tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de

(*) Este trabajo presupone al anteriormente publicado, en esta revista, sobre el mismo tema de concepto, referido a la Historia y al Derecho comparado, respecto del cual es una continuación. No se repite, por tanto, el planteamiento ni se explican, fundamentan o se citan las autoridades referentes a las ideas ya entonces expuestas y que ahora se vuelven a utilizar. Tampoco se puede prescindir de las mismas, ya que es, después de la exposición de los datos de derecho español, cuando se pueden valorar críticamente y aprovecharlas. No obstante, teniendo en cuenta aquella salvedad y tomándola como remisión, si fuera preciso, tiene suficiente independencia.

las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles *que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de «actos de comercio»*.

b) Luego, *la delimitación jurídico-material*, y, por tanto, la decisión acerca de régimen (regulación según las normas del Código en el lugar en que cada institución venga tratada) se decide por criterios diversos: unas veces se trata de criterio *objetivo* (v. g. compraventa, art. 359) otras *subjetivo* combinado con el ligamen del acto a operaciones mercantiles (préstamos—art. 387—depósito—artículo 404—), otras alternativamente (letras—artículo 434—) (1).

c) De esta manera, quedan claros los artículos 1.200 y 2.º; tratan de resolver el problema de límites de esta jurisdicción mercantil: jurisdicción real; se salva el problema histórico, tan debatido, acerca de la posibilidad de someter a esta jurisdicción a quienes no sean comerciantes: no se precisa ya la ficción de presumir que lo son. Pero será preliminar el problema jurídico-material: decidir que el acto de que se trate sea de comercio, según alguno de los criterios antes indicados.

El enfoque procesal deja sin tratamiento el problema de régimen de los actos unilateralmente mercantiles: se sabe que, si se puede decidir que sean mercantiles, el no comerciante podrá ser demandado o demandar ante un Tribunal de comercio, pero no se da solución al tema previo.

d) Igualmente, al acentuarse el enfoque procesal, se produce una transformación notable en el sentido de los artículos 631 y 632 del Código francés, si estos sirvieron de modelo al artículo 1.201; al disponer éste que «no serán de la competencia de los Tribunales de comercio las demandas intentadas por los comerciantes ni contra ellos, sobre obligaciones o derechos que no procedan de actos mercantiles», ha realizado con su transposición del campo del Derecho material al procesal la supresión de una presunción de mercantilidad, dejándola convertida en un tema de competencia.

2. Por otra parte, al sustituirse el sistema de enumeración francés, se produce otro resultado notable: el «acto de comercio» se aleja, más que en el «Code» de la vieja tradición, por efecto de la fuerza atractiva de su naturaleza formal; en efecto, de la misma manera que luego en el Código alemán del 61, los actos de comercio serán considerados como «actos jurídicos», en el sentido de pertenecer al Derecho de obligaciones, en nuestro Código se llega a igual resultado al formularse las notas para decidir

(1) Vid. una enumeración—con errores—en La Serna y Reus, *Código de comercio concordado y anotado*, 4.ª ed., 1863, págs. 442 y 6.

de su mercantilidad en el lugar sistemático que por su naturaleza contractual les corresponde; de esta forma, de la enunciación de «empresas» o actividades del Código francés, aún próxima a la vieja «rationae mercaturae» o «faits de commerce», se pasa a negocios jurídicos aislados, haciendo así nuestro Código lo que en Francia había de hacer la doctrina que hoy se somete a rigurosa censura.

B) El *concepto de comerciante* ya no puede servirse en nuestro Código de la noción previa de acto de comercio como en el francés (art. 1.º). Tiene importancia fundamental no sólo para la parte de sus obligaciones, sino para la delimitación de la mercantilidad de las figuras, en los casos en que se utiliza este elemento subjetivo.

Los elementos de la noción son los siguientes:

1) Capacidad, lo cual no requiere comentario a los fines que ahora nos interesan.

2) Inscripción en la matrícula de comerciantes. Este requisito presenta algunas particularidades de interés.

a) Primeramente, hay que hacer mención de que, el desenvolvimiento del mismo (arts. 11 a 17 del Código), da una impronta gubernativa al régimen de la misma que constituye un cambio fundamental respecto de la tradición autonómica de las Corporaciones de comerciantes.

b) Por otra parte, se duda en la época del carácter constitutivo de la inscripción; detrás de este problema hay, sin embargo, un elemento importante para la comprensión del sentido que en su época se da al Código; la existencia de comerciantes que no se inscriben origina una serie de disposiciones legislativas (Reales Ordenes de 29 octubre de 1838, 16 de mayo de 1846 y 10 de octubre 1862) para promover el cumplimiento de las disposiciones sobre matrículas que no eran observadas; en la de 1846 se habla de evitar que los que por egoísmo, ignorancia u otra causa han eludido, hasta ahora, el cumplimiento de la Ley no puedan en lo sucesivo sustraerse de la jurisdicción de los Tribunales de comercio, ni de la severidad de las leyes sobre quiebras; en la de 1862 se habla de que se «imposibilita el ejercicio de la jurisdicción mercantil y perjudica a los contratantes de buena fe» (2). Estos textos son índices de la interpretación de la época; la excepcionalidad de que en el tráfico comercial participen no comerciantes motiva que se parta de la idea de supuestos en que por lo menos una de las partes sea comerciante, pues para ello está pensado el régimen legal.

Por otra parte, este problema, incluso, podría haberse resuelto en el sentido de no considerar constitutiva la ins-

(2) Vid. MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones del Derecho mercantil de España*, 4.ª ed., 1865, págs. 143 y s., y LA SERNA, cit., pág. 38.

cripción, partiendo del artículo 17. Este artículo, al resumir una parte del Curso de PARDESSUS (3), parece indicar que en este punto—como el autor francés—preocupaba al legislador español los problemas probatorios.

c) Último requisito es el tener «por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político». Respecto de este requisito nótese, en primer lugar, que prescinde como antes se indicó de la referencia a los «actos» de comercio y requiere utilizar la idea de «tráfico mercantil».

El inciso que habla de fundar en ese tráfico su «estado político», no se aclara por la doctrina con toda seguridad (4), pero la más autorizada opinión es que con ello quiere decirse profesión fundamental, de la que la persona hace su medio de vida. Se censura que se entienda así, pues se dice que se puede ser, v. g., agricultor y, además, por otro tipo de negocio, comerciante (5).

La interpretación que acaba de indicarse concuerda con los problemas que parece que contempló el redactor del Código en el Curso de PARDESSUS sobre esta materia (6).

C) Últimamente se ha suscitado *discusión sobre el carácter subjetivo u objetivo del sistema de Código de 1829*. Las dos posiciones formuladas son las siguientes: el Código era de orientación, predominantemente, subjetiva (LANGLE) (7); «dentro de la tendencia opuesta representa uno de los tipos más acusados» (RUBIO) (8). Incidentalmente, años antes de esta discusión, expuse el punto de vista que ahora he desarrollado en la parte del Derecho francés y en este capítulo: «cuando se tacha al Código del 29 de subjetivista se olvida que no lo era mucho más que el francés. Esto quiere decir que el «Code» fué apoyo del sistema objetivo, pero que este sistema se construyó, fundamentalmente, por la doctrina francesa más que por la Ley. Esta doctrina llegó a impresionarse demasiado por lo ideológico, con menoscabo de lo técnico-jurídico» (9). Basándome en los datos que he desarrollado, creo que quedan bien fundados los siguientes esclarecimientos:

Aunque no desarrolle todas las facetas de la cuestión,

(3) Página 528 del t. I, 1825.

(4) Duda MARTÍ DE EIXALÁ, obra cit., pág. 139.

(5) Vid. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, 1853, pág. 36. MARTÍ DE EIXALÁ, lugar cit.

(6) Vid. págs. 326 y ss.

(7) En *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de comercio*, 1951, pág. 14, y *Manual*, pág. 202.

(8) Sáinz de Andino y la codificación mercantil, 1950, pág. 133.

(9) En *Sociedades civiles y sociedades mercantiles. Distinción y relaciones en Derecho español*, en R. D. M., 1947, núm. 10, pág. 27. Acompañaba una nota con la doctrina francesa.

aciertta LANGLE al destacar el aspecto jurídico-material que está remitido y que no ha visto RUBIO, de ahí, que éste desconozca, por examen superficial del Código, los supuestos del Derecho positivo necesarios, por lo que generaliza una idea equivocada; por otra parte, los argumentos que se utilizan para la demostración del carácter objetivo abren interrogantes que no se sabe bien cómo explicar; esos argumentos son los siguientes:

El artículo 2.º del Código en relación con el 119; no se cae en la cuenta del aspecto procesal de este último que esclarece que, desde el punto de vista material, contiene una remisión como antes se indicó; y respecto del segundo tampoco se cae en la cuenta de que vuelve a proponerse un tema procesal. No se explica cómo no se ha utilizado a PARDESSUS que aclara el sentido procesal del artículo 2.º; en el ejemplar de la Biblioteca de Sáinz de Andino están subrayados los párrafos de interés—parece que por el propio Sáinz de Andino—entre ellos el siguiente: «una cosa es ser comerciante y otra es poder ser obligado a comparecer ante un Tribunal de comercio para la ejecución de algunas obligaciones. La cualidad de comerciante irradia sobre todo lo que concierne a la persona; es general, entraña el sometimiento a todas las condiciones que las leyes imponen a los comerciantes por el hecho de su condición. La sumisión a la jurisdicción comercial está limitada a las contiendas que puedan nacer de ciertos actos determinados; es especial y se le puede considerar un accidente en la vida de una persona» (10). Por otra parte, en el Derecho español esta interpretación tiene tras de sí la larga tradición de problemas de fueros y las medidas dictadas para evitar las dificultades originadas por las fórmulas para eludir la jurisdicción mercantil; una detenida recopilación de disposiciones se hace por TAPIA (11). Claro que indirectamente se producía una objetivación, en cierta manera, pero no debe extrañar la interpretación doctrinal, porque se corresponde con la que se dió en la época, como antes se vió. Es decir, nuestra doctrina, extraña al principio a la influencia ideológica que recibió la francesa, se mantuvo en el terreno de la línea evolutiva tradicional; en realidad, la orientación la dió la doctrina en Francia y en España, según una determinada ideología, con o contra los textos.

La imputación a los autores de la Exposición de motivos, del Código vigente, de desconocimiento del sistema anterior habría de templarse si, a su vez, se considerara el conjunto de las circunstancias.

(10) Páginas 327 y s.

(11) Tomo III de la ed. de 1837 del *Febrero novísimo*, que recoge un régimen anterior al Código, págs. 213 a 259.

La sugerencia de que la imputación de subjetivo se haga por la regulación de la parte de auxiliares—en sentido amplio—no casa con el conjunto de circunstancias que se mencionaron antes.

II. Para la comprensión del SISTEMA TÉCNICO DEL CÓDIGO VIGENTE hay que añadir algunos datos, a los ya expuestos del Código del 29, que explican el tránsito de uno a otro Código.

A) Hay que detenerse, primeramente, en la *motivación ideológica y sus consecuencias*. Es sabido que las tareas de reforma se emprendieron muy poco después de la publicación del Código del 29 y que se nombraron muchas comisiones (13 de junio de 1834; 1 diciembre 1837; 24 diciembre 1838; 26 agosto 1839; 8 agosto 1855); no suele, en cambio, destacarse que el Código vigente viene de las tareas de la Comisión nombrada por Decreto de 20 de septiembre de 1869—en el cual se daban las bases de orientación de los trabajos—y que existe una íntima conexión con la evolución política e ideológica de nuestro pasado siglo. Y, sin embargo, ambas cosas tienen notable interés.

La Comisión nombrada llegó a redactar un Proyecto de Código que incluso se imprimió en 1871, dejando en suspenso y en blanco la redacción del artículo 3, sobre el cual se convino, por fin, una fórmula que es el artículo 2.º de nuestro Código vigente (12); debido a un cambio político se suspendió el resto del proceso legislativo en 1875; pero precisamente ese Proyecto fué el que se sometió a información pública en 1880 y devino el Código vigente (13).

Desde el punto de vista ideológico, las bases del Decreto de 20 de septiembre de 1869, al tratar de desenvolver las ideas de la Constitución, contiene en su letra y en la Exposición de motivos, amplísima, que precede a aquéllas todo un compendio de la ideología liberal e individualista que reclamaba fidelidad a los redactores del Código. Esta preocupación por manifestar la conexión entre el Código y la política, trasciende a la Exposición de Motivos. Al hablarse de la situación legislativa, no sólo se reclama por razón de poner orden en la legislación especial, sino por salvar la contradicción que suponía que el Código estuviera «redactado con un criterio abiertamente contrario al que dominaba en las últimas reformas», que reflejaba ese «nuevo acontecimiento político de la mayor trascendencia que influye notablemente en todas las esferas del Derecho... y que, como no podía menos de acontecer, también alcanzó al Derecho Mercantil».

He aquí unos textos de interés general—sin perjuicio de otros que se recogerán luego—de aquel Decreto de 20

(12) *Código de comercio de 1885, comentado y concordado por la Redacción de la R. G. L. y J.*, págs. 31 y s.

(13) *Vid. obra cit. antes, pág. 32, y ROMERO GIRÓN, Código de Comercio, edición 1886, pág. 17.*

de septiembre de 1869: «La Revolución, que en el orden político ha sustituido al Derecho divino, la soberanía nacional como único origen de donde legítimamente emana la ley positiva; que en el orden económico ha proclamado la libertad del trabajo y la acción espontánea del individuo como opuesta a toda traba reglamentaria, a toda protección artificial y a toda gubernamental intervención; que en el orden jurídico ha conseguido escribir el gran principio de la personalidad humana en toda su pureza democrática sobre la primera página del Código fundamental, debe ser lógica y consciente y con prudencia, sí, pero con perseverante energía ha de ir transformando la organización oficial del país, al propio tiempo que rompiendo las ligaduras, separando obstáculos, quitando barreras, por la ignorancia de pasados tiempos levantadas, y por bastardos intereses sostenidas, deje libre su cauce natural a las leyes sociales y abra ancho campo a la actividad del individuo que es el gran explotador y el único explotador inteligente de aquellas leyes». «La nueva Comisión habrá de proceder, en brevísimo plazo, a la redacción de un Proyecto de Código comercial y de Enjuiciamiento, ambos inspirados en los nuevos principios, ambos a la altura de los últimos adelantos, ambos dignos del siglo del vapor, de la electricidad, de las grandes asociaciones industriales..., ambos por fin a la altura y a la medida de las titánicas empresas por nuestros contemporáneos realizadas y que serán, digan cuanto quieran espíritus flacos, enfermizos y por reflejo exterior de la propia enfermedad pesimistas, asombro de nuestros hijos.»

Las consecuencias, verdaderamente importantes para nuestro tema de ahora, del calor ideológico con que se acometió la tarea codificadora es la *incomprensión* reflejada en el seno del mismo Código—de la misma manera que en Francia en la doctrina—de la *significación técnica de los llamados sistemas subjetivo y objetivo*. Las manifestaciones de ello, sirven de justificante de la generalización que acaba de formularse.

1. *La falta de claridad en cuanto a la repercusión del sistema objetivo sobre la esfera de vigencia del Código*, se manifiesta recurriendo a la Exposición de Motivos (en el original que se envió a las Cortés y en el Diario de Sesiones, apéndice trigésimo octavo al número 85 de 20 de marzo de 1882); no preocupa la distinción de las distintas exigencias legislativas del tráfico profesional, incluso ampliado con los actos unilateralmente mercantiles (que, claro, no conoce el Código por desconocer la faceta técnico-material de los sistemas subjetivo y objetivo), respecto al no profesional; no se tiene conciencia de que este tema existe; lo que verdaderamente preocupa es que el Código del 29 centró su aten-

ción en los comerciantes como «clase». Claro está, que con el sistema objetivo, se produce el resultado de llevar la esfera de vigencia del Código al tráfico no profesional, pero entonces no se piensa sino en la faceta política y social de haber dedicado atención, desde ese punto de vista, en el seno del Código, a los comerciantes. Así se explica que tampoco se tuviera conciencia del conjunto de las contradicciones que, luego, al tratar de las notas de mercantilidad de cada contrato, se producen en el texto legal que no tiene inconveniente, ya en esos artículos en seguir con modificaciones a veces sólo de estilo al Código del 29; los redactores creyeron que quitando lo que reflejaba ideas políticas se había purificado al Código. Y así era, claro que sólo políticamente.

En la Exposición de Motivos se dice, al tratar de la orientación general del Código, que éste «considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva, no sólo en cuanto a lo que debe ser el *objeto principal* de sus disposiciones, sino en lo que atañe a los elementos o fuentes que lo constituyen». Esta diferencia, centrada en los dos extremos indicados, sirve, a su vez, de eje a toda la parte de la Exposición sobre criterio general, desarrollándose uno y otro punto. Parece que ese «objeto principal» de las disposiciones pudiera reflejar, en vez del desvío sobre el comerciante, la comprensión del tráfico no profesional; pero no se piensa en ese margen y en esa forma, sino en la susceptibilidad de que mediante esta atención a los actos y la fórmula del artículo 2.º se admita la mercantilidad de figuras atípicas; he aquí el texto demostrativo: «según la legislación vigente, son comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercen habitualmente actos positivos de comercio *declarados por la Ley*; y no se conocen más actos mercantiles que *los calificados previamente por el legislador*. Según el proyecto, se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aunque el legislador no se haya ocupado de ellos». «Comparados ambos sistemas, salta a la vista la superioridad del adoptado por el proyecto, pues con este sistema *se agranda considerablemente la esfera del Derecho Mercantil...*» (se indican luego las manifestaciones de donde se deduce la esperanza de la invención de nuevas figuras). A su vez, esta idea viene a reflejar las del Decreto de 20 septiembre de 1869 que se ha propuesto resolver los problemas de seguridad que suscita la idea que se cree *liberal* de admitir ampliamente la atipicidad: «no debe ser la Ley molde inflexible que reduzca a *tipos elegidos a priori* las combinaciones infinitas de los cambios; porque la única regla de los

contratos es la voluntad de las partes...» A este tema se dedican luego amplios párrafos.

Con el sistema objetivo puede afirmarse que los redactores del Código vigente pensaron en romper la barrera—poco admisible para su liberalismo—que suponía la fórmula del Código anterior en su artículo 1.119, al remitir la mercantilidad a los actos que se contenían en su articulado y según el criterio de mercantilidad de cada uno; la «liberalización» que se previó con el sistema objetivo consistió en la admisión de la «atipicidad». Que esa invención se produjera precisamente en el tráfico profesional liberado de controles político-sociales, era, más bien, lo previsto como natural, que lo estimado accesorio: la libertad era lo que interesaba.

De aquí que persona tan conocedora de las circunstancias como ROMERO GIRÓN no encuentre inconveniente en proponer, para dar un sentido a la regla de «naturaleza análoga» del artículo 2.º, lo que sigue: «Siempre que el acto de que se trate tenga por objeto simplemente el cambio de cosas o servicios sin alterar la naturaleza de ellos, para obtener un beneficio, y no constituya para las personas que lo ejecutan una operación aislada o accidental, podríamos considerar dicho acto como mercantil, porque en nuestro sentir reúne en este caso las condiciones de venir a determinar una *operación de comercio hecha por una persona que se ocupa de esta industria*» (14). Lo que importaba entonces es que la condición de comerciante no dependiera de la matrícula.

2. Respecto del *alcance y significado de los actos de comercio* en el sistema legal hay que hacer también aclaraciones acerca de las ideas de los redactores del Código.

a) Primeramente hay que tener en cuenta que se ha producido una *trasmisión de los actos de comercio a la zona del Derecho material*, lo cual tiene sus consecuencias. Ya no se trata de decidir la competencia, sino de determinar la Ley aplicable. Pero se arrastra la noción que había nacido en el terreno procesal, en el Derecho francés. De aquí que las objeciones de la doctrina francesa que se fundan en esta base sean de tener en cuenta.

En la Exp. de Motivos se indican los datos sobre la situación del problema de la jurisdicción de comercio, tema demasiado abandonado luego; se dice que la Comisión del 69 «se abstuvo de formular el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento mercantil a consecuencia de haberse promulgado, en 19 de septiembre de 1870, la Ley provisional sobre orga-

(14) Obra cit., pág. 52.

nización del poder judicial que, en la segunda de sus disposiciones transitorias, autorizó al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento civil, incluyendo al final de ella una parte o sección que comprendiese las disposiciones especiales necesarias para los negocios mercantiles»; luego, refiriéndose a la información pública de 1880, se añade que aunque se «acordó que las Audiencias y otras corporaciones competentes informasen también sobre el restablecimiento de los antiguos Tribunales de comercio (por Ley de 6 y 8 de diciembre de 1868 suprimidos) el Gobierno ha creído... que, de todos modos, había de pasar tiempo antes de que pudiera llegarse a una solución concreta que satisficiera las encontradas tendencias de los que afirman la unidad de jurisdicción y los que sostienen la conveniencia de dar participación a los comerciantes en la administración de justicia, cuando se trata de cuestiones relativas a su profesión».

b) De la misma manera que en el Derecho francés, no acaba de darse al acto de comercio un empleo técnico unívoco que parta de considerarle acto «jurídico» aislado. Estas *contradicciones en el aislamiento del acto de comercio*, ponen de manifiesto su enlace con el viejo «fait de commerce» o la «rationae mercaturae». Unas veces, si se contempla el acto aislado, como en la preocupación por dejar abierta la vía a figuras atípicas (15) que son contractuales en su mayor parte; pero cuando se manifiesta la preocupación por el sistema a seguir—de enumeración o de definición—para determinar cuáles sean actos de comercio, se tiene a la vista el Código italiano en que se enuncian empresas junto a actos; cuando se hace referencia a los comerciantes se indica que su noción parte de la de acto de comercio, pero, luego, se emplea como elemento no la palabra acto, sino la dedicación al «comercio» como si comercio aquí fuera igual a acto aislado; se habla indiferentemente de «actos» y «operaciones» de comercio; al tratar de problemas de jurisdicción mercantil se habla de «cuestiones relativas a la profesión». Vuelve aquí a manifestarse una secuela de la influencia ideológica; no importa tanto el acto aislado, como que no dependa la calificación de uno de carácter mercantil del hecho de que el comerciante lo sea, por pertenecer a una clase social más o menos privilegiada; si desaparece el privilegio de trato, ya no importa que la calificación venga de su pertenencia efectiva del acto a una explotación profesional. La idea se refrenda con la atención dedicada a la determinación del concepto de comerciante.

c) El sistema de determinación del concepto de acto de comercio es el que se contiene en el tan debatido *artículo segundo*. En realidad el Código contiene una *técnica de cláusula general* y

(15) Vid. textos de Exp. de M. *antea*.

quiere que se utilicen criterios extraños a sus propias previsiones ; es decir, externos al Código mismo porque duda de la posibilidad de que pueda preverlos. Esta idea está clara en la Exp. de Motivos.

«La Comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula *práctica*, exenta de toda *pretensión científica*, pero, tan comprensiva, que en una sola frase enumera o resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos ahora, y tan flexibles que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir. Acontece a menudo que es muy difícil, por no decir imposible, abarcar en una definición o en una clasificación hecha «a priori» un orden determinado de fenómenos o hechos jurídicos, y que, sin embargo, es cosa fácil clasificarlos a posteriori y distinguir su verdadero carácter a medida que se van presentando. Ni los tribunales ni los comerciantes han vacilado en calificar de actos comerciales las nuevas combinaciones y efectos mercantiles inventados en lo que va de siglo, cuando realmente han tenido ese carácter ; y, por esto, la Comisión, *fiando, más que en la ciencia, en el buen sentido*, ha declarado que son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, *dejando la calificación de los hechos, según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados.*»

En ello vuelve a manifestarse la inexistencia de una noción técnica adecuada del significado de los sistemas subjetivo y objetivo ; no encuentra contradicción entre esta fórmula y los criterios heterogéneos que, para cada acto, recoge luego del Código del 29 ; así, tampoco a los redactores hubiera resultado heterodoxo que para la interpretación del artículo 2.º se siguiera la técnica subjetiva ; así lo proponía ROMERO GIRÓN, como vimos antes.

3. Respecto del *concepto de comerciante* la gran preocupación es claramente política : romper privilegios y con ello evitar, mediante la supresión, las irritantes dificultades que provenían del sistema de matrícula. Los demás problemas técnicos, y entre ellos el de susceptibilidad de partir del concepto de acto de comercio para determinar quién sea comerciante, no fueron objeto de preocupación.

Estas ideas se manifiestan en las Bases de 1869. (La base III dispone : «Deberá suprimirse todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales.» Y la base IV : «No podrá el Código establecer Colegio ni agrupación forzosa de clase determinada, debiendo limitarse a consignar el derecho en todos a la asociación voluntaria.») Se reflejan luego en la Exposición de Motivos, y hasta tal punto preocupó que ya an-

tes, en 1878, se había reformado el Código en este aspecto, siguiéndose la línea de las disposiciones múltiples que fueron recogidas más atrás. La Ley de 30 de julio de 1878 dispuso en su artículo 1.º: «Los artículos 1.º... se entenderán y regirán... en la forma siguiente: Artículo 1.º Se reputan de derecho comerciantes y, como tales, sujetos a las prescripciones de este Código, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, funden en él su estado *civil*, se ocupen habitual y ordinariamente en el tráfico mercantil y estén, además, inscritos en la matrícula de comerciantes. La falta de cumplimiento de la inscripción en la matrícula no exime a la persona que al comercio se dedica de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código; debiendo serle aplicables a petición de parte legítima, desde el momento mismo en que anuncia a sus acreedores haber suspendido o aplazado el pago de sus obligaciones vencidas.»

III. LOS CAMBIOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO DESDE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO necesitan ser considerados, si quiere evitarse caer en la equivocación de entender que no hay más Derecho mercantil positivo que el que se contiene en el Código; en realidad, este cuerpo legal es hoy una pieza cuya importancia y lugar en el conjunto del Derecho español deben ser objeto de aclaraciones.

En primer lugar, hay que considerar la existencia de un cambio muy importante en la *orientación jurídico-constitucional*; no hay necesidad de entrar en el detalle de las disposiciones vigentes, para hacerse cargo de que la ideología que inspiró al Código no debe, en la actualidad, constituir un elemento decisivo en la interpretación; hay coincidencia general, en todos los países, en lo referente a excluir como certeza científica el juego del automatismo liberal e individualista, con independencia de las fórmulas distintas que luego se utilicen como correctivos.

Como antes se ha indicado, basta la consignación de la idea, en los términos generales que se han seguido. No es preciso recoger textos del Fuero de los Españoles y del Fuero del Trabajo, pues basta la sugerencia de su sola mención.

Por otra parte, *la legislación especial*, que en cualquier libro de Derecho mercantil exige varias páginas para ser recogida en mera enumeración, no puede eludirse. Esta masa legislativa tiene que ser tomada en consideración, a los efectos que aquí nos interesan, en un doble sentido: primeramente, importa de ella su contenido; en segundo lugar, en qué relación se encuentra desde el punto de vista técnico con el Código de comercio.

Por último, la *jurisprudencia* viene a constituir otro elemento imprescindible. En nuestro país, la tarea llevada a cabo por esta vía, en orden a la adaptación de nuestros viejos textos legales, es de importancia fundamental.

IV. Expuestos los datos relevantes de nuestro ordenamiento, centrados en lo que presentan de particularidad que pudiéramos llamar histórica, se hace preciso, para su interpretación actualizada, recoger lo que del examen de las distintas aportaciones de la historia, la legislación y la doctrina se puede considerar utilizable en Derecho español. No se trata de volver a examinar el temario que se ha venido tratando; tampoco de reproducir las estimaciones críticas hechas en cada momento; lo que se intenta es destacar los trazos relevantes, ya comprendidos en sus lugares propios, desde el punto de vista de las ideas expuestas en el párrafo de «Planteamiento» inicial para establecer el necesario enlace. Esta es la comprensión de este apartado sobre RECOPIACIÓN CRÍTICA Y CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL.

A. El concepto del Derecho mercantil no es un concepto jurídico *que es*, sino un concepto jurídico que *está siendo* constantemente. Esta nota que pudiéramos llamar *historicidad del Derecho mercantil* tiene que explicarse y a su vez explicar algunas cosas; se trata de desenvolver algunas ideas, ya implícitas en el planteamiento, pero que ahora son de nuevo precisas para evitar soluciones de continuidad.

El Derecho positivo está compuesto del Derecho estatal, del de producción autónoma y del derecho de producción autónoma-delegada, y está en las comunidades sociales como uno de los elementos de la ordenación de la vida en común. Este Derecho es el material de la Ciencia del Derecho positivo. Pero este material pide un constante cambio y además *debe* requerirlo, excepto en lo que tenga de principios por sí mismos de Derecho natural; en definitiva, la razón—por lo demás vulgar—está en que el Derecho no pone—no es específicamente jurídico—, sino el concepto del Orden justo o presuntivamente justo, en datos de proceso autónomo, aunque, a veces, sea elemento, a su vez, el Derecho ya vigente, pero entonces ya como elemento sociológico; cada cambio, por minúsculo que sea, tiene su exigencia jurídica nueva, se satisfaga o no, o se violente, incluso por razones de seguridad jurídica, que es elemento imprescindible del orden. Lo que ocurre es que esos cambios se hacen aparentes, o por su grandeza, o por su violencia. Si nuestros mecanismos de posesión intelectual permitieran aprehender el conjunto del Derecho así entendido, en extensión y en profundidad, no se precisaría dividirlo; se le divide para hacer posible el conocerle.

El Derecho mercantil es una de esas divisiones. Pero el corte, como se vió en el planteamiento, se impone al Derecho estatal, autónomo y autónomo-delegado en la medida en que la función jurídica ordenadora viene exigida por los complejos sociales, según éstos se van presentando.

La identificación de una zona como Derecho mercantil ha de hacerse en un trozo del sistema del Derecho positivo, que pueda, a su vez, marcarse mediante el descubrimiento de la zona de la

realidad que ha exigido y conseguido ser atendida en su necesidad de ordenación con aquel trozo de Derecho, de tal manera, que en todo aquel trozo, y marcando sus límites, esté presente la traslación de las exigencias de aquella realidad conformando técnicas, instituciones, etc., y revelando un sistema inmanente.

Pero, cuando hablo de identificación como Derecho mercantil, introduzco un prejuicio cuyo alcance hay que precisar porque aquí hay un nudo de errores. El proceso mental, por sí válido sin más, consistiría en la descripción de qué sectores son miembros realmente del sistema inmanente en el ordenamiento positivo; y, luego, a cada uno de estos miembros se les podría rotular con una terminología; esta rotulación podría ser absolutamente convencional, con tal de que quedara clara la significación en la que se conviviera; pero la búsqueda o investigación de uno de esos miembros, ya como Derecho mercantil, no podría hacerse si no se tuviera de antemano una categoría mental cuyos contornos definidores sirvieran de contraste para la identificación del sector buscado; y, al final de la búsqueda, se diría existe o deja de existir, o total o distintamente; ahora bien, este proceso metodológico contendría un error; partiría de la verdad de la categoría, siendo así que el concepto debe reflejar la realidad y, por tanto, está condicionado por ella; lo que sí es correcto y lo normal en la metodología científica es el proceder con tanteos: se formula un concepto preliminar como hipótesis para contrastarlo en la búsqueda y, luego, se desecha, se confirma o se perfila según los resultados de la misma; pues bien, lo que ocurre en nuestro caso es lo siguiente: la categoría y la terminología nos vienen dadas porque nos las presenta en primer plano la historia; la aparición de un Derecho mercantil «de mercatura seu marcatores» en la Edad Media nos ofrecen hecho el proceso de invención de la hipótesis de trabajo y nos ahorra el esfuerzo de montarla.

Normalmente, se aborda el tema de identificación del concepto, partiendo de una noción gruesa y borrosa que se nos ha introducido en la mente casi sin nuestra deliberación; es fácil explicarse este hecho: el Derecho mercantil se nos presenta espontáneamente como una herencia cultural de instituciones jurídico-positivas y doctrinales, y es indudable que esa herencia está ahí; es una realidad.

Esta primera confrontación intuitiva de que está ahí, es, sin embargo, la fuente de los errores; la convicción de que está y de que tiene que estar, nos da una demostración primaria que hace que el resto del proceso sea de explicación de lo que ya internamente damos por demostrado; es decir, no revisamos la hipótesis como tal y según su naturaleza histórica y se tiende a exigir al concepto una perfección contra su naturaleza; es decir, se salta insensiblemente a pedirle una perfección apriorista o ahistórica, por cuyo camino se llega de hecho a perseguir la invención de una técnica de acotamiento de la materia mercantil.

La rectificación que hay que hacer a esta actitud metodológica consiste en tomar la categoría como hipótesis y disponerse a perfilarla. La historia no garantiza la verdad de la hipótesis, pero sí, en cambio, su adecuación al objeto perseguido; lo que nos dice es que el trozo del conjunto del ordenamiento que buscamos está en los materiales a los que se han venido llamando Derecho mercantil; o de otra manera: la continuidad del proceso histórico nos da con la característica de inmediatez, toda una línea evolutiva compuesta de una masa de Derecho objetivo estatal y no estatal y de doctrina que podemos recorrer en extensión y en profundidad. También nos da la historia la terminología, aunque nos quede la libertad de su crítica. Esta cuestión de terminología puede ser despreciada como poco importante. Atendiendo a la cuestión de fondo, el tránsito de la hipótesis histórica que, de hecho, todo el que se propone el tema del concepto toma como punto de partida, a su verdad, no nos la da la historia, pero esto no quiere decir que no haya de hacerse sin cambiar la nota de historicidad esencial del ordenamiento positivo, y, en consecuencia, lo que hay que perseguir en definitiva es la determinación de en qué términos y condiciones la verdad histórica es verdad actual. Esos términos y condiciones vienen dados por la índole del concepto perseguido, que ya sabemos por el planteamiento: el Derecho mercantil como trozo de un sistema se justifica por la existencia de una realidad social que exige una especialidad orgánico-teleológica de tratamiento. Por tanto, lo que hay que buscar es la existencia y las características de los dos elementos de esta función, según su línea histórica; es decir, si existe y qué realidad social es la heredera legítima de la que venía motivando el Derecho mercantil, y si existe y qué parte del ordenamiento positivo viene dada en función de esa realidad, siendo igualmente el legítimo heredero del viejo Derecho mercantil. Naturalmente, podría suceder alguna de las siguientes cosas, al combinar los elementos funcionales indicados: que ninguna realidad existiera que pudiera postular para sí representar aquella continuidad, porque la evolución llevara a una dispersión, que la perfección del ordenamiento positivo o cualquier otra causa hubiera eliminado la necesidad de un tratamiento jurídico especial. Precisamente en el sí o en el no y en el cuánto, estriba el problema de en qué términos y condiciones la verdad histórica es verdad actual. Es en definitiva un problema de vigencia de sistema, pero vigencia en doble sentido, que esté en el ordenamiento en vigor, en el conjunto de normas del Derecho positivo que es; que esté vigente como sistema interno; que en ese ordenamiento conforme un sector orgánicamente.

La historicidad del Derecho mercantil debe llevar a otra consecuencia importante: el concepto del Derecho mercantil puede ser *exacto* y ser al mismo tiempo *imperfecto* para un punto de vista doctrinal; más aún, normal, aunque no necesariamente ocurre así. La perfección exigible por la doctrina, dada su naturaleza histó-

rica, consistiría en una correspondencia de fases: que a la evolución en la estructura de la realidad tratada siguiera un total paralelismo orgánico del régimen jurídico, atendiendo sus exigencias de justicia. Prácticamente esto no se da: permanecen vigentes disposiciones a pesar del cambio de circunstancias, se equivoca el legislador en la estimación y valoración de éstas, etc. Admitir que el legislador pueda equivocarse es un paso que no se atrevería a dar la dogmática metodológica del siglo pasado y, sin embargo, es esencial no ser absurdamente reverentes. De aquí que ningún concepto de los que se formulan se presente sin alguna posible objeción a la vista del Derecho positivo. En realidad, lo que ocurre es que el jurista debe indicar aquella correlación de fases, pero luego ha de describir el Derecho vigente e indicar, en su caso, en qué medida ésta no se atiene a aquélla. Es decir, hay una perfección de fases para el concepto que es formal y una exactitud material del Derecho positivo que no suele alcanzarse. Así, resulta que normalmente, por la finalidad sistemática del concepto del Derecho mercantil podrían distinguirse: *sistema inmanente*, *sistema del legislador* y *sistema contra el del legislador*. Esta distinción tiene varias implicaciones que se verán más tarde.

Por último, de estas determinaciones se derivan también que la función importante del concepto del Derecho mercantil por su historicidad, por su «estar siendo», es la de instar la correspondencia de fases entre realidad y sus exigencias jurídicas, moviendo de esta manera al jurista y al legislador para que, desde sus respectivas competencias, las atiendan. Los intentos de obtener un concepto que ignore la dinámica histórica deteniéndola, van contra la misma naturaleza del que se persigue; igualmente, cuando se objeta desde el Derecho positivo en tales o cuales preceptos o desde la técnica utilizada por ese ordenamiento, se comete el error, implícitamente, del desconocimiento de la historicidad del concepto y el plano en que hay que situar la perfección exigible.

B) De lo expuesto en el apartado anterior se deduce que detrás del problema de concepto hay un tema de *política jurídica* que se vale de una *técnica* que interesa al jurista de una manera subordinada en la medida en que su conocimiento es un elemento interpretativo que deberá tener presente, pero sin perder de vista que es el aspecto teleológico el importante. Lo que ocurre es que la realidad que ha venido reclamando una determinada orientación a aquella política jurídica, es decir, la especialidad de régimen, se ha presentado históricamente a hacer valer sus exigencias de ordenación de distinta manera, según la estructura económico-social y sociológico-jurídicas, condicionando de esta forma las técnicas y el sistema. Conviene una síntesis recordatoria, remi-

tiendo la demostración a los lugares en que las cuestiones se expusieron con anterioridad.

1. Desde la Edad Media hasta el siglo XIX puede decirse, con una generalización en lo fundamental correcta, que la realidad que pide un tratamiento especial es el comercio; pero comercio en toda esa época es un sector de la estructura económica, orgánicamente diferenciado, frente a la industria en organización artesana y la agricultura en estadio evolutivo de separación de su impronta feudal y por la importancia concedida a la posición en la sociedad de las personas y las clases. La especialidad de trato se produce de distinta manera en función de la organización política del sistema de fuentes de producción del Derecho, de la estructura corporativa y de clases con su tendencia hacia la profesionalización; de aquí la variedad en cuanto a las fuentes externas en que las normas especiales se contienen y en cuanto a las normas y las instituciones en que la especialidad consiste. Con la misma salvedad de hacer una generalización, cuya verdad estriba en su tipicidad, puede decirse que lo característico es que la especialidad de tratamiento se propone sobre el presupuesto de una cierta autonomía de una comunidad dentro de la comunidad: la de los comerciantes; en ello iban: una especialidad de privilegio con un ordenamiento en la pluralidad de ordenamientos, que da por sí un género de independencia al Derecho mercantil, una especialidad material o de fondo de producción en buena medida autónoma y una técnica de acotamiento.

2. Desde el siglo XIX el comercio deja de tener significación de sector orgánico en la estructura económica y social; la razón está en que los sectores económicos precedentes—comercio, por encima de artesanado y ahora, ya industria y agricultura, antes dominio—se borran en el sistema de la economía libre o del capitalismo, por exigencia de la fluidez requerida para el funcionamiento de ésta, la que en definitiva viene de la entronización institucional del mercado constante y universal respecto de espacio y bienes en el juego de la economía.

a) Però para explicar la sucesión hereditaria en favor de la empresa hay que tener en cuenta además los *cambios del medio*: homogeneización de la sociedad con desaparición de clases, afirmación del Estado y su soberanía, pero agnóstico económicamente, producción del Derecho por el Estado con reducción de la esfera de autonomía o producción por vía autonómico-privilegiada, etcétera. En definitiva, de esta manera se va produciendo una emigración de materiales histórico-jurídicos mercantiles de especialidades del Derecho político, administrativo, procesal, etc., que con otros nuevos o ya existentes pero no mercantiles, van sentando en cada lugar los elementos o presupuestos para el juego del nuevo sistema económico que presenta sus exigencias atendidas o no, a la estructura del Estado, a las relaciones internacionales, a la admi-

nistración, al sistema tributario, al régimen hereditario, etc. Es decir, en las ramas jurídicas que se fundan sobre el presupuesto de la unidad del ordenamiento frente a la pluralidad precedente y en función de los fundamentos que se indicaron en el planteamiento.

En el nuevo sistema queda una realidad aislada orgánicamente, sucesora del comercio y congruente con las características de los nuevos ordenamientos: es la empresa. Su aislamiento orgánico y la legitimidad de su sucesión vienen de su función en el nuevo sistema económico:

Lo que se hereda del viejo comercio, en una sociedad homogeneizada, no es el objeto del tráfico, sino otra cosa estructural que originó ese tráfico y cuya relevancia queda al desnudo en el nuevo sistema: el industrial y el comerciante interesan en cuanto operan en la manera que el viejo mercader operaba para los mercados intermitentes y de localización más o menos comprensiva: en términos de precios, a la universalización del mercado se corresponde la universalización de la empresa; el empresario importa como pieza económica, por su función o servicio fundamental en la economía: asunción de la incertidumbre de la demanda del mercado orientando y organizando hacia la misma los elementos de la producción a su propio riesgo. Lo que ocurre es que esta función antes sólo del comerciante, roto el dique del sector orgánico comercio, se institucionaliza en otras personas;

Su posición orgánica en la estructura económica no es ya de sector social porque no existe en la sociedad contemporánea. Cambia su sentido al orden económico-institucional: la historia de la economía, la economía institucionalista y la economía pura coinciden en dar su lugar al empresario según su función en el mecanismo económico: combinar los factores productivos a su riesgo—riesgo del empresario—y con vista de ganancia: ganancia específica del empresario distinta de las diversas rentas que distingue la ciencia económica y sucesor legítimo del comerciante.

La traslación al Derecho ha de verse en función de la línea sucesoria histórica. Pero antes hay que ver la actitud del Derecho ante estas transformaciones.

b) Lo verdaderamente importante ante los cambios en la estructura social y económica es la desaparición de la comunidad mercantil dentro de la comunidad del Estado que ofrecía la posibilidad de un ordenamiento para esa comunidad como ordenamiento más o menos cerrado de privilegio y con margen en su seno más o menos amplio de autonomía y espontaneidad en la producción de las especialidades de tratamiento.

Al recogerse el patrimonio jurídico que había nacido en el seno de aquel sector orgánico, pero ya sin poder contar con él, podado en los términos que exige la privatización y en forma de *Código*—Derecho racionalista del Estado—se plantean una serie de problemas importantes y hasta curiosos que hay que puntualizar.

Mientras el Derecho mercantil se presenta como un ordenamiento dentro del ordenamiento para una clase, la exigencia de tratamiento especial del comercio se propone en dos formas o fases:

Una unitaria, previa, formal y remisiva, de contenido político: la clase de los comerciantes presenta una exigencia de autonomía de creación jurídica en cuyo seno nace el estilo de los mercaderes;

Una segunda, disgregada, material y en acto, en la que está la fase político-jurídica, la puesta en movimiento de aquella esfera autonómica en inmediata atención a las exigencias concretas y especificada en cada institución, figura o realidad económica.

La aparición de los Códigos de comercio consume (para salvar con esta palabra la omisión del detalle del proceso visto en otros lugares) notables cambios. En términos generales, los Códigos toman el patrimonio de instituciones y especialidades jurídico-mercantiles y las hacen Derecho estatal, rompiendo definitivamente la primacía—y, desde luego, la atención—de la producción autonómica. Pero este Derecho se encierra en un cuerpo unitario y se somete a un sistema o, mejor, plan deliberado del legislador, y además éste tiene que proponerse el problema de su esfera de vigencia.

Estos cambios tienen unas repercusiones cruciales para el problema del concepto:

1) La investidura de Código implica por su sentido histórico de «corpus» legislativo una *totalización* del patrimonio de instituciones y especialidades mercantiles que se quiere transmitir a la posteridad; se acepta por principio que los Códigos quieren recoger todo lo que sea Derecho mercantil.

Pero, además, esa totalización lleva consigo la *estatisación del Derecho mercantil*; se hace de él Derecho del Estado.

2) Englobado en este fenómeno histórico va un curioso proceso de atribución al *codificador*—ya se verá luego que hay que hablar de codificador y no de legislador—como suyo, del problema del concepto del Derecho mercantil. Conviene describir este proceso hacia el *codificador-definidor*:

El codificador se encuentra el patrimonio jurídico-mercantil como un ordenamiento dentro del ordenamiento y le toma como un todo; para demarcar su esfera de vigencia no cuenta con la clase de los comerciantes, porque sería volver al privilegio; se intenta por el Código francés, que inicia las codificaciones, seguir la vía de la clase abierta: «por su actos se les conocerán», vienen a decir los discursos de los legisladores recogidos en otro lugar; pero ni el Código—y menos la doctrina—previeron que la mutación era más profunda: la desaparición de la clase como clase política se lleva tras sí, ya definitivamente, la instancia o fase preliminar de significado político-autonómico; esfera de producción jurídica no estatal con remisión de la especialidad material a las exigencias reales;

El codificador, al estatizar el Derecho, no puede aceptar el contenido político autonómico de esa fase; *no se pregunta, en cambio, si puede aceptar o despreciar la proposición en términos unitarios y globales* de la esfera de vigencia del ordenamiento mercantil y toma esa unidad que viene de su sentido como ordenamiento dentro del ordenamiento; pero al aceptar ese plano de planteamiento unitario y rechazar lo que tiene de privilegio autonómico, se ve lanzado a contraer el compromiso de situar en ese plano o fase un criterio material; es decir, una razón de fondo de la mercantilidad; y el contenido de ese fundamento de vigencia, situado en ese plano preliminar, le fuerza a buscar una motivación político-jurídica unitaria que justifique la vigencia del «corpus» redactado como un todo. Ahora bien, conviene aclarar desde ahora lo siguiente: en el momento histórico de redactarse el Código francés, lo que éste hace es destronar la clase como cerca o cierre del ordenamiento: no admite que pertenecer a una clase sea fundamento de un trato jurídico distinto, y busca otra forma de cierre: eleva a un plano global una razón material, pero en blanco, es decir, de contenido remitido: va a cerrar el mismo sector, un sector prejurídico, aunque ya no a título de privilegio, sino porque ese sector requeriría un trato especial por razones político-materiales que se van concretando en el régimen de cada institución. No dice que la especialidad consista en ésto o en aquéllo: en correspondencia con la continuidad y visión según la estructura del período anterior, el qué de las especialidades sigue estando remitido.

De este proceso se deducen, a su vez, las siguientes consecuencias:

Si el Código recoge todo el Derecho mercantil y el codificador le busca unitariamente un destinatario, el codificador ha asumido la tarea definitoria. Como el patrimonio recogido en el «corpus» legal se formó en gran parte autónomamente, quiere decirse que el codificador no le redacta como secuela de su pensamiento y en deducción lógica, sino que superpone su concepto al patrimonio que hereda.

Propuesto el tema de política jurídica en términos globales, requiere una *técnica* de la misma naturaleza. Con ello resulta que el concepto del Derecho mercantil depende del acierto en la determinación del sector y del acierto en la traslación de la idea a la técnica (de que ésta sea fiel y esté bien construida).

c) Desde el momento en que la *doctrina consienta proponerse el problema de concepto en los términos que le ofrecen los Códigos*, ha de aceptar una serie de errores preliminares que oscurecen la solución, y así ha ocurrido, en efecto; hay que indicarlos, así como los correctivos posibles.

) El propósito *totalizador* del codificador da lugar inicialmente a una tendencia ya superada—por tanto, basta su mención—

de aislar el patrimonio jurídico-mercantil recogido; ése es el significado de la pretensión de independización metodológica—la jurisprudencia de equidad preconizada inicialmente por un sector de la doctrina francesa—; en realidad, se trata de una reminiscencia del ordenamiento dentro del ordenamiento que significó, en un tiempo, el Derecho mercantil, y que, al recogerse en Código, quiere perpetuarse.

Pero, además, la totalización—unida a la asunción por el legislador de la competencia definidora—origina una actitud mental de incomprensión de que pueda existir Derecho mercantil que no esté dentro de los Códigos; es decir, el Código, por su pretensión de perennidad, fosiliza la materia jurídica recogida, si la naturaleza de ésta es contraria a aquella pretensión, porque al ligar a su vida al sector acotado se hace incapaz de reflejar los cambios estructurales de ese trozo de la realidad económico-social. Es evidente que tal cosa va contra la historicidad esencial de todo el Derecho positivo. La positivación del Derecho natural, en el proceso de adaptación a las transformaciones económico sociales, tiene que discurrir a los bordes de los Códigos o fuera del Derecho del Estado; mas la actitud reverencial respecto del Código da lugar a que éste quede desactualizado, por una parte, y, por otra, a que no se sepa cómo puede ser Derecho mercantil lo que no se contenga en él. Es decir, el Derecho mercantil queda en situación de a extinguir. La salida correcta es reconstruir la continuidad del proceso histórico; que el Código recogió todo lo de su tiempo, pero que pueda ser Derecho mercantil algo de la producción legislativa posterior. Pero para poderlo ser hace falta saltar no sólo por encima de la totalización, sino del codificador definidor: no sólo es problema de cantidad, sino de que sea de la clase que el codificador llama mercantil.

”) El codificador, como *definidor*, quiso inicialmente llamar Derecho mercantil al Derecho exigido por el sector económico que acotó; fundamento para ello fué una razón teleológica que daría explicación a su contenido. Mantenido en estos términos su idea, era posible la soldadura con la doctrina a fines de concepto; es posible construir una sistemación los materiales legislativos sobre la base de su relación funcional teleológica con la realidad regulada. Las dificultades vienen de la *técnica de instancia subsuntiva preliminar global*. A ella hay que encaminar la vista.

a) Su *origen* está claro y fué explicado antes: al totalizar un patrimonio jurídico-mercantil que se presenta como un todo con su destinatario—la clase—, el codificador le toma en la misma manera, y de la misma forma también quiere buscarle un destinatario, pero no por razón de privilegio.

β) Sus *riesgos y consecuencias perturbadoras* se han manifestado de distinta forma. Para hacerse cargo de ello, conviene desglosar en qué consiste o qué implica aquella técnica; consta de los siguientes momentos: 1.º Determinación de un sector extraju-

rídico bajo la idea de que lo que en él se produzca, de relevancia jurídica, merece trato especial. 2.º Que la especialidad de trato jurídico se contiene en el Código totalizador. 3.º Pero las especialidades consisten en concreto en lo que se contiene de índole dispositiva o normativa alrededor de lo jurídicamente relevante configurado ya en instituciones específicas. Estas instituciones reflejan ya en concreto cosas, personas relaciones jurídicas a través de una tipificación más o menos dogmática y se ordenan según un plan del codificador. El juego combinado de estos elementos implícitos en la técnica codificadora sirven para poner de manifiesto en qué manera arriesgan la posibilidad de construir un concepto auténtico, a condición de que se retenga como característica del concepto las indicadas en el planteamiento y antes repetidas.

2a) Poniendo en relación los elementos primero y tercero, tomando un régimen concreto de los existentes en el Código—elemento segundo—puede ocurrir que se descubra que, al concretar, el codificador ha contemplado supuestos desde un ángulo distinto o que no son de los del sector que globalmente anunció. Desde este momento surge una *contradicción que afecta al sistema*; esta formulación genérica, que pone de manifiesto la razón del hecho, tiene otra ya tradicional: el sistema objetivo preconizado para Códigos como el francés, italiano del 82 o el nuestro, se encuentra contradicho en el régimen de instituciones de obligaciones, en que se atiende en los preceptos concretos a la pertenencia del contrato a los de explotación de la clase de negocio de que se trate; la correspondencia y la armonía sistemáticas hubieran reclamado en ese caso el sistema preliminar subjetivo; la razón está en la superposición, al patrimonio heredado del período anterior, de la nueva fórmula y de preceptos consecuentes con ésta, dándose ambas tendencias en el mismo cuerpo legal.

Con el ejemplo anterior, y con su enmarque, resulta claro que la técnica indicada contiene la promesa anticipada del legislador de atenerse a un sistema y, luego, cuando pone en acto su función legislativa efectiva, puede no atenerse a él y manifestar otro. Este riesgo deriva de la anticipación; el sistema no anunciado podría no ponerlo el legislador y dejarlo al intérprete: en la medida en que el instante de mandar o dictar normas es el remitido, de ellas derivaría el intérprete la motivación efectiva y la verdadera teleología. Luego se verá si el codificador no tenía más opción técnica que esa global y anticipada.

En los Códigos la fórmula indicada ha seguido dos rumbos, a los que la doctrina ha llamado sistemas objetivo y subjetivo; conviene ver en qué manera el riesgo indicado se ha manifestado en ellos.

En el sistema objetivo las perturbaciones han sido de tres órdenes. Desde un punto de vista puramente técnico—es decir, aislando, de momento, la implicación de política jurídica del sistema—, este sistema ha querido cerrar el sector regulado mediante una

invención técnica infeliz: los actos de comercio. En realidad, aunque se ha querido ver su invención en el Código francés, la verdad histórica es que se debe a la doctrina que le siguió, aunque luego se haya seguido legislativamente. Su origen es una equivocación: los actos de comercio del Código francés son los «faits de commerce» o «rationae mercaturae» del período anterior; su destino es curioso; cuando la doctrina traslada su sentido histórico—operaciones económicas correspondientes a la actividad profesional de los comerciantes, queriendo significar, en general, su tráfico como sector separado de su vida civil, y, por tanto, aun como sector extrajurídico, que se regulará luego al dar la base subsuntiva de cada tipificación de instituciones jurídicas—al campo del Derecho, se encuentra con que no puede servir para acotar la materia mercantil (desde el siglo pasado se sabe en Alemania que «Handelsachen» es más que actos de comercio, y sobre ello vuelve la doctrina italiana generalizada del Código derogado) sino en la parte de obligaciones, y, después de una larga odisea, vuelven a ese sentido extrajurídico en la doctrina italiana inmediatamente anterior al «Codice Civile». Tampoco sirven para saber quiénes son comerciantes, en cuanto se les aísle como acto jurídico. Y resulta, así, que la perfección del concepto del Derecho mercantil que se hace consistir en el cierre del sector no encuentra posibilidad de satisfacerse; la razón es que el antecedente del acto de comercio, la «rationae mercaturae», contaba para el cierre con la clase más o menos cerrada de la sociedad, y aquéllos sin ésta quedan al aire.

Desde el punto de vista de la política jurídica, en su origen en el Código francés, no quisieron significar que el Derecho mercantil hubiera de regir el tráfico de no comerciantes de la misma manera que el de comerciantes, sino abrir la clase. Luego quiso significar también lo primero, pero no totalmente en el patrimonio recogido en los Códigos, en su detalle dispositivo: en la medida en que éste viene del período anterior refleja la autonomía y espontaneidad con que las necesidades mercantiles hacen valer sus exigencias; a ello superponen los Códigos su concepto deliberado y extiende la vigencia, sea o no adecuada; es el fenómeno de contradicción en el sistema interno antes indicado.

El sistema subjetivo recoge la continuidad histórica y, en principio, no motiva contradicción con el Derecho mercantil que se hereda, pero origina un motivo de objeción por hacer al sistema incompleto; entra en juego el segundo elemento: el suponerse que todo el régimen de especialidades de tratamiento de este Código. Cuando en el Derecho alemán se distingua entre «Handelssachen in materiellrechtlichen Sinn» y «Handelssachen in prozessualen Sinn» y cuando se recoge el concepto de «Nebengesetze», por referencia al Código del 61, que establece la Ley de Introducción considerándolas como mercantiles, en lo que son complementarias de las materias de aquel texto, se revela esa nota; es decir, que la misma ra-

zón de mercantilidad hay para materiales jurídicos que están fuera del Código. Al mantenerse como se suele hacer en el seno del texto de aquél, se corta injustificadamente el sistema, puesto que su fundamento teleológico subsiste fuera de él. Por otra parte, y ya, derivando de la actitud reverencial respecto del legislador: en la medida en que se sigue a éste en su técnica de totalización anticipada y no ha entrado en ella ciertas materias, por no aplicárseles el enlace formal (seguros, cambiario...), el plan disgregador prefiere un sistema externo al interno que de las maneras antes indicadas se manifiesta. Conviene recordar estas cosas para los que creen que el sistema subjetivo resolvería el problema de concepto; en realidad, siempre presentaría la dificultad del anticipo de la especialidad y de la totalización codificadora.

ββ) Ya las consideraciones precedentes, respecto del Código alemán, nos permiten dar en síntesis el riesgo del elemento segundo de la técnica codificadora. Por otra parte, hay que tener en cuenta lo que se dijo acerca de la ambición totalizadora del Código. Se trata de lo siguiente: si el Código promete que las especialidades se contendrán en él y no se salta sobre su pretensión de cierre de la mercantilidad, todo sistema de Derecho mercantil que quiera explicar el ordenamiento positivo, habría de sacrificar el material jurídico contenido en otras fuentes del ordenamiento, a pesar de que, orgánicamente, desde el punto de vista del sistema, la comunidad de inspiración teleológica pidiera su engarce con el contenido del Código. Es decir, el sistema sería *incompleto*.

γγ) Tomando el elemento primero—la idea de que lo que se produzca en el sector acotado requerirá trato especial—se pone la causa para la *falsa apreciación* del sentido funcional de las *especialidades mercantiles*. Este aspecto de la técnica definidora que se viene exponiendo, viene a contener una especie de promesa en blanco de que existirá especialidad en efecto. No se comprende cómo pueden existir actividades, hechos o cosas dentro de ese sector económico que, a pesar de estar dentro, no susciten especialidad de trato; hay un ejemplo tradicional del que servirse: el de la mercantilidad de los inmuebles. La dificultad del problema viene justamente de ese elemento técnico indicado: los inmuebles pueden verse envueltos en un tráfico mercantil en sentido económico, pero a pesar de la promesa en blanco del legislador luego no dictó normas especiales para este tráfico porque eran las adecuadas las comunes; habríamos de traerles al Derecho mercantil y, luego, volverles a llevar al Derecho civil para encontrar el régimen jurídico.

El ejemplo anterior nos pone en camino, si se une al plan que el codificador racionalista pone sobre los materiales que recoge, para explicar otras facetas del tema de la apreciación del sentido de la especialidad mercantil. Pero para mayor claridad es conveniente exponer de antemano que ésta no es imprescindible ni conviene a la función legislativa.

γ) La aclaración de que esta técnica *no es imprescindible o única, ni conviene a la función legislativa*, se pone de manifiesto a través de dos corrientes muy dispares. Una de ellas es una aportación de la doctrina italiana; otra, el ejemplo de los ordenamientos sin Código de comercio, desde determinado punto de vista, que se indicará.

La aportación mencionada es de la doctrina italiana, iniciada por ROCCO, del período anterior al Código civil; está reflejada en la distinción de elementos que se ha aprovechado hasta aquí; es la aclaración que fué comúnmente aceptada de que las normas de acotamiento de la materia mercantil en sentido global eran meramente delimitativas; es decir, manifiestan esa instancia preliminar de que se viene hablando; las normas de régimen—las que contienen la regulación concreta—aparecen luego en el seno de cada parte o de cada institución. Aquéllas constituyen una premisa mayor. De aquí se deduce que, en ese sentido, en esas normas hay que ver una *definición*, y en esta forma, sin más, puede atraerse sobre la técnica comentada toda la crítica tradicional acerca de los peligros de irrogarse el legislador esta función. Además, y es cosa muy interesante, de ello se deduce que al legislador se le ha de obedecer sólo cuando en concreto manda, pero puede prescindirse del aparato que creyera necesario para dictar normas si no se atenta a la observancia de éstas. A veces hay que salvar sus equivocaciones no dispositivas para dejar a salvo éstas. Luego se volverá sobre este punto.

Por otra parte, los ordenamientos sin Código de comercio separado, pueden ahora ser sometidos a apreciación desde la crítica a la técnica de instancia sustantiva preliminar. Ya hemos visto que esta técnica, por la promesa en blanco que contiene, da lugar a la existencia de supuestos de hecho dentro de la zona acotada, para los cuales luego no se cumple la promesa de trato jurídico especial. En el plano teórico, podría irse extendiendo la amplitud de supuestos hasta el extremo de un acotamiento que careciera luego de cualquier tipo de supuesto de hecho con trato especial; entonces los que piden la existencia de esta técnica, como requisito de existencia de Derecho mercantil, se encontrarían con un Derecho mercantil vacío, pero no se atreverían a decir que carece de sentido, porque se ha generalizado, y la verdad es que es entonces cuando se habría generalizado, porque se demostraría su innecesidad. En cambio, se admite la generalización cuando volvemos a encontrarnos el catálogo de las instituciones y el régimen de las mismas que están en el Código de comercio, en otro cuerpo si su demarcación no se ha hecho anticipadamente. La verdad es que se trata de una técnica de acotamiento no anticipada ni unitaria y que se ha dejado a la doctrina la formulación del fundamento desde el punto de vista teleológico donde buscar la conexión del sistema. Que aquella técnica es posible se demuestra desde el punto de vista histórico, porque la seguida por los Códigos no fué

deliberada, sino reminiscencia de la manera de tomar el patrimonio que en ellos se recoge (el ordenamiento dentro del ordenamiento como un todo), porque ya con los llamados actos de comercio absolutos se manifestaba la existencia de figuras creadas en el tráfico y que descubrirían que la exigencia de especialidad no tenía que ser de excepción a una figura paralela, porque el tráfico mercantil ha demostrado ir originando una tipificación de figuras que permiten el mecanismo ordinario de aplicación de las normas mediante delimitación de los supuestos de hecho en concreto; y, sin más remisión, por el hecho de volvernos a encontrar las figuras mercantiles en los ordenamientos sin Código separado (16). Pero conviene advertir, por último, que tampoco hay necesidad de la fórmula de mercantilidad anticipada en un Código separado, sino que la misma fórmula de estos otros ordenamientos podría seguirse. La ventaja que ofrecerían habría de depender de que el sistema de distribución reflejara, frente a la fragmentariedad desde el punto de vista de un plan basado en derecho común, la conexión desde el punto de vista de la realidad económica, constante explicación teleológica de las normas o instituciones completas.

δ) Por último, para salir de los inconvenientes que se han ido reseñando, conviene tener en cuenta que *al codificador, como definidor, no hay que seguirle*. Hay que hacer notar, primeramente, que una actitud positiva, inspirada exclusivamente en un Código, es una actitud positivista facciosa; el «codificador» no es lo que se suele llamar el legislador, cuando con esta expresión se significa la totalidad del ordenamiento, al que se le invoca así en una manera personificada; el «codificador», si se aísla su obra del resto del ordenamiento, queda en un legislador individual o colectivo de carne y hueso que legisló en un momento histórico determinado. Naturalmente, si lo está ha de considerarse en vigor su Código, pero esto no quiere decir que a costa de la vigencia de la obra coetánea y posterior del «legislador» general; es decir, del resto del ordenamiento.

La idea unitaria y deliberada del codificador, refleja en el sector acotado, puede estar en contradicción con el sector que refleje motivación disgregada que se encuentra inmanente en los preceptos concretos de regulación (y que, por tanto, también son del codificador) de instituciones en particular que se contengan en el Código. Esto puede deberse al origen histórico del material recogido o a cualquier otra causa. En todo caso plantean un problema de opción.

Esas mismas motivaciones de política jurídica orientadoras pueden encontrarse en disposiciones formalmente complementarias de instituciones del Código; pero que reflejen ideas distintas, ahora, del legislador no codificador, en cuyo caso, el problema de op-

(16) Esta materia ha sido tratada con detalle, y no se insiste sobre ella.

ción viene influido por la preferencia a favor de la disposición posterior ;

Mas, en cualquier caso, la doctrina tendría que convenir en que cualquier legislador pide obediencia en lo que manda en efecto, pero no en lo que opina o en la técnica que adopte, a no ser en la medida en que en ello vaya implícito un contenido dispositivo, pero sólo donde éste llegue. De esta manera, quiere decirse, que la idea unitaria y global sólo tiene que ser obedecida hasta el alcance de su contenido dispositivo ; pero no vincula al intérprete a seguirla como opinión sobre concepto del Derecho mercantil que se haya permitido expresar el codificador racionalista, contra el que pueda deducirse del conjunto del ordenamiento codificado y extracodificado, si ese concepto está inmanente en él. Más tarde se volverá sobre estos extremos.

Si se deja de lado la reverencia, mal fundada, al codificador, debe quedar propuesto el problema del concepto en el plano de la totalidad del ordenamiento, si bien con respeto a lo que de la labor del codificador sea norma positiva vigente y comprendiendo en aquel, pues no hay razón para discriminar el estatal, el autónomo y el autónomo delegado.

C) Vengamos ahora al *Concepto en Derecho español del Derecho mercantil*, teniendo en cuenta los datos contenidos en este capítulo.

1. Con carácter previo hay que recoger una síntesis acerca de las *características y alcance del intento definidor de nuestro Código de comercio*. Como habíamos visto con anterioridad, la impronta que, a la comprensión sistemática del ordenamiento positivo, dé la idea sobre el particular del codificador-definidor, viene a constituir pieza decisiva para las posiciones adoptadas por la doctrina ; habrá de verse enseguida que en nuestro Derecho se ha parado poco la atención en que no eran de extender en bloque, como se ha hecho, las aportaciones doctrinales extranjeras llamadas de orientación objetiva, si se busca con ello mantener la fidelidad a la intención del codificador ; es decir, ha faltado una interpretación rigurosamente positiva que buscara las particularidades, o lo que presentaba como diferencias específicas, el Derecho español.

a) Desde el punto de vista de la *motivación teleológica general* de las normas, no es exacto que el Código de comercio se haya propuesto deliberada y globalmente hacer de su contenido un Derecho general del tráfico, sin atención a la pertenencia de las instituciones a organizaciones comerciales de explotación de negocios. Lo único que quiso es que no se centrara la atención en un privilegio de clase (fórmula de clase abierta que ya conocemos para el Derecho francés), ni que predominara la atención legislativa sobre las personas. Esta conclusión se fundó antes, pero conviene aclarar que es por esto por lo que el Código no se ve a sí mismo incongruente, cuando unas veces, para acotar la mercanti-

lidad de las instituciones en concreto, recurre a criterio objetivo y otras a criterio subjetivo (o, mejor, malamente subjetivo).

b) Desde el punto de vista de su comprensión, nuestro Código ha expresado su deseo de no *totalizar* el Derecho mercantil. Es curioso que así haya sido, pero es evidente. La manera de expresarlo no puede decirse totalmente correcta; se ha valido de una fórmula más trascendente de lo que pueda parecer a primera vista. Fué muy acertado en el entender que aparecía en un momento de efervescencia evolutiva en la estructura económica. Pero al abrir la puerta a la evolución lo hizo por referencia a la atipicidad entendida en un sentido político, como ancho campo al desenvolvimiento del Derecho por vía no estatal o autónoma; este perfil de la atipicidad casa con el sentido que el liberalismo ideológico tiene en la época. A los fines interpretativos actuales, basta tomar de la idea del codificador su intención de dar entrada como patrimonio de Derecho mercantil al que se produzca fuera del Código por vía legislativa o autonómica.

c) En armonía con las ideas anteriores, resulta fácil comprender que la técnica de definición no es de cierre, aunque sea global, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos en los que se inspiró, o por lo menos en las direcciones doctrinales apoyadas en ellos. Justamente en esta técnica definidora abierta está la particularidad de nuestro Derecho, particularidad tantas veces señalada como defecto. La Exposición de motivos lo que dice claramente es que no quiere que para saber qué será mercantil en el futuro, o en lo no comprendido en el Código, se recurra al mismo, sino «al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados». Es decir, el codificador no ha querido fosilizar la zona extrajurídica económico-social acotada, sino dejar vivo su proceso evolutivo. Para ello se ha valido de una técnica cuya caracterización no ofrece dificultad a la ciencia actual: se trata de una técnica totalmente correcta de «cláusula general»; justamente la que, en buena técnica legislativa, sirve a estas finalidades de abrir el Derecho a la vida frente a definiciones o casuística. En consecuencia, lo que el codificador español ha querido es precisamente lo que es conforme a la conciencia que tiene de las transformaciones económico-sociales que se están produciendo en su época: que quepan en su concepto del Derecho mercantil. Por tanto, si tomamos el desglose, que en su momento se hizo de las fases implicadas en la técnica subsuntiva global preliminar, resulta que al renunciar al acotamiento cerrado del sector económico-social destinatario del Derecho mercantil que recoge (17), y al admitir mediante la atipicidad el desenvolvimiento jurídico-positivo fuera de su texto, es manifiesto que ningún intento definidor que constriña la reconducción a unidad sistemá-

(17) Al no prejuzgar sobre fundamento teleológico.

tica del total del ordenamiento está formulado con vinculación, como principio general, para el intérprete.

d) Todavía queda un último extremo cuya precisión es importante; es decir, hay que ocuparse de la *utilidad desde el punto de vista jurídico-positivo español de la doctrina de los actos de comercio*. No se trata de adoptar actitudes anticipadas o radicales, sino de examinar este tema desde las premisas que proporcionan las características especiales del ordenamiento español, y evitando las generalizaciones. Está ya aclarado que, desde el punto de vista de la teleología de las normas, no puede formularse para nuestro Derecho que el principio general deseado por el legislador haya sido hacer del Derecho mercantil un Derecho que atienda al tráfico desde un punto de vista apersonal e inorgánico. Se ha remitido al tratamiento contradictorio que luego emite en cada institución regulada. En consecuencia, el intérprete habrá de buscar las funciones que los «actos de comercio» llenan en concreto en nuestro ordenamiento.

’) En primer lugar, debe tomarse como exacto para nuestro país, como para cualquier otro, que los «actos de comercio» no agotan la «materia mercantil». Por esta sola razón no se les podría atribuir función definidora técnica. Si no queremos llegar a manejar palabras con sentido inadmisible desde el punto de vista gramatical y lógico, tendremos que convenir en que hay en el Derecho mercantil positivo algo más que acto de comercio. Es perfectamente aplicable a nuestro Derecho lo consagrado por la doctrina que en otros lugares hemos recogido. Lo que pudiéramos llamar estatuto del comerciante y el Derecho de cosas mercantiles no son actos de comercio y sí son materia mercantil. Decir que el buque o la mercancía es acto de comercio es decir algo que, en el mejor de los casos, no sirve para nada, aparte de que, como he dicho, las palabras tienen un sentido y aplicar «acto», que se refiere a un movimiento de voluntad a una cosa es absurdo. Por tanto, el campo justo de los actos de comercio es el de las obligaciones mercantiles. El que el resto de la materia mercantil no haya preocupado a la doctrina y a la legislación, desde el punto de vista de la delimitación que estudiamos, se explica porque constituye materia privativamente mercantil, de la misma manera que el Derecho de familia y el de sucesiones lo es del Derecho civil, o porque la individualización de las cosas es técnicamente suficiente para atraer las *especialidades* mercantiles (pensemos en el deber de contabilidad, Registro y sus efectos, nombre y marcas comerciales, buque y derechos sobre el buque, etc.).

”) El llamado acto de comercio tampoco sirve en nuestro Derecho (manteniéndonos en una interpretación que guarde fidelidad a la intención del codificador), para arrastrar la calificación de comerciante. Ello se deduce de los artículos 1.º y 3.º del Código y la verdad incontestable de que no todos los actos que el Código menciona sirven para esa calificación: sería absurdo pensar que

cada vez que se consume un talonario de cheques ha nacido un comerciante. Un examen detenido del articulado pone en seguida de manifiesto que el Código no habla de «acto de comercio», sino de «comercio» (art. 1.º) o de «operación de comercio» (art. 3.º). Cuando el artículo 1.º habla de que son comerciantes «los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él *habitualmente*», quiere decir si se le quiere salvar que la persona que lo ejerce hace de ello su profesión (18). Además, al hablar de «comercio» y no de repetición de actos de comercio, piensa en comercio en el sentido del tráfico, y, al mismo tiempo, da la posibilidad al intérprete de salvar el terrible problema del número de actos necesarios para que haya habitualidad (19), ya que comercio es actividad mercantil organizada en el concepto del tráfico, que es aquí decisivo, ayudando incluso a poder llegar al comerciante por la forma. No desvirtúa esta interpretación el artículo 3.º cuando habla de operación mercantil, pues con esta expresión quiere decir que el *objeto del negocio* sea comercial. Este artículo está tomado del 17 del Código del 29, que decía: «Un establecimiento que tiene por *objeto* cualquiera de las operaciones que en este Código se declaran como actos positivos de comercio.» Por otra parte, la presunción debe surtir sus efectos inmediatamente—cosa que se dificultaría si la referimos a práctica frecuente de actos sin conexión—, ya que nos encontraríamos, en caso contrario, con que quien quizá ha hecho uso del crédito público, quedaría fuera de las normas que, en atención a ese uso del crédito, se dictan para el comerciante: contabilidad, quiebra, etc. Parece que hay aquí una razón de orden público en apoyo de la interpretación que se propugna. Parece ser que esta interpretación da el verdadero sentido del Código, si tenemos también en cuenta los artículos 1.º, número 2.º, 117 y 123 *in fine*.

La Jurisprudencia, en materia de actos de comercio, no ha logrado más éxito que la doctrina, y no ha podido suministrar orientaciones generales seguras. No puede hablarse de una doctrina jurisprudencial de líneas sistemáticas firmes y deliberadamente sostenidas. Con todo, tiene interés una reseña.

''') Desde un punto de vista procesal, a falta de una jurisdicción mercantil (y con la condición de que ésta se hubiera servido de la técnica global anticipada sustantiva según la reminiscencia histórica, que, por otra parte, hemos visto corregida y completada en el Derecho alemán), no es de atribuir función en nuestro Derecho a los actos de comercio. Las particularidades procesales se sirven técnicamente de las instituciones concretas a las que vienen referidas.

''''') La utilidad técnica de la doctrina general de los actos de

(18) Véase, aunque no pretendiendo interpretar el Código, sino corregirlo (interpretación modificativa), GARRIGUES, *Curso*, I, pág. 149.

(19) Problema insoluble que recuerda al del filósofo griego: quitando pedos a un hombre, ¿a partir de cuántos se puede decir que es calvo?

comercio, en nuestro ordenamiento, vierte sobre la aplicación de las normas generales sobre obligaciones mercantiles. Tal cosa se deduce de dos razonamientos; uno de ellos, antes indicado: que en tanto se entiendan por actos de comercio, actos jurídicos, hemos de ceñirnos al Derecho de obligaciones; otro: que al admitirse actos atípicos respecto de los típicos del Código, con la calidad de mercantiles, no bastan las normas de acotamiento remitidas por el codificador a cada uno de los que ha tipificado; hace falta saber cuándo será mercantil un acto no configurado en su texto.

Pues bien, esta materia nos sitúa ya en el plano de la doctrina *general*—inevitablemente *general*—de los actos de comercio. Pero lo que aún queda por saber es si el planteamiento ha de hacerse según los términos de la doctrina extranjera o hay exigencias jurídico-positivas españolas que le condicionen. Las hay, en efecto, y no es trabajoso encontrar en qué consisten. Podría, desde luego, tomarse para el Derecho español las rectificaciones de la doctrina francesa actual y de la italiana que procedió inmediatamente al «Codice civile», que volvían a enmarcar los actos de comercio en su sentido de «cláusula general», continuadora históricamente de los «faits de commerce» o de la «rationae mercaturae». Pero no es necesario valerse de ellas, aun fundando la legitimidad de hacerlo en las razones de origen y semejanza de sistemas, es decisivo el sentido que tiene la expresión «naturaleza análoga» del artículo 2.º, aclarada según la «Exposición de motivos», que dice claramente lo que es particular de nuestro Derecho: que el Código no quiere que la determinación de actos no previstos como mercantiles venga de una generalización de sus normas delimitativas, sino, según la técnica de cláusula general pura—que se liga precisamente a la doctrina anterior y a los precedentes históricos—, del sentido del tráfico sobre la mercantilidad.

Si se desea mantener la fidelidad al Código, los actos de comercio podrían clasificarse en: 1.º Mencionados y delimitados. 2.º Mencionados y no delimitados. 3.º Ni mencionados ni delimitados. En el *primer grupo* tenemos: Operaciones de Bolsa (arts. 74 y 75), compraventa celebrada en feria (art. 83), compraventa de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público (art. 85), actos y contratos en que intervengan agentes mediadores colegiados (art. 89), constitución de compañías mercantiles (arts. 116 y 123 del Código de comercio), mutualidades y cooperativas (art. 124), cuentas en partición (art. 239), comisión (art. 244), depósito (arts. 303 y 310), préstamo (arts. 311 y 320), compraventa (arts. 325 y 326), permuta (art. 346), cesión de créditos no endosables ni al portador (art. 347), transporte (artículo 349), seguro (art. 380), fianza (art. 439), libranzas, vales y pagarés (art. 532), cartas órdenes de crédito (artículo 567). En el *segundo grupo* se cuentan actos que son

desdoblamiento o derivación de otros de los anteriores (ejemplo, transmisión de cuotas sociales) de una situación jurídica mercantil (autorización a la mujer comerciante, convenio de los acreedores con el quebrado, por ejemplo); el importante grupo de los que en la clasificación tradicional se llaman actos mercantiles por naturaleza (letra de cambio, negocios del Derecho marítimo). No tiene objeto una enumeración, ya que basta la mención en el Código, y, en cada caso, puede verse si están efectivamente mencionados. Con respecto a estos dos grupos no hay problema grave: en los del primero se agrupan las normas generales de los contratos mercantiles y las especialidades del Derecho mercantil, antes de recurrir al Derecho civil (20). En los del segundo grupo se aplican, desde luego, las normas generales sobre contratos mercantiles del título IV, libro I del Código, las especialidades dictadas para ellos, si existen, y, en su caso, examinada la naturaleza jurídica y las características que dé para el acto de esa naturaleza el Código, las normas que rijan para aquél según una recta interpretación.

Nos quedan por ver los del *tercer grupo* y, aquí, lo primero que tenemos que saber es si son de comercio y, luego, ley aplicable. Si son de comercio, vale en cuanto a ley aplicable lo que se ha dicho para los del segundo grupo. ¿Cómo se sabe si son de comercio? Entiendo, por las razones que antes se dieron, que sería una interpretación equivocada del Código aquella que pretendiera encontrar un concepto de acto de comercio por procedimientos sintéticos, pretendiendo inducir un concepto unitario de los varios que el Código menciona o de los criterios de diferenciación. En nuestro Derecho el Código quiere que para saber qué actos son de naturaleza análoga, *no se recurra a él*, pues considera que ni puede enumerar ni dar una regla. Por tanto, no es lícito al intérprete buscarla en su articulado por ninguno de los procedimientos indicados. El legislador deja «la calificación según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados» (Exposición de motivos). Luego se verán las consecuencias de este criterio legal.

La jurisprudencia, a pesar de que el Tribunal Supremo remite la calificación al juzgador de instancia, en reiteradas sentencias (Sentencias 29-XI-1897, 4-VII-13, 11-X-18, 10-XI-24, 13-III-36), es lo cierto que, como la calificación lleva consigo el determinar la ley aplicable, no ha podido evitar el problema. Un *primer grupo* de sentencias puede formarse con aquellas que califican actos delimitados en el

(20) Independientemente del problema de cómo se aplica este Derecho, problema que se superpone al que estudiamos sin modificar ni el planteamiento ni la solución. Esta cuestión es un tema de fuentes.

Código y los llamados tradicionalmente objetivos, tecnicismo que es recogido a veces concretando los principios sobre jerarquía de fuentes contenidos en el Código. Aquí, no hay problema (Sentencias de 27 junio 1941, 30 de enero 1936, 8 abril 1926, 1 mayo 1926, 12 junio 1926, 29 noviembre 1927, 11 mayo 1927, etc., etc.). Forman un *segundo grupo* las sentencias que, siquiera sea indirectamente, pretenden dar unas características de los actos de comercio, con ocasión muchas veces de calificar actos sobre los que no se dictaron normas delimitadoras por el Código, Aquí la jurisprudencia ha sido desafortunada. Es demasiado vago decir: «para determinar la verdadera naturaleza de los contratos es preciso atender a los antecedentes que los motivan, causas de su celebración y propósitos en que se inspiraron los contratantes al otorgarles» (Sentencia 7 abril 1926). Pero no es menos cierto que todos estos elementos son extrajurídicos. Cuando se ha pretendido una recepción de los principios doctrinales, se ha puesto de manifiesto la inconsistencia de éstos: así, el fin de especulación o lucro ha sido unas veces admitido como decisivo (Sentencias 8 septiembre 1929, 16 febrero 1933, 12 abril 1907 a *sensu contrario*) y otras rechazado (Sentencia de 8 julio 1907: no hay analogía en el caso del que se dedica a un arrendamiento de cosas, por más que se proponga el lucro, porque «no todo lo que tenga el carácter de especulación constituye acto de comercio»). Con carácter omnicompreensivo, la Sentencia de 8 de octubre de 1929 ha hecho una mezcla útil pero que asustaría a un objetivista. Se refiere a una suscripción de acciones, y dice: «que es de naturaleza mercantil se demuestra: 1.º en que las partes que la convinieron son dos entidades mercantiles importantes que se dedican a la especulación y venta de valores; 2.º que la contratación se refiere a actos de comercio, y 3.º en que su naturaleza económica se distingue en todo del acto o contrato común y ordinario, pues estos últimos se encaminan a la producción de la riqueza, no atienden más que al valor en uso de las cosas, lo constituyen *hechos aislados* que pueden ser onerosos o lucrativos, mientras que los mercantiles atienden al valor permutable de las cosas, se encaminan a la circulación de la riqueza, han de ejercerse con habitualidad o *profesión*, y necesariamente tienen que ser onerosos (véase en contra la Res. 31 julio 1928), puesto que en la intención de lucro estriba el fin subjetivo del comercio». Una aplicación poco útil y confusa del criterio de accesoriidad, si bien parece que con el fin de hacer repercutir en una letra de cambio su causa, se acepta en la sentencia de 6 de mayo de 1931.

Pero son interesantes algunas sentencias que no han podido por menos de aceptar las realidades del tráfico. Así,

la Sentencia de 26 de septiembre de 1927 dice que la compra de suministros tiene un carácter especial de mercantil (considerando quinto); la de 26 de junio de 1929 tiene que calificar de contrato de servicio mercantil un contrato que creaba una situación jurídica que no encajaba ni en los supuestos de la comisión ni podía equiparar al interesado a un factor, porque una de las partes se obliga en él a ejecutar un trabajo personal o serie de actos relacionados en un negocio mercantil (21).

Son también de interés aquellas que califican un acto de mercantil o por su mención en el Código o por aceptación de los usos y costumbres mercantiles, ya que ponen de manifiesto cómo, en esta cuestión de calificación de un acto de comercio, para decidir la ley aplicable, no se ha dado un solo caso que haya llegado al Supremo de acto que no haya sido configurado por el uso, supuesto que no era de los delimitados en el Código, con lo que, prescindiendo, como lo hice antes de la posible antinomanía entre el artículo 50 y el 2.º del Código, resulta que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la cuestión de los actos de comercio, que tanto ha apasionado a la doctrina, servía sólo para aplicar a algún caso algunos de los artículos (los de *ius cogens*) del título IV del libro 1.º del Código, título que precisamente es criticado por no recoger ciertos principios generales de figurasidad en materia de obligaciones mercantiles que se contienen en otros Códigos. Para la precisión de este problema es conveniente anticipar que la jurisprudencia, como haré notar, no se atiene para la calificación de comerciante al acto aislado. Las sentencias a que me refiero son: sentencia de 3 de diciembre de 1926, que declara mercantil una compraventa de mercaderías sobre muestras; sentencia de octubre de 1929, antes citada, sobre suscripción de acciones, en que se dice: «tiene la naturaleza jurídica de ser mercantil, más bien preparatorio que principal innominado, si se tiene en cuenta la legislación vigente con el nombre de emisiva (?) de acciones y suscripción si se aceptan los usos y costumbres comerciales» (considerando 4.º), y la de 24 de abril de 1929, de la que copio el considerando 2.º: «Considerando: que definido por el Código de comercio el contrato de cuenta corriente, al que hace algunas referencias que demuestran su admisión en la vida mercantil..., no puede negarse que el celebrado entre comerciantes es un verdadero acto de comercio «sui generis» que, esté o no especificado, produce

(21) Al lado de esta sentencia, una de 7 de abril de 1926, por no poder encajar el caso en las reglas demarcadoras de la comisión, renunció a calificar de mercantil un corretaje, perfectamente admitido como comercial en el lenguaje del tráfico.

relaciones jurídicas que han de regirse por el Código mercantil; en su defecto, por los usos de comercio, y, sólo a falta de ambos, por la legislación común, como lo establece el artículo 2.º»

Cuando el Tribunal Supremo ha ido a la *calificación de comerciante*, no se ha preocupado de determinar cuántos actos de comercio son necesarios para que nazca un comerciante, sino que, con expresión más o menos disimulada, siempre hace referencia al *negocio* de que se trate. En el fondo, en todas las sentencias se encuentra el espíritu de la profesión, en forma tal, que una sentencia reciente parece dar pie para admitir un concepto de comerciante no en sentido material (objeto del negocio), sino formal, volumen y forma de llevarlo, con lo cual la separación entre acto aislado y negocio, en nuestro Derecho, cobraría mucho valor; es la sentencia de 13 de marzo de 1936, cuando dice que hay que «aquilatar el volumen del negocio y repercusión del mismo en orden a su trascendencia jurídica» (considerando 2.º), que, puesta en relación con la de 3 de junio de 1891, que dice que la herencia «pro indiviso» de un comerciante, al frente de la cual se pone a uno de los herederos, por acuerdo de todos ellos, con atribuciones tan amplias como las que correspondieron al fallecido, queda sometida a la condición de comerciante; y la de 14 de junio de 1883, que se apoya en la interpretación de la presunción del artículo 3.º, al referirse al artículo 17 del Código del 29 y a las prescripciones de la Ley de 30 de julio de 1878 (modificativas del Código en cuanto a la inscripción en matrícula de comerciantes), ponen de manifiesto cómo la organización de un negocio en forma comercial fuerza ineludiblemente al juzgador a aplicar instituciones mercantiles protectoras del crédito. Sobre esta dirección se volverá más tarde.

Otras sentencias tienen valor en cuanto califican de mercantiles ciertos negocios: el negocio de hospedaje (sentencia de 14 de junio de 1941), empresa de teatros (sentencia de 16 de febrero de 1933), café-bar (sentencia de 15 de octubre de 1940). Se excluye al industrial-empresa (sentencia de 12 de abril de 1907), al que se dedica a la industria de alquiler de coches (sentencia de 8 de julio de 1907); mientras una sentencia anterior al Código (sentencia de 3 de mayo de 1831) considera comerciante al sastre que compra telas para revenderlas en la misma forma o en otra diferente. Es comerciante el que se dedica a la elaboración de productos químicos (sentencia de 21 de abril de 1911), el que se dedica constantemente a la compra de frutos del país para su reventa en el extranjero (sentencia de 19 de junio de 1896), el establecimiento de perfumería (sentencia de 18

de enero de 1904), prestación de servicios de asistencia médico-farmacéutica (Res. de 1 de agosto de 1922). Ninguna dice: es comerciante el que celebró 35 depósitos, libró 45 cheques o 50 letras, o compra habitualmente a un comerciante determinado.

2. La situación general de los materiales codificados de nuestro ordenamiento queda explicada en el apartado anterior; importa ahora la operación con ellos y con los que están fuera del Código a los fines de concepto y sistema. De este tema se ocupa este apartado, que podríamos intitular en la siguiente forma, para dar una idea anticipada de su intención: *concepto y sistema en el Derecho español; justificación, posibilidades y límites de un sistema basado en la empresa.*

El punto referente a la *justificación* no es, ni más ni menos, que el de fundamentos por virtud de los cuales pueda deducirse que vale, para el Derecho de nuestro país, el concepto del Derecho mercantil como Derecho de las empresas.

En este momento hay que recoger el cabo que habíamos dejado en las transformaciones de estructura económico-social, producidas en el siglo XIX, y recordar que el concepto viene representado por una función entre esa realidad y su correspondencia con la teleología immanente en un sector del ordenamiento jurídico, que permita demostrar la vigencia en el mismo, del sistema que en aquella función se fundamenta.

a) Que la *estructura económico-social de nuestro país* se corresponde con la de cualquier otro de los que se conviene en llamar en la actualidad occidentales—lo que constituye el primer término de la función—no es cosa que precise de una demostración puntualizada y puede aceptarse por razones de evidencia. Consecuentemente, debe admitirse, de no tener buenas razones para destruir en bloque las aportaciones, pacíficamente incorporadas a la cultura actual, de la Teoría económica, de la orientación económica institucionalista y de la Historia de la economía, que el empresario es pieza esencial del sistema económico, que constituye un concepto de la economía y que es el heredero del viejo comerciante en cuanto resume generalización de una fórmula de organización económica espontánea: actividad aleatoria organizadora en previsión de la demanda del mercado; esta nota estructural o de organización es la que en la historia permanece, y con ello en el plano de la economía en que estamos queda limpiamente al descubierto que el comercio, en sentido de género de actividad, no fué sino ocasión de un esquema organizativo, que es lo verdaderamente relevante.

b) Pero no basta con la continuidad expuesta; se precisa contrastar—ya en el campo del Derecho—la vigencia del sistema en el ordenamiento; es decir, que aquella realidad está detrás de las normas de un sector del ordenamiento—ahora el español—, ex-

plicando su teleología. Aquí el tema de *justificación* conviene que sea tratado al mismo tiempo que el de *posibilidades y límites*.

La *demonstración* se basa en tres fundamentos: Primeramente tenemos la «correlación de fases históricas» que, de suyo, viene pre-juzgada por la significación, en la estructura económico-social del empresario; siendo éste el sucesor del comerciante en la economía, debe ser—un deber ser histórico—al empresario a quien se atribuya la necesidad de derecho especial. Pero no sería bastante razón si esa necesidad no estuviera, en realidad, implícita en el ordenamiento; aquí hay una razón de «legitimidad sucesoria»: en la medida en que gran parte del patrimonio jurídico que se contiene en los Códigos—y entre ellos el nuestro—viene del periodo de formación autonómica resulta que las exigencias de las empresas actuales, en cuanto fueron históricamente anticipadas en sus antecesoras históricas, están presentes en la teleología de las normas concretas, a las que el codificador quiso superponer su ideología o su plan. La salida a la contradicción de sistemas fué expuesta antes y luego, aún, se volverá. Hay, por último, una demostración de «vigencia actual», en la medida en que se manifiestan y se hacen valer las exigencias de las empresas, a los bordes del Código de la misma manera que en su seno (en la legislación constitucional, en la especial, en la jurisprudencia y en el Derecho de formación autónoma o autónomo-delegada).

Si penetramos en el Derecho que está en el Código, puede advertirse inmediatamente que las normas que se suelen llamar del «status» de comerciante reflejan más bien, como decía ya WIELAND, que es el conjunto de los elementos constituyentes de la organización de la empresa lo relevante; no importa al Derecho especial como tal, la aptitud o probabilidad de éxito personal del comerciante, puede serlo un incapaz, o un inhábil, se puede ser comerciante de distintos comercios, y cada uno exigirá de nuevo la observancia de las normas referentes a contabilidad, publicidad, etc.; si prescindimos del Derecho de cosas, prácticamente ausente del Código, y pasamos al Derecho de obligaciones, nos encontraremos no sólo con especialidades por contraste (en las que tanto se para la atención y que podemos saltar, para evitar caer en zona polémica), sino con verdaderas tipificaciones, desde el punto de vista dogmático, que no se explican sino por las empresas (contratos de transporte, contratos de seguros); en materia de títulos-valores, si se detiene la atención en la posibilidad de que aparezcan en un tráfico no comercial, se hace imposible la comprensión de sus funciones en el mecanismo económico para hacer flexible la relación entre empresas, fundamentalmente a los efectos de liquidez y seguridad, y, por tanto, metodológicamente, se comete un error de planteamiento, al dejar en segundo término la explicación teleológica.

Si, fuera del Código, atendemos al Derecho constitucional español vigente—que no es preciso detallar—o al de cualquier país,

en cuanto está generalizado, en nuestro tiempo, que la economía libre es un presupuesto metodológico de estudio de la economía (no el dogma ideológico según el cual la economía libre, por sí misma, originará la perfección del sistema) que permite la fundamentación científica de las medidas de orientación, nos encontramos con una tendencia evidente hacia la institucionalización jurídica del empresario. Si atendemos al Derecho especial encontraremos completadas las tendencias ya manifestadas en el Código; es palmario que la demostración no precisa de una nota recopilativa con lo referente a propiedad industrial, arrendamiento, tipología de empresas, etc. En la jurisprudencia tenemos ya el reconocimiento de la empresa como bien jurídico que constituye ya una doctrina firme cuya significación ha sido ponderada por la doctrina (22). Si examinamos el Derecho de formación autónoma —y es preciso, tanto para aceptarle como para hacer juicio de sus peligros— nos encontraremos con la empresa en materia de condiciones generales, en la conformación de tipificaciones contractuales, etc.; es decir, todo ese sector de Derecho vivo que quedaría sin comprensión posible si se tratara de examinar desde el plan del codificador.

Ahora bien, no puede eludirse que frente a los datos precedentes nos encontremos con que el Código conoce aún al comerciante y desconoce al empresario de la economía, y por ello no se propone trasladarle al Derecho; en las instituciones jurídico-obligacionales ha decidido sobre la aplicación de las mismas, en concreto y deliberadamente, de tal manera que extiende la vigencia de ellas fuera del tráfico de las empresas correspondientes a los tipos contractuales que regula, como si fueran adecuadas a este tráfico; en materia de títulos-valores tiene, en cambio, conciencia de que la susceptibilidad de extensión del régimen, cuando se utilicen fuera del tráfico mercantil, no quiere decir que no sea en el tráfico donde tienen su adecuación y su sentido (ésta es la significación, a los fines de teleología, de los viejos actos de comercio absoluto).

Con el conjunto de los elementos de juicio expuestos tenemos los presupuestos—que explican la contradicción y su salida—entre exactitud y perfección del concepto del Derecho mercantil en el Derecho español, por razón de su historicidad, en lo que tiene de común y de diferente respecto de otros ordenamientos; si el concepto quiere ser descriptivo y completo desde el punto de vista del sistema resulta contradictorio; si quiere centrarse en una razón de sistema interno «rationae materiae» resultaría incompleto. La salida a esta situación contradictoria nos es conocida y tomando las particularidades del Derecho español puede concretarse en la siguiente forma:

El Derecho mercantil español «debe ser»—en el sentido de co-

(22) Vid. Comentarios de Polo en R. D. P., 1943, págs. 317 y ss.; 1946; 559 y ss., a Sents. de 13 marzo 1943, 7 diciembre 1945 y 23 marzo 1946.

responderencia a la realidad económico-social de la actualidad, un Derecho «*rationae materiae*» *derecho de las empresas*. Lo es, ciertamente, tomando el Código con el conjunto del ordenamiento si se atiende a la nota cualitativa de organicidad sistemática inmanente y no deliberada, tomando la explicación teleológica de las normas que tratan especialmente a aquella realidad en razón a que la definición de los Códigos no es vinculante a estos efectos, en general, y especialmente en nuestro Derecho, porque no existe intento totalizador ni definidor global en el Código. Pero, si aun no siendo totalizador, se tiene en cuenta el contenido del Código, entonces, habrá de entenderse aquel concepto cualitativamente exacto pero incompleto. Ahora bien, es incompleto si se entiende que no son de excluir del Derecho Mercantil las normas contenidas en el Código que cualitativamente no puedan entroncarse a aquel sistema. Para decidir esta cuestión tenemos como regla dos fundamentales: de un lado, la continuidad histórica, da lugar a la aplicación de la terminología: es Derecho Mercantil lo que se contiene en él; pero esta razón no sería decisiva; pueden despreciarse las normas que aun en el Código y terminológicamente mercantiles no lo son, por no venir explicadas por las empresas y caer fuera del sistema. Es, en cambio, decisivo el que las normas de esfera de vigencia y de concepto de las instituciones, dispuestas con respecto a cada figura, no aplican aquéllas sólo a las empresas; en este no aplicarse sólo a las empresas hay a su vez, con cierta generalización, que distinguir: no se aplican sólo a las empresas porque el Código ha superpuesto a la teleología espontánea explicativa de la especialidad de tratamiento, una teleología deliberada, presuntiva, «a posteriori», aunque no case con aquélla; pero se da una inescindibilidad porque la teleología inmanente demuestra que estas instituciones están explicadas por las exigencias de las empresas. Las razones que reiteradamente se han expuesto, exigen que se atienda a aquéllas, como se vió en su momento, a los fines de la unidad de sistema y que, simplemente, se observen las segundas en lo que tienen de mandato. Es decir, la salida consiste en *servir* al ordenamiento en su inmanente teleología, tomando a ésta como base de sistema directivo de la interpretación y en *observar*, por razones de seguridad jurídica, los preceptos contradictorios con aquel sistema, pero sin apoyar a éste sobre aquéllos.

De esta manera el Derecho Mercantil español se *podría definir como el Derecho de las empresas y de las normas que extienden la vigencia del contenido de aquel Derecho fuera del tráfico de las empresas*.

El fundamento de la exactitud de este concepto se propone sobre la base de que se acepten las ideas del planteamiento, la historicidad del Derecho Mercantil y, como secuela de ello, la correlación de fases entre realidad económico-social regida y vigencia de sistema jurídico en el ordenamiento.

c) Desde un punto de vista negativo, que viene a desarrollar los presupuestos indicados, conviene recordar como *observaciones* algunas supuestas exigencias conceptuales que son, no obstante, irrelevantes:

Primeramente, la de que el concepto constituya función del legislador. Sobre ello no hay que insistir y basta recordar su sentido de técnica no única. En íntima relación con la precedente nota, está aquella que quiere hacer depender la exactitud del concepto de la posibilidad de dar con una fórmula técnica unitaria, de cierre de la materia mercantil; este presunto requisito tropieza con las siguientes objeciones: que las zonas limítrofes no constituyen temas que pidan necesariamente un sí o un no totales a la respuesta respecto de su mercantilidad, que es incongruente tratar esas zonas limítrofes en la misma forma que las centrales o hacer depender la exactitud del concepto de la generalización global del tratamiento de éstas a aquéllas; que en la medida en que las características de esas zonas no constituyen en la realidad económico-social elementos homogéneos con las centrales, es natural que la técnica jurídica necesite valerse de fórmulas no consistentes en definiciones, sino en casuística o cláusulas generales que reflejen que no se trata de la regularidad de una circunferencia, sino de líneas quebradas.

También conviene salir al paso de la idea de que el apoyo en la empresa requiere, para fundar el concepto, que éste se haga acompañar de una formulación de motivaciones generales de la especialidad de trato. Esta tendencia volvería a enfrentarnos con el tema de los principios generales; en pruridad las exigencias de las empresas se ponen en acto en particular y en concreto y originan especialidades que varían en comprensión y en profundidad; el sistema lo único que requiere es la constancia en la explicación económico-jurídica, en correspondencia con la realidad tratada. Sobre este punto conviene insistir; nos enfrenta con dos temas que son origen de frecuentes confusiones: el del sentido de la especialidad y el de tensión entre los sistemas de las distintas disciplinas (las llamadas Ciencias) jurídicas. En un ordenamiento unitario, como los contemporáneos, la especialidad no es de fundamento excepcional por circunstancias anormales o de base privilegiada; proviene de razones de justicia materiales exigidas por los supuestos de hechos regidos. El qué de la especialidad puede ser una institución completa una norma que haga excepción a otra regla más general, etcétera. La comprensión de la institución o de la otra regla exige su estudio propuesto desde los supuestos regulados. Lo que ocurre, a veces, es que así como la especialidad de la excepción salta a la vista en el seno de una institución

completa, originariamente nacida y desenvuelta por razón de las exigencias de aquella realidad, no se suele parar mientes en la cadena de exigencias concatenadas que llevan hasta grupos de normas a la institución anudadas, que sólo se explican por haber surgido con ocasión del nacimiento de aquélla y que se unen a la misma por un motivo de inescindibilidad. Por ejemplo, que la S. A. surge como una fórmula al servicio de grandes empresas es evidente, pero con ello se da ocasión a toda una estructura jurídica en la que hay partes que sólo mediatamente—por pertenecer inescindiblemente a esa estructura—se pueden decir motivadas por la exigencia de la gran empresa, por ejemplo, la doctrina y régimen de acuerdos, que se presenta análogamente en una Asociación. Por otra parte—a los efectos de tensión con otros fundamentos sistemáticos—, si se salva la diferenciación de fines y momentos, no hay inconveniente en reconstruir la unidad del ordenamiento desde un punto de vista distinto, con tal de que se sepa que cualquier corte contiene un fraccionamiento por la limitación de los instrumentos humanos de conocer. La relatividad de las disciplinas no es obstáculo a la validez de su existencia. Utilizando el mismo ejemplo anterior: el Derecho de Sociedades puede construirse en un sistema general, si se sabe, dentro de él, distinguir la línea de las especialidades mercantiles.

Igualmente, cuando se proponen las empresas y su tráfico como realidad material justificadora y definidora del Derecho Mercantil actual, conviene que se evite caer en la idea de que con ello se cree haber encontrado la fórmula técnica unitaria acotadora; este punto de vista refleja una incomprensión de lo que se propone. Si así fuera volveríamos a desnaturalizar el tema de concepto trasladándolo de su plano teleológico, al técnico o instrumental. No se trata de proponer una técnica de utilización universal, en cualquier ordenamiento; no decide el concepto que se dé esta fórmula al legislador que se proponga ser codificador, ni es imprescindible para uno u otro; ambos se encontrarán con las empresas indeliberadamente al tratar de dictar normas de justicia a las realidades de hecho que se le vayan presentando. Lo único que quiere decirse es que en los sistemas económico-sociales contemporáneos, las empresas y su tráfico explican un sector de normas de los ordenamientos teleológicamente. La traslación en formulas técnicas—tema muy importante pero no para el concepto—y la mayor o menor comprensión cuantitativa del ordenamiento serían características de cada uno. Podrá darse relevancia a la posición económicamente institucional del empresario aun respecto de su pura actividad ocasional, podrá centrarse la

atención—como es lo correcto—en la permanente organización de elementos materiales y personales y partir de ellos para decidir que su titular sea el empresario para el Derecho con fórmulas más o menos afortunadas y no por ello podrá pasarse de afirmar que la traslación ha sido más o menos acertada. Igualmente, cuando ante la situación jurídica actual se encuentran dificultades para la subsunción dogmática de la empresa en sentido objetivo (bien jurídico, patrimonio con afectación más o menos acentuada aunque no separado, «universitas», etc.) o de la naturaleza de la situación jurídica del empresario (posición de «status», cargo privado...). Asimismo, respecto del ordenamiento español actual no debe proponerse el problema desde el punto de vista de si la empresa ha vertido en una determinada técnica legislativa o de si en las categorías dogmáticas es de aceptar una calificación; lo que es relevante es la explicación detallada de la manera en que están las empresas en nuestro Derecho. Es decir, se trata de una gran tarea interpretativa y crítica que debe pender, de una parte, de la fidelidad al derecho vigente, si bien buscando el descubrimiento de los fines verdaderamente perseguidos por las normas concretas y, en su caso, según una prudente interpretación modificativa y, de otra, de una constante observación de la realidad económico-social en su permanente proceso evolutivo para fundar la crítica y promover la legislación justa.

Realmente, en esta materia había mucho más que decir, si esta fuera sede adecuada; habríamos de ver la falta de correspondencia del concepto de comerciante (y la insuficiencia técnica de su fijación) con las normas que luego le son de aplicar; la existencia de un régimen de contabilidad desbordado por las exigencias actuales, frecuentemente inobservado; Derecho registral insatisfactorio, parte general de obligaciones que omite justamente las particularidades importantes para conservar reglas que se dictaron invadiendo el Derecho común... Es decir, habríamos de ver que, en cuanto el intérprete contemple la estampa de la realidad económico-social con los ojos del Código y en la medida en que excluya de su tarea la función crítica y de observación, con fines de Derecho constituyente, promueve el desfase del Derecho Mercantil y con ello dificulta la comprensión del sentido fundamental de su concepto.

Tampoco debe, por último, pensarse que, cuando se habla de exigencias de las empresas y su tráfico, quiera decirse que se trata de aceptar las de un sector social según una determinada ideología, con la expresión exigencias quiere decirse simplemente que ahí, y según sus datos, la Justicia ha puesto o debe poner un Orden.

D) No es preciso extenderse en justificaciones de la necesidad de ocuparse de las RELACIONES ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA ECONOMÍA, tema que se aborda en las líneas que siguen:

Aunque pueden omitirse aquellas razones de justificación, no ocurre otro tanto con lo referente a márgenes del tratamiento que aquí se intenta. No me parece necesario hacer por mi cuenta la reconstrucción de la situación doctrinal en esta materia; la labor realizada ya en nuestro país en ese orden (23) no necesita de complementos. Por otra parte, aunque no recabe para mí ninguna autoridad por haber tratado ya de adentrarme en este sector (24), me parece que podría considerarme autorizado por ello para ir directamente a la exposición de mi punto de vista. Además, como el sistema de planteamiento y de revisión que se ha formulado para tratar del problema de concepto del Derecho Mercantil, es aprovechable como apoyo informativo y de fondo, resulta posible sin merma de rigor esta exposición resumida.

1. Hay que partir del recuerdo de *algunos extremos relevantes del tema de las relaciones entre Economía y Derecho*, tratando de prestar atención a los plantamientos actuales, a la vista del progresivo afinamiento de la Ciencia económica en su objeto y en su método. La teoría económica actual construye su concepto partiendo de la posición clásica según la cual tendría por objeto «el estudio del comportamiento humano en cuanto relación entre los fines y medios escasos de uso alternativo» (ROBBINS); de forma abreviada, se indica que se ocupa de las relaciones formales entre cantidades limitadas destinables a usos alternativos. Esta postura clásica debe aceptarse como fundamental porque, en las revisiones de concepto y método actuales, por quienes no aceptan aquella idea, no se la suprime, sino que se la complementa, respondiendo a un proceso de crítica del realismo de la ciencia económica como ciencia social, imputándose a aquella dirección metodológica su abstracción; de aquí, la necesidad de considerar la estructura de la sociedad que se tiene en cuenta, la presión sobre sus instituciones de los núcleos sociales, los cambios en las necesidades. En todo caso, permanece como esencial de su objeto no los fines sino las relaciones mismas entre los medios escasos que obligan al sujeto económico a una elección (25).

(23) Por el Prof. POLO, en Rev. D. M., mayo-junio 1946, págs. 333 y ss.

(24) *Derecho inglés de la economía de guerra*.

(25) Basta a nuestro fin esta idea concisa, que es suficientemente comprensiva; el desarrollo del problema de concepto no podría intentarse siquiera. Para tener buena orientación pueden verse: MARCHAL, *Cours*, cit. págs. 281 y ss.; CASTAÑEDA, *Lecciones*, cit. en la parte de Preliminares, y

Los *resultados* de la Ciencia económica no dan trozos o el total de un orden social regido por leyes de fatalidad mecánica. Pero las «leyes» económicas correctas contienen una verdad estadística; deducen de la consideración de grandes cantidades relaciones permanentes. La idea valorativa de un orden *económico* providencial y natural según el naturalismo racionalista es falsa; cosa distinta es que se parte metodológicamente del supuesto de máxima fluidez pensando en conductas de hombres, o grupos de hombres, moviéndose sin ninguna coacción que les sea externa. Sobre estas bases, la *Política económica* se hace posible como ciencia que indica los efectos que se producirían de una determinada inmixción en el juego económico. Nótese que tampoco propone los fines que habiendo sido extraños a la Teoría económica, lo siguen siendo para la ciencia de la Política Económica.

El Derecho, por el contrario, tiene un contenido ético fundamental que, en virtud del valor justicia, jerárquiza fines haciendo juicio de los mismos desde aquel criterio; de aquí sus disposiciones. Lo específico del Derecho consiste en una decisión de lo que se impone o permite como justo (26).

De aquí se deducen los puntos de interés en el tema de relaciones:

Las ramas de la Ciencia económica no se proponen fallar sobre los fines que son para ella datos; no hace juicio desde ningún criterio de valor y, por tanto, tampoco desde el de la Justicia. Por otra parte, si desbordaran ese límite nos encontraríamos con que sus resultados no serían de aceptar por invadir el verdadero Orden providencial total e indivisible

Se han ido seleccionando ideas aceptadas con bastante generalidad y que nos sean suficientes; en este momento se ha añadido la concepción cristiana que no se intenta demostrar científicamente por su envergadura; importa, sin embargo, puntualizarla con el siguiente texto: «Si bien es verdad que la ciencia económica y la disciplina de las costumbres dependen, cada una en su esfera de principios propios, sería, sin embargo, un error afirmar que el orden económico y el orden moral se hallan tan alejados el uno del otro, son tan extraños entre sí, que el primero no depende en modo alguno del segundo. Sin duda alguna, las leyes económicas fundadas en la naturaleza de las cosas y en las

DAUPHIN-MECNIER. *La doctrina económica de la Iglesia*, trad. de ARROYO, 1952, que en sus primeros capítulos hace una muy cuidada revisión con rigurosa base filosófica.

(26) Véanse mayores desenvolvimientos en BATAGLIA, *Diritto ed economia*, en «*Scritti giuridici in onore de Carnelutti*», I, 1950, recogiendo las ideas de CARNELUTTI y DEL VECCHIO, en págs. 208 y ss., y CHESA, *Diritto ed economia*, en N. R. D. C., 1952, I, págs. 168 y ss. Se recogen estos trabajos porque parten de ideas actuales sobre Economía.

aptitudes del alma y del cuerpo humano nos dan a conocer qué fines, en dicho orden, quedan fuera del alcance de la actividad humana, qué fines, por el contrario, pueden proponerse, así como los medios que han de permitir realizarlos, a su vez, la razón deduce claramente de la naturaleza de las cosas y de la naturaleza individual y social del hombre el fin supremo que el Creador asigna al orden económico entero. Pero únicamente la Ley moral nos exige perseguir en los diferentes campos entre los cuales se divide nuestra actividad, los fines particulares que les vemos impuestos por la naturaleza o más bien por Dios, autor El mismo de la naturaleza y de supeditarlos todos armoniosamente combinados al fin supremo y postrero que asigna a nuestros esfuerzos todos» (Quadragésimo Anno) (27).

No teniendo fatalidad mecanicista el llamado orden económico, la misma *susceptibilidad* para ser objeto de una Política económica, de cuya legitimidad científica nadie duda, sirve de base a la posibilidad de subordinación de la realidad económica a la Justicia. Esta posibilidad práctica es suficiente a nuestros fines. La dificultad que ofrezca a la técnica jurídica y todo el campo de relaciones, tomando en consideración la verdad estadística de las leyes económicas, debe ser estimado en su grandísima importancia censurar su frecuente desconocimiento, etc., pero podemos ahora prescindir de su desarrollo.

Tampoco es necesario complicar en la cuestión el tema referente a la superposición de campos mediante un trazado escrupuloso de límites, no toda la moral se hace Derecho, no todas las normas del Derecho inciden sobre materia económica; aunque se dé la amplitud contenida en la idea de que interesa a la Economía las relaciones electivas de medios escasos, aunque no se refieran a la idea vulgar de riqueza, siempre quedaría que donde no haya esa escasez o la elección no habría interés para aquella Ciencia.

2. Vengamos al *concepto del Derecho de la Economía y a su planteamiento*. Y primeramente tratemos de aclarar algunos extremos que pudieran originar confusión.

Hay que puntualizar algunos datos de índole histórica. Cuando se afirma que este Derecho surge como Derecho de guerra, con la primera guerra europea, y permanece luego, como Derecho de paz, debe entenderse que la preocupación por el mismo de la doctrina jurídica, bien intentando fijar su concepto, bien tratando de construir sus instituciones, es lo que data *primordialmente* de entonces.

(27) Para el estudio detallado de estas cuestiones generales, nos volvemos a remitir al libro de DAUPHIN-MEUNIER.

Pero no creo que haya que dar a este fenómeno demasiado valor. Que la existencia de un material legislativo dictado por razones económicas, o el que se hayan producido autónomamente instituciones jurídicas por razones económicas, es tan antiguo como la Humanidad, no necesita de muchas demostraciones; tampoco el que los órganos sociales depositarios del poder efectivo, en cada época, hayan dictado disposiciones intentando la dirección de la economía, es cosa que haya de demostrarse. Lo que sí interesa es, de una parte, que un sistema económico, el capitalismo liberal del siglo pasado, que partía de la idea de un «orden» económico natural de funcionamiento libre y automático, ha pasado a ser un «sistema» económico básico, pero «manejable» por la Política económica, y que ésta se ha puesto en marcha, y, de otro lado, que la Ciencia económica—a pesar de las imputaciones de esterilidad—está en condiciones de suministrar una base científica a la visión de la Economía como no se ha dado en ninguna época anterior (28).

De los perfeccionamientos de la Teoría económica y de la Ciencia de la Política económica se ha derivado que un gran número de problemas sociales, iluminados por ellas, hayan dejado al descubierto la evidencia, captable por inmediata intuición, de injusticias que, sin su auxilio, aparecían encubiertas, creándose la apariencia de que el juicio, inexistente por innecesario, procedía de ellas. Hay que evitar dejarse sorprender por este hecho y cometer el error de método de atribuir a aquellas ciencias la competencia para decidir sobre fines y para fallar sobre justo e injusto. No será nunca exagerado el llamamiento a la utilización auxiliar por el jurista de las aportaciones procedentes de ese campo, pero igualmente equivocado sería para los juristas—de nuestro país muy especialmente—seguir a quienes a falta de otras salidas se amparan en esta forma de positivismo sociológico-económico.

Por último, en esta parte de aclaraciones no está de más una última: el material de Derecho positivo que se presenta al jurista no ofrece, al efecto del trabajo sobre él, la dificultad de venir encerrado en fuentes o en formas técnicas, que fuercen en una determinada dirección el acotamiento de una disciplina por razones externas y técnicas.

Con estos antecedentes el tema de *concepto* de Derecho de la Economía entiendo que debe plantearse tomando en consideración las siguientes orientaciones:

Si se desea hacer labor de jurista, el estudio debe versar sobre

(28) No creo que sea preciso insistir en el detalle de ese marco de ideas generales. Cualquier libro de historia de la Economía sería suficiente, pero, en todo caso, el trabajo de BRUNETTI, *Il Diritto della Economia*, en N. R. D. C., 1949, II, págs. 7 y ss., da una visión histórica intentando marcar los trazos de la economía medieval, del mercantilismo, etc.

lo específicamente jurídico y, por tanto, no entender fallado el problema de justicia por una razón de política económica ;

si se desea añadir a la contemplación del conjunto de los supuestos sociales de hecho una particular consideración del ángulo económico, que antes no fuera posible por falta de suficiente desarrollo de las diversas ciencias económicas, entonces habrá de tenerse en cuenta (siempre sobre la base de ser lo específicamente jurídico lo que se refiere a la justicia) que tanto desde un punto de vista crítico del Derecho en vigor, como de las soluciones a que llevaría su interpretación, como de la renovación del ordenamiento, todo corte sería arbitrario ; es de suyo evidente que la atención a este aspecto afectaría a todas las ramas de la enciclopedia jurídica con las que se estudia el Derecho de una comunidad ;

Habría de verse la renuncia al fallo judicial por la duración y coste de los procesos, habría de verse el sistema hereditario y el régimen de la propiedad, y la forma de emitirse el derecho y su agilidad y seguridad en función de la movilidad de los supuestos económicos...

si se hace un acotamiento a un sector determinado, entonces es claro que la legitimidad del título Derecho de la Economía no se funda y que, más bien, debería hablarse de Derecho de la Economía en ese sector determinado. Pero en esos cortes puede verse otra explicación ; se trataría de llamar Derecho de la Economía a todo el que se dictara rompiendo con el supuesto del sistema económico liberal, aunque se presentara fragmentariamente ; es decir, Derecho de la política económica ; este supuesto merece una consideración más detenida. Ya antes se advirtió que la Ciencia económica no juzga de los fines ni decide sobre justo o injusto ; por tanto, respecto del momento legislativo no puede admitirse como Derecho el que se ampare en esta renuncia positivista a sus fines por muy poderosos que sean los medios económicos auxiliares. En el momento interpretativo y, por tanto, desde el punto de vista de su aplicación se justificaría formar una rama jurídica sobre esa base si la unilateralidad de la consideración de los fundamentos económicos de las normas (una vez admitida su justicia o no siendo manifiestamente injustas) fuera suficiente. Pero no lo es porque el supuesto de una economía funcionando sobre la hipótesis de una sociedad virgen de Derecho e instituciones es falsa. La comprensión del nuevo Derecho dictado por razones de política económica será completa cuando se vea sobre la realidad de una Sociedad con sus instituciones y Derecho precedentes.

Desde la Ciencia económica se formulan también objeciones de notable interés a la posibilidad de una ciencia que tome como base las medidas legislativas de política económica. Se dice, fundadamente, que la Ciencia de la política

económica no puede confundirse con el conocimiento de las medidas de esta índole de uno u otro Estado; aquella está en un lugar intermedio entre este objeto, que es más bien «policía económica», y la Teoría económica que estudia los efectos de la aplicación de unos medios a determinados fines, pero a éstos los considera materia política; sólo así puede aspirar a la validez general. Consecuentemente, un Derecho de la Economía que quiera apoyarse sobre la Política económica, entendida en la forma usual, debe ser consciente de que en realidad no se apoya sobre una ciencia, sino sobre la circunstancialidad de una política económica determinada (29).

Si a las consideraciones precedentes añadimos la existencia de un aparato de disciplinas jurídicas existentes ya y cuyo valor científico no se ataca, resultará claro que un Derecho de la Economía que con referencia a todo el ordenamiento o a una parte pretendiera basarse en razones económicas exclusivamente dejaría de ser Derecho.

Entiendo, por tanto, que el problema del concepto del Derecho de la Economía debe desglosarse en dos direcciones. De una parte, en una ampliación del temario del problema de relaciones entre Derecho y Economía que contuviera una revisión de la materia de las disciplinas, que se extienden sobre el Derecho en su conjunto, aprovechando las aportaciones de la Ciencia económica como otro dato. En esta forma interesa a la Teoría general del Derecho, la Política jurídica, la Historia del Derecho, la Filosofía. De otra, el mismo tipo de labor debiera abordarse en las demás disciplinas en su esfera propia. Este último punto necesita de algunos desarrollos.

El efecto conservador que producen el Derecho positivo y, sobre todo, la Ciencia (30), se pone de manifiesto muy particularmente en las disciplinas de Derecho positivo; su historicidad fundamental queda en segundo término por la pretensión de permanencia que se deriva de aquel efecto y no presentan flexibilidad para absorber las mutaciones en el ordenamiento. Claro está que el ritmo varía con la mayor o menor aproximación al Derecho natural. Pero lo que aquí interesa es que, como consecuencia del fenómeno indicado, la resistencia a modificar los cuadros sistemáticos y conceptuales ofrece una apariencia de estratificación de ordenamientos donde hay, en realidad, lentitud en la absorción de las nuevas normas y en la revisión de las categorías científicas para su comprensión.

Así se explica una subyacencia del Derecho mercantil bajo el

(29) Vid. PACINI, *A proposito de una recente concezione del Diritto dell'economia*, en R. D. C., 1945, I, págs. 161 y ss. . .

(30) Este punto ya se vió en el concepto del Derecho mercantil.

Derecho de la economía, que ha sido frecuentemente observada, aunque su explicación y su temporalidad pasen desapercibidas. Se ha hecho muy notable a la doctrina alemana por el contraste de las dos zonas del país (31).

3. El tema de *relaciones con el Derecho mercantil* debe ligarse al de *absorción de normas dictadas por razones económicas*, porque es, más bien, esto último lo que interesa.

Las disposiciones de tipo económico pueden contar con las instituciones existentes y con su operación, a través de la configuración doctrinal, sin obligar a una revisión. En otras ocasiones incidirán sobre ellas, obligando a revisar los conceptos científicos. A veces, las primeras necesitarán de una nueva comprensión doctrinal que, a su vez, puede obligar a una revisión del sistema. En definitiva, lo que procede—a pesar de su dificultad—es el esfuerzo científico de comprensión de los fines de las normas y su juicio desde el plano jurídico y contrastar, a la vista de su puesto en el conjunto del ordenamiento, la permanencia de la validez o la necesidad de revisión de los conceptos del sistema y de la técnica en los puntos afectados (32).

E) La aparición en el Derecho positivo y en la Ciencia jurídica del Derecho aeronáutico y la importancia de la tendencia italiana, en el sentido de su unión con el marítimo, aconsejan proponer el inexcusable tema de relaciones globalmente; hay que tratar, pues, de DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN.

1. Primeramente hemos de ocuparnos de la relación entre *Derecho mercantil* y *Derecho marítimo*, en los términos en que hoy viene planteado el tema.

Que existe una gran masa legislativa motivada por el tráfico marítimo de toda índole, es cosa de suyo evidente; que hay una bibliografía abundantísima y una especialización científica de hecho o si se quiere que hay por lo menos una división del trabajo explicable desde luego, por la razón «económica» de la amplitud de la materia, tampoco requiere de demostración; que en nuestro Derecho positivo hay un libro tercero del Código de comercio que trata del comercio marítimo, también es simplemente un hecho. A estos habrán de añadirse luego otros; de los indicados y los que vayan apareciendo conocemos ya sus antecedentes. En el cuadro de esos datos se plantea el problema acerca de si el Derecho marítimo constituye una disciplina. Conviene hablar en estos términos para atraer las ideas generales expuestas en el planteamiento.

a) De los datos expuestos se puede deducir, que si aislamos

(31) Puede verse en el *Kommentar* de GESSLER y colaboradores, en páginas X y ss., una descripción en síntesis.

(32) Cosa distinta es que se evite dejarse influir por la circunstancia de las normas, pero aquí no cabe sino el criterio de ponderación.

el referente a la existencia del libro del comercio marítimo de nuestro Código, los demás dan base suficiente para plantearse el problema en *términos generales*, antes de venir a las particularidades que presente en nuestro Derecho.

Si hacemos una apreciación con base exclusivamente en el argumento de autoridad resulta evidente que podría afirmarse que, con respecto al Derecho marítimo, hoy está generalizada y aceptada la idea que se expresa con los términos «particularismo» y «autonomía». Estos dos términos—francés e italiano—(33) nos encaminan hacia el eje de lo que hoy se debate—prescindiendo del tema de relación con el Derecho aeronáutico que se verá luego—: el qué pueda ser fundamento de una disciplina especial (tema que aflora como es explicable, sin más, aquí de nuevo) y en concreto cuál sea para el Derecho marítimo.

Conocidos los antecedentes históricos habría de añadirse aquí, para completar la información, una reseña evolutiva de la tesis de la autonomía y del particularismo y sus contradictores. Pero un apartado concebido en estos términos sería superfluo hoy ya; en cualquier libro está recogida la iniciación por PARDESSUS de la tesis particularista, complemento de las notas por DANJON, la impresión que hace a RIPERT, el entrecruzamiento de normas de Derecho público y privado, la contradicción de BONNECASE a la tesis sobre el fundamento maximizado del relativismo de las separaciones de disciplinas, la llamada a una escuela italiana por SCIALOJA en la R. D. C. (1928) que culminará luego con el «Codice de la Navigazione del 42» (34). Mayor interés tendría la comprobación de que, en efecto, está generalizada la idea autonomista en la doctrina; pero tampoco es preciso un sistema de lista, pues basta examinar los nuevos libros o nuevas ediciones de obras de Derecho marítimo.

Cuando se busca cuál sea el fundamento de la autonomía del Derecho marítimo un sector de la doctrina, indudablemente la más estimable, se preocupa de encontrar en aquel fundamento, además, la coherencia del sistema. Esto nos lleva a proponer a la cuestión un elemento adicional: la legislación marítima examinada «grosso modo» con las categorías mentales que provienen de las disciplinas jurídicas de la actualidad nos suministra lo que se suele llamar Derecho marítimo penal, procesal, militar, internacional... y con la cuestión de autonomía ha de ligarse la de sí en el Derecho escindido han de comprenderse todas esas materias.

(33) Prácticamente no contienen cosa distinta; la expresión italiana a lo que aspira es a precisar lo que se debate (así, en SCIALOJA, en su conocido trabajo, en R. D. C., 1928, pág. 2).

(34) Si se desea una lista puede verse en SANDFORD PAPI, *Istituzioni di Diritto della navigazione*, I, pág. 23, en nota.

’) Hay un sector doctrinal que concede atención menor al problema de la coherencia sistemática y, de manera más o menos amplia y con fundamentos más o menos fragmentariamente fundados, trata al Derecho marítimo sobre la base del objeto sobre que versa concebido en forma genérica (35). Es decir, todo lo que incide sobre tráfico marítimo sería objeto de la disciplina; se eluden materias de suyo muy alejadas, derecho penal, derecho de Marina de guerra... Con esta manera de proceder se demuestra que la nota de combinación de Derecho público y privado, que se había hecho resaltar, es instrumento insuficientemente afinado para la solución del problema.

Conviene advertir que se ha generalizado mucho la idea de que para RIPERT aquella nota era la decisiva como fundamento de la autonomía—para él del particularismo—; en realidad para este autor lo decisivo es el proceso evolutivo de la legislación y de la economía en su complejidad (36).

’’) Otro apartado conviene formular con la dirección que, en mayor o menor medida y con mayores o menores adiciones, toma como fundamento la decisiva aportación de SCIALOJA que basa la especialidad en las exigencias de lo que llama «transporte autárquico» y luego se vale de la tradicional distinción entre Derecho público y privado aplicándola al Derecho marítimo, resolviendo en esta forma el problema de sistema. Un texto de aquel autor sirve para recoger fielmente su idea. «Las situaciones particulares y especiales exigencias del tráfico marítimo derivan todas de este elemento de hecho fundamental. El *riesgo de la navegación* que une en una formidable solidaridad de intereses las personas que han confiado al buque sus bienes y su vida; la *lejanía de la nave*, confiada, tanto para las cosas privadas como para las públicas, a la autoridad y pericia de uno solo frente a todo evento; estos elementos de hecho, tan fuertes y diversos, es inevitable que den a sus normas reguladoras de creación original o de adaptación, una característica o precisa impronta» (37). El fundamento para valerse de la distinción entre Derecho público y privado suele ser, fundamentalmente, positivo: la permanencia del Derecho marítimo en la fuente formal Código de comercio (38).

(35) No se precisa hacer una enumeración de autores: podemos apoyarnos en la significación de la autoridad y recurrir a RIPERT, en *Droit Maritime*, ed. 1950, 53. y, de hecho, SCIALOJA, en su *Corso*, I, 1943, quizá influido entonces por la base que daba la legislación por él dirigida.

(36) Vid. su *Droit M.*, I, cit., pág. 51, y en *Précis*, ed. 1949, págs. 12 y 13.

(37) SCIALOJA, *Sistema del Diritto della navigazione*, 3.ª ed., vol. I, Roma, 1933, pág. 12. Pero este texto se reproduce por el autor desde 1928 hasta el *Corso* del 43.

(38) Esta tendencia se presenta en los libros generales de Derecho mercantil que tratan el Derecho marítimo y, en ciertas autoridades, en libros in-

Se ha hablado, antes, de la influencia de la idea de SCIALOJA sobre el fundamento de la autonomía del Derecho marítimo y conviene aclarar que, a veces, los autores expresan cuál ha sido su inspiración y otras no. Pero una cuidadosa revisión descubre que es más notable de lo que pudiera parecer a primera vista.

'''') Por último, hay que consignar las aportaciones que se esfuerzan en precisar el fundamento del sistema, primordialmente. Desde este objetivo tratan también, afinando, la razón de la especialidad. Así, partiendo de la exactitud de que el transporte autárquico es el hecho técnico origen de la especialidad del Derecho marítimo, se añade que ese concepto opera sólo en forma aproximada; lo decisivo sería la explotación del buque con todas las implicaciones de carácter organizativo que ello supone: «la actividad organizada inherente al empleo del buque (y de la aeronave) en base al destino que le es propio, encaminada a la consecución de un resultado económico, ligado a la satisfacción de una necesidad propia del que actúa o asumida por él como propia y acompañada de la incidencia del riesgo» (PESCATORE) (39).

Se pretende con esta definición centrar el objeto del Derecho marítimo en la navegación, cualquiera que fuere su objeto, independizándola del transporte al mismo tiempo. A su vez, la idea central de empleo del buque o explotación del buque, acompañada de las exigencias de organización que lleva consigo, va sirviendo para atraer el sistema los institutos del Derecho marítimo. En este punto de conexión de fondo con el sistema se centra otra tendencia, según la cual, de la atracción que producen sobre las normas las categorías de otras disciplinas, fundamentalmente las inspiradas en razones formales, habrán de excluirse cualquiera que fuese su carácter, según ese criterio (procesal, penal, etc.) aquellas que imprescindiblemente se necesitan para la comprensión íntegra del instituto regulado, en su causación, por el hecho técnico que motiva la especialidad; el criterio se formula, en síntesis, diciéndose que es decisiva la inescindibilidad de las normas (DOMINE-DÓ) (40).

Se ha recogido de esta última tendencia lo que se entiende idea central; podrían hacerse los desenvolvimientos, reproduciéndolos, en el orden que exige el plan que venimos siguiendo, pero no es necesario y es preferible utilizar más tarde lo que sea preciso.

dependientes; así, BRUNETTI, en su *Diritto Maritimo Privato*, 1928-35 (aun en su *Manuale* de 1947 separa netamente la parte administrativa), y aunque con salvedades respecto del Derecho público, WÜSTENDÖRFER, *Neuzeitliches Seehandelrecht*, ed. 1947, pág. 16.

(39) *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, en R. T. D. C., 1951, I, pag. 416.

(40) *Introduzione al Diritto della navigazione*, 1945, págs. 32 y ss.

b) Vengamos al estudio del *problema en el Derecho español*, tomando en consideración el hecho de la existencia del libro del comercio marítimo del Código (41).

’) La *estimación crítica* de la cuestión general es relativamente fácil. Las posibles dudas acerca de la razón de autonomía se aclaran si se atiende a separar entre *ocasión y fundamento* de las normas del Derecho marítimo. No cabe duda de que, históricamente, ha sido el comercio el que dió ocasión a que naciera el Derecho marítimo; pero también es evidente que el contenido de las normas, propiamente especiales, no atienden a las necesidades del comercio, sino a las exigencias propuestas por la navegación, de aquí que la explicación de la especialidad—exacto conocimiento de las normas, atendiendo a la penetración en las mismas de las características de los supuestos de hecho—que proponen los problemas de justicia que resuelven, esté justamente centrada en la dirección que marca la escuela italiana. Lo que ocurre es que, de la misma manera que se ha puesto de manifiesto un entrecruzamiento de normas de Derecho público y privado y la existencia de una tensión entre la atracción que ejercen las disciplinas existentes que se trata de resolver con los distintos criterios que se expusieron, hay también una conmixtión de normas jurídico-mercantiles y jurídico-marítimas que tienen que ser tratadas en la misma forma.

Estas tensiones nos encaminan igualmente en el tema de relación entre fundamento y sistema; los intentos de afinar en la demarcación de las motivaciones de la especialidad están condicionados, a partir de un cierto grado, por las características de cada ordenamiento positivo.

’’) En nuestro ordenamiento, el *libro tercero del Código* propone un dato importante, sin género alguno de dudas, pero no hay que exagerar su importancia.

Ya sabemos el momento histórico a que corresponde esta unión en los Códigos de comercio; esta referencia es bastante para que no sea preciso extenderse en el desenvolvimiento de las siguientes ideas: 1.ª Que, en la medida en que la unión formal no prejuzga sobre el contenido, resulta que la particularidad se conserva en las instituciones en atención a las exigencias de la navegación por mar y que, por otra parte, el intento privatizador no se consuma sino imperfectamente; está claro que no todo el Derecho privado del Código es mercantil ni que todo es Derecho privado (42); 2.ª También desde el punto de vista histórico se evidencia, sin necesidad de ulterior demostración, que la comprensión del Derecho

(41) Téngase, además, en cuenta que no se vuelven a desarrollar las ideas generales que nos sirven de criterio, pues vuelven a ser las que en el curso de toda esta parte de *Concepto* se han venido utilizando. Es posible, por tanto, una exposición de síntesis.

(42) No es preciso entrar en el detalle enumerativo de las figuras de Derecho civil marítimo, procesal, etc.

marítimo no puede esperarse del estudio exclusivo del Código. No se trata sólo de la importancia del Derecho vivo (43), sino de toda la aportación que, nacida por las vías de la producción internacional, constituyen Derecho interno o normas de vigencia efectiva a través de las distintas técnicas que sirven a las exigencias de la internacionalidad del tráfico marítimo, aparte claro está, de las normas que no se contienen en el Código.

De todo ello resulta:

Que la unión formal no debe ser dato en que apoyar interpretaciones que violenten la verdadera «ratio» primordial de las normas e instituciones.

En la materia en que esta consideración adquiere más relevancia, que es en lo referente a sistema para llenar lagunas, entiendo que sintetiza las directrices acertadas la siguiente: habrá que distinguir en las disposiciones de Derecho marítimo: *a*) Las que afectan a materias e instituciones peculiares del Derecho marítimo privado (naviero, capitanes de buque, derecho de abandono, averías, abordaje, etcétera). *b*) Las que afectan a instituciones que, aún siendo originarias del Derecho marítimo, se han generalizado al Derecho mercantil terrestre (seguro marítimo). *c*) Las que afectan a instituciones del Derecho marítimo que representan una desviación de la correspondiente institución del Derecho civil (condominio de un buque) «... el carácter peculiarísimo de la mayor parte de las instituciones del Derecho marítimo aconseja no acudir al Derecho terrestre, sea mercantil o civil, sino cuando la virtualidad propia de las normas jurídico-marítimas esté realmente agotada. Antes de pasar a otro grupo de normas, debe ponerse en práctica la interpretación analógica de las normas especiales del Derecho marítimo como sistema de Derecho especial, a menos que se trate de normas realmente excepcionales, que, por su misma naturaleza, impidan toda extensión analógica. Habrá que examinar en cada caso si la aplicación de principios jurídicos generales extraños al Derecho marítimo no repugna a la naturaleza técnica «sui generis» de la institución marítima de que se trate» (GARRIGUES).

Que en la medida en que lo jurídico-mercantil o es aislable y entonces no interesa, o se subordina a la «ratio» jurídico-marítima, no es de extender al Derecho marítimo el sistema basado en un fundamento distinto.

Que desde el punto de vista de las tendencias entre Derecho marítimo y la atracción de las demás ramas del Derecho, ha de

(43) Cosa sobre la que llamo la atención SCIALOJA (en el trabajo citado de R. D. C., 1928), pero valiéndose de EHRlich, con posibilidad de dar lugar a equívocos metodológicos, dada la postura de este autor en la materia.

entenderse criterio director el de las exigencias de la interpretación y del fundamento inmediato y primordial de las disposiciones, desterrándose, por tanto, la distinción entre Derecho público y privado en los límites exigidos por aquel criterio. Nótese que en esta formulación propuesta se trata de penetrar en la última razón que está detrás de las ideas que vienen pretendiendo acotar los límites del sistema científico; cuando se habla de «inescindibilidad, conexión intrínseca e inmediata con la materia especial» (DOMINEDÓ), o del presupuesto específico, que atrae la norma que se presenta con un nexo instrumental de ligamen directo y específico (PESCATORE), lo que en realidad queda manifiesto es que hay que atender a un criterio que en sus límites es relativo, de predominio, que sólo podrá hacerse valer con salvedades.

2. Para asegurarse en la comprensión del planteamiento debemos tratar bajo un sólo apartado las relaciones de *Derecho mercantil*, *Derecho marítimo* y *Derecho aeronáutico*.

Se prescinde del proceso formativo del Derecho aeronáutico, de su concepto, terminología, etc., porque aunque se trata de nociones de gran valor pedagógico, desde el punto de vista de este estudio sólo servirían para llenar páginas, oscureciendo lo esencial. Bástenos decir que en su desenvolvimiento han desempeñado un papel primordial organismos internacionales y acuerdos de este tipo; que es una rama jurídica que se ha formado desde poco después del principio de siglo; que desde el punto de vista legislativo se ha ido desarrollando, en general, en leyes sueltas, y que en el orden científico está todavía lejos de la madurez.

a) Si el problema de *autonomía* hubiera de proponerse sin tomar en consideración al Derecho marítimo, podría decirse que, en la actualidad, está generalizada la corriente que concede. De momento, podemos prescindir de los problemas de fundamentación de la misma, porque irán saliendo luego en sus lugares oportunos.

b) La fundamental dificultad se ha producido, en la *relación entre Derecho marítimo y aeronáutico*, en particular en Italia, por la publicación del Código de la Navegación, que une la materia aceptando la orientación de SCIALOJA (43 bis).

(43 bis) En este lugar conviene referir, brevemente, la formación de ese Código, advirtiendo que la cuestión discutida del sistema no debe empañar sus demás méritos. Ya en 1923, la ley de 20 de diciembre, que dispuso la reforma de los Códigos, incluía, entre éstos, al de la marina mercante, nombrándose una comisión, en 3 de junio de 1924, que elaboró un proyecto (1931) que abarca tanto lo comprendido en el Código de comercio como en el de la Marina mercante, pero que reflejaba la falta de apoyo científico, ya que el Derecho marítimo en Italia hasta que le impulsó SCIALOJA, haciendo un llamamiento para una escuela italiana de este Derecho («Rivista del Diritto commerciale», 1928, cit.), pertenecía casi al dominio exclusivo de los prácticos.

Antes del Código de la navegación, en Italia y, en general, en la doctrina de los países que no cuentan con ese hecho legislativo, es fácil observar dos tendencias construidas, de un lado, por los que temen que la unión al Derecho marítimo sea peligroso, por no ser posible la adaptación de las instituciones, o, por lo menos, una rémora para el desenvolvimiento del nuevo Derecho (44), y de otro, los que, como SCIALOJA, creen que, en el momento actual, el Derecho de la navegación aérea constituye una adaptación de las instituciones del Derecho marítimo (45). La primera de las tendencias va progresivamente fortaleciéndose a medida que se desarrolla este Derecho y se profundiza en el tema general de fundamento de disciplinas especiales.

En esta forma, se une esta tendencia con la de aquellos que se pronunciaban contra el hecho del primer auxilio que fué prestando a este Derecho el Marítimo desde sus conceptos e instituciones (46).

) El Código italiano de la navegación ha originado posturas contradictorias. La que parece reflejar la idea del Código es aquella que mantiene que la unificación no es meramente formal, sino sustancial y que el sistema de integración de lagunas, así como el tratamiento separado de las instituciones no es sino el reflejo de la falta de elaboración científica (47).

El propio Scialoja, en 1940 («Rivista del Diritto della navigazione», 1940, I, página 219), llama la atención sobre los daños derivados de no haberse afrontado el problema de la codificación del Derecho aeronáutico, propugnando su unión en el amplio marco del Derecho de la navegación. Estas ideas son, justamente, las que se reflejan en el nuevo Código, que, por lo demás, venía ya impuesto como Código unitario por GRANDI, en el discurso que pronunció en 1939 ante la Asamblea legislativa, en que manifestó que el DUCE así lo quería (FERRARINI: *Introduzione al Codice della navigazione*, en «Archivio Studi corporativi», pág. 388).

(44) Véase en este orden de ideas, BRUNETTI: *Diritto marittimo privato* citado, t. 1, pág. 57 y s., en que recoge la doctrina italiana hasta la fecha de la edición. Entre los especialistas, véase a AMBROSINI en varias publicaciones, cuyas ideas verterán en sus *Instituciones* (publicadas en Argentina en 1949), en prólogo y páginas 73 y ss., y FRAGALI (*Principii di Diritto aeronáutico*, Padova, 1930, págs. 19 a 24, y en *Autonomia e singolarità del Diritto aeronáutico*, en «Rivista de Diritto aeronautico», 1932, pág. 30). Puede verse también la voz *Luftfahrrecht*, en el «Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für Zivil und Handelsrecht», de SCHLEGELBERGER, bajo la que se contiene una interesante síntesis de HIRSCHBERG).

(45) *Sistema* cit., pág. 22. También, en Francia, RIPERT, al que cita LE GOFF: *Traité théorique et pratique de Droit aérien*, Paris, 1934, pág. 13.

(46) Así, KAFTAL se quejaba de que se introdujera en materia aeronáutica todo el bagaje jurídico anterior, porque entendía que estábamos en presencia de un fenómeno jurídico que no tenía ningún lazo de unión con el pasado. Por su parte, AMBROSINI, en las *Instituciones* cit., págs. 86 y 87, recoge textos de Mc NAIR de semejante significado.

(47) Véase sobre esta materia la controversia entre FERRARINI: *Introduzione*, cit. en «Archiv. di Studii corporativi», fas. 3, 1941, págs. 371 y s., y en «Rivista del Diritto commerciale», julio-agosto, 1942, pág. 192 y s., *La ma-*

Una actitud ponderada se ha observado por la doctrina alemana, aunque contraria a la unión. Así, WEGERDT (48) habla de que el «Codice della navigazione» no se puede tomar como modelo en su totalidad y que la unión del Derecho marítimo y del aeronáutico ha llevado a la regulación de materias que no se hubiesen abordado en una codificación independiente. SCHEUNER (49), comentando la unificación italiana, propugna por una codificación independiente que facilitará—dice—el futuro desenvolvimiento del Derecho aeronáutico, y acentúa que el contacto hay que buscarlo no sólo con el Derecho marítimo, sino en otros modelos, como el Derecho ferroviario, sin olvidar que el Derecho de tráfico no forma un todo cerrado, sino que, en último término, tiene que acudir al Derecho civil.

''' Con independencia de las posturas consignadas, que había que dar con fines informativos, lo que interesa es el fundamento de la separación. Se ha buscado ir caracterizando por el sistema de «notas» al Derecho aeronáutico. Se han indicado las de «politicidad» e «internacionalidad» como muy destacadas (50).

De una parte, porque las notas no constituyen base adecuada para la distinción de disciplinas, como se indicó, y, de otra, porque reflejan, en este caso, con claridad su conexión con el verdadero eje de la cuestión podemos prescindir de su detalle. Lo que en efecto tiene importancia es que la *navegación* como fundamento presenta una apariencia falsa de igualdad con la marítima; se trata de un oscurecimiento terminológico porque la rapidez, el medio, etc., hacen que la idea del Derecho marítimo de una lejanía que pide la nota autárquica decae en este Derecho; la rapidez y el vuelo sobre mar o tierra sobre grandes espacios, juntamente con la afectación inmediata a problemas de soberanía, son los elementos peculiares de especialidad, los que a su vez se reflejan en las notas que suelen darse (51).

teria aeronautica del codice della navigazione, y AMBROSINI: *Il Codice della navigazione e il Diritto aeronautico*, en «Rivista di Diritto commerciale», 1942, paginas 129 y s.

(48) *Gegenswarts-und zukunfft aufgaben des Luftrechts*, en «Z. A. für deutsche Rechts», 15 marzo 1943, págs. 65 y s.

(49) *Entwicklungsliemien des modernen Verkehrsrechts*, en la misma revista anterior, 1 de marzo de 1943, pag. 50.

(50) Esta última es generalmente expuesta en los libros y muy fundadamente. En íntima conexión con ella, está la del origen de la legislación, que incide en la materia de fuentes como resultado de la parte tomada por los organismos internacionales. Basta ver cualquier libro, y sólo a título de ejemplo nos remitimos sobre estos particulares a RIESER-LACOUR: *Precis de Droit aerien*, 1951, págs. 19 y s. y 37 y ss., y SHAWCROSS-BEAUMONT: *Air Law*, 1945, paginas 11 y ss.

(51) Estos temas en las págs. 73 y ss. de las *Instituciones*, de AMBROSINI, están expuestos con preferencia, por otra parte, a la doctrina reciente y no se hace preciso mayor información.

Pero no debe olvidarse un dato muy importante, y es el de grado de desarrollo de esta materia; es decir, no se cuenta con una vieja tradición histórica, formando un cuerpo arraigado en la vida jurídica de los pueblos, ni se puede decir que en el momento presente están agotadas las posibilidades de la materia técnica sobre la que el Derecho considerado incide. Consecuentemente, la agilidad de tratamiento ha de ser adecuada a la necesidad de no contemplar con prejuicios deformantes esta nueva rama jurídica. La solución debe ser la que propone LE GOFF (52): proceder por aproximación y comparación enfrentando los fenómenos nuevos con otros que hayan recibido su tratamiento en las demás ramas jurídicas, sin prejuicios ni posiciones rígidas. Esta solución es la que mejor conviene a la novedad de este Derecho.

c) Con cuanto antecede no habrá que insistir en que proponerse globalmente el tema de *si son «mercantiles»* las instituciones del Derecho aeronáutico no tiene sentido. Lo que sí, en cambio, lo tiene es que en esta forma vuelve a aparecérsenos un problema de fundamento y sistema; si se aísla ésta o la otra institución y se predica su mercantilidad, puede ocurrir que se haga con desconocimiento de la especialidad motivada por el fundamento técnico de las normas especiales, como en el Derecho marítimo; si, además, se intenta aislar lo que constituyera Derecho mercantil aeronáutico, volveríamos a encontrarnos con los problemas de «inescindibilidad» de que se habló en el Derecho marítimo; por último, si en un todo se une el complejo de disposiciones del ordenamiento que versan sobre navegación aérea, volveríamos a encontrarnos con la posibilidad de un Derecho penal, procesal, administrativo, etcétera, aeronáuticos unidos con arbitrio meramente externo. Conviene no trasladar del Derecho marítimo el contenido material de la especialidad, sino aprovecharse de las observaciones generalizables al nuevo Derecho sobre fundamento y sistema, pero atendiendo al distinto contenido de la razón de especialidad. Y, por último, de nuevo, habrá que tener en cuenta el grado de desenvolvimiento de esta disciplina, lo que aconseja una visión de conjunto para no discriminar anticipadamente con prejuicio.

d) Si, ya para el Derecho marítimo, podría invocarse la necesidad de división del trabajo por razón de amplitud de la materia, si se contempla también el aeronáutico, la cosa se presenta con caracteres de evidencia.

Pero las anteriores consideraciones, que pueden ser bastante para amparar el que del Derecho aeronáutico no se dé sino una exposición en síntesis en un programa, no lo son desde otro ángulo de trascendencia gravísima. Se trata de decir, para nuestro país, lo que podría trasladarse por paráfrasis del llamamiento de SCIALOJA de 1928: en nuestro

(52) Ob. cit. lug. cit.

país es preciso que el rigor del método científico-universitario se lleve a los Derechos marítimo y aeronáutico, a través de una especialización en cátedras nuevas (con la distribución que corresponda) si queremos que, en efecto, la patria nada menos que del Consulado del Mar, tenga en el Derecho marítimo y aeronáutico la posición que le corresponde.

Apuntes de Derecho Sucesorio

III

Atribución de la legítima por actos intervivos (continuación)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

§ 5.º *Computación del caudal, legítima, tercio y quinto después de las leyes de Toro, a través de la doctrina de los autores castellanos.*

Para calar hondo en el problema que vamos a estudiar, debemos situarnos dentro del régimen sucesorio legal castellano cristalizado en las leyes de Toro y captar la interpretación de las mismas, elaborada por los juristas del siglo de oro español.

En la primera parte de estos Apuntes (165) observamos cómo los principios germánicos de Derecho sucesorio, que imperaron en la Alta Edad Media, fueron mezclándose con conceptos romanos, que poco a poco invadieron el Derecho autóctono. Apuntamos, también, la constante labor de los juristas clásicos que configuraron una materia inicialmente germánica con moldes y aleaciones romanos. En la construcción guardaron las proporciones góticas, pero la realizaron con técnica y conceptos romanos.

No debemos olvidar esa realidad histórica si queremos llegar a comprender a los comentaristas de las leyes de Toro. Lo mismo que aplicaron la doctrina romana de la preterición, de la desheredación injusta y de la acción de suplemento de legítima y a las mejoras el concepto romano del prelegado de cuota o de cosa cierta, encajaron en los preceptos del Derecho real los conceptos de colación e imputación elaborados por el Derecho común.

Pero estos conceptos romanos también debieron amoldarse a las proporciones góticas. No se trataba de la imputación a una legítima corta, ni de colacionar a una masa hereditaria que en su mayor parte fuera de libre disposición del causante.

La colación debía llevarse a una masa íntegramente legítima-

ria que abarcaba toda la herencia, excepto el quinto—si el causante hubiera dispuesto de dicha cuota a favores de extraños o de alguno de los descendientes— y el tercio, respecto los descendientes—si el testador hubiese mejorado a alguno de ellos (166)—. De este modo, al no ser la legítima una cuota fija, directamente predeterminada, sino el núcleo restante de una masa de la que sólo se podían detraer cuotas cuantitativamente determinadas—quinto y tercio—, los problemas de computación e imputación quedaban centrados en el cálculo de tercio y quinto, es decir, en el polo jurídico opuesto de la masa hereditaria. La legítima, más que directamente por división de la masa por el módulo legitímario, se determinó indirectamente, por sustracción a la masa del quinto y el tercio previamente calculados.

Hechas estas salvedades vamos a entrar en materia y a examinar, una a una, las siguientes cuestiones: computación del caudal a efectos del cálculo de las legítimas y para cómputo del tercio y el quinto; imputación a la legítima, tercio y quinto; distinción conceptual entre imputación y colación; y la colación, su concepto y objeto.

Comenzaremos por estudiar la *computación de la legítima, del tercio y del quinto*.

Hemos visto que, en Derecho romano, la querrela por inoficiosidad de donaciones o dotes amplió el ámbito de la masa-base computable para el cálculo de la legítima, comprendiendo en ella, además del *relictum*, lo *donatum*.

Antonio Gómez (167) aplicó esta doctrina, de modo que «habitu ad tempus mortis, computando bona quae erant tempore donationis, ut fiat eorum unus cumulus; et habebit donatio in quinto bonorum si fuit facta extraneo: vel in tercio et quinto et legitima si fuit facta filio vel descendenti: et residuum erit legitima aliorum». La razón es «quiae alias si ita non fieret cumulus et computatio, semper possent parentes defraudare filios in vita, si tantum ex bonis quae habet tempore mortis deberetur».

No obstante, el Derecho real plantea importantes dudas y cuestiones. En las leyes de Toro, la ley 25, en relación con las leyes 19 y 23, ofrece serias dudas acerca de la computación de las mejoras de tercio y quinto. La ley 28 quiere aclarar la unicidad del quinto. Y, a través de la ley 17, queda flotando la

(166) Como expresó Palacios Ruvios («Repetitio rubricae et capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem»—Lyon 1538—, tercera numeración, § 22 «In constituendam tamen dote», núm. 11, fol. 153, col. 3). «hodie omnia bona patris sunt legitima filiorum excepta quinta parte quam poterit cui voluerit donare... excepta etiam tertia parte residui quam uni ex filii potuit prelagare». O, según el tenor de Juan Gutiérrez (*Practicarum Questionum Leges Regias Hispaniae Primae partis Novae Collectionis Regiae*, Salmanticae 1589, Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, pág. 139), «attento iure nostro regio omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto tercio, de quo inter eosdem liberos possunt disponere, et quinto de quo etiam inter extraneos».

(167) *Ad leges Tauri*..., t. XXIX, núm. 35, pág. 101.

ley 214 del Stilo con la cuestión de la prioridad en la deducción del tercio o del quinto.

Una a una vamos a hacer eco de esas cuestiones:

A) *Interpretación de la ley 25 de Toro*: ¿Qué se computa para calcular quinto y tercio de mejora?—La ley 25 de Toro, disponía que: «El tercio y quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes, y donaciones *proter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos e descendientes traxeren a colación o partición».

Dos cuestiones básicas conviene distinguir para la interpretación de esta ley.

Una: la palabra *saque* («no se saque») ¿se emplea en el sentido de *extraer*, o bien, significando *calcular*? (168).

Es decir, ¿se refiere a la *masa de cálculo* del montante de la mejora, o únicamente a la *masa de extracción* de los bienes con que ha de satisfacerse la mejora?

Otra: la disposición de esta ley, ¿ordena con criterio imperativo el modo de fijar el importe de la mejora o contiene simplemente una norma declarativa supletoria de la voluntad del testador cuando éste no la hubiese expresado claramente?: es decir, ¿contiene una norma coactiva o simplemente interpretativa?

Se trata de dos cuestiones distintas. Pero hay muchos autores que no las separan ni las distinguen. Otros, solamnte, plantean una de las dos y soslayan la otra. Por esta razón y por no ser raro que desde el punto de vista propio discutan unos autores las opiniones de los demás fundadas en presupuestos diferentes, resulta difícil la labor de síntesis y orientación que queremos realizar.

No obstante, la intentaremos. Al efecto, vamos a agrupar en torno a tres posiciones básicas las diversas opiniones de los clásicos castellanos.

Clasificación necesaria, aunque simplista como todas las clasificaciones elementales, sobre todo cuando, como aquí ocurre, se catalogan autores que no se plantearon la cuestión en su totalidad, sino únicamente problemas específicos y concretos.

a) Entre los primeros comentaristas de las leyes de Toro, vemos que Cifuentes (169), Palacios Ruvios (170) y Diego Cas-

(168) El verbo castellano *sacar* (por la palabra *saque* de la ley 25 de Toro), los autores lo traducen al latín por los verbos *subducere*, *deducere* y *extrahere*, cuyo significado oscila desde *calcular* a *extraer*, atribuyéndose, a veces, a éste, un significado puramente contable y otras una efectividad física, material.

(169) Ley XXV, núm. 1, según cita de ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*

(170) «Repetitio cap. Per vestras...», cit., tercera numeración, § 23, núm. 3, fol. 154, ed. 2.ª, y *Glossemata...*, lex XXV, gl. 1, pág. 598: «...quia non reperiantur in eis patrimonio tempore mortis, ut requiritur leges 10 et 23...».

tillo (171), sin perjuicio de esgrimir otros argumentos (172), apoyan principalmente su tesis, en la opinión de que conforme las leyes 19 y 23 de Toro la mejora se ha de deducir y calcular exclusivamente de los bienes que el causante tenga a la hora de la muerte. Reza la ley 19, como fijando un límite, «con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valuere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte». Y la segunda, hablando de la «mejoría del tercio de sus bienes», advierte que «la tal mejoría haya consideración a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte». De ese modo la ley 25 sería solamente un corolario de aquellas otras, que disiparía toda duda acerca de si debía entenderse que las donaciones colacionadas formaban parte del caudal hereditario a efectos de calcular el quinto y tercio de mejora.

Tercio y quinto se deducirían, por tanto, del caudal relicto exclusivamente. *No se saquen*, según esta tesis, significaría no sólo «no se extraigan» (en sentido factico) sino también «no se calculen», es decir, se referiría tanto a la *masa de extracción* como a la *masa de cálculo* de las mejoras. Entendido esto así, se limitaba el concepto jurídico de tercio y quinto al calculado con relación exclusivamente al caudal relicto.

Antonio Gómez (173) y el jesuita Luis de Molina (174) dis-

(171) «Las leyes de Toro glosadas». Utilis et aurea glosa domini Didaci Castelli (Methynnae Campi, 1553), lex XXVI, núm. 1, fol. 118 vto.: «quod melioratio de tertio et quinto extrahitur solum modo de his bonis, quae testator habebat tempore obitus sui, l. 19 et 22...: sed dos et donatio propter nuptias sunt penes filios tempore mortis parentum, et trahuntur ad collationem post mortem illorum, igitur cum non sint in bonis parentum tempore mortis, non defalcatur per donationem factam de tertio et quinto».

(172) Así, PALACIOS RUVIOS (*Gloss...*, lex XXV, gloss. I, pág. 598) emplea otro argumento, que se refiere a la interpretación de *sacar* por *extraer* mas que por *calcular*: «Ratio huius fuit, quia una donatio non defalcatur per aliam.» DIEGO CASTILLO (loc. cit.) repite este argumento y añade que las dotes y donaciones son del donatario y no del causante (argumento que justifica mejor la tercera tesis que referimos, es decir, la interpretativa de la voluntad del causante) y que las dotes y donaciones *propter nuptias* son privilegiadas respecto las otras donaciones (argumento que encaja mejor referido a la tesis que hace equivalente *sacar* y *extraher* materialmente).

(173) *Ad leges Tauri...*, lex XXV, núm. 1 (pág. 172): «... quia melioratio respuit tantum bona quae pater vel mater habet: et possidet tempore mortis, ut cui l. 19 et 23 supra eo: Ergo non possit detrahi de praedicta dote et donatione in collationem adducta, cum tempore mortis non fuerunt patris vel matris, de cuius successione tractatur, sed filii vel filiae conferentis...» Declaración que debe entenderse limitada a las disposiciones mortis causa, atendiendo a lo que el propio ANTONIO GÓMEZ dice en la ley XXIX, núm. 35 (pág. 191), antes transcrito—*ahabitu respectu ad tempus mortis, computando bona quae erant tempore donationis, ut fiat eorum unus cumulus*—, que debe aplicarse para juzgar la oficiosidad de las donaciones inter vivos (así interpreta a Gómez el jesuita Luis de Molina).

(174) LUDOVICUS MOLINA: *De Iustitia*, Tract. II, Disp. 236 (Conchae, 1593): «tertium et quintum in Castella, ut de eis tempore mortis disponere testator possit, intelligenda sunt de solis bonis quae habuerit tempore mortis, exclusis quae in dotes, aut alia deberat in vita» (1.463 C.); «tertium et quintum

tinguían según el tercio y el quinto en cuestión fueran el módulo de las disposiciones mortis causa o de las disposiciones inter vivos. En el primer supuesto los calculaban respecto del caudal relicto únicamente; en el segundo de la acumulación de *relictum* y *donatum* (175).

Un ejemplo, que ofrece Palacios Ruvios (176), contribuirá a aclararnos su posición. Un padre con tres hijos tenía una fortuna de 100. Dotó a su hija con 20. Mejoró a otro hijo con tercio y quinto. E instituyó herederos a los tres por partes iguales.

Palacios Ruvios lo solucionó así: De los 100 se descuentan los 20 dados en dote. Del resto, es decir, de 80 se deduce el quinto y el tercio, que, por tanto, se fijan en 38. El resto, es de 42, se colacionan los 20 de la dote colacionable y la suma se divide entre los tres hijos, tocando así a 21 cada uno.

A este cálculo, o pone Tello Fernández (177) otro ejemplo. Pero antes advierte que si las leyes 19 y 23 de Toro se interpretan como pretenden los comentaristas antes citados, la doctrina que estos deducen de la ley 25 debería aplicarse no sólo a las dotes y donaciones *propter nuptias*, sino también a cualquier donación (178). Un padre tiene 130, dona 10 a un hijo, mejora a otro en el tercio y quinto, y fallece dejando 120. Si tercio y quinto se deducen de 120, resulta que se grava a los legitimarios en más del tercio y del quinto: $56 \div 10$. Si los 10 donados en vida por el padre se descontasen de los 56 de mejora, recibiendo sólo 46 el mejorado en tercio y quinto, resultará que ni 46 es el tercio y quinto de los 120 dejados por el causante a la hora de la muerte, ni 56 lo es de 130.

Las leyes 19 y 23 de Toro, respecto las mejoras, en realidad no decían más que la ley *Cum quaritur*, del *Codex*, título *inoff. testamenti*. (III-XVIII-6), respecto a la legítima romana, cuando disponía que, «si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur». Sin embargo la doctrina de la inoficiosidad de las donaciones implicó la acumulación del *donatum* al *relictum* (179).

ad iudicandum, an quod in vita datum est filiabus et filiis, inofficiosum sit alijs, legitimis illorum contingens, deducitur ex toto bonorum defuncti acervo. adductis datis in vita» (1.464, D.).

(175) ANTONIO GÓMEZ (loc. ult. cit.) apoya su opinión respecto el cómputo de la mejora mortis causa, además que en las citadas leyes 19 y 23 de Toro, en que la «ratio fundamentalis decidendi est, quia postquam pater vel mater dotavit vel donavit, iam exit de patrimonio eius, et adquisitum fuit filio vel filiae recipienti: unde si postea alteri moliorationem facit, videtur de residuis bonis tantum meliorare» (argumento que encaja mejor a la tesis interpretativa de la voluntad del mejorante). El jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. cit., 1.463, C.) insiste en esta misma razón.

(176) *Glossemata*..., lex XXV, glos. XIV y XV, pág. 600.

(177) *Prima pars commentariorum in constitutiones taurinas* (Granatae, 1566), Lex 25.ª, núm. 4, fol. 197 vto.

(178) Op. y lex cits., núm. 1, fol. 195.

(179) Ver RODRIGO SUÁREZ, op. cit. *Declaratio legis regni*, § últ., núm. 26 (pag. 571).

Cierto, como se ha repetido, que en Derecho castellano la legítima no es una cuota fija, sino toda la herencia deducidos tercio y quinto de los bienes dejados por el testador a su fallecimiento.

Pero Ayerbe de Ayora (180) observa si el padre pudo satisfacer en vida íntegramente la legítima a sus hijos, resultaría anómalo que estos mismos hijos tuvieran derecho a una segunda legítima respecto los bienes que restaren al causante a su fallecimiento, y además sería de peor condición el padre que en vida dió a sus hijos sus legítimas, que el que no las dió hasta la muerte.

Por eso, Tello Fernández (181) afirmó que la referencia de las leyes 19 y 23 de Toro al montante de los bienes del causante al tiempo de su muerte, «intelligi debet, nisi bona exirent a patri-monio patris titulo donationis, hoc enim casu de illis extrahenda est melioratio, ne alias defraudetur melioratus».

El verdadero sentido de la referencia de las leyes 19 y 23, al montante de los bienes del causante a su fallecimiento, lo precisa Juan Gutiérrez (182). No disponían que la mejora solamente se determinase en relación a los bienes que el causante dejó a su fallecimiento, sino que fuera a dicho momento al que se atendiera para fijar el valor de los bienes del causante: «dict. l. 19 et 23, et 29, non dicunt tertium et quintum meliorationis intelligendum tantum fore de bonis, quae defunctus reliquit tempore suae mortis, sed quod valor honorum defuncti ad extrahendum tertium et quintum attendendus sit tempore mortis testatoris: quod diversum est».

La tesis de Palacios Ruvios, Cifuentes y Diego Castillo fué sostenida cronológicamente más tarde por Castillo de Sotomayor (183), pero éste aceptó, como excepción, que en el supuesto de que la mejora fuese hecha entre vivos en forma irrevocable pudiera sacarse de las dotes y donaciones posteriores en virtud de lo dispuesto en la ley 17 de Toro (184).

b) La tesis opuesta, es decir, la que no entiende el verbo sacar de la ley 25 por *deducir* o *calcular*, sino simplemente por *detraer* o *extraer* materialmente, fué especialmente defendida por Tello Fernández y Ayerbe de Ayora. Según estos autores la palabra sacar no se referiría a la *masa de cálculo* sino a la *masa de extracción efectiva* de las mejoras.

Tello Fernández opinó que en Derecho real todas las dona-

(180) ANTONIO AYERBE DE AYORA: *Tractatus de Partitionibus bonorum...* (Editio Novissima, Valentia, 1766)—la primera edición de esta obra fué publicada en Granada, 1586—, Pars. II, Quaest. III, núm. 45 (págs. 141 y s.).

(181) Op. cit., lex 25.º, núm. 3, fol. 196 vto.

(182) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, in fine, pág. 140.

(183) JUAN DEL CASTILLO DE SOTOMAYOR: *Quotidianorum controversiarum juris* (Nonae Editio-Colloniae Allobrogum, 1753), Lib. IV, *Conjecturis et interpretatione ultimarum voluntatum*, cap. XV, núms. 39 y 48 (págs. 126 y 129 y sig.).

(184) Op. y locs. cit., núm. 47 (pág. 128).

ciones se acumulaban a los bienes relictos, conforme se hacía en Derecho común, para calcular del conjunto así la legítima como el tercio y el quinto. V. gr., en el ejemplo que antes hemos referido, respecto de la suma de los 120 de haber relictos más los 10 donados por el causante, es decir, del total de 130, se debía calcular el tercio y quinto, en conjunto 60 (*y pico*), de los que se detraían los 10 de la donación, quedando 50 para el mejorado (185).

La ley 25 —según él— al disponer que no se saquen el tercio y el quinto de mejora de las dotes y demás donaciones que se colacionen, no pretendió sino defender las dotes y donaciones *propter nuptias* de toda reducción por razón de las mejoras que el propio causante ordenara. A su juicio, la *ratio* de la ley 25, estribaba en que las dotes y demás donaciones colacionables se imputaban en la legítima, a la que no podían menguar las mejoras de tercio y quinto (186). Pero, si las dotes y donaciones *propter nuptias* excedían de la legítima, la ley 25 no se aplicaba al exceso en el cual el donatario se entendía mejorado, conforme a la ley 29, ya que tratándose de la colisión de dos mejoras el supuesto estaría fuera de la *ratio* que atribuye a la ley (187). A la reducción de las sucesivas donaciones computables en la mejora, y por tanto con respecto al exceso sobre la legítima de las dotes y donaciones *propter nuptias*, aplica la doctrina común, de que una donación irrevocable no puede disminuirse por otra posterior, pues ello equivaldría a su revocación en parte (188).

Ayerbe de Ayora (189) también entiende equivalente el término *sacar*—de la ley 25— a *extraer materialmente*, y separa del sentido

(185) Op. y lex cit., núm. 4, fol. 198.

(186) Núm. 1 (fol. 195): «Ideo verus intellectus et ratio nostra legis est, quod ista lex loquitur tantum in donationibus quae in legitimam imputantur, ad quas parentes necessario tenebantur. Et sic de his donationibus quae trahuntur ad imputationem vel divisionem, in quibus nulla adest donatio quae veniat computanda in tertio vel quinto, ex eis non extrahitur tertium nec quintum.»

(187) Núm. 1 (fol. 195 vo.): «Ergo lex nostra tantum loquitur quatenus donati imputatur in legitimam, et est aequalis legitimae, vel minor, in exesu vero non loquitur.»

(188) Op. y loc. cit., núms. 2 y 3, fol. 196 y s.

(189) Op. cit., Pars. II, Quaest. III, núms. 5 y 6 (págs. 142 y 143). Previamente (núm. 4, págs. 140 y sig.), plantea el siguiente ejemplo: un padre tiene cuatro hijos y un caudal de 1.500.000 maravedises. En dotes o donaciones *propter nuptias* satisfizo a cada uno de ellos 200.000 maravedises, en conjunto 800.000, quedándose 700.000 que constituían el tercio (400.000) y el quinto (300.000) de sus bienes (es decir, de los 1.500.000 maravedises). Este resto lo dejó a uno solo de los hijos como mejora del tercio y del quinto. Los otros hermanos sostenían que la mejora del tercio y del quinto solamente podía deducirse de los 700.000 maravedises que habían quedado al padre al tiempo de su muerte, de modo que la mejora sólo debía valer en el tercio y quinto de dichos 700.000 maravedises. El mejorado, en cambio, sostuvo que la mejora pudo valer íntegramente en dichos 700.000 maravedises, porque los hermanos ya estaban pagados en su legítima.

Ver también Pars. IV, *Exemplum III* (pág. 334), donde claramente distingue entre «que no se saquen» y que «se dexen de juntar».

de aquél toda significación contable. Así dice, que: «podrá el padre disponer de todo el tercio, y quinto de todos sus bienes, juntando las dotes y donaciones *propter nuptias*, y haciendo todo un cuerpo, no para sacar la mejora que hiciere de las dotes, y donaciones *propter nuptias*; sino podrá disponer entre extraños de su quinto, o por su ánima, y del tercio entre sus hijos. Pero tanto menos podrá disponer del tercio el padre, quanto tuviere dado demás de sus legítimas a sus hijos varones, porque aquello se entiende ser mejora hecha primero al otro hijo a quien hizo la donación *propter nuptias*, dándole más de lo que le cabe de su legítima; y por el contrario, si uviesse dado a sus hijos en donaciones *propter nuptias*, no todo lo que les pertenecía de los bienes del padre, porque no les dió su legítima enteramente de los bienes que entonces tenía, o porque después adquirió más bienes: en tal caso trayendo a colación lo recibido y supliéndoles de los bienes que dexó el padre al tiempo de su muerte lo que les falta de sus legítimas haciendo todo un cuerpo, de todo ello podrá el padre disponer del quinto entre extraños; y del tercio entre sus hijos y descendientes conforme a derecho, y no solamente de los bienes que tiene, y le habían quedado quando murió, como no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, como conste de su voluntad que quiere mejorar en lo que puede a uno de sus hijos».

No obstante, Ayerbe de Ayora (190) hizo una concesión a la tesis interpretativa de la voluntad del causante, a cuyo efecto distinguió:

1. Si el padre en su testamento, o escritura de mejora, dijo que mejoraba a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes que tenía y poseía de presente, en cuyo caso la mejora no se extenderá más que a los bienes que tuviera de presente—*non ex defectu potestatis, sed voluntatis*—«porque el mismo se limitó, y no dixo más en la mejora que hizo, ni se extendió a más de los bienes que tenía, y estos bienes no se entienden de lo que tenía enajenado, y dado en dotes, y donaciones *propter nuptias*».

2. Si el padre dijese que mejoraba al hijo en el tercio y quinto de todo aquello en que podía mejorarle de derecho, o en todo aquello a que ascendieran sus bienes, o simplemente dijera que mejoraba a su hijo en el tercio y quinto de sus bienes. En estos casos, creyó sin sombra de duda «que pudo el padre mejorarle en todo el tercio y quinto de todos los bienes, ansi de los que al presente tiene, como de los que tenía al tiempo que dió las dotes y donaciones...»

Acevedo (191) señala, a la ley 25 de Toro, la misma *ratio* que

(190) Op., pars. y quaest. cits., núm. 4, vers. *in quo puto*, y núm. 5 (pág. 142 intine y 145, col. 1), y núm. 7 (pág. 143 in fine y sig.).

(191) ALPHONSO DE AZEVEDO: *Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Tomus Tertius (Lugduni, 1737), Lib. V. tit. VI, in legem nonam (25 Taur.) núm. 8 (pág. 183): «dotis datio vel donatio propter nuptias in legitimam imputatur ex text. ni l. 29 Tauri... nimirum si ex eis non detrahatur melioratio tertii et quinti, et hac est vera ratio decidendi ad l. nostram

Tello. Porque las dotes y las donaciones *propter nuptias* se imputan a la legítima no se detraen de ellas las mejoras de tercio y quinto. Más, para calcular éstas, cree igualmente que deben acumularse verbalmente incluso las donaciones irrevocables previamente hechas, aunque al ser también éstas imputadas en el tercio o en el quinto no quede al mejorado en tales cuotas sino el residuo de las mismas (192). En cambio, discrepa de Tello, al sostener que en ningún caso deben extraerse las mejoras de tercio y quinto de las dotes y donaciones *propter nuptias*, aunque sean aquéllas posteriores, y éstas excedan de la legítima estricta de la dotada o del donatario (193).

c) En una tercera posición podemos agrupar a aquellos autores, como Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez o Velázquez de Avendaño, que a la disposición de la ley 25 de Toro, en cuanto se refiere a su aspecto de ordenación contable, no la colocan en el ámbito de la potestad del causante sino que la sitúa en el terreno de su presunta voluntad.

Todos ellos admiten, como los del grupo primero, que la afirmación *no se saquen*, de dicha ley, tiene un sentido contable, que afecta al cálculo del montante de la mejora, pero contrariamente estiman que no se trata de un precepto imperativo, sino interpretativo de la voluntad del mejorante.

Es decir, según esta tesis *existirían dos masas de cálculo de las mejoras*. La *masa de cálculo posible*, es decir, permitida por la ley: equivalente a quinto y tercio de la suma de *relictum* y *donatum*. Y la *masa de cálculo a la cual presume la ley que se refirió el causante, si éste expresamente no fijó otra mayor posible al ordenar una mejora de tercio y quinto o de tercio*. A esta segunda masa de cálculo, y no sólo a la masa de extracción, refieren los defensores de esta tercera tesis la disposición de la ley 25 de Toro.

Antes hemos visto también que Ayerbe de Ayora dejó paso abierto a la voluntad del causante. Pero este autor, en el supuesto de que el padre no expresase sino que *mejoraba a su hijo en el tercio de sus bienes*, aceptaba que dicha mejora debía calcularse de la suma de *relictum* y *donatum* (194). En cambio, los juristas que colocamos en este grupo afirman precisamente en el supuesto de tal disposición indeterminada, que la mejora sólo debe calcularse con

rejectionis aliis rationibus Castelli, et, Gomezii, et Pal. Rub. hic. etiamsi Matienzo».

(192) Loc. y lex cit., num. 10 (pág. 184): «computatio prioris donationis irrevocabilis est facienda, et cum bonis relictis a testatore tempore mortis verbaliter consideranda, et hac consideratione facta, extrahitur tertium et quintum, quo quidem extracto, res ipsa donata donatario est tradenda integra, et ea tradita in quod superest de tercio et quinto secundo illi meliorato est tradendum, et haec est vera computatio, nec obstat quod secundum hanc computationem, non consequitur ultimo melioratus totum tertium et quintum...».

(193) Loc. y lex cit., núms. 1 y 2 (pág. 182 y sig.): «quod dotes ac donationes modo essent tertianda neque quintanda, sive antea praecesserit melioratio tertii et quinti sive sequatur».

(194) Op. cit., Pars. II, cap. III, núm. 7 (págs. 143 y sig.).

respecto al *relictum*, aun admitiendo que el causante pudo disponer su deducción del conjunto de *relictum* y *donatum*, y que es posible presumir esa voluntad deduciéndola de las circunstancias que acompañen a la disposición de la mejora.

Rodrigo Suárez (195) aplicó a la interpretación de la ley 25 de Toro las razones siguientes: 1.^a Su analogía con los supuestos de la detracción de la Trebellianica y de la Falcidia. 2.^a La no presumibilidad de que el padre, al testar, se refiriese a bienes que ya habían salido de su patrimonio. 3.^a El hecho de que la dote forma parte del patrimonio de la hija. 4.^a y 5.^a El criterio interpretativo de varios textos del Digesto, de los títulos *De Aur. et argen.*, *De legat.* y *Ad Trebell.*

Observa que «*melioratur filius in tertia, quae respectu filiorum non est legitima, cum poterat pater unum meliorare, et alios excludere, et per consequens illum quem melioravit in tertiam, potuit meliorare in dimidia tertia*». «*Praesumendum est ergo —concluye— cum dixit, melioro in tertia parte bonorum meorum, non se retulisse, nisi ad bona, quae erant in suo patrimonio tempore mortis et sic affuit potestas faciendi, et etiam voluntas, quae coniecturarum ex dictis verbis, igitur*» (196).

Pero frente a esta regla general admitió que el testador podía disponer expresamente que dicho tercio de mejora se dedujera de todo el acervo, «tam de bonis quae ipse dimittit tempore mortis, quam etiam de dotibus ex omnibus aliis, quae ipse dederat filiis suis», pues «cuando el testador así se expresa cesan todas las razones antes dichas para no deducir las mejoras de las dotes y donaciones» (197).

Matienzo, tras de rechazar la *ratio* asignada en la ley 25 de Toro por sus primeros comentaristas, señala la que le parece más exacta. Porque la voluntad del testador no se extiende a lo ignorado e incógnito, en tanto que no le fué posible conocer o adivinar si la hija o hijo que en vida suya recibieron la dote o la donación *propter nuptias* las colacionarían a su muerte (198). Esta presunción de voluntad cesa, según esta interpretación, si la mejora es anterior a la dote o donación *propter nuptias*, por eso proclama que: «*Melioratio tertii et quinti prius facta extrahitur ex dote, vel donatione, quae confertur, quae meliorationem sequitur*» (199).

(195) Op. cit., *Declaratio legis Regni*. § 6 quaeritur. núm. 1 (pág. 548).

(196) Loc. últ. cit. (pág. 549).

(197) Núm. 2 (pág. 549). Ver en la pág. sig. b) y núm. 3 las limitaciones que señala a esta conclusión.

(198) *Comentaria Joannis Matienzo in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Matuae Carpetanae, 1597). Lib. 5. tit. 6, Ley IX (25 Toro). Gl. I. núm. 4 (fol. 156). Pues, si bien los bienes que se colacionan «intelliguntur, est haereditaria quoad legitimam filiorum, ut circa eam exqualitas servetur: non autem censetur haereditaria ad extendendum voluntatem testatoris melioratis ut melioratio de his extrahetur bonis, quae testator ignorabat post mortem futura haereditaria, cum ad ignorata, vel incostata voluntas nunquam extendatur».

(199) Op. y lex cit., gl. III. núm. 2 (fol. 156).

Esta opinión parece confirmada por las palabras de la ley 25, Esta, como nota Juan Gutiérrez (200), habla del tercio y quinto de mejora *hecha por el testador*. Si estas palabras—dice—no son superfluas o impropias, presuponen manifiestamente que la mejora fué hecha en testamento posterior, y así la dote o donación similar precedieron a aquélla. En otro caso hubiese bastado que la ley dispusiese, omitiendo las palabras antes transcritas, que: *La mejoría de tercio y quinto no se saque de la dote*. Ciertamente que Castillo de Sotomayor (201), apurando la interpretación literal observa que la ley no dice *hecha en testamento*, sino *hecha por el testador*, lo que no prejuzga la forma ni el tiempo de la mejora.

Velázquez de Avendaño (202) concreta perfectamente el sentido interpretativo de la voluntad no determinada expresamente por el causante, al afirmar que: «Limita tamen regulam nostrae lege quando pater expressé constituit quod melioratio deduceretur ex acervo totius haereditatis vel ex omnibus praeteritis seu futuris bonis.»

La distinción hecha por Matienzo, según fuesen las mejoras anteriores o posteriores a las dotes y demás donaciones colacionables, la matizó Angulo (203) atendiendo al carácter revocable o irrevocable de tales mejoras. Tal vez este autor fué el que trató más detenidamente esta materia. Su tesis la procuraremos concretar en las siguientes proposiciones:

1) Ninguna donación irrevocable puede ser disminuída por otra donación posterior (204); en cambio, toda donación revocable debe entenderse revocada por cualquier donación posterior que resulte incompatible con ella (205). Principios que deben aplicarse

(200) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXII (pág. 139).

(201) Op. y vol. cit., Lib. IV, Cap. XVI, núm. 47, vers. *Nec obstat*, pag. 129.

(202) LUODOVICUS VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO: *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Regibus Hispaniarum foelicis recordationes utilissima glosa* (Editio Nova Coloniae Allogrogum 1734 [la primera edición fué publicada en 1588], ad L. XXV, núm. 5 pág. 55). Notemos que este autor, que también estima básico el principio de la no revocabilidad de la donación anterior por las posteriores (núm. 3) y acepta como indudable que la mejora irrevocable anterior se deduce de las dotes posteriores (núm. 2), llega a admitir que el testador puede ordenar la detracción de las mejoras posteriores de las dotes anteriores, no solamente en sentido contable, sino también materialmente, siendo eficaz si el testador lo ordenó así, cuando la hija dotada opta por colacionar la dote (no si se abstiene de la herencia) o si la dote se dió con pacto de reversión (núms. 6 a 9).

(203) ANDREA ANGULO: *Commentaria ad leges Regias meliorationem*, tit. 6, lib. 5 (Madrid, 1592). Lex nona, glosas I y II (págs. 474 y ss.)

(204) Lex nona, glosa secunda, núm. 2 (pág. 479).

(205) Lex nona glossa prima, núm. 2 (págs. 474 y sig.), en relación con la lex prima, glossa quarta, núm. 14 (págs. 89 y sig.). En este comentario de la ley 17 de Toro precisa la *ratio* de su tesis: «Unde quemadmodum si quis donatio sic revocabiliter aut legato equo: donavet postea irrevocabiliter equos suos omnes induceretur revocatio prioris donatione, ex dicta ratione: oeden modo donatus revocabiliter fundus, qui non potest valere in vim tertii et quinti ex d. I. 10 infra. censebitur revocatus per posteriorem generalem meliorationem tertii et quinti, irrevocabilem, quae non potest valere generaliter nisi revocando.»

tanto a las dotes y a las demás donaciones causales como a las donaciones simples (206).

2) En el terreno del Derecho necesario, para calcular las legítimas debe sumarse al caudal relicto el importe de las donaciones simples y causales, incluso si el donatario se abstuviera de la herencia. De lo contrario, es decir, si sólo se atendiese a lo dejado por el causante a su fallecimiento, podrían ser defraudados los legitimarios y perjudicados con donaciones inoficiosas. En cambio, no es de derecho necesario la acumulación de dichas donaciones *ob causam* para calcular el tercio y el quinto, pues separadas estas donaciones del cómputo disminuyen las mejoras de tercio y quinto con el consiguiente aumento de la legítima, que califica de favorable, mientras conceptúa odiosa la mejora (207).

3) Pero el derecho necesario tampoco impide que se acumulen las dotes y donaciones causales o simples para el cálculo de tercio y quinto, puesto que con ello no se lesiona la legítima (208). «*Quod autem non laedantur ex accumulatione donatum simplicium patet ad oculum. Cum donatio simplex prior fit integraliter ex dicto tercio et quinto sic extracto solvenda, iuxta l. seg. (26 de Toro). Et sic nec ipsa minuitur iuxta hunc text, nec melioratio nocet legitimis (209). Quod autem nec legitima laedantur ex accumulatione dotium aut donationum ob causam, vel pro legitima, patet simili-*

(206) *Lex nona*, glossa secunda, núm. 3, págs. 479 in fine y 480.

(207) *Lex y gloss. ult. cit.*, núms. 8 y 18 (págs. 482 y s. y 491 y ss.). Ver núm. 30 (pág. 499), donde concluye: «*quantum ad metiendas legitimas filiorum, omnia alienata per patrem titulo lucrativo in vita, et in morte, cummulanda sunt, cum bonis relictis tempore mortis ut filiis competat eademmet legitima, quae competavit, si donationes factae non fuissent, ut in Authen. unde si parens, Cod. de inoff. testam. Quo ad deducendum autem tertium et quintum, solum esse consideranda bona relicta tempore mortis, ut in l. 7 supra, non diminuitis, nec agregatis donationibus praecedentibus.*»

(208) *Lex y gloss. ult. cit.*, núms. 9 y 15, págs. 483 y s. y 489 y s.

(209) He ahí un ejemplo que nos ofrece Angulo en el núm. 20 (pág. 494): Un padre tiene un caudal de 400, del que 186 es tercio y quinto y 214 la legítima. Hace una donación simple e irrevocable de 50 y posteriormente mejora a otro hijo en tercio y quinto. Acumulada aquélla idealmente para cálculo de tercio y quinto, éstos siguen valiendo 186 de los que deben deducirse los 50 donados. Y si para el cálculo de dichas cuotas no se acumulan verbalmente los 50, tercio y quinto valdrán 162 y restarán 188 para las legítimas, pero al no bastar esa cantidad para satisfacer a los legitimarios se deberá añadir 26, que faltan, reduciéndose en ellos la mejora. De este modo las legítimas quedarán completadas igualmente en los 214 (= 188 + 26) y la donación simple más la mejora reducida en 26, darán 50 + (162-26) = 186, tercio y quinto íntegros.

Supongamos que la donación anterior a la mejora es de 100.

Acumulándola idealmente para cálculo de tercio y quinto, estos valdrán 186 de los cuales se deducen los 100 de la donación. Si no quiere acumularse idealmente para calcular dichas cuotas, tercio y quinto resultarán 140 y quedarán para las legítimas 160. Pero como la legítima íntegra es 214, habrá que reducir la mejora en los 54 que faltan a la legítima de modo que resultará que tercio y quinto también se llenarán totalmente con la donación y la mejora reducida: 100 + (140-54) = 186.

Es decir, que por cualquiera de los dos procedimientos, correctamente aplicados, el resultado obtenido será el mismo.

ter. Nam si quidem dos, aut donatio ob causam fuit collata (quia erat minor legitima et filiae intererat conferre, quia non obstante melioratione tertii et quinti posteriori sperabat commodum ex successione) etiam si ea dos immisceatur bonis pro deducendo tercio et quinto: nec ipsa recipit detrimentum, nec melioratio nocet legitimis: ex qua dos collata in partem filiae conferentis imputanda est, et sic pater disponit de tercio et quinto bonorum suorum. Quod si dos vel donatio ob causam esset ampla, et qua contenti filia, vel filius abstinerunt» (210).

4). Aun cuando la mejora posible equivaliera, como hemos visto, al tercio y quinto del conjunto de *relictum* y *donatum*, idealmente acumulados, resulta de la ley 25 de Toro, como regla general, que la mejora ordenada con posterioridad a dotes u otras donaciones precedentes no se debe calcular del importe de éstas. Razones: que al tiempo de mejorar ya habían salido aquellos bienes donados del patrimonio del causante y que la mejora dispuesta como cuota de bienes se refiere a los que pertenezcan al mejorante, no a los que ya no eran suyos, como se deduce analógicamente, referida la mejora al tiempo de presente, de la ley Si ita, del tít. *de auro et argen, lega* del Digesto (XXXIV-II, 7 [8] 211).

5) No obstante—insiste—las mejoras de tercio y quinto no sólo pueden sino que deben, calcularse acumulando dotes y donaciones en los supuestos siguientes:

α) Las irrevocables y anteriores a las dotes y donaciones; éstas deberán acumularse al caudal relicto para el cálculo de tales mejoras (212). Igualmente la donación de cosa o cantidad cierta (que conforme a la ley 25 tiene consideración de mejora) anterior

(210) En el núm. 19 (págs. 493 y s.) ofrece el siguiente ejemplo que abreviado vamos a repetir: Un padre con cuatro hijos tenía un patrimonio de 400. Tercio y quinto ascendían a 182; la legitima 214, aproximadamente. Dió 10 en dote a una hija; restaron 390. Después mejoró a un hijo en tercio y quinto. Si la mejora se deduce de todos los bienes, acumulando la dote, valdrá 186, restando 164. Cantidad suficiente para la dote y legítimas necesarias: la ley, no obstante, dispone en este caso que la mejora sea extraída sin acumular la dote. Así extraída de 390 vale 182. Disminuye en cuatro y en lo mismo aumenta la legitima. Dados 30 la mejora vale 173, disminuye en 13 y en ellos crece la legitima. Dados 60, por tanto más de la legitima necesaria: entonces, aunque la mejora posterior decrezca en la tercera y quinta parte de dichos 60, es decir, en 28, como la hija recibio más que la legitima y ella se abstuvo de la herencia: la legitima de los tres hijos restantes aumenta en 21. Dadas en dote 90, la mejora vale 145, disminuye en 41, la hija recibe 37 más que su legitima y se abstiene: la legitima de los restantes aumenta en cuatro. Dadas en dote 100, así tercio y quinto valdrán 140, a los cuales deben añadirse los 46 en que la dote excede de la legitima rigurosa de la hija que vale 54, y de este modo ni tercio y quinto bajan de los 186 ni los demás hijos no mejorados reciben más que su legitima rigurosa, es decir, 54 ($54 \times 4 = 216$). Si la dote pasase de 100 resultaría inoficiosa, según la Pragmática de Madrid, de que luego hablaremos.

(211) Lex y gloss. ult. cit., núm. 11, vers. *Itaque*, y 14 (págs. 486 y 488 y sig.). Ver también el núm. 30 (pág. 499), antes transcrito.

(212) Núm. 31 (pág. 499): «Ut melioratio praecedens sustineatur et non decrescat, sit que eiusdem quantitatis, cuius fuisset tempore mortis, si dotes seu donationes sequentes factae non fuissent.»

a dotes o donaciones *propter nuptias*, no debe considerarse inoficiosa aunque exceda del tercio y quinto de los bienes relictos, si su importe no es superior al tercio y quinto calculados, añadiendo idealmente las dotes y donaciones al caudal relicto (213).

6) Aquellas mejoras que el testador ordenó que fuesen calculadas acumulando al caudal relicto las dotes y donaciones anteriores a la mejora. Aunque con la limitación de que calculadas en esta forma, no perjudiquen a dichas dotes y donaciones anteriores, es decir no las revoquen ni disminuyan (214).

γ) Las mejoras de cosa o cantidad cierta posteriores a dotes y otras donaciones, aunque excedan del quinto y tercio del *relictum*, pueden sostenerse si no exceden del tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donatum*, en cuanto no lesionen las legítimas ni disminuyan las dotes o donaciones precedentes (215).

Es decir, *el tercio y el quinto de mejora se calculan sumando «relictum» y «donatum»*. En cambio, *las mejoras genéricas de tercio o quinto se el causante no dijo otra cosa, sólo se calculan con relación al «relictum»* (216)—al que únicamente se añade la parte en que las dotes fueran inoficiosas (217)—; *pero, de ser la mejora*

(213) Num. 32 (pág. 499 y s.): «Quia cum solum valeat in rationem tertii et quinti: pro metiendo tamen hoc tertio et quinto, et regulanda inofficiositate donationis, non solum dotes, seu donationes sequentes, sed etiam ipsiusmat donationis quantitas accumularetur cum bonis relictis tempore mortis, ut in quantum fieri possi, donatio includatur in tertio, et quinto, et non revocetur.»

(214) Núm. 33 (pág. 500): «Iis enim salvis (ut melioratio extendatur in quantum possit. sine diminutione donationum praecedentium et legitimum filiorum), reliqua in arbitrio patris possitu sunt, et ab eius voluntate pendent.»

(215) Núm. 34: (págs. 500 y sig.): «Cessat enim eo casu ratio, propter quam meliorationem tertii et quinti, et sic quotae bonorum diximus supra restringi, etiam ampliatas legitimis: quod scilicet, tamquam quotae bonorum, non intelliguntur referri ad bona iam donata, licet eis aggregatis legitimae non laederentur. Res enim aut quantitas certa efficacius providet, et volentem extendit, in quantum est necessum pro dispositionis valere, sine detrimento donationum praecedentium et legitimarum, cum in a voluntate pendeat.» A continuación ofrece el siguiente ejemplo: Padre con cuatro hijos y un patrimonio de 400. Da en dote 50 a una hija, y después mejora a un hijo en cosa cierta que vale 186. La donación vale, pues no reduce la dote ni lesiona las legítimas, ya que, colacionada la dote quedan en la herencia 214, es decir, la legítima íntegra de los cuatro hijos.

(216) Es de notar que, según PALACIOS RUVIOS (*Glossemeta... Lex XXV*, num. XII y XIII, pág. 601) y GUTIÉRREZ (op. cit., I. II. Quaest. LXI, núm. 1, págs. 137 y s.)—que asegura seguir la opinión de CIFUENTES y acepta sus razones—cuanto se dice de la dote entregada debe aplicarse a la dote prometida («in dote promissa, nondum tradita nec soluta»), porque antes de detraerse tercio y quinto, debe deducirse lo que no sea del causante y las demás deudas que éste tuviere, entre las que se cuenta la dote prometida. «quia ad praedictum tertium et quantum deducendum—dice GUTIÉRREZ—prius ex toto acervo detrahitur omne aes alienum, quo deducto, ex reliquo deducitur melioratio tertii et quinti, quod si postea appareant alia debita pro eis tenetur pro rata melioratus in tertio et quinto.» Opinión que siguen, entre otros, ANGULO (op. cit., lex nona, glossa secunda, núm. 22 a 25, págs. 496 y ss.) y CASTILLO DE SOTOMAYOR (op. y vol. citados, Lib. IV, cap. XV, núm. 46, págs. 127 y sig.).

(217) Ver el propio ANGULO, op. cit., lex sexta, gloss. prima, núm. 18 (págs. 395 y sig.) y lex nona, gloss. secunda, núm. 35 (pág. 501).

irrevocable se añade contablemente al «relictum» el importe de las donaciones posteriores a dicha mejora, mas no el de las anteriores.

B) *Interpretación de la ley 28 de Toro. Unidad del quinto, inter vivos y mortis causa.*

Explica Rodrigo Suárez (218) que la glosa magna al vers. 6 *quaero* de la ley 1 Cod., *de inoff. dona.*, planteó la siguiente cuestión: Un padre donó nueve onzas e instituyó herederos a sus hijos en las tres restantes, gravándoles con legados y fideicomisos. ¿Cabía que los hijos reclamasen por inoficiosidad de esos legados y fideicomisos?

Traducida jurídicamente, la cuestión era la siguiente: la donación que no excediera de la parte disponible no podía sufrir la *querela inofficiosae donationis* y, por otra parte, según la ley *Cum quaeritur* (Cod. III-VIII 6), no cabía la *querela inofficiosi testamenti* si se dejaba a los legitimarios la cuota correspondiente de los bienes dejados por el causante a su fallecimiento: ¿tenía, pues, el testador la disponibilidad mortis causa de tres cuartas partes de las tres onzas remanentes?

La glosa lo resolvió negativamente y Rodrigo Suárez suma su opinión a esa negativa: «quod debet filius habere omnes tres uncias integras relicto onere legatorum: et sic non dicitur legitimam habita consideratione ad quartam trium unciarum, quae erant: et remanserunt tempore mortis, sed omnes tres unciae dicuntur tota legitima, et integrae pro legitima debentur filio in totum, habita respectu ad bona, quae erant tempore donationis: quia erant duodecim». La ley *Cum quaeritur* debía completarse e integrarse a través de lo dispuesto en el título *de inofficiosae donationis* «per quem consideratur legitima habendo respectum non solum ad bona quae reperiuntur tempore mortis, sed consideratur retro ad tempus donationis: et debet filio relinqui quarta de bonis patris, habito respectu tempus donationis».

Pero esa duda, certeramente disipada en Derecho común, se presenta más difícil en Derecho real. Precisamente el Fuero Real dió pie a la solución que la glosa había rechazado. La ley 7 del Libro III, Tít. XII, dispuso que quien tuviera descendientes «no pueda dar más de su quinto: e si por aventura más diere la donación nõ vala en aquello que es de más, e vala en aquello pue». Y la ley 9 del Lib. III, Tít. V, ordenó que: «Ningún ome que uviere hijos o nietos o dende ayuso, que ayan de eredar no pueda mandar, ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes: pero si quisiere mejorar a alguno de los hijos o de los nietos puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes sin la quinta sobredicha: que puedan dar por su alma, o en otra parte do quisiere e no a ellos.»

En virtud de ambas leyes, como expresó Palacios Ruvios (219)

(218) Op. cit. «Declaratio legis Regni», § últ. *Ad lectur. L. post rem indicatam*, núms. 23 a 25 (págs. 570 y sig.).

(219) *Glossemata... Lex XXVIII*, gl. 1 (pág. 619).

«dicebant antiqui, quod pater poterat disponere de duobus quintis, unum in vita, alium in morte, quia legis predictae erant sitae in diversis titulis».

La ley 28 de Toro alude a las del Fuero Real y explica que: «La ley del fuero que permite que el que tuviere fiijo o descendiente legitimo pueda hacer donación fasta la quinta parte de sus bienes e no más, e la otra ley del fuero, que asi mesmo permite que puedan mandar teniendo fijos o descendientes legitimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda e platique que por virtud de la una ley e de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre a ninguno de sus fijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte».

Palacios Ruvios (220), no obstante, insistió en que esta ley no impedía que el padre en vida pueda dar a un hijo la quinta parte de sus bienes y a su muerte a otro otra quinta parte, sino que solamente prohibía que a un mismo hijo le fueran otorgadas ambas quintas partes.

Pero el resto de los autores rechazaron esta interpretación y entendieron que la ley 28 de Toro eliminó toda duda y resolvió negativamente la posibilidad de disponer de dos quintos, además del tercio, a favor de los hijos o de más de un quinto a favor de extraños, acumulando lo dejado en vida y lo dispuesto mortis causa. Así opinaron Rodrigo Suárez (221), Gregorio López (222), Tello Fernández (223), Peláez de Mieres (224), Matienzo (225), Angulo (226), Juan Gutiérrez (227), Ayerbe de Ayora (228), Acevedo (229) y Fernández de Retes (230).

Ahora bien: ello no implicaba que el padre no pudiera disponer de dos quintos como mejora a favor de alguno o algunos de

(220) Lex ult. cit., gl. III (pág. 619) y lex XXVI, gls. XVII y XVIII (pág. 609): «Nec obstat lex 28 ... non dicit nec negat. quod possit pater unum filiorum donare quintam partem bonorum in vita, et alteri filiorum a tempore mortis legare aliam quintam et tertiam. Solum prohibet dicta lex, quod virtute dictarum legum forti, non possit pater unis filiorum donare, quintam bonorum unam in vita, et aliam quintam eidem legare in morte, ut sonat verba legis ibi».

(221) Loc. ult. cit., núm. 21, 22 a 26 (págs. 570 y sig.).

(222) Glosa a las palabras «en vida» de la ley 8, tit. IV Quinta Partida (núm. 48, pág. 50 del vol. III, de la ed. Barcelona, 1843).

(223) Op. cit., lex 28, núm. 1 (fol. 221).

(224) MELCHOR PELÁEZ DE MIERES: *Tractatus de maiortum et meliorationum Hispaniae*, Prima pars. Quaest. LVIII, núm. 26 y 35 (fol. 208 vuelto núm. 1 (fol. 162).

(225) Op. cit. (Granatae 1575) Lib. 5, tit. 6, lex XII (28 Toro). Glos. III, núm. 1 (fol. 162).

(226) Op. cit., lex duodécima, Glossa única, núms. 1 y 2 (pág. 637).

(227) Op. cit., Lib. II, Quaest. LXIX, núm. 1 (pág. 158).

(228) Op. cit., Pars. II, Quaest. VIII, núm. 17 (pág. 150).

(229) Op. y vol. cit., Lib. V, Tit. VI, lex XII (Tauri 28), núm. 1 (página 201).

(230) JOSEPH FERNÁNDEZ DE RETES: *De donationibus academica relectio*, cap. VIII, núm. 16, en «Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici» de GERARDUS MEERMAN (ed. Hegae-Comitum 1753). Tom. VI, pág. 589.

sus hijos o nietos, o disponer de un quinto para su alma, su esposa o extraños y de otro quinto a favor de cualquiera de sus descendientes. No existía obstáculo para ello, puesto que un segundo quinto cabe en el tercio de mejora, y quien puede mejorar en el tercio podrá hacerlo en otro quinto, que es menor al tercio. Cifuentes (231), Tello Fernández (232), Ayerbe de Ayora (233), Matienzo (234), Angulo (235) y Acevedo (236) se expresaron en este sentido. Como concluía Ayora, «la ley 28 de Toro, que le prohíbe (al causante) que pueda disponer de dos quintos, uno en vida y otro en muerte, ha lugar y se entiende entre extraños; pero entre hijos bien puede disponer de dos quintos, pues puede lo más que es tercio y quinto».

C) *Computación de las donaciones módicas y de las remuneratorias*.—El presente problema nos parece que resulta más correcto estudiarlo al tratar de la computación del caudal. Se trata de una cuestión a la par de imputación y de computación. Son objeto del debate unas liberalidades que de ser computadas en el caudal deberán imputarse al quinto—o al quinto y tercio si favorecen a los descendientes—y que, viceversa, de imputarse al quinto—o al quinto y tercio—habrán de computarse para calcular el haber total y, por tanto, para deducir el montante del quinto.

a) La ley 28 de Toro suscitó esta duda: ¿deben computarse en el quinto las donaciones módicas—*donationes minutim*, es decir, *parvae quantitatis*—o bien, sin computarlas puede disponerse íntegramente del quinto para el alma o a favor de extraños o de tercio y quinto a favor de los hijos?

Rodrigo Suárez (237) se inclinó por esta segunda solución «ne parentes extricti ut quodammodo videatur eis interdicta administratio bonorum». Opinión compartida con alguna salvedad por Gregorio López (238).

(231) Comentando la Ley 18 de Toro, núm. 7. según citas de AYERBE DE AYORA Y ANGULO.

(232) Op. cit., Lex 28. num. 1 bin fine, fol. 221.

(233) Op. cit., Pars. II, Quaest. VIII, núm. 17 (pág. 150).

(234) Op. cit., Lib. 5, Tit. 6 Ley XII (28 Toro), Gl. III, núm. 1 (fol. 162).

(235) Op. cit., Lex duodécima. Glossa única, núms. 1, 2, 4, 5, 13 y 14 (págs. 637 y ss.): «Quia pater non potest in vita neque in morte disponere et am nisi de uno quinto inter extraneos» (núm. 2): «...etiam prohibetur dare uni quinq; uni hlio in vita, et alterum in morte tertio et quinto meliorare» (núm. 4); ...«quando non est dispositum de tertio: planius utraque dispositio quinto valet» (núm. 13, in fine), «Nec obstaret, quod disponens sit usus nomine quinti: prout nec obstasset, si legasset extraneo tertium, qui legatum valerit usque ad quintum» (núm. 14).

(236) Op. y vol. cit., Lib. V, tit. VI, lex XII (28 Tauri), núm. 1, in fine, y 2 (pág. 201).

(237) Op. cit., *Repetitio legis Regni*, § últ., núm. 27 (pág. 571).

(238) Glosa a las palabras «en vida» de la ley 8. tit. IV. Partida quinta (ed. y vol. cit., pág. 50, núm. 48): «Ciertamente, si los hijos resultaban poco gravados en la legítima, a consecuencia de aquellas donaciones módicas, sería equitativa la solución de Suárez, mayormente, hallándose apoyada por la costumbre. Si el exceso y gravamen eran notables no distinguiera yo el conjunto

Matienzo (239), eclécticamente, distinguió: «*Quintae parti imputantur donationes minutim filiis factae*—al que además se le mejoró con tercio y quinto—*non sic si extraneis.*»

Tello Fernández (240) decididamente optó por la primera solución, porque «de minimis habenda est ratio ut de magnis».

Ayerbe de Ayora (241) intentó concordar las opiniones extremas con esta fórmula: «que la opinión de Rodrigo Xuárez proceda y aya lugar quando el padre hizo las donaciones en tan poca cantidad y a personas tan pobres y beneméritas que no puede passar honestamente, según la qualidad de su persona, sin darles aquello que les dió por menudo en cada año. Pero si las dichas donaciones no fueron muy menudas, ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera passar el padre y madre sin darlas, porque su hazienda ni cualidad no le obligaban a ello: en tal caso proceda la opinión de Tello Fernández y que se le descuento al padre del quinto y se saquen del».

Juan Gutiérrez (242) afirmó que si, en rigor, era jurídicamente verdadera la tesis de Tello, cuando el exceso producido por las parvas donaciones era módico resultaba más equitativa la tesis de Rodrigo Suárez, especialmente si la costumbre la corroboraba, pero, con Gregorio López, rechazó toda salvedad cuando la acumulación de las donaciones hechas *minutatim* arrojase una suma considerable.

Y Angulo (243) inclinóse por la no computación de las donaciones módicas, salvando el supuesto de fraude «*parentum dobus consilio*», «*ita ut nec donatio inmodica sit, vel ad finem defraudandi fiat*».

b) El problema de la naturaleza de las donaciones remuneratorias repercute también en esta cuestión, que del Derecho común la recogen los autores castellanos.

de pequeñas donaciones de una donación cuantiosa». (A continuación, en esta misma glosa, se ocupa de la cuestión, examinada por los autores de derecho común, de si se computan los frutos obtenidos por los hijos y producidos con bienes del causante).

(239) Op. cit., Lib. 5. tit. 6. lex XII (28 Toro), Gloss. III, núms. 2 y 3 (fol. 162 in fine y vto.).

(240) Op. cit., lex 28, núm. 4 (fol. 222).

(241) Op. cit., Pars. II, Quaest. XXXV, núms. 31 y 32 (págs. 202 y siguientes). «*Exempli gratia*, las Pascuas y fiestas solemnes dieron a sus criados, que les avian servido, y avian cobrado su servicio, o a sus parientes pobres algunos dineros, o trigo en poca cantidad, como lo suelen hazer los hombres nobles, y ricos con sus criados, que les han servido, y con sus parientes pobres, y otras personas semejantes que, juntándolo todo, lo que dieron en su vida de esta manera, o Misas, que azian decir en cada un año por sus difuntos, o por descargo de sus conciencias, viene a ser gran cantidad: si saldrá esto del quinto de tal manera, que el padre o madre no podrán disponer pro ánima, o entre extraños, de todo el quinto de los bienes presentes, que dexasen al tiempo de su muerte, sino solamente del remanente del quinto, sacando primero aquellas donaciones, que hizieron *minutatim* en su vida, como está dicho.»

(242) Op. cit. Lib. II, Quaest. LXVIII, núm. 2 (págs. 157 y sig.).

(243) Op. cit., Lex duodecima, Gloss. única, núm. 26 (pág. 647).

Palacios Ruvios (244), Diego Segura (245) y Diego Castillo (246) sostuvieron que las donaciones remuneratorias no debían computarse en el acervo común, como «*aes alienum*» y, por tanto, no entraban en el cálculo de las legítimas ni se imputaban al quinto y tercio.

Covarruvias (247), por el contrario, sostuvo que las donaciones remuneratorias no podían disminuir las legítimas ni considerarse como cosa ajena y que en Derecho real debían imputarse al quinto y tercio.

El jesuita Luis de Molina (248) parece que se inclinó por la primera opinión que, según él, fué la común doctrina de los autores.

D) *Prioridad en la deducción de tercio y quinto.*—Explica Covarruvias (249) que la herencia líquida debía entenderse dividida conforme al Derecho real en quince partes iguales: de ellas tres correspondían al quinto, cuatro al tercio y las ocho restantes a la legítima.

Claro que esta afirmación debemos referirla solamente al supuesto de que el causante hubiera dispuesto de todo el quinto y todo el tercio, sin alterar el orden normal de su deducción que luego veremos.

Hacemos la primera salvedad con el fin de soslayar el peligroso error de creer que la herencia se halla dividida en compartimientos estancos. Tercio y quinto, como veremos a través de la opinión de los autores, no suponen sino un margen de libertad dispositiva, absoluta en el quinto y limitada a favor de los descendientes en el tercio. Por eso, como acabamos de ver, no disponiéndose del tercio, podía disponerse de dos quintos a favor de los descendientes. Dos quintos que equivaldrían a seis quinceavos si no se trataba de dos disposiciones sucesivas de las que la primera fuera irrevocable, porque en este caso, conforme también hemos visto, el segundo quinto debería calcularse respecto los doce quinceavos que restaban en el momento de su disposición, salvo si el mejorante ordenase lo contrario. Por eso mismo, cuando no se hubiera dispuesto del quinto, el tercio debía

(244) «*Repetitio...*», § 50, núm. 12 (fol. 46): «*Quod donatio remuneratoria non computatur in tertio et quinto de quibus pater potest disponere prout leges regni volunt quia est permutatio vel debiti solutio*».

(245) En la ley cohaeredi, § cum filiae, ff. de vulg. Fallent. 16 (citado por COVARRUVIAS).

(246) Op. cit., Proemium, fol. 4, vers. «*Ex quo tria singulariter infero.*» «*Primum, quod donatio remuneratoria non computatur in tertia et quinta parte: quam testator potest relinquere in suos et extra: quia si donatio fit propter debitum, potius est solutio debiti quod donatio: et leges quae permittunt donationes in tertia et quinta parte bonorum intelliguntur de liberali et voluntaria donatione, non de illa quae fit ob debitum*».

(247) DIDACI COVARRUVIAS A LEIVA: *Omnium operum* (Lugduni 1584), T. II, «*11 titulum, De testamentis interpretatio*», «*Ex capite, cum in officiis*», núm. 11 (página 46).

(248) Op. y vol. cit., Disp. 244, col. 1.505.

(249) Op. y vol. cit., Cap. Raynardus, § Tertio, núm. 1 (pág. 104).

calcularse del total—como luego veremos—ascendiendo así a cinco quinceavos. Y si del quinto sólo se hubiese dispuesto parcialmente el tercio debía exceder de los cuatro quinceavos, por no corresponder sólo al tercio de doce, sino al tercio de la diferencia entre los quince y la parte dispuesta del quinto (250).

Decía Covarruvias, como acabamos de referir, que el quinto equivalía a tres quinceavos y el tercio a cuatro quinceavos, eso significaba la detracción preferente del quinto y la extracción del tercio del residuo después de deducido el quinto. Esa regla general resulta de la ley CCXIV del *Stylo*, cuyo último apartado dice: «y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro fuero ni costumbre que sea contra la ley, se sacan primero por razón del alma, el quinto de quanto oviere: y mandarlo ha a quien quisiere: y de todo lo al que finca mejorar a alguno de sus hijos: y mandarle ha el tercio: y así se usa esta ley».

Cristóbal de Paz (251), interpretando restrictivamente esta ley, limita la prelación en la deducción del quinto al supuesto de disponerse a favor del alma o para obras pías. Así lo deduce de las palabras de la ley: «por razón de su alma». La misma opinión parece que fué aceptada por Diego Castillo (252).

En cambio, Palacios Ruvios (253), Antonio Gómez (254), Ayerve de Ayora (255) y el jesuíta Luis de Molina (256) impusieron como común opinión la extensión de esa prioridad de la extracción del quinto, incluso en el supuesto de ser dispuesto a favor de extraños o de algún descendiente. Como dijo el tercero: «quod quintum est proprie haereditas patris libera et de ea potest disponere ad libitum voluntatis, tam pro anima, quam pro extraneis; et si prius deduceretur tertium, et postea quintum gravaretur pater, quia non posset disponere de toto quinto bonorum suorum,

(250) Así con toda claridad lo explicó AYERVE DE AYORA (Op. cit. Pars. II Quaest. V, núm. 10, págs. 145 y sig.): «Item advertendum est, que si el padre mejoro a un hijo en el tercio de sus buches y no hizo mejora del quinto a él, ni a otro, entonces se sacará el tercio para el hijo mejorado de todos los bienes que deseó el padre, sacando primero el montón, y cuerpo de bienes hasta el alcance del quinto, todos los gastos del entierro e mandas, pías y graciosas que se han de sacar del quinto, conforme la ley de Toro: y lo que sobrare del quinto se partirá prorrata, entre el hijo mejorado en el tercio y todos los hermanos, hijos y herederos del difunto.»

(251) CHRISTOPHORO DE PAZ, «Scholia ad Leges Regias Styli» (Madridi, 1608), Lex CCXIV, núm. 6 (pág. 628): «Ex quibus sane verbis manifesté demonstrantur tertium meliorationis prius detrahendum, si non animae pio que opere quintum relinqueretur.»

(252) Op. cit., Lex XXVI, núm. 2 (fol. 119): «Et hoc favore animae, in cuius favorem stylus curiae habet, quod ipsa prius deducetur.»

(253) «Repetitio cap. P. r vestras...», tercera núm., § 22, núm. 13, vers. *Ratio quare* (fol. 153, col. 4.ª): «Tamquam legitima est (tertia respectu extraneorum) prius detrahenda» (toda la legitima). Restaba, por tanto, el quinto separado de la legitima. De ésta debía extraerse el tercio.

(254) «Ad legem Tauri...», Lex XVII, núm. 2 (pág. 123).

(255) Op. cit., Pars. II, Quaest. V, núm. 9 (pág. 145).

(256) Op. cit., Tract. II, Disp. 236, col. 1463 A.

ut ei permititur a lege, quia minus est in quinto si prius deduceret tertium, quod est contra voluntatem, et dispositionem dictate legis fori, tit. 5, l. 9, lib. 3 fori. Idcirco primo deducendum est quintum integrum ne pater gavetur, postea vero tertium, quod est legitima omnia filiorum».

Ahora bien, como quinto y tercio no eran compartimientos cerrados, sino límites del poder dispositivo del padre, cupo la posibilidad de detraer el tercio para mejorar a los hijos con prioridad al quinto. La diferencia práctica, matemáticamente expresada, según se detrajera primero el quinto o el tercio, era la siguiente: Deduciendo primero el quinto, éste equivalía a tres quinceavos y el tercio a cuatro quinceavos. Deducido primero el tercio, éste equivalía a cinco quinceavos y el quinto a dos quinceavos. La cuantía de la legítima estricta, en uno y en otro caso, no varía de los ocho quinceavos (257).

Angulo (258), siguiendo la opinión de Cifuentes (259), así lo aceptó no sólo en caso de expresarse dicha voluntad, sino incluso cuando pudiera conjeturarse. Cifuentes, según refiere Diego Gómez (260), razonaba de este modo: La ley 17 permitió al padre mejorar a un hijo en el tercio de todos su bienes. Luego el padre pudo ordenar que la mejora del tercio se dedujera de todos sus bienes. Tanto más cuanto que la prioridad de la deducción del quinto respecto del tercio fué dispuesta en favor del mismo padre para que mayor fuera el quinto, disponible *pro anima* o en legados pios. Favor al que el padre pudo renunciar ordenando que el tercio se detrajera con prioridad al quinto.

La más importante de las conjeturas a favor de la preferente deducción del tercio correspondió al supuesto de mejora irrevocable del tercio verificada antes de haberse dispuesto del quinto.

Angulo (261) aplicó a este supuesto la doctrina de que ninguna donación perfecta e irrevocable puede ser disminuída por otra donación posterior ni por legados. De ese modo, la ley 214 del Stylo sólo se podía referir, sin resultar supérflua, al supuesto de que una y otra disposición, de tercio y quinto, fuese hecha en el mismo testamento o contrato, aunque la mejora del tercio se ordenara en una cláusula anterior a la que dispusiera del tercio. A

(257) El jesuita Luis de Molina (Disp. cit., col. 1462 D y 1463 A) explica esa diferencia aplicándola prácticamente a una herencia de 12.000 aureos.

(258) Op. cit., Lex nona, Gloss. secunda, núm. 44 (págs. 504 y sig.).

(259) Lex 25 circa finem, citado por ANGULO y por DIEGO GÓMEZ en las adiciones a los comentarios a las leyes de Toro de su abuelo, Antonio Gómez, ad legem XVII, 2 (pág. 61).

(260) Loc. cit. en la nota anterior.

(261) Loc. ult. cit., núms. 42 a 47 (págs. 503 a 507) Esa doctrina la entendió aplicable no sólo a la mejora de cuota sin asignación de cosa o cantidad, sino también a la mejora de cuota con asignación de cosa o cantidad ciertas (núm. 44 y 45). En cambio, careció de interés en la mejora de cosa o cantidad cierta, sin asignación a cuota determinada, pues en este caso la mejora en lo que excediere del tercio debe imputarse al quinto, conforme resulta de la ley 26 de Toro.

igual resultado llegó, también, a través de su interpretación de la ley 25 de Toro: «Unde cum tertium sit prius irrevocabiliter donatum, nec reperiat inter bona defuncti tempore mortis: lex vetat, quintum postea datum inde extrahi».

§ 6.º *Imputación a la legítima al tercio y al quinto según las leyes de Toro.*

A) *Distinción teórica entre colación e imputación.*—Los clásicos castellanos recogen la doctrina de los autores de Derecho común, que fijaron las diferencias que mediaban entre ambos conceptos a través de la exégesis más o menos literal de los textos del Corpus Iuris.

No olvidemos que los textos no ofrecen una doctrina general de la imputación sino que fragmentariamente se refieren a ella aplicándola como remedio en ciertas situaciones patológicas. El Derecho común ordenó estos supuestos y dedujo las reglas aplicables a todos ellos, pero sin elevarse con su síntesis más allá de esos de los estados patológicos que lo motivaron.

Parladorio (262) en labor de resumen coloca frente a frente sus definiciones de colación e imputación. «*Collatio* est rei propriae in comune latio ab haerede facta, rem hacienda, ut res collata locum in divisione haereditatis sortiatur» (263) «*Imputatio* est remedium introductum a jure ad excludendam querelam inofficiosi testamenti, per quod filius, cui minus legitima portione relictum est, potest agere ad legitimae supplementum, imputando in ea quod sibi a patre datum est» (264).

(262) JOANNIS YAÑEZ PARLADORII: «Quotidianarum differentiarum sesquicenturia», en «Opera Juridica». (Coloniae-Allobrogum, 1741), Diff. CXLIX, números 2 y 5 (pág. 391).

(263) ANTONIO GÓMEZ: (*Ad leges Tauri...*, cit., lex XXIX, núm. 1, páginas 174 y sig.) había señalado las distintas acepciones de la palabra colación: beneficio eclesiástico, «munerum publicorum impositio», división entre los hijos y contribución con bienes propios a la masa partible, que es la acepción que ahora interesa, definida por este autor en estos términos: «*Collatio est rei propriae in commune latio, pro haereditariis portionibus dividenda.*»

(264) ANTONIO GÓMEZ: (Op. y loc. últ. cit., núm. 38, págs. 192 y s.) había señalado que la imputación (notemos que ANTONIO GÓMEZ en lugar del término imputación emplea la expresión «computatione quae fit in legitima filiorum», que define diciendo: «Est alicuius rei vel quantitatis donatae in legitima vel partem eius assumptio») solo era aplicable a los siguientes casos:

1.º En el antiguo Derecho, anterior a Justiniano, cuando un ascendiente dejaba a alguno de sus descendientes menos de lo que por legítima le correspondiera, en cuyo caso la imputación a su legítima de los bienes donados en vida por el padre podía excluir la *querela*.

2.º En el Derecho nuevo, posterior a Justiniano, cuando el ascendiente dejaba a título de herencia menos de lo que por legítima correspondía a un descendiente, en cuyo supuesto la imputación a su legítima de lo recibido en vida por donación del ascendiente podía excluir el derecho al suplemento, o reducir su montante.

3.º Cuando la institución se hiciera exclusivamente en la legítima «quia similiter tunc computabit in ea bona tibi donata a patre vel matre, in vita, et

Siguiendo a Baldo, expuso Diego Castillo (265) que colación e imputación diferían *origine, forma, et natura*, añadiendo Parladorio (266) que «*differunt etiam usu*». Concretamente se señalaban las siguientes diferencias:

a) La imputación tenía lugar solamente en la sucesión testada no así en la intestada, aunque el causante hubiese otorgado codicilo; la colación, en cambio, jugaba tanto en la sucesión intestada como en la testada a partir de la reforma de Justiniano (267).

b) La imputación debía realizarse no sólo cuando el hijo o descendientes legitimario sucediese con otros descendientes, sino incluso sucediendo con extraños, mientras la colación sólo tenía lugar entre hijos y descendientes (268) que sucedían como herederos a un ascendiente del que eran legitimarios (269).

c) La imputación fué introducida, en parte a favor de los hijos, para que éstos no fuesen privados de su legítima, y, en parte a favor de los ascendientes, para evitar la invalidación de sus voluntades o la exigencia de un suplemento cuando con disposiciones imputables a la legítima del reclamante se hubiese satisfecho total o parcialmente dicha *portio debita*. La colación, en cambio, fué introducida antiguamente para remediar la injusticia que en la sucesión *iure praetorio* del *pater* suponía la distinta situación jurídica de los hijos en potestad y los emancipados, y posterior-

sufficiant ad legitimam, nihil plus petete poterit: si verò non sufficiant petet residuum virtute testamenti et institutionis».

4.º Cuando el hijo que hubiese sido desheredado con expresión de causa, que luego no pudiera probarse, ejercitara la querrela, debía imputarse a su legítima los bienes que el testador le hubiese donado en vida, neutralizándose así la eficacia de la querrela en todo o en la parte recibida.

5.º Si el padre o la madre instituyeron heredero al hijo o hija en la donación o dote que le hubiesen hecho, en cuyo caso si su importe no cubría la legítima podía el hijo, o la hija, reclamar el suplemento.

6.º De ser el legitimario instituido heredero universal pero gravado de restitución, en cuyo caso podía detraer íntegramente la legítima, que no podía ser gravada pero a la que se debían imputar la dote y donaciones recibidas por el legitimario del ascendiente causante.

(265) Op. cit., lex XXV, núm. 2, fol. 118 vto.

(266) Op. y diff. ult. cit., núm. 9 (pág. 391).

(267) Ver DIEGO CASTILLO, op. cit., lex XXIX, núm. 30, fol. 132; ANTONIO GÓMEZ, op. ult. cit., ad legem XXIX, núm. 39, pág. 185; PARLADORIO, op. diff., pág. cit.

(268) PALACIOS RUVIOS: (*Glossmata Legum Tauri*, en «Opera Varia». Antuerpiae 1616, lex XXV, gl. LXIII, pág. 607 y gl. XLIV, pág. 603); ANTONIO GÓMEZ: (Loc. ult. cit.); PARLADORIO: (Loc. ult. cit.) En cuanto a la no aplicación de la colación a la sucesión conjunta de descendiente con ascendientes colaterales o extraños, ver también DIEGO CASTILLO: (Op. cit. lex XXIX, número 10, Infertur, fol. 133, vto.) y DÍAZ DE MONTALVO: (Glosa primera a la ley III, T. VI al Fuero Real, vol. cit., pág. 149 vto., glosa b), que declara: «quod si donavi amico meo, quam postea heredem institui cum filio meo, quod non tenetur conferre».

(269) Ver ANTONIO GÓMEZ: (Op. y lex. ults. cit., núm. 5, vers. Unum tamen, pág. 176).

mente se aplicó para evitar la discordia entre los hijos («propter tollendam aliorum discordiam») (270),

Vázquez de Menchaca (271) destacó esta antítesis entre imputación y colación, en cuanto a sus respectivos fines, al señalar: que la imputación juega bajo el presupuesto de que el testador no quiso dejar a su hijo más que la pequeña porción que le asignó, mientras la colación tiende a salvaguardar la igualdad entre los hijos que se presupone quiso el causante.

d) Según explicó Palacios Ruvios (272), sólo cabía imputación de donaciones cuando el testador no hubiese dejado al descendiente donatario su legítima íntegra a título de herencia y libre de gravamen. La colación, en cambio, suponía que los hijos fueran herederos y que aceptasen la herencia, aunque fuesen instituidos en cuota superior a su legítima (273).

Aplicación de esta doctrina ofrece la ley 29 de Toro. En su primer apartado señala esta ley el deber de colacionar que tiene el heredero descendiente que aceptó la herencia. En los siguientes plantea la imputación y reducción que, en su caso, deberá sufrir dicho descendiente donatario si repudió la herencia. Fernández de Retés (274) explicó así esta alternativa: «Quod si filius, filiae contenti rebus donatis abstineant a bonis paternis, vel hereditatem repudent, nolintque cum fratribus succedere, sive ab intestato sive

(270) Ver PARLADORIO: Op., diff. y pág. ult. cit., núm. 8.

(271) FERNANDI VAZQUII PINCIANI MENCHACENSIS: «De successione et ultimis voluntatibus creatione, progressu, effectuque et resolutione». «Tractatus tertiae partis: De successione resolutione». (Coloniae Allobrogum 1612), lib. II, § XIX, núm. 6 (pág. 114). A su juicio: «Finis utilitas que imputationes est triplex: Prima, ut excludatur querela... Secunda, ut excludatur ius, agendi ad supplementum... Tertia, quae in istis resultat, ut servetur voluntas testatoris, quae certa erat et indubitata: nam qui testamentum fecit, et minusculam portionem filio reliquit, plene voluit cum amplius non habere.» En cambio, «finis uti itaque collationis est, ut servetur aequalitas inter fratres».

(272) «Glossematta...», cit., lex XXIV, gls. XXIX y XXX (pág. 602) «acc que: «nam iste casu, cum filiae fuerit integra legitima relicta, computabitur dotem in legitimam» (gl. XXIX), y, en cambio, «quando pater non relinquit integram legitimam filiae, tunc enim dos imputatur in legitimam, quantum ad hoc, ut olim excluderet querela et hodie a iure agendi ad supplementum, quia hoc tendit in favorem testamenti, secus tamen est ubi reliquitur integra legitima, quia tunc cessat dictus favor».

(273) VÁZQUEZ DE MENCHACA: (De Successionum resolutione: Tractatus tertiae partis, cit., Lib. III, «In lege Quoniam novella 1. de inoff. testam.», núm 7, pág. 156), con referencia al Derecho Romano, señala la siguiente alternativa: a) «quando qui, quare dote aut donationem propter nuptias accepit, succedere voluit, in cuyo caso, «si tali acervo facto (quod testamento relictum fuerat cum dote vel donatione propter nuptias) aliquid est ultra legitimam, id quidem conferendum est cum reliquis bonis eius, de cuius successione agitur»: y b) «si abstinere maluit dote, vel donatione tali contentus, liberam esse erit nec ad conferendum tenebitur. Verum si ea res vel donatio inofficiosa sit (quod facto cumulo ipsius dotis vel donatinis cum bonis, quae mortis tempore defunctus reliquit...), ...fiet donationis vel dotis diminutio, donec legitimae aliorum fratrum repleantur. Onne vero residuum permoneat apud eum qui talem donationem, aut dotem acceperit autem res sint in legitimam imputandae».

(274) Op. y vol. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599.

ex testamento; tunc non est locus collationi; praecipua sibi retinent donata: nisi ex alio capite donatio moderanda sit; nempe quia sit inofficiosa: quo in casu filius donatarius tenetur excessum refundere fratribus, propter inofficiositatis, non jure collationis.»

e) El *periculum* del bien imputado correspondía al imputante, mientras el *periculum* del bien colacionado repercutía en la masa; es decir, era sufrido por los herederos forzosos a prorrata (275).

f) Todo cuanto se imputaba se consideraba adjudicado al imputante, mientras que lo colacionado se adjudicaba en la división de los bienes comunes (276). Claro que esta antítesis se diluía a través de la colación por compensación en valor o toma de menos, ya admitida en el Derecho romano, como vimos.

g) También recogieron los clásicos castellanos, aunque con reservas, la regla tomada en la ley 20, Codex VI-XX «quia omnia quae in legitima imputantur, conferuntur; sed non omnia quae conferuntur in legitiman imputantur». Antonio Gómez (277), ante la observación de que legados, mandas y donaciones confirmadas por la muerte del donante se imputan pero, sin embargo, no se colacionan, dice que dicha regla sólo debe entenderse aplicable cuando nada se haya dispuesto acerca de la colación, pero no para los supuestos en que expresamente la ley hubiera excluido la colación (278).

En la práctica también la mayoría de los clásicos distinguieron perfectamente ambas figuras a través del espíritu y de la letra de la ley 29 de Toro. Citaremos a Antonio Gómez (279), Andrés Angulo (280), Tello Fernández (281), Velázquez de Avendaño (282),

(275) Ver DIEGO DEL CASTILLO: Op. y lex cit., núm. 30 (fol. 136).

(276) Ver también DIEGO DEL CASTILLO: (loc. ult. cit.).

(277) «Ad leges Tauri...». I. XXIX, núm. 39 (pág. 185).

(278) Ver las excepciones que señala PALACIOS RUVIOS en su citada Glosse-mata..., cit., lex XXIX, gls. XXXVII y ss. (pág. 604).

(279) Op. y lex ult. cit., en el núm. 12 se ocupa de la colación de las donaciones *ob causam*, mientras en los núms. 32 y 55. trata de la imputación de dichas donaciones sucesivamente la legítima, quinto y tercio cuando el donatario se abstiene de la herencia.

(280) Op. cit., Lex nona, glossa prima, núm. 19. págs. 493 y ss. Plantea una serie escalonada de ejemplos, en los que una de las hijas se supone, sucesivamente, que percibe como dote un valor X, X₁, X₂, X₃, etc. y en todos los casos en que ese valor excede de la legítima de la dotada se presupone por ANGULO que esta hija se abstiene de la herencia y, entonces, el exceso de la dote respecto a la legítima lo imputa al quinto y tercio.

Notemos, no obstante, que ANGULO emplea alguna vez el verbo *conferre* y el sustantivo *collatio* en sentido gramatical referidos a la imputación en la legítima (v. gr., lex septima, Gloss. prima, núm. 36, págs. 434 y ss. de la citada obra).

(281) Op. cit., lex XXVI et XXIX, pr., fol. 200. donde destacó esta alternativa de la ley XXIX: «tenetur trahere ad collationem et divisionem... sed si vult, potest repudiare haereditatem et retinere bona dummodo non excedant legitiman et tertium et quintum».

(282) Op. cit., ed. L. XXIX, Glossa III, núm. 4, pág. 65, y Glosa V, números 1 y 2, pág. 71.

el jesuíta Luis de Molina (283), Juan García Saavedra (284) y Fernández de Retés (285), entre otros muchos, que deslindan claramente el supuesto del primer apartado de la ley, que ordena la colación de la dote y demás donaciones causales, sin distinguir su cuantía, y los siguientes apartados, que para el supuesto de abstenerse el donatario de la herencia del donante excluyen la colación de tal donación, pero imponen su imputación sucesivamente a la legítima del donatario, al quinto y tercio y su reducción en lo que resultare excesiva.

No obstante, varias circunstancias facilitaban la confusión en la práctica de estas figuras.

En primer lugar, el hecho de que normalmente se disponía a título de herencia de la legítima, que abarcaba la mayor parte del caudal, y de que se distribuyesen el tercio y el quinto a través de legados y donaciones, facilitó la confusión entre colación e imputación a la legítima (286).

(283) Op. y vol. cit., Disp. 238, vol. 1.480 C y D: «filiam teneri conferre dotem sibi datam aut promissam, intelligendum id est, si partem habere velit in haereditariae paterna. Si namque contenta esse vult sua dote et aliis a parentibus in vita sibi donatis, non tenetur illam conferre».

(284) JUAN GARCÍA DE SAAVEDRA: «Tractatus de donatione remuneratoria». (Amstelledami 1668), núm. 46, vers. *Intellige* (página 30): «Intellige tamen oportet in casu d. l. 29... donationem ob causam sustineri in legitima et deinde in tertio et quinto, si is qui donatione accepit, et contentus nihil amplius volet de mortui parentis, tunc recte conjunctis bonis, fit divisio, donatioque illa ob causam sustinetur in legitima, et deinde in tertio et quinto, et ita intelligat ipsamet l. 29 verbis expressis, ita ut inofficiosa sit, si legitimam excedat et insuper tertium et quintum, ac tunc sint imputatio, sine qua constare non potest. ..., an sit inofficiosa, si vero ea donationes contentus non sit tunc quidem omnia confert, et procedit d. l. illud ut nihil curandum sit de imputatione, et sunt aperte verba d. l. 29 in principio.» Es decir, según se conformase el donatario con la donación y se abstuviere de la herencia, o, por el contrario, no conformándose, reclamase la herencia, respectivamente, se aplicaban bien los ulteriores apartados de la ley 29, actuando la imputación a legítima, tercio y quinto previstos en ellos, o el apartado inicial de dicha ley, y entonces se colacionaría totalmente la donación.

(285) Op. vol. y loc. últ. cit.

(286) Algún autor, entre los que separan perfectamente el supuesto de colación del supuesto de imputación, ofrece alguna vez pávulo a la confusión. Así, MATIENZO («Commentariae Joannis Matienzo. in librum quintum collectionis legum Hispaniae»—Mantuae Carpentanae, 1597— lib. 5, tit. 8, Ley III, Gl. I, núm. 7, fol. 207) distingue con toda precisión: «Ecce est in electione donatarii donata conferre, vel in legitimam imputare, non ergo cogitur praecise conferre quia in alternativis, debitoris est electio... atque ideo eligit potius computationem, si res donata excedit legitimam, quam colationem...» Y, en cambio, varios folios antes había deslizado (lib. cit., tit. 6, Ley X, Gl. II, núm. 2, fol. 157) esta afirmación: «Donationem simplicem filio factam non imputari in legitimam, nec conferri iure nostro, nisi in eo quod excedit tertium et quintum» ¿Quiso decir, realmente, con esa frase que en su exceso respecto tercio y quinto la donación simple se imputaba a la legítima y se colacionaba?, o bien, ¿fue tan sólo una imprecisión de expresión, no habiendo pretendido sino significar que la donación simple no se colacionaba en cuantía alguna y que sólo se imputaba a la legítima cuando excedía de tercio y quinto? Nos inclinamos a creer esto último: por la cita que el mismo MATIENZO hace de GREGORIO LÓPEZ, por el enunciado que pone a su epígrafe transcrito y por

En segundo término, era fácil que la rutina involucrase prácticamente el primer apartado de la ley 29 de Toro con los siguientes de la misma, por ser normal que el hijo o hija favorecidos con donación *propter nuptias* o dote, superiores a su participación hereditaria, se abstuvieran de la herencia, saltándose así automáticamente el primer supuesto, cuando ello ocurría, y tendiéndose a involucrar en el concepto genérico de colación, junto con la verdadera colación de las donaciones causales, inferiores o superiores al haber del donatario, la imputación a la legítima de tales donaciones, hasta el montante de aquélla, cuando el donatario repudió la herencia por ser éstas superiores a su haber.

En tal error parece que incidió Parladorio (287), que también,

lo que mas adelante dice expresando la misma idea. El texto de GREGORIO LÓPEZ (Gl. a las palabras *recibirlo en su parte*, de la Ley 3, tit. IV, Partida quinta) decía: «Hodie tamen per l. 26 in *Ordin Taurinis*, cum filius videatur per donationem melioratus, non tenebitur conferre, neque computare in eo, quod tertium et quintum bonorum non excedit» (GREGORIO LÓPEZ no refiere, pues, a *conferre*, sino únicamente a *computare* la limitación del inciso *in eo quod excedit*. Notemos, además, que este comentarista distingue claramente el juego de la colación y el de la imputación a la legítima, como se comprueba plenamente en su comentario a la ley 4, tit. XV de la Sexta Partida. Esta ley dispuso que la donación simple que hiciera el padre al hijo que se hallaba bajo su potestad no debía colacionarse, a no ser que este mismo hijo exigiera la colación de donaciones causales hechas a otros hijos; pero que, «si el padre fiziese tan grand donación al uno de sus hijos, que los otros sus hermanos non pudiessen aver la su parte legitima, en lo al que fincasse, dezimos, que estonce deuen menguar tanto de la donación, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legitima que deven aver». Y GREGORIO LÓPEZ, al glosar las palabras *por que se guarde egualdad* de esta ley, plantea la cuestión de si el donatario simple podrá ser obligado a colacionar, si él no lo exigiere del donatario causal, y limita la solución afirmativa al supuesto de que, aquél, quiera suceder: pues «renunciando a la herencia, la colación no tiene lugar, según PAULO DE CASTRO, DECIO, en dicha Ley—20, § 1, Cod. de collat.—y a tenor de la Ley 29 de Toro»). El enunciado correspondiente al transcrito texto de MATENZO, núm. 2, Gl. II, ant. cit. dice: «Donatio simplex filio facta non confertur, nec imputatur in legitimam nisi quatenus excedit tertium at quintum, iure regio.» Y en el núm. 8 de la Gl. I, la Ley III, título 8 del mismo libro 5, dice MATENZO que las donaciones simples (fol. 207), «iure tamen regio noviori... nec confertur, nec imputatur in legitimam nisi quatenus excedit tertiam et quintam bonorum partem, in qua melioratus esse censetur... et reliquum computabit in legitimam, et si excecero reddet caeteris filius tanquam inofficiosum». (También aquí la limitación «nisi quatenus excedit tertiam et quintam bonorum partem» es referida a «nec imputatur» y no a «nec confertur».)

(287) Op. y Diff. cit. (págs. 392 y ss.). Este autor dice (Diff. cit., § I, numero 1, fol. 393) que: «simplex donatio non confertur, nisi quatenus Trientis et Quincuncis summam excesserit», y que (§ III, núm. 1, pág. 394): «Donatio ob causam pone, dotis, aut donationis propter nuptias; confertur atque imputatur in legitimam; et si quid superest, imputandum est in melioratione Trientis, et Quincuncis.» Es decir, confundió la colación con la imputación a la legítima, y, por otra parte, no destacó que, según la ley 29, la donación causal o bien se colacionaba íntegramente—en supuesto de aceptarse la herencia—o, por el contrario, se imputaba en la forma expresada si el donatario se abstenia.

en otro lugar (288), utiliza la palabra colación en el sentido, puramente gramatical, de llevar a la masa, con lo cual involucra con la colación, estrictamente dicha en términos jurídicos, la restitución a los herederos forzosos de aquella parte de las donaciones que resultare inoficiosa. Imprecisión técnica que contrasta con la exactitud de Retés, en su texto últimamente citado, cuando explica que «*filius donatarius tenetur excessum refundere fratribus propter inofficiositatis, non jure collationis*».

Junto a este error de confundir la colación con la imputación a la legítima, parece que no faltó, aunque con carácter excepcional, quien confundió la colación con la imputación en general (error muy frecuente en el siglo XIX, como veremos). Esa excepción la sufrió, al parecer, Héctor Rodríguez, catedrático de la Universidad de Salamanca. Comentándolo, dice Parladorio (289): «*cuius opinionem in causa, cui Hector ipse patrocinabatur, memini ergo exhibitam fuisse ab Auditoribus in Regio Vallisoletano praetorio cum litis relatio fieret*».

B) *Imputación de las donaciones a la legítima o a las mejoras de tercio y quinto*.—Hemos visto con qué rigor romanista distinguían nuestros mejores clásicos entre colación e imputación. Ese rigor lo vemos patentizado por Palacios Ruvios (290) cuando dice que las dotes y donaciones que conforme la ley 29 de Toro debían colacionarse, no se imputaban a la legítima, porque ésta debía ser atribuída a título de institución, y que, por tanto, podía querrellarse la hija dotada o el hijo donatario (si su dote no se le había atribuído a título de heredero) (291), no imputándose por ello la donación a la legítima, sino que, invalidada la institución, se colacionaba *ab intestato*.

Es decir, se sigue manteniendo la imputación como una pieza aplicable en aquellos supuestos patológicos en los que, mediante ella, se evitaba o limitaba la *actio ad supplementum*. Pero ya no para excluir la *querrela*, que era inevitable si la legítima en todo o en parte no se había otorgado a título de institución.

No obstante, parece que en la práctica el concepto de imputación comienza a ampliarse hacia un significado genérico que exce-

(288) Cp. y Diff. cit., pr., núm. 9, pág. 392, cuando dice que: «*si filius que donationem ob causam suscepit, repudiaverit paternam haereditatem, et contentus fuerit, cum donatione ob causam, non tenebitur invitus conferre, nisi ipsa lex 29 Tawr, declarat, donatio fuerit inofficiosa*». Habla, por tanto, PARLADORIO, de colación de lo inoficioso, con exactitud gramatical, pero con imprecisión técnico-jurídica.

(289) Diff. ult. cit., § 1, núm. 5, pág. 393.

(290) «Glossemata...». Lex XXV, Gloss. LXII (pág. 606 *in fine* y 607): «... hodie dos et donatio propter nupter nuptias non imputantur in legitimam: qua legitima debet relinquí titulo institutionis, licet debeat conferri, non impediuntur quominus filia dotata, vel filius cui est facta donatio propter nuptias, possit querellare testamentum».

(291) Ver. v. gt., RODRIGO SUÁREZ, op. cit., *Repetitio legis regni*, § 6 *quaeritur*, núm. 2, pág. 549.

de de aquellas aplicaciones particulares y casuísticas a que los comentaristas restringían su aplicación en Derecho común.

El supuesto patológico que en Derecho romano exigía la actuación de la imputación, pasa a ser—como hemos visto—de general aplicación al ensancharse la legítima y ser desdoblada en legítima rigurosa y tercio de mejora. Basta que se haya dispuesto una donación no colacionable a favor de un descendiente para que surja siempre el problema de su imputación en la legítima, en el tercio o en el quinto.

Como hemos visto al examinar la ley 25 de Toro, desde el punto de vista de Tello Fernández y de Ayerve de Ayora, por una parte, y de Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, etc., de otra, para calcular las legítimas se debía hacer una previa computación de *relictum* y *donatum*, y las donaciones computadas debían contabilizarse; según lo dispuesto en las leyes 26 y 29 de Toro, sea en la legítima, en el tercio o en el quinto. Las mejoras de tercio y quinto podían resultar proporcionalmente mayores o menores según cual fuere su base; es decir, según abarcaron totalmente el tercio y el quinto disponibles, o solamente se limitaran al tercio y quinto del caudal relicto. Ello obligaba a una contabilización en las partidas disponibles e indisponibles de la herencia, que si no coincidía con la imputación, en la concepción de los autores de Derecho común, tampoco podía confundirse con la colación. Era operación más amplia que la que fijaba el ámbito de la colación. Es decir, no sólo determinaba el total de la masa partible entre los herederos forzosos, no incluidas las donaciones no colacionables y deducidos los legados imputables a tercio y quinto, sino que, además, en caso de no aceptación de la herencia por el donatario, servía para calcular la parte de las donaciones *ob causam* imputable a la legítima y su exceso imputable a tercio y quinto. Esa operación contable de computación, con su correspondiente imputación, lo mismo jugaba respecto a la legítima que con referencia al tercio y al quinto, por lo que puede deducirse que la expresada imputación contable a las legítimas no era de naturaleza distinta que la imputación a tercio y quinto.

Surge, así, un concepto más general no expresado dogmáticamente por nuestros clásicos, pero realmente practicado por ellos (292). Este es de gran interés actual para precisar el concepto de imputación vigente en nuestro Código civil.

El viejo concepto casuístico, restringido y terapéutico, puede

(292) Así se comprueba, v. gr., en los ejemplos que nos ofrece ANGULO en los núms. 18, 19 y 20 de su Gloss. segunda, lex nona (op. cit., págs. 483 y ss). que en parte hemos referido en notas anteriores. En ellos se observa cómo realiza el cálculo de la legítima rigurosa y, por tanto, de tercio y quinto disponibles, diferentes del cálculo de la masa partible por igual entre los herederos forzosos y de las mejoras efectivas de tercio y quinto. El primer cálculo contable, cuyo fin primordial fué la salvaguardia de las legítimas, señalaba un límite corrector, de las donaciones inoficiosas y de las dotes excesivas.

ser agrupado en un concepto más general. Entendiendo que éste consiste en la imputación contable a una de las cuotas ideales de la masa hereditaria de todas y cada una de las donaciones que fueron computadas para conocer el montante. Su fin es comprobar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones y conocer que el valor en bienes relictos debe aplicarse para completar las legítimas totalmente.

Hecha esta observación, vamos a examinar los supuestos de imputación, en el amplio sentido que acabamos de prefijar, deslindando, primero, la imputación a la legítima y la imputación como mejora, y tratando, después, de estudiar los problemas de imputación preferente a quinto y a tercio.

a) *Imputación con mejora e imputación a la legítima.*—Las leyes 26 y 29 de Toro—ésta en sus apartados segundo a último, pues el objeto del primer apartado es la colación—se ocuparon de esta cuestión, resolviéndola en estos términos:

Ley 26: «Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquiera última voluntad, o por algún contrato entre vivos, hicieren alguna donación a alguno de sus hijos, o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entendiéndose que le mejoran en el tercio e quinto de sus bienes, e que la tal donación se cuenta en el dicho tercio e quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro no pueda mejorar más de lo que más fuere el valor del dicho tercio e quinto, e si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio e quinto e legítima de lo que debían haber de los bienes que su padre e madre e abuelos e no en más.»

Ley 29: «Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traher en collación e partición la dote e donación *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recebido de aquél, cuyos bienes vienen a heredar (*apartado relativo a la colación*). Pero si se quisiera apartar de la herencia que lo pueden hacer, salvo si la dote o donación fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieron, ansi los hijos e descendientes en lo que toca a las donaciones, como las hijas e sus maridos en lo que toca a las dotes: puesto que sea durante el matrimonio a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí. E para decir si la tal dote es inoficiosa se mire a lo que escede de su legítima de tercio y quinto de mejora...» (*apartados referentes a la imputación*).

La última afirmación respecto de las dotes fué modificada por la Pragmática dada en Madrid por Carlos I en 1534, de la que hemos de hablar.

Palacios Ruvios, en su *Repetitio Cap. Per vestras* (293), en-

(293) Párrafo 22, de la tercera numeración, núm. 13, fol. 153 vto.: «Intellige etiam predictam legem XXVI. quando talis donatio esset facta in

tendió que todas las donaciones, pese a lo dispuesto en la ley 26, debían imputarse a la legítima en el montante a que ésta ascendiera. Porque hasta dicho montante «más que donar el padre satisfice una deuda». A su juicio, las donaciones sólo se entendían como mejora en cuanto excedieran de la legítima.

Pero, ante la refutación de Cifuentes (294), el mismo Palacios Ruvios, en sus Glosas a las leyes de Toro (295), rectificó esa afirmación, aceptando la tesis que luego siguieron Rodrigo Suárez (296), Covarruvias (297), Antonio Gómez (298), Gregorio López (299), Tello Fernández (300), Peláez de Mieres (301), Matien-

quantitate legitime filio debita et ultra nam in eo quod est legitima magis videtur pater debitum solvere quam donare cum legitima filii in bonis patris sit quasi debita filio... in alio ergo quod legitimam excedit donatio videtur heri melioratio.»

(294) Comentario a la ley 25, *in fine*, y a la ley 29, núm. 1 (según cita de JUAN GUTIÉRREZ).

(295) «Glossemata...», Lex XXVI, Gl. X, pág. 608, y Lex XXIX, Gl. VII, página 620; gl. XXVII, pág. 622. De la ley 26 dice: «Videtur ergo sentire ista lex, quod donatio simplex facta a patre vel matre, filio emancipato vel in potestate, non debeat imputari in legitimam, sed in tertia et quinta parte bonorum videatur filius melioratus imputetur. Et eo casu videtur sentire, quod nec etiam debeat talis donatio conferri, cum dicit quod debeat imputari in tertia et quinta bonorum.» De la ley 29, dice: «dos et donatio propter nuptias, primo imputantur in legitimam. Et quod excedit legitimam, imputatur in tertia et quinta bonorum... secus in aliis donationibus simplicibus, quia primo imputatur in tertia et quinta bonorum, et quod superest, imputatur in legitimam, supra 26.»

(296) Op. cit., *Declaratio legis regni*, § 5 *quæro*, núm. 9, págs. 545 y ss. Si bien afirma que lo dispuesto para la colación en la ley 29 no debía referirse a la imputación, «quia dicta lex solummodo loquitur de collatione, non autem de imputatione in legitimam, et non sequitur hæc consequentia, conferuntur ergo imputatur, licet e contra sic imputatur eroge conferuntur»

(297) Op. y vol. cit., Cap. Raynaldus, § secundus, núm. 8, pág. 103: «donatio causa dotis vel donationis propter nuptias quatenus legitimam portionem non excedit in legitimam imputatur, excessus vero in tertiam et quintam bonorum partem Regia l. 29 Taur. Hæc quidem donationes, quæ simpliciter fiunt, et quæ iure Cesareo in legitimam non imputarentur, in tertiam et quintam partem iure Regio imputantur, non in legitimam portionem Regia 26 Taur... qua sancitum est, donationem simplici factam a patre filio, non in legitimam, sed in tertiam et quintam partem imputari: et ideo censi constitutam filio meliorationem: etiam si hoc expressim a patre donante, non dicitur.»

(298) «Ad leges Tauri...», lex XXIX, núm. 30, pág. 189: «talis donatio simplex nullo modo computentur nec conferantur, sed sit præcipuum, et in ea tota videatur filius melioratus, et in super habeat legitimam.»

(299) Glosa a las palabras *en su parte* de la ley 3, tit. IV, Quinta Partida (ed. Barcelona, 1843, vol. cit., pág. 39, núm. 18): «por la ley 26 de Toro el hijo se reputa mejorado por la donación; así que no debe llevarla a colación, ni imputarse a su parte mientras no exceda al tercio y al quinto; y así debe entenderse la ley 29 del mismo Ordenamiento.»

(300) Op. cit., lex 26 et 29, núm. 2 (fols. 200 vto. y 2 201): «omnes donationes ob causam conferuntur et imputantur, nisi pater expresserit contrarium... ahoc verbo dono, in donationibus simplicibus dicitur meliorasse sin autem fuerit excessiva, relinquuntur imputabitur in legitimam. Itaque data in hac donatione non computantur nec conferuntur, nisi pater hoc expresserit.»

(301) Op. cit., *Praefatio* núm. 8 (fol. 6).

zo (302), el doctor Luis de Molina (303), Juan Gutiérrez (304), Angulo (305), el jesuita Luis de Molina (306), Juan García Saavedra (307), Parladorio (308), etc.

Común opinión que distinguía las donaciones simples, a las que aplicaba la ley 26, y las donaciones *ob causam*, a las que se refería la ley 29. La expresión de esta ley «e las otras donaciones», escrita a continuación de «la dote en la donación *propter nuptias*» se entendió referida a las de naturaleza similar a estas (309).

Por tanto, el orden de imputación referido a las donaciones simple era: mejora de tercio y quinto y legítima; mientras el de

(302) Op. cit., lib. 5. tit. 6, ley X (26 Toro), Gl. II, núm. 2 (fol. 157): «Ex quo intertur, donationem simplicem filio factam non imputari in legitimam nec conferri iure nostro regio, nisi in eo quod excedit tertium ex quintum», y lib. 5, tit. 8 Ley III, Gl. I (fol. 206 vto).

(303) D. D. LUDOVICI DE MOLINA: *De Primogeniarum Hispanorum origine ac natura* (nova editio, Lugduni, 1749), lib. I. cap. VIII, núm. 19, pág. 71.

(304) Op. cit. lib. II, Quaest. L. XIV, núms. 2 y 3 pág. 144.

(305) Op. cit., lex decima, Glossa prima, núms. 1 y 2, págs. 529 y ss.: «Donatio facta a parentibus intelligitur esse melioratio, et in tertio et quinto computatur: ita, ut pater amplius, nisi de residuo tertii et quinti disponere non possit. Et si quid amplius donatio continet in legitimam imputandum est, et ex lex 26 Taur.» (núm. 1). «Modo donatio sit simplex. Nam si esset donatio ob causam non censeretur date loco meliorationis (nisi id actum esset) sed imputaretur in legitimam, quamvis si excederet legitimam excessus sit in tertium et quintum imputandus» (núm. 2).

(306) Op. y vol. cit., Disp., 243, col. 1.502 D: «Quod si tertium et quintum excedat, incrementum computandum esse in legitima. Si vero excedat legitimam, et tertium ac quintum, tunc quoad incrementum esse inofficiosam et invalidam.»

(307) «Tractatus de donatione remuneratoria» (Amsteladami, 1668), número 45, vers. *Ego vero*, págs. 29 y ss.: «Ego vero considero, nostro iure maximam esse differentiam inter simplicem donacionem, et donacionem ob causam; namque illa simplex non confertur, et valet in tertio et quinto praecipua L. 26 Taur... donatio ob causam confertur L. 29 Taur...»

(308) Op. cit., Dif. CL, núm. 8, pág. 392: «... constat, utriusque legis Regiae concordia, hoc enim aperte volunt, ut donationes simplices prius imputantur in meliorationem trientis et quinquencis.»

(309) No faltaron otras interpretaciones que intentaron concordar las leyes 26 y 29.

Así, JACOBO VALDÉS, en sus adiciones a RODRIGO SUÁREZ (op. cit., *Declaratio Legis regni*, § 5 *quæro*, D. pág. 548), expone la duda de si la ley 26 se refería exclusivamente al supuesto de que el donatario no aceptara la herencia, mientras el primer apartado de la ley 29 recogería el supuesto de aceptación; pero estima que de ser así carecería de sentido que la ley 25 hablara de «las otras donaciones que truxeren a colación», pues bastaría que dijera las otras donaciones.

VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO (op. cit., L. XXIX, Glossa III, núm. 5, págs. 64 y s.) niega la oposición entre ambas leyes, partiendo de que se refieren a dos supuestos distintos de la alternativa existente según «ut filius eam conferre voluerit» o «sin verò voluerit repudiare haereditate».

JOSÉ FERNÁNDEZ DE RETES (op. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599) rotundamente admite que, de aceptarse la herencia por el hijo donatario, debía colacionar todas las donaciones «sive ob causam donatio sit, sive simplex et puras». La ley 26, según esa tesis, sólo podía aplicarse, por tanto, en caso de abstenerse o repudiar la herencia del donante.

las *ob causam* inversamente era: legítima y mejora de tercio y quinto. Claro que, conforme aceptan los autores citados, cabía que el causante alterara esa regla, ordenando la imputación a la legítima de alguna donación simple o la imputación a la mejora de una donación *ob causam*—excepto tratándose de la dote, a partir de la Pragmática de 1543—. Incluso, tratándose de donaciones simples iguales a la legítima, presumió Antonio Gómez (310), siguiendo la opinión de Bartolo, que debía entenderse tácitamente ordenada su imputación a la legítima. Opinión de la que discrepa Angulo (311).

En verdad, el apartado primero de la ley 29, planteaba una cuestión de colación, no de imputación. Se trataba de colacionar a la masa partible entre los herederos forzosos; masa que podía exceder de la legítima rigurosa (312) y en la que cabía, en este caso, como luego veremos, una institución desigual.

Pero esta ley 29, desde su apartado segundo, abandona el supuesto de la colación, que no cabe en caso de repudiación de la herencia, y penetra en el ámbito de la imputación, imprescindible para fijar la inoficiosidad de dotes y donaciones.

b) *Imputación de las donaciones dispuestas a favor del hijo único del causante*.—La ley 26, al referirse a las donaciones que deben reputarse como mejora de tercio y quinto, habla de las que hicieren los padres a alguno de sus hijos. Estas palabras subrayadas no escaparon a la perspicacia de Angulo. De ellas resulta, a su juicio (313), que la ley 26 se refirió al supuesto de ser varios los hijos del donante, escapándose de su *ratio* el caso de haber un solo hijo. La finalidad de la ley se dirigía, a su entender, a señalar el carácter asignado a la donación de mejora para un hijo con respecto a sus hermanos; finalidad que desaparecía si el donatario era hijo único del donante.

De no aceptarse este criterio, resultaría que el padre de un solo hijo perdería toda posibilidad de disponer *mortis causa* ni siquiera por su alma, en caso de haber donado a su dicho hijo por un valor que agotase el quinto de sus bienes, sin haber predeterminado expresamente su imputación a la legítima (314).

(310) *Ad leges Tauri...*, L. XXIX, núm. 28, pág. 187. *in fine*, y ss.

(311) Op. cit., Lex décima, Glossa prima, núms. 10 y 11, págs. 535 y ss.

(312) Así ocurría siempre que no se hubiera dispuesto totalmente de tercio y quinto del acervo formado por *relictum* y *donatum*. Sea por haberse dispuesto únicamente de tercio y quinto de lo relicto o simplemente por no haberse agotado con las mejoras el montante de las cuotas disponibles.

(313) Op. cit., Lex décima, Glossa secunda, núms. 1 y 15, págs. 538 y 542.

(314) El criterio favorable a la plena disponibilidad del quinto lo deduce ANGULO (núm. 19, pág. 544) de la disposición de la ley 214 del *Stylo*, de que antes nos hemos ocupado. También lo apoya en la ley 17 de Toro, que, al hablar de la irrevocabilidad de las mejoras hechas con entrega de bienes—como también observa ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, L. XVII, número 10, pág. 126)—, «cum misterio nostra lex tantum loquitur in tertio, et non in quinto» (ver el estudio que de esta cuestión de la revocabilidad o irre-

Por todo ello, entendió Angulo (315), que por Derecho real, toda donación a un hijo único debía imputarse a su legítima, no entendiéndose hecha con cargo al quinto, y que, por tanto, el padre conservaba a libre disposición del quinto, «non solum per donationem, sed etiam per testamentum, et non solum de quinto bonorum restantium (quamvis simplex dispositio quinti ad illa solum referetur, ut in lege praecedenti), sed etiam bonorum omnium, cumlata donatione, si pater exprimat». Y, dando un paso más, afirmó que si posteriormente naciera otro hijo del donante, la donación se revocaría en cuanto la legítima de éste, y, en todo caso, debía colacionarse (316).

c) *La imputación entre tercio y quinto.*—He aquí este problema, conforme lo plantea Ayerve de Ayora (317): «Si el padre hizo alguna donación simple a alguno de sus hijos de alguna heredad, o viña, o otra cosa de sus bienes, que en tal caso es visto mejorarle en ello, siendo donación simple conforme a la ley 26 de Toro: si en este caso será visto mejorarle en el quinto, o en el tercio de sus bienes, si cabía la dicha donación en el quinto.»

Anteriormente, Palacios Ruvios (318) había ya resuelto que la mejora debía imputarse primero al tercio que al quinto «favore animae» y, también, «quia tertia respectu extraneorum est legitima filiorum: quamvis inter ipsos filios sit prelegatum: unde tamquam legitiman est prius detrahenda».

La primera razón no convenció a Ayerve de Ayora, pues observó que cesaría si el quinto se legase íntegramente a un extraño. A su juicio, el fundamento de dicha solución brotaba del principio de que el testador «in dubio censetur dare, vel legare, id quod minus est, et gravare se quam minus potest, et id egisse quod quisque prudens, et diligens homo faceret». Si lo donado se aplicase al quinto, se cerraría su facultad de testar o disponer libremente de dicha cuota, única disponible a favor del alma, causas pías y extraños.

También Diego Castillo (319), Angulo (320) y Acevedo (321)

vocabilidad de esas mejoras en cuanto el quinto hace ANGULO, op. cit., Lex prima, Gloss. secunda, núms. 1, 2 y 3, págs. 50 y ss.).

(315) Op. cit., Lex décima, Gloss. secunda, núms. 9 y 20, págs. 541 y 545 y ss.

(316) Glos. últ. cit., núms. 21 y 22, pág. 546.

(317) Op. cit., Pars. II, Quaest. IV, núm. 8, pág. 144.

(318) *Repetitio rubr. et cap. Per vestras...*, cit., tercera numeración, § 22, número 13, fol. 153

(319) Op. cit., Lex décima, Gloss. quarta núm. 4 pág. 562: «Nam si quidam fuit donatio simplex facta filio huic, vel alio, indistincte ad tertium referenda est: et si maioris sit quantitatis, suplena ex quinto, sive quantum sit relictum eidem, cui tertium, sive alii.»

(320) Op. cit., Lex XXVI, núm. 2, fol. 119, donde se apoya en la razón dada por PALACIOS RUVIOS.

(321) Op. y vol. cit., lib. V., tit. VI, Lex V (Tauri 26), núm. 23, página 128: «... et eo quod prius in tertio, quod in quinto numeratur talis donatio sed quia potius praesumitur testatorem vellem implere voluntatem in totum, et sic in eo quod, plus est, numeranda prius est et per consequens prius in tertio quam in quinto».

participaron en la opinión de que la mejora—cuando el causante no ordenó expresamente su imputación—debía imputarse primero al tercio que al quinto.

La letra de las leyes 26 y 29 de Toro enumera el tercio antes que el quinto, al decir que la donación simple *se cuente en él dicho tercio, e quanto de sus bienes en lo que cupiere*, y que para juzgar si una dote es inoficiosa *se mire a lo que excede de su legitima de tercio e quinto de mejora* (322).

c) *Determinación del momento en que debía juzgarse la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones.*—Hemos visto que en Derecho romano la inoficiosidad de una donación debía juzgarse con relación al momento en que se otorgó, si bien la inoficiosidad originaria podía quedar corregida si al fallecimiento del donante no resultaba inoficiosa por ulterior aumento de su fortuna. También vimos que la ley 9, tít. IV de la Quinta Partida atendió a ambos momentos para juzgar de la inoficiosidad. Ahora nos corresponde detenernos ante los dos últimos versículos de la ley 29 de Toro, que rezan así:

«E para se decir la tal dote inoficiosa se mire a lo que esceda de su legitima de tercio e quinto de mejora, en caso que el que la dió podía facer la dicha mejora cuando fizo la dicha donación, habiendo consideración al valor de los bienes del que dió, o prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, o mandada, o al tiempo de su muerte del que dió la dicha dote, o la prometió, do más quisiere escoger aquel a quien fué la dicha dote prometida, o mandada. Pero las otras donaciones que se fizieren a los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideración a lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.»

Entre las cuestiones más destacadas planteadas por este texto, podemos distinguir las relativas a la dote y las referentes a las otras donaciones:

a) *Problemas que plantea la valoración de las donaciones y del haber relicto, a efectos del cálculo de las legítimas y del tercio y quinto.*—A esta materia, por lo que a las mejoras se refiere, debe aducirse lo que dispone la ley 23 de Toro en su apartado segundo: «Que la tal mejora aya consideración a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejora». También la ley 19, al señalar la tasa de la mejora la refirió «a lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte».

No ofrece duda alguna que el valor de los bienes del causante debía ser referido al día de su muerte para calcular la legítima, tercio y quinto.

Pero como a este caudal y para dicho cálculo debían sumarse

(322) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit. Ley 26, núms. 46 a 49, página 469), siglos más tarde, aún arguye esta circunstancia en pro de la solución expresada de imputar las mejoras al tercio antes que al quinto.

las donaciones simples y ob causam hechas por el causante, se planteó el instante en que debían valorarse para realizar dicha suma.

Angulo (323) respondió: 1.º, que lo donado a cuenta de la legítima o con carácter revocable como mejora debía valorarse al tiempo de la muerte si bien restando el aumento debido a industria del donatario y sumando la disminución causada por culpa del mismo. Es decir, según reglas de la colación.

2.º Que lo donado irrevocablemente a cuenta de la mejora sea mejora de cuotas o de cosa cierta, debía ser valorado con arreglo a lo que valiera al tiempo de la donación, de modo que los aumentos de valor aun no debidos a industria del donatario beneficiarían a éste y el riesgo de la pérdida o de la desvalorización incluso fortuito del bien donado no reduciría la base de cálculo de las legítimas.

La razón de estos diferentes criterios se hallaba, de una parte, en la actualidad de la enajenación, en el segundo caso, y de otra en la naturaleza en cierto modo condicionada de la donación, en los supuestos del primer caso, tratándose de las mejoras revocables, o en el carácter anticipadamente relicto de las donaciones imputables a la legítima. Angulo, apoyó jurídicamente esta tesis en la *Authentica de immensis donat*, § 1.º (extracto de la Novella 92, c 1) recogida en el Codex III-XXVIII, que por sus primeras palabras se titula «Unde et si parens». Para el supuesto de donación actual y no imputable a la legítima, según Angulo, dicha *Authentica* entendió que para el cómputo de las legítimas (de la Falcidia en la letra de la *Authentica*) los bienes donados debían considerarse «alienata per patren titulo lucrativo» y, al efecto, valorados al tiempo de la donación (en lo que modificó las precedentes disposiciones).

b) *Cuestiones referentes a la valoración del caudal relicto para juzgar de la oficiosidad de la dote.*—Se plantearon las siguientes:

1.º La relativa a quien corresponde la elección del tiempo en que debe juzgarse la oficiosidad o inoficiosidad de la dote. Diego Castillo (324) la dejó expuesta sin resolverla. Antonio Gómez (325), Velázquez de Avendaño (326) y Angulo (327) atribuyeron al marido esa *facultas eligendi*, basándose en las palabras de la ley, que dicen: «do más quisiera escoger aquel a quien fué la dicha dote prometida o mandada».

2.º La referente a si el nacimiento de otros hijos del dotante después de otorgada la dote, podía influir en el ejercicio de la

(323) Op. cit., Lex séptima, Gloss. prima, núm. 36, págs. 434 y ss.

(324) Op. cit., Lex XXIX, núm. 38 vers. *Sed quaero* fol. 137.

(325) *Ad leges Tauri*..., Lex XXIX, núm. 35, vers. *Tertio infero*, vers. «Sed hodie nostra Lex 29», pág. 192.

(326) Op. cit., L. XXIX, Gloss. V, núm. 5, pág. 71.

(327) Op. cit., Lex séptima, Gloss. prima, núm. 23 pág. 420, y Lex décima, Gloss. quinta, núm. 8, pág. 368.

opción. Juan Bernardo Díaz de Lugo (328) opinó que en este caso no era aplicable la ley 29 de Toro, sino la ley 8, tít. IV de la Quinta Partida. Gregorio López (329) en principio disintió de esta opinión, pero la entendió sostenible «cuando el padre desconfiando de tener otros hijos, diera a la hija una dote mucho mayor de la que correspondiera para el marido que había escogido y no sería fuera de razón que la dote se revocase en cuanto al exceso». Ayerve de Ayora (330) afirmó que, sin perjuicio de la opción correspondiente a la hija, los hijos después nacidos debían recibir íntegra su legítima.

La Pragmática de Madrid de 1534, inserta en la l. 1, tít. II, libro V de la Nueva Recopilación y en la ley 1, tít. 2, lib. 5.º de la Novísima, prohibió que las hijas fuesen mejoradas expresa o tácitamente en contrato entre vivos por razón de dote. Ello suscitó otros problemas relacionados a su intersección con la ley 29 de Toro (331).

1) ¿Cuál debió ser el límite que esta ley quiso fijar a las dotes?: ¿El importe de la legítima estricta de las hijas?, ¿la parte viril que les correspondería en toda la herencia?, ¿esta misma participación en el haber una vez deducido el quinto que el causante dispusiere?, ¿o, deduciendo, además del quinto las mejoras dispuestas por el causante?

Ayerve de Ayora (332) aceptó la última solución: «Dispositio ergo praedictae legis *de Madrid*, habebit locum, quando filia meliorata est tácita, vel expresse in tertio, vel in quinto, vel aliqua parte eorum nomine dotis, ita quod ipsa aliquid plus ferat ex bonis patris, vel parentum quam exteri frates, non quando aequaliter parens bona sua divisit inter filios, quod verum puto cum aliqua lege hoc non inveniatur prohibitum.»

En cambio, Angulo (333) opinó que la hija mejorada sólo debía restituir las partes del tercio y del quinto correspondientes a otros hermanos, pero no su parte viril en dichas cuotas.

2) La citada Pragmática, ¿derogó también la ley 29 de Toro en cuanto la opción concedida a la dotada o su marido de elegir el momento en que debía juzgarse su inficiosa? Es decir, la dote que fué oficiosa al otorgarse ¿debía reducirse, conforme a la

(328) En sus reglas y variaciones, letra *d*), regla 141, según cita de GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras *es otro*, de la Ley 8, tít. IV, Partida quinta (ver. la ed. Barcelona, 1843, vol. III, págs. 47 y 48, núm. 40).

(329) Glosa citada en la nota anterior.

(330) Op. cit., Pars. III, Quaest. XXVIII, núm. 100, págs. 276 y ss.

(331) El más detenido estudio de la Pragmática de Madrid puede verse en la obra de BAEZA: *In Caroli Quinti Augusti Hispaniae Regni Illustris Constitutionem in Madritensi conventu editam quae de meliorandis filiabus dotis ratione loquitur narratio per Gasparem Baezan*, Granatae, 1566.

(332) Op. cit., Pars. III, Quaest. XXVII, núms. 85 a 91, págs. 266 y ss.

(333) Op. cit., Lex sexta, Gloss. prima, núm. 18, págs. 395 y ss., y Lex décima, Glosa quinta, núm. 3, pág. 567.

Pragmática de Madrid, si posteriormente disminuído el caudal paterno hubiese resultado inoficiosa con relación al caudal relicto por el propio causante?

Baeza (334) y Velázquez de Avendaño (335) presupusieron la vigencia en este punto de la ley 29 de Toro. Ayerve de Ayora (336) expresamente afirma dicha Pragmática no derogó aquella opción. Y, también, Angulo (337) y Acevedo (338) opinaron que dicha opción persistía.

§ 7.º *La colación después de las leyes de Toro según los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.*

Los tres últimos apartados de la ley 29 de Toro se refieren —como hemos dicho— a la imputación de las dotes y demás donaciones colacionables, en el supuesto de que el donatario no acepte la herencia. En cambio, el apartado primero plantea claramente una cuestión de colación propiamente dicha.

Cierto que podía ocurrir—y era frecuente que así ocurriera— que la masa hereditaria partible entre los herederos forzosos equivaliera a la legítima estricta, de modo que el resultado de la colación, verificada a través de la toma de menos, fuese idéntico al que se obtendría a través de la que hemos llamado imputación en sentido amplio, y que en adelante llamaremos a secas imputación.

No obstante, cabía que no sucediera así. Podría ocurrir que la masa hereditaria, deducidos legados y mandas y sumadas las donaciones colacionables, es decir, la masa partible entre los herederos, excediera de la legítima rigurosa y, en este supuesto, era posible que estos no heredaran por partes iguales. En tales casos las dos operaciones debían discurrir separándose por caminos distintos, actuando la computación y la imputación como operación correctora de la colación cuando con sólo ésta habría perjuicio en alguna legítima.

Vamos a ver, ahora, cuál fué el régimen de la colación en el Derecho de Castilla bajo el imperio de las leyes de Toro.

a) *Personas que debían colacionar y que se beneficiaban de la colación de los demás (ille qui petit collationem et ille a quo petitur).*—Los juristas castellanos recogen la doctrina romana, ocupándose de las mismas cuestiones planteadas por los autores de Derecho común. Resumiéndolas Antonio Gómez (339) concreta: «quod omnes descendentes, quibus ab intestato debetur legi-

(334) Op. cit., cap. 31, núms. 87 y ss., págs. 151 vto. y ss.

(335) Op. cit., L. XXIX, gloss. V, núms. 4 y s., pág. 71.

(336) Op. cit., Pars. III, Quaest XXVII, núm. 92 (pág. 271 y sig.).

(337) Op. cit., lex Sexta, Gloss. prima, núm. 17 (pág. 395) y Lex Séptima, gloss. prima., núm. 23 (págs. 425 y sig.).

(338) Op. y vol. cit., Lib. V, tit. VIII, ley III (Tauri 29), núm. 18, página 249.

(339) Op. cit., lex XXIX, núm. 6 (pág. 176).

tima, conferunt inter se succedendo ascendentibus, nulla differentia facta sexus vel gradus, emancipatione vel patriae potestatis: et nulla alia persona tenetur conferre».

He ahí, por tanto, desmenuzados los requisitos:

1.º Ser descendiente al que el causante debiera dejar la legítima (340). Por tanto, el descendiente debía suceder «tamquam liberi, ex primo capite» (341).

Por esa razón, «cum eis non debeantur legitima»—ver ley IX de Toro—, no debían colacionar los hijos naturales, «modo succedant soli interse, modo cum aliis legitimis per dictam regulam» (342). En cambio, por dicho *ratio*, debían colacionar los legitimados—«quia est filius et descendens et debetur ei legitima» (343)—por lo menos los legitimados por subsiguiente matrimonio (344).

Siguiendo esa regla, los adoptados por un ascendiente natural suyo debían colacionar en la herencia del adoptante (345), y en cambio se sostuvo que los adoptados por un extraño debían colacionar en la herencia del padre carnal, pero no, en cambio, en la del adoptante que tuviera hijos carnales (346).

Pero los corolarios más interesantes de aquella regla se referían a la colación por parte de los nietos.

Los nietos, cuando sucedían al abuelo en representación—*lato sensu*—del padre o madre, debían colacionar lo que este hubiese tenido que colacionar en la herencia de aquél (347).

(340) Ver ANTONIO GÓMEZ, op y lex últ. cit., núm. 31, requisitos *primo* y *quinto* (pág. 190); VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., Tertia partis, Lib. II, § XVIII, núm. 44, pág. III; LUIS DE MOLINA, S. J., op. cit., Tract. II, Disp. 237, col. 1.469; ANTONIO PICHARDO DE VINUESA: *Comentariorum in IV Institutionem Instimianearum libros*. (Editio última, Lugduni 1671), T. II, Lib. IV, Tit. VI, art. II, núm. 14 (pág. 180).

(341) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit. *Primum requisitum*, pág. 189 in fine y sig.

(342) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., vers. *Duodécimo infero* (págs. 178 in fine y sig.); PICHARDO, loc. últ. cit., núm. 16.

(343) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., y pág. vers. *Septimo infero* (pág. 177 in fine y sig.); LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. últ. cit., col. 1.468 in fine y sig. in princip.

(344) Ver la ley XII de Toro, y la glosa 68 de ANTONIO GÓMEZ a esa ley (pág. 105).

(345) Ver ANTONIO GÓMEZ, op. y loc. últ. cit., vers. «Sexto infero», donde se apoya en las glosas de Bartolo y Paulo de Castro. VÁZQUEZ DE MENCHACA (loc. últ. cit.) afirmó debía ser colacionado, «vel forte a patre adoptivo datum esset filio adoptivo, vel filio arrogato: in quibus casibus, e's legitima debetur, qui ab intestato vel ex testamento instituiti sunt».

(346) Ver GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «muriesse sin testamento» de la ley 8, tit. XVI, P. IV (núm. 21, pág. 1.070 ed. cit., T. II) y PICHARDO, loc. últ. cit., núm. 18.

(347) Ver ANTONIO GÓMEZ (loc. últ. cit., Vers. *Octavo infero*, pág. 178), que explica, «cuius ratio est quia cum tales nepotes succedant repraesentativae loco et portione parentum defunctorum» y «quia ius collationis, tam active quam passivae transmittitur ab haeredes». Así como GREGORIO LÓPEZ (glosa a las pala-

Debían colacionar igualmente los nietos aquello colacionable por naturaleza que el abuelo les hubiese dado directamente después de la muerte del padre o madre, intermedio (348).

No colacionaban, en cambio, los nietos cuando heredaban al abuelo, viviendo el padre, pues entonces sucedían *tamquam extranei* (349).

Tampoco colacionaban en la sucesión del abuelo lo que los nietos hubiesen recibido de sus padres (350).

Más dudoso fué si debía colacionarse en la herencia del padre, las dotes que los abuelos hicieran a sus nietas en potestad. Entre los autores de Derecho común, se distinguió, en este caso, según la donación se hubiese realizado por el abuelo en consideración a la nieta o en contemplación del padre (351). Pero la distinción carecía de interés en Derecho real, pues el hijo salía de la patria potestad al contraer matrimonio—«el hijo o hija casado e velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre», dispuso la ley 47 de Toro—, por lo cual la nieta no podía estar bajo la potestad del abuelo (352).

2.º Suceder a título de herencia, sea testada o intestada.

A título de herencia «título universalis tamquam haeres», dice Antonio Gómez (353). No así sucediendo a título singular—«se-

bras *se deve contar* de la ley 3. Tit. XV. T. VI. núm. 24. pág. 734. T. III ed. cit.) que se apoya en las palabras de la ley 20 de Toro, *ellos e sus herederos*. Ver también VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ XIX últ. cit., núm. 53, pág. 113) y el jesuita LUIS DE MOLINA (Disput. últ. cit., col. 1.409. D).

(348) ANTONIO GÓMEZ (vers. *Nono infero*, pág. 178) entiende que en este supuesto «indistincte tenetur conferre modo succedat cum patris vel avunculis, amitis vel matris, modo cum aliis nepotibus ex alio filio mortuo: quia ea debetur legitima, et tam videtur avus dedisse ex causa et ratione avi licet debeat succedere repraesentativae ex persona patris praedefunctis».

Ver también ANGULO (op. cit., lex nona, glos. tertia, núm. 3. pág. 514) y el jesuita LUIS DE MOLINA (op. cit., vol. y Disp. últ. cits., col. 1.470 A).

Lo dado por el abuelo antes de la muerte del padre sólo debía colacionarse si lo dió «contemplationi patris» no si lo dió «contemplatione filii» (es decir del nieto del donante), según explican PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § III, num. 6 y 7. pág. 394) y LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., col. 1.475 B, C) O. en otra expresión del mismo MOLINA (Disp. últ. cit., A), «quod ante mortem patris accepisset immediata ab avo, si patris intuitu esset ei collatum, secus si intuitu ipsius nepotibus».

(349) ANTONIO GÓMEZ (vers. *Décimo infero*, pág. 178), expresa que ocurría así, tanto si fueron instituidos junto con los hijos, como si instituido el único hijo en la legitima los nietos fueron instituidos herederos universales, en cuyo caso tampoco debían colacionar entre sí. Ver también PICHARDO (cap. y loc. última cits., núm. 17, pág. 180; el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., columna 1.469 A, B) y ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V. T. VIII, Ley III, Tauri 29, núm. 9. pág. 248).

(350) Ver ANGULO, op. cit., lex nona, gloss. tertia, núm. 4 (pág. 514).

(351) Ver ANTONIO GÓMEZ, lex cit., núm. 41 (pág. 195).

(352) Ver GREGORIO LÓPEZ (glosa últ. cit.) y BAEZA (op. cit., cap. VII, número 21, fol. 40 vto.); ANGULO (op. cit. lex nona, gloss. tertia, núms. 5 y 7, págs. 514 y sig.); ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V, Tit. VIII, ley III, Tauri 29, núm. 2, pág. 247) y PARLADORIO (op. cit. Diff. CL § III, núm. 5, pág. 394).

(353) Op. cit., lex XXIX, núm. 5 (pág. 176) y núm. 31. «Secundum requi-

cus vero si succedat título particulari»—cuando optara el legítimo por aceptar el legado. Como expresó Pichardo (354), «si filius aliquis título legati aut fideicommissi aliquid habeat, aut patri suo succedat, conferre non tenebitur» (355).

Por tanto, como expresó Vázquez de Menchaca (356), no se daba la colación, «quando unus successit título singulari, alius título universalis».

En cambio, no importaba que la herencia fuese diferida por testamento o *ab intestato* (357), incluso «etiam inter fratres diverso iure succedentes erit admitienda» (358), es decir, también tenía lugar entre hermanos que sucedieran uno testamentariamente y el otro *ab intestato* (359).

La institución en cosa cierta también fué examinada a efectos de la colación. Entendió Antonio Gómez (360) que si algún hijo «sit institutus in aliqua re certa, aliis fratribus haeredibus institutus universaliter», no debía colacionar aquél lo que el padre le hubiese donado en vida, ya que no sucedía a título universal sino singular. Al contrario, si todos los hijos fueron instituídos en diversas cosas ciertas, entendió que debían colacionar lo que el padre les hubiese donado, «quia iam succedunt filii universaliter et in omnibus, et por omnia habentur pro universalibus haeredibus quo ad extrinsecos effectus, licet quo ad ipsam rem videatur legatarius» (361).

3.º Heredar conjuntamente con otros descendientes que reunan igualmente los anteriores requisitos (362).

situm» (pág. 190). También en este sentido, LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. última cit., col. 1.472 B).

(354) Op. y vol. cit., Lib. IV, Tit. VI, Art. II, núm. 25, vers. *Unum tamen* (pág. 181).

(355) O, como expresó el jesuita Molina «Quoniam si parens defunctus tituli legati aliquid in ultimo voluntate ei relinquit, potest illud petere et obtinere de acervo honorum defuncti, neque tamen tenetur conferre».

(356) Op. pars. y lib. ult. cit., § XIX, núm. 54, pág. 113.

(357) Ver VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ últ. cit., núm. 19, pág. 109); LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. últ. cit., col. 1.473 B); FERNÁNDEZ DE RETES (op. y volumen cit., «De donat», Cap. X, núm. 10, pág. 599); PICHARDO (loc. últ. citada, núm. 26, pág. 181).

(358) PICHARDO (loc. últ. cit.). Ver especialmente lo que dice VÁZQUEZ DE MENCHACA respecto al Derecho romano antiguo y nuevo, recogiendo y discutiendo la opinión de los autores de Derecho común (§ últ. cit., núms. 54, 55 y 56, pag. 113).

(359) Supuesto posible, como vimos en la primera parte de estos Apuntes (An. Dr. Civ. IV-1, págs. 461 in fine y ss. notas 151 a 159).

(360) Vers. «Secundum requisitum», últ. cit.

(361) Lex. cit., núm. 5, vers. *Sed hoc non obstante* (pág. 176).

(362) Ver ANTONIO GÓMEZ (lex últ. cit., núm. 39, pág. 185): «Computatio habet locum modo succedat filius cum aliis filiis et descendantibus, modo cum extraneis: collatio vero tantum habet locum inter filios et descendentes». LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 B), «nisi parens expri (op. cit., Diff. CXLIX, núm. 9, pág. 391): «Collatio vero tantum modo habet locum, quando liberi inter se succedunt». PICHARDO (art. últ. cit., núm. 1,

Se discutió si la colación solamente debía tener lugar cuando los hijos fueran herederos por partes iguales. Gregorio López (363) recoge la siguiente cuestión planteada por Rafael Fulgosio:

«Supóngase que el padre, habiendo dado una dote crecida a la hija, la instituyó en una pequeña parte, nombrado herederos de todo lo restante a los demás hijos: ¿deberá en este caso la hija traer a colación la dote, si quiere percibir dicha parte?» La respuesta de Fulgosio, según la recoge Gregorio López, es ésta: «que si pudiese presumirse que el haberla instituido el padre en tan pequeña parte fué por consideración a lo crecido de la dote no tendrá lugar la colación, arg. 1, 29, § 1 D. *jam. excisc.*; empero si no constare la intención del testador en este punto, la colación es indispensable, a no ser que la hija quiera renunciar a la herencia...»

Matienzo (364), sin distinguir, afirmó: «Collationique locus erit, etiamsi in testamento filii sint inequaliter instituti».

Antonio Gómez (365) analizó el argumento de que en caso de institución desigual resultaba evidente la intención de los padres de no conservar la igualdad entre sus hijos, y lo rechazó, «quia pater bene voluit inaequalitatem servare inter filios in ipso testamento et institutione: non vero in bonis et rebus donatis in eius vita: et aequalitas inter fratres servanda quam iura attendunt debet intelligi tantum quo ad ipsa donata in vita, ut illa teneatur uterque; filius ad invicem conferre, non quo ad relicta in testamento vel última voluntate, nec quo ad hoc ut in portionibus quae conferuntur sit aequalitas».

¿Quiso significar Gómez, con estas palabras, que la distribución de las donaciones colacionadas debía hacerse en proporción a sus cuotas hereditarias o, por el contrario, por partes iguales entre los hijos, aunque estos hubiesen sido instituidos desigualmente? Esta solución segunda sería contraria a lo dispuesto en el *Codex III-XXXVIII*, 12; pero parece corresponder mejor a la *ratio* que señaló rotundamente Antonio Gómez a la colación «propter aequalitatem inter fratres servandam, et invidiam et discordiam inter eos evitandam» (366). Pero como, en realidad, respetadas las legítimas debía acatarse la voluntad del causante, aunque desigualara los hijos, pudo decirse que «nihil interesse, an inter fratres exurget inaequalitas an non exirget», copiando palabras de Parladorio (367).

pag. 179): «Tantum collationem locum habere inter descendentes eius, de citius haereditate agitur».

(363) Glosa a las palabras «se deve contar», de la ley 3. tit. XV, Partida Sexta (gl. 24 al cit. tit., ap. 4.º, pág. 734 del vol. II, ed. cit.).

(364) Op. cit. Lib. 5. Tit. 8. Ley III, Gl. I. núm. 2 (fol. 206 vto.)

(365) Lex últ. cit. núm. 5 (págs. 176 y sig.).

(366) Núm. 2 (pág. 175 y sig.) en el que dedica varios párrafos para narrar los males causados por la envidia, según los relatos bíblicos y clásicos.

(367) Op. cit., *diff.* CL, § I, núm. 4 (pág. 393).

Por otra parte, el mismo Antonio Gómez (368), al definir la colación, afirmó que «collatio est rei propriae in commune latio, pro hereditariis portionibus dividenda»; es decir, para ser dividida en proporción a las cuotas hereditarias.

Vázquez de Menchaca (369), apoyándose en los párrafos *Si ex dodrante* y *Toties* (Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 3.º y 5.º), sostuvo que la colación debía verificarse no en la proporción hereditaria, sino en la del daño causado. En consecuencia, definió de este modo la colación: «Collatio est sua rei universa vel particularis comunicatio vera vel aequipollens facta ex necessitate causativa pro modo damni dati». Es decir, substancialmente substituyó la colación *pro portionibus haereditariis* por la *pro modo damni dati*.

Pichardo (370), en cambio, defendió resueltamente que en caso de institución desigual lo colacionado debía repartirse a prorrata de las participaciones hereditarias respectivas. «Igitur in hoc casu pro portionibus haereditariis collatio fiet... Et inde si quidan ex filiis institutus sit in legitima et tertio et quinto, et alius vel dote, vel donationem propter nuptias conferat, prorata filii meliorati, illa dote, aut donatione augebitur portio» (371). En este

(368) Op. y lex últ. cits., núm. 1 (pág. 174).

(369) Op., pars., Lib y § últ. cits. núms. 23 y 6, pág. 109: El primero de los dos textos, en que apoya su tesis MENCHACA, dice así: «Si ex dodrante fui institutus filius, qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro quadrante tantum bona sua collaturum.» Se trataba, pues, de un supuesto de la *collatio emancipati*: el emancipado había obtenido la mitad de la herencia por la *bonorum possessio contra tabulas* en perjuicio de un extraño, instituido en un cuarto, y de otro hijo *in potestate* del causante instituido en tres cuartas partes y que en virtud de la reclamación del emancipado sólo recibiría la mitad. El dictamen de Ulpiano, que dice seguir la opinión de Pomponio, afirma que el emancipado sólo colacionaría sus propios bienes en la proporción de una cuarta parte porque al hermano le quitó sólo la parte de la herencia.

Al argumento de MENCHACA, puede ponerse no sólo la tacha de que las leyes «*Si ex dodrante*» y «*Toties*» se referían a la *collatio emancipati*, para la que este texto suponía una equitativa limitación, que pierde fundamento para la «*collatio descendatum*», sino también el reparo de la posterior vigencia de la constitución de Justiniano, aplicable a la nueva colación, recogida en el Codex III-XXXVIII, 12. Además, la ley «*Toties*» determinó cuándo debía tener lugar la colación («quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est interventus emancipati»), pero sin señalar la proporción en que debía colacionarse. Detalle que no escapa a la crítica de Pichardo (op. y vol. cit. Lib. IV, tit. VI, art. 1, núm. 3, pág. 178).

(370) Op. y vol. cits., Lib. IV, tit. VI, art. II, núm. 28 (pág. 181).

(371) El propio PICHARDO, en el número 29, planteó si la ley 25 de Toro sería obstáculo a esa afirmación. Si la mejora de tercio y quinto no pudieran deducirse de las dotes y donaciones *propter nuptias*, la colación de éstas no podría favorecer a los instituidos en tercio y quinto. De esta cuestión nos hemos ocupado anteriormente, comprobando que se trataba de una disposición de carácter interpretativo de la voluntad del causante. Pero, aparte de ello, algún autor, como ACEVEDO (op. y vol. cits., Lib. V, Tit. VI, Ley IX, Tauri 26, número 3, pág. 183), siguiendo el planteamiento de Segura (en l. *unam ex familia*, sed si fundum, núm. 29 de leg. 2, según cita de ACEVEDO), examinó si la regla de la ley 25 era igualmente aplicable al supuesto en que la mejora fuese

caso la colación no tenía otro límite que el de la oficiosidad de la institución, es decir, el límite de la legítima del colacionante instituido en porción menor.

A su juicio, «nec obstat hoc casu cessare rationem inducendae collationis scilicet ut aequajitas inter filios observatur», porque «est enim patri liberum disponendi inter filios arbitrium, dum tamen eorum legitimas non minuat, adestque expresa illius voluntas, ut alius plus altero accipiat».

4.º No haber sido excusado por el causante del deber de colacionar (372).

Sin embargo, después de la Pragmática de Madrid de 1534, al prohibirse mejorar con la dote, la dispensa de colación quedó limitada en cuanto a la dote, en los límites que anteriormente hemos visto.

Aunque técnicamente esa regla más que a la colación propiamente dicha, corresponde a la reducción de la dote, indudablemente repercute en ella.

5.º Llegar a heredar efectivamente. Es decir, no ha de colacionar el descendiente que repudió la herencia de su causante... «requisitum est—dice Antonio Gómez (373)—quod filius vel descendens qui debet conferre velit succedere: quia alias si vult se

ordenada a título de herencia. Su solución fué afirmativa por estimar que la mejora era siempre *quota bonorum* y no *quota hereditatis*. En cambio, JACOBO VALDÉS, en sus adiciones a la obra de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., «Repetitionis...», «Declaratio legis regni», § 6 *quaeritur*, ad. Valdesi, pág. 550), observa: «et dicta lex 25, intelligenda est ubi filius titulo legati melioratur, tunc enim non augetur dote, nec fit collatio proportionibus hereditariis... «limita tamen, quod si filius esset institutus in legitima, tertio et quinto titulo institutionis, tunc si soror confert dotem, augetur legitima filii dote: quia debet fieri aequalitas in collatione proportionibus hereditariis». Criterio compartido por PICHARDO (artículo cit., núm. 30). «unde cum in hec portione (legitima, tertium et quintum) filius sit institutus, consequens est augmentum ex omnibus bonis, quae conferuntur».

(372) Ver PALACIOS RUVIOS («Glossemata...» lex XXIX, gl. IX, *limitat*, 2.º «Quando pater in testamento prohibet collationem fieri»; COVARRUVIAS (op. y vol. cit., Cap. Reynaldus, § secundo, núm. 8, pág. 105). «Quod si donatio causa dotis aut propter nuptias facta fuerit titulo meliorationis expressae, non erit confenda: siquidem tertia et quinta partes non conferunt»; TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., Lex 26 et 29, núm. 2, fol. 200 vto.)—«omnes donationes ob causam conferuntur et imputantur, nisi pater expresserit contrarium»; PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § IV, núm. 10, pág. 396): «Iam illud manifesto juris est, cessare collationem, quando pater in donando, aut postea, dixerit ut filius conferre non teneatur; modo ejus voluntatis iure adversa non sit»; LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 B). «nisi parens exprimat contrarium».

(373) Op. y lex últ. cit., núms. 32, 33 y 34 (págs. 190 y s.). Ver también VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. pars. lib. y § últ. cit., núm. 16, pág. 109); el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y Disp. últ. cit., col. 1.480 C); FERNÁNDEZ DE RETES (op. y vol. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599); JUAN GARCÍA SAAVEDRA (op. citado y núm. 6, vers. *Intellige*, pág. 30); PICHARDO (op y vol. cit., Lib. IV, tit. VI, art. 11, núm. 20 (pág. 181).

abstinare et renuntiare successioni patris, vel matris, vel ascendentis, non tenetur conferre».

La ley 29 de Toro confirmó esta doctrina en su segundo apartado, que, como excepción a la regla de colación contenida en el apartado primero, contempla el supuesto en que los descendientes donatarios «se quisieren apartar de la herencia que lo puedan hacer».

Gregorio López (374) dedujo que, «si la hija fuese mejorada en el tercio y quinto y aceptare la mejora, renunciando a la herencia, parece que no deberá traer a colación la dote», porque «en efecto, el que renuncia a la herencia de nada responde, ni puede pedirsele cosa alguna mientras queden salvas las legítimas».

b) *Bienes que debían colacionarse*.—La ley 29 de Toro, como hemos visto, habla de «la dote y donación *propter nuptias* e las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar».

Aclarado que las donaciones a colacionar deben proceder del causante de cuya sucesión se trata, y no ofreciendo problema alguno interpretativo el concepto de la *dote*, se planteó la valoración de la expresión donación *propter nuptias*, así como la determinación de cuáles eran las *otras donaciones* a que dicha ley se refería.

1. El concepto estricto de donación *propter nuptias* es harto restringido. Antonio Gómez (375) lo expresó con estas palabras: «quod donatio ante nuptias vel propter nuptias est illa, quam maritus, pater, vel alius pro eo expresé facit uxori propter matrimonium in recompensam dotis, et eius maiorem cautelam et securitarem, quae efficitur uxoris constante matrimonio, et eo soluto revertitur ad maritum».

Bajo ese concepto la colación alcanzaría solamente a las donaciones que el padre, en atención a su hijo, hiciera a la esposa de éste por razón de su matrimonio y que disuelto el matrimonio deberían revertir a dicho hijo (376). Es decir, según palabras de Tello

(374) Apartado penúltimo de su glosa a las palabras «que la dote», de la ley 3. tit. XV, Sexta Partida (gl. 24 del tit. cit., ed. cit., págs. 734 in fine y sig.).

(375) «Ad leges Tauri...» lex L, núm. 9 (pág. 456).

(376) La ley 1. tit. XI de la Partida cuarta, hace equivalente la donación llamada en latin *donatio propter nuptias* y la que dicen en España propiamente *arras*. No obstante el concepto de las *arras*, según el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real (III-II, 1, 2 y 5) y Leyes de Toro no coincidía con el de la donación *propter nuptias* del *Codex*. Así lo observaron RODRIGO XUÁREZ (Repetitio ad legem 1 Forumlegi, vers. *pome quod tempore*); GREGORIO LÓPEZ (glosas a la palabra *arras* de la ley 1. tit. XI, p. 4, y a las palabras *lo que quisiese* de la ley 7. h. t. núms. 7 y 44 de dicho título, págs. 995, sig. y 1.014 de la ed. cit., vol. II); ANTONIO GÓMEZ: («Ad leges Tauri...», lex XXIX, número 12, vers. «Sed in nostro Regno», pág. 45) y ANGULO (op. cit., lex nona, gloss. text.: núm. 12, pág. 516), etc. Además de otras diferencias, es la más evidente que mientras en las donaciones *propter nuptias* el marido conserva el

Fernández (377), «quando pater pro filio dabit mulieri donationem propter nuptias», el hijo debía colacionar esas donaciones en la herencia de su padre.

Pero en contra del criterio restrictivo de Tello (378) y Acevedo (379), se observó que no era razonable considerar que la ley 29 de Toro sólo se refiriera a las donaciones *propter nuptias* en el sentido estricto que a esta denominación asignó Justiniano. Dichas donaciones ya habían caído en desuso mucho antes de promulgarse las leyes de Toro, como confesó el propio Tello (380). Por esa razón, Cifuentes (381), Segura (382), Palacios Ruvios (383), Covarruvias (384), Antonio Gómez (385), Ayerve de Ayora (386), Juan Gutiérrez (387), Luis de Molina, S. J. (388), Parladorio (389) comprendieron en la expresión de la ley 29—donación *propter nuptias*—toda donación por causa de matrimonio otorgada por el causante a su hijo o descendiente varón. Con mayor precisión algu-

dominio y lo donado vuelve a él una vez disuelto el matrimonio, en cambio, en las arras gótico-castellanas la mujer adquiere su propiedad y no revierten al marido al disolverse el matrimonio.

(377) Op. cit., lex 26 et 29, núm. 5 (fol. 203).

(378) «Quod omnis donatio quae in causam matrimonii sint, est simplex, et non imputatur, et exinde quaevis donatio de qua exprese in iure non fuerit dispositum, quod sit ob causam, quia lex nostra tantum loquitur in propria donatione propter nuptias, quo fit uxori» (núm. 5, cit. fol. 203 vto.). En cambio, observa que las leyes 17 y 22 se refieren a las donaciones por causa de matrimonio al hablar de donaciones *por vía de casamiento*.

(379) Op y vol. cit., lib. V, tit. VI, lex XI (Tauri 27), núms. 5 y 6 (página 201). Por eso deduce «et sic in quinto imputandae sunt arrhae».

(380) Núm. 5, últ. cit., fol. 202 vto.

(381) Ad lex XVII, núm. 5 (según cita de Ayerve).

(382) Ley *unum ex famil.* § *sed et si fundum*, ff. de legat. 2, fol. 25, col. 4 (cita de AYERVE DE AYORA).

(383) «Glossemata...», lex XVII, gl. XLV, pág. 253.

(384) Op. vol. cit., Cap. Reynaldus § secundo, núm. 7 (pág. 103) donde observa: «Sed quod verba haec propter nuptias possint latius quedam significatione adsumi Azo etenim in *Summa C. de donat: ante nupt.* scribit impropie sponsalitia largitatem quandoque dici donationem propter nuptias».

(385) «Ad leges Tauri...», lex XXIX, núm. 13, vers. «Secundo infero» (página 181), donde afirma: «Quod donatio propter nuptias vel ante nuptias, vel sponsalitia largitas, vel arrha, quam pater vel mater dederit pro filio vel descendente debet conferri, quia censetur donatio facta ob causa matrimonii, sicut ipsa dos».

(386) Op. cit., Pars. II, Quaest. XIII, núms. 29, 30 y 31 (pág. 158 y 159): «cum donatio propter nuptias de qua iura antiqua loquebantur, iam non sit in usu, ut tenet Faber... et Pau. de Castr..., et hodie communiter dicitur donatio propter nuptias quam pater facit filio suo in causam matrimonii (núm. 30)... Maxime quod dicta L. 29 de Toro aperte loquitur de donatione ob causam matrimonii factam, quia dicit de donatione facta filio ab illo de cuius successione agitur, non de donatione propter nuptias de iure communi, quam filius non recipiebat, sed uxori dabatur, ad securitatem dotis; ergo si de hac loquitur quae aequiparatur dati, et est conferenda sicut dos, et hodie dicitur donatio facta filio ob causam matrimonii» (núm. 31).

(387) Op. cit., lib. II, Quaest. LXV, núms. 5 y 6 (pág. 148).

(388) Op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.478 D y 1.479 A.

(389) Op. cit., Dif. CL, § III, núm. 16 (pág. 351).

nos autores, como Velázquez de Avendaño (390), Angulo (391), Matienzo (392), Pichardo (393) y Castillo de Sotomayor (394), exigieron como requisito para su colación que dicha donación por razón de matrimonio se hiciera *causa contrahendi cum certa* o, más específicamente, *ob causam matrimonii certi, cum tertia persona certa contracti*. Especialmente, Angulo requirió para que las donaciones por causa de matrimonio fueran colacionables, «ut datius matrimonium inveniatur sed in specie causa contrahendi cum certa, quando non est facta de tertio aut quinto, aut per expressum titulum meliorationis».

Precedente a tener muy en cuenta para entender latamente la donación *propter nuptias* de que habla la ley 29 de Toro fué la ley 14 del Lib. III, Tít. VI del Fuero Real (395), que sin limitación alguna ordenó la colación de lo donado por el padre o la madre a sus hijos en casamiento.

2) Anteriormente hemos visto cómo la mayoría de los autores entendieron que las palabras de la ley *e las otras donaciones* se referían a las demás donaciones *ob causam*.

Tan sólo Fernández de Retes (396) fué excepción y opinó que en Derecho real todas las donaciones eran colacionables—«e las otras» abarcaría así «todas las demás»—si el donatario aceptaba la herencia del causante donante.

Aceptada la común opinión, hace falta determinar lo que se entendió por donaciones *ob causam*.

Varios criterios de los ofrecidos por los autores de Derecho común fueron adoptados por nuestros juristas.

(390) Op. cit., L. XXIX, gloss. II, núm. 4, pág. 64.

(391) Op. cit. lex. nona, Gloss. tertia, núm. 20 a 25 (pags. 519 y ss.).

(392) Op. cit., lib. 5, tit. 6, ley IX, gl. II, núms. 1 y 2 (fol. 150) en relación con la ley 1, h. t., gl. VIII, núms. 7 y 8 (fol. 156). Su doctrina, que distingue perfectamente la donación *propter nuptias* romana de la «donatio a parentibus filio facta ob causam matrimonii cum certa persona contrahendi», puede concretarse transcribiendo estas afirmaciones: «Non enim legis illae (se refiere a las 29 y 25 de Toro) loqui potuerunt de donatione propter nuptias antiqua... quia illae donationes recesserunt ab usu». ...«atque ideo necessario fatendum est donationem ob causam matrimonii a parentibus filio factam successisse in locum donationis propter nuptias, licet proprie non sit propter nuptias». Y, adelantándose a una posible objeción concluye: «Nec oberit quod in multis differant quia dos et donatio propter nuptias equiparantur, licet in multis differant».

(393) Op. y vol. cit., libr. IV, tit. VI, art. III, núms. 45 y 46 (pág. 185).

(394) Op. y vol. cit., lib. IV, cap. XV, núm. 45 (pág. 127).

(395) Puede consultarse en: «El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey don Alfonso IX: Glossado por el egregio doctor Alonso Diaz de Montalvo». (Salamanca, 1569), fol. 149 vto. Ver las glosas b) y c), repletas de citas del Derecho romano.

(396) Op. y vol. cit., cap. X, núm. 10, pág. 599, donde proclama que el hijo donatario que acepta la herencia de su padre y le sucede conjuntamente con sus demás hermanos, «nihil sibi praecipuum retinet; sed donata confert, sive ob causam donatio sit, sive simplex et pura, in quo a jure communi recessum est; nam apud Nos, si filius vult se immiscere paternae hereditati, vel eam adire, donatio a patre nullam inducit meliorationum».

Rodrigo Suárez 397), con criterio rígido, consideró únicamente como donaciones *ob causam*, aquellas que el padre venía jurídicamente obligado a realizar—«ad quam pater de necessario a iure est obligatus»—. Pero, frente a esta opinión, se esgrimió que ni las madres estaban obligadas a dotar a sus hijas, ni los padres a donar a sus hijos, *propter nuptias*, y sin embargo la dote materna y la donación *propter nuptias* eran consideradas, como donaciones *ob causam*, objeto de colación (398).

β) Tello Fernández (399) modificó la regla anterior en el sentido de entender *ob causam* aquellas donaciones a cuya realización los padres pudieran ser jurídicamente compelidos—«in casibus, in quibus de iure parentes possunt compelli»—y todas aquellas otras a las que no podían ser compelidos, pero que debían imputarse por disposición del Derecho—«et in omnibus casibus etiam quibus parentes a iure compelli non possunt, si iure tamen sint expresse quod imputentur».

γ) Juan García de Saavedra (400) y el jesuita Luis de Molina (401) mantuvieron un criterio menos positivista y, a la vez, más amplio. La ley 29 no se refería a cualquier donación *ob causam*, sino a las necesarias, de «necessitate impulsiva, decente, et conveniente» (García Saavedra); es decir, «nempe quando aliquid donatur filio ad aliquid necessarium, utile illi, aut pium» (Molina). Como sigue explicando el primero: «denique causa debet esse necessaria necessitate vel legis, ut dos; vel natura, ut datum ad alimenta; vel honestate, ut militia; vel quia conveniat, ut datum, ut in matrimonium eatur». Es decir, aquellas «quod causa sit necessaria necessitate vel naturae, vel honestatis, vel moris, vel consuetudines..., quia haec necessitatae, quam vis non sit coactiva, satis superque cogit, ne videatur donans liberaliter donasse» (402).

Naturalmente que, según cuál fuera el criterio conceptual aceptado, resultaba distinta la enumeración de las *otras donaciones* colacionables. Así se discutió si debían ser colacionados la donación dada por el ingreso en religión de un hijo o hija (403), las expen-

(397) Op. cit., en «Declaratio legis regnia, § 5 *quero*, núm. 10 (pág. 546).

(398) Ver TELLO FERNÁNDEZ: Op. cit., lex 26 et 29, núm. 4 (fol. 202), así como VALDÉS en sus adiciones a RODRIGO SUÁREZ (loc. ult. cit., D), pág. 546).

(399) Loc. ult. cit., núm. 4 (fol. 202 vto.).

(400) Op. cit., núm. 47 (págs. 30 y s.) y núm. 49, vers. *Sit item verissimum* (pág. 35).

(401) Op. y vol. cit., Disp. 238, cols. 1.478 D y 1.479 A.

(402) Desde este punto de vista entendió GARCÍA SAAVEDRA lo dispuesto por la ley 29 de Toro. La expresión donación *propter nuptias* podía entenderse en sentido estricto: es decir, referida a la figura ya en desuso, mientras que en las *otras donaciones*, a las que aludía esa ley, cabían las demás donaciones por causa de matrimonio (núm. 49, vers. *Quid autem*, págs. 33 y sig.).

(403) Afirmaron que debían colacionarse COVARRUVIAS (op. y vol. cit., capítulo Raynaldus, § secundus, núm. 7, pág. 103), JUAN GUTIÉRREZ (op. citado, lib. II, Quaest XXV, págs. 146 y ss.), AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars. II, Quaest XIII, núms. 27 a 37, págs. 15 y ss.), el jesuita LUIS DE MOLINA (op., volumen y Disp. ult. cit., col. 1.485 B y C). La opinión contraria, que fué sostenida por FABRO, la siguieron TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex 26 et 29,

sas para dar estudios a los hijos, lo dado por el padre para redimir al hijo cautivo las penas pecuniarias que los padres pagaron por el hijo, las donaciones *ad emendam militiam, dignitatis causam* o *propter bene merita* (404).

3) Respecto a las donaciones remuneratorias, García de Saavedra (405) se inclinó por su colación, ya que según su interpretación de la expresión «e las otras donaciones»—de la ley 29—estaban comprendidas entre ellas. En cambio, Gregorio López (406), apoyándose en la autoridad de Baldo, afirmó que la donación remuneratoria debía considerarse como adquisición adventicia en cuanto a su colación y, por tanto, no tenía que colacionarse. También Palacios Ruvios (407), Diego Castillo (408), Antonio Gómez (409) y el jesuita Luis de Molina (410) defendieron su no colación.

4) Las donaciones simples en principio no debían ser colacionadas (411), según la común opinión, de la que, según hemos visto, sólo discrepó Fernández de Retes. No obstante, se discutió si

número 6, fol. 204), ANTONIO GÓMEZ (*Ad legem Tawri...*, l. XXIX, núm. 21, vers. *Ex quo sub infero*, pág. 185, MATIENZO (op. cit., lib. 5, tit. 8, ley III, gl. II, núm. 14, fol. 208), ANGULO (op. cit., lex nona, gloss. IV, núm. 16, página 523), PICHARDO (op. y vol. cits., lib. IV, tit. VI, art. III, núm. 47, página 185).

(404) Ver ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tawri...*, lex XXIX, núms. 14 a 23, páginas 181 y ss.), VÁZQUEZ DE MENCHACA (op., pars., lib. y § últ. cits., números 30 y ss., págs. 110 y s.), VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO (op. cit., l. XXIX, gl. III, núm. 13, pág. 66), AYERVE DE AYORA (op. cit., Pars. II, Quaest. XIII, números 38 y ss., págs. 161 y ss.), LUIS DE MOLINA, S. J. (op. y vol. cits., Disp. 238, col. 1.476 A, y especialmente Disps. 240 y 241, vols. 1.489 y ss.), PICHARDO (op. y vol. cits., lib. IV, tit. VI, art. III, núms. 48 y ss., págs. 185 y ss.), PARLADORIO (op. cit., Diff. CL, § III, núms. 10 y ss., págs. 394 y ss.), GARCÍA SAAVEDRA (*De expensis et meliorationibus comentarius*, Amstalaedami, 1668, cap. IV, págs. 88 y ss.).

(405) «De donazione remuneratorie» cit., núm. 50, pág. 35.

(406) Glosa a las palabras *non las revocare* de la ley 4, tit. XV, Sexta Partida (ed. y vol. cits., núm. 29, pág. 736), vers. final.

(407) *Glossemaia...*, cit., lex XXIX, gl. X, pág. 621.

(408) *Ad leges Tawri...*, lex XXIX, núm. 23, págs. 185 y ss.: «quod in hoc ista donatio remuneratoria est privilegiata, ut non conferatur».

(409) Op. cit., *Proemium*, fol. 4, vers. «Ex quo tria singulariter inferre»: «Secundo inferitur, quod talis donatio remuneratoria non confertur si debitum probetur vel meritum.» Recordamos que Diego Castillo no sólo considera no colacionables las donaciones remuneratorias, sino que ni siquiera las considera computables al caudal, y, por tanto, entiende que el hijo que las recibe las percibe «ultra tertium et quintum bonorum».

(410) Op. y vol. cits., Disp. 244, cols. 1.503 y 1.504. En cuanto al exceso de la liberalidad respecto del servicio remunerado, entiende que tampoco deben ser colacionados por considerar dicho exceso como donación simple.

(411) La *ratio* de la no colación de las donaciones simples ya no pudo ser la que fué señalada en el Derecho común por los autores, al subrayar que las donaciones simples hechas por el padre a sus hijos en potestad sólo se confirmaban al morir el padre donante (ver el texto de CUYATIO, que hemos transcrito en la nota 132). La ley 17 de Toro presupuso un régimen totalmente distinto, en el que las donaciones del padre a hijos en potestad no sólo eran válidas, sino también irrevocables, si se habían hecho con en-

subsistían las excepciones a esta regla señaladas en Derecho romano. Es decir, cuando el padre ordenaba expresamente su colación, y si unos hijos tuvieran que colacionar donaciones *ob causam* y los otros hubieran recibido donaciones simples.

2 La eficacia de la disposición del padre donante en orden a la colación de las donaciones simples es analizada por Antonio Gómez (412) y Parladorio (413). Distinguían las donaciones simples, válidas en el acto, que no podían revocarse, y aquellas otras que sólo se confirmaban si moría el donante sin haberlas revocado. Respecto a las primeras, entendieron que el donante sólo pudo imponer su colación al otorgarlas, mas no después—«non vero postea ex intervallo; quia iam est quaesitum ius»—. En cambio, en el segundo caso, «potevit pater quoquinque tempore usquae ad mortem dicere et protestari vel confertur».

3 La colación excepcional de las donaciones simples cuando otros hijos colacionaron donaciones causales *an non exurgat inter fratres inaequalitas*, es mantenida en opinión de Gregorio López (414) y Antonio Gómez (415). En cambio, la mayoría de los autores castellanos no recogen esta excepción (416). Pichardo (417)

trega de los bienes donados. El fundamento de la no colación de las donaciones simples lo halla entonces la doctrina en la circunstancia de realizarlas los padres por mera liberalidad, no por necesidad del hijo, ni por deber legal o moral de los padres. V. gr., el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., Disp. 238, col. 1.479 A y B) explica que son las donaciones simples «quando aliquid mera liberaliter donatur, ita quod praecipua causa motiva non est necessitas filii, aut emolumentum quod vult eum consequi, sed praecipua causa est exercere in eum eam liberatatem, sive moveatur ex peculiare affectione et amore, quia illum prosequitur sive ex obsequiis ab illo susceptis, sive precibus alicuius au: alia simili motiva ac impulsiva causa, ad exercendum in eo talem liberalitatem». La diferencia en esta materia entre el Derecho común y el Derecho real, después de las leyes de Toro, la expresa claramente el mismo autor en su Disp. 243, en especial, col. 1.501 D y col. 1.502.

(412) *Ad leges Tauri...*, lex XXIX, núm. 27, pág. 189.

(413) Op. cit., Diff. CL, § II, núm. 3, pág. 393.

(414) Glosa a las palabras *igualdad*, de la ley 4, tit. XV, Partida Sexta (numero 31, pág. 736, vol. III, ed. cit.). Apoyándose en el inciso de dicha ley «E esto es porque se guarde igualdad entre ellos», dice: «Hase tomado esto de la cit. l. 20, l. de collat. Aparece la desigualdad cuando a un hijo se le hizo donación simple y al otro con causa; inicu, pues, sería entonces que al segundo se le precisara a verificar la colación. Ahora, si uno de los hijos obtuvo una donación simple y al otro nada se le dió por el padre, no resulta desigualdad de no verificarse la colación. De la misma suerte, si uno de los hijos recibió una donación simple, y otra con causa, y el otro obtuvo sólo una con causa, los dos conferirán, cada uno la donación con causa, y no entrará en cuenta la simple sin que por esto resulte desigualdad.» Ver también esa doctrina referida al Derecho común y a las Partidas por LUIS MOLINA, S. J. (op. y vol. cit., Disp. 243, cols. 1.499 A y 1.500 A y D).

(415) *Ad leges Tauri...*, l. XXIX, núm. 26, pág. 187.

(416) Así, después de destacar dicha excepción del Derecho común, la omiten al ocuparse del Derecho real; v. gr., LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. y loc. cit.) y MATTIENZO (op. cit., l. 5, t. 8, lex III, gl. I, núms. 7 y 8, fol. 207).

(417) Op. y vol. cit., lib. IV, tit. VI, art. III, núm. 20, pág. 183.

«expresó rotundamente que «cosequens est simplices donationes conferendas nunquam esse, iuxta communem opinione, quam utique ex d. l. 26 Taur». Y Parladorio (418), entrando concretamente en esta cuestión, precisó: «hodie omissis iis vetustatis ambagibus, simpliciter, sed indistincta tenendum est, donationem simplicem conferendam non esse...: et nihil interesse, an inter fratres exurgat inaequalitas, an non exurgat; extat hujus rei ratio; nam cum lex 26 Taur. definiat, donationem simplicem, intellectum ibi factam fuisse meliorationis titulo; per consequens velle videtur, ut nullo casu conferatur».

c) *Forma en que debía verificarse la colación.*—Siguen señalándose los mismos modos de colacionar admitidos en el Corpus: 1.º, *per liberationem*, cuando lo que deba colacionarse estuviera prometido, pero no tradido ni pagado; 2.º, *in medium adducendo*; es decir, aportándolo *in natura*, si estaba tradido y satisfecho, y 3.º, *tantum minus accipiendo*; es decir, mediante toma de menos, en igual supuesto de haberse pagado y tradido (419).

Para verificar la colación debe determinarse el momento al que ha de referirse la valoración de los bienes a colacionar.

La ley 29 de Toro contiene una disposición que determina el momento en que debía juzgarse la inoficiosidad de las dotes y donaciones *propter nuptias*. Pero es otro el problema que ahora debemos considerar. No se trata de juzgar la oficiosidad o inoficiosidad, «habiendo consideración al valor de los bienes del que dió, o prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituida, o mandada o al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, o la prometió...» El problema con que ahora nos enfrentamos no se refiere al examen de la inoficiosidad; no se trata de sacar la proporción en uno y otro momento entre el caudal del donante y los bienes donados. Se trata de un problema de colación y sólo se intenta saber qué valor debe ser colacionado. La ley 29 de Toro plantea una alternativa al donatario *ob causam*: colacionar o no aceptar la herencia. En caso de optar por esa segunda posibilidad, es para lo que señala las reglas por las que debe juzgarse la inoficiosidad de lo dado. Para el primer supuesto, es decir, para el caso de colacionarse lo donado sin plantearse problema alguno de inoficiosidad, la ley 29 no contiene regla alguna para determinar a qué momento debía atenderse para fijar el valor a colacionar.

Para solucionarlo, los clásicos castellanos acudieron al Derecho común, mas no lograron ponerse de acuerdo.

A qué valor debía atenderse: ¿al que tenían los bienes donados en el instante de la muerte del causante o al que tuvieron en la fecha de la donación?

(418) Op. cit., Diff. CL, § I, núm. 4, pág. 393.

(419) Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex últ. cit., núm. 36, página 192; GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «se debe contar», de la ley 3, tit. XV, P. 6.ª; PICHARDO (op. y vol. cit., lib. IV, tit. VI, art. IV, páginas 187 y ss.).

Esta distinción, entre la colación del valor que lo donado tuviera al fallecer el causante, y la colación de la estimación que a lo donado se dió en el acto del otorgamiento de la donación, se desfigura cuando la estimación de lo donado supuso una verdadera venta, como en el supuesto de la dote estimada. En efecto, el yerno adquiriría el pleno dominio de la dote y su esposa (la hija del donante) sólo tenía un crédito, contra él, a vencer el día de la disolución del matrimonio. No es de extrañar, por tanto, que en este caso Antonio Gómez (420) entendiera que la hija sólo debía colacionar la estimación, «modo valor fundi creverit, modo non, quia illa [la estimación] tantum videtur data in dotem». Pero esta solución no resuelve más que aparentemente el problema antes planteado. El valor nominal del crédito de la mujer, al quedar su dote traducida en moneda, será el mismo al hacerse la estimación que al fallecer el causante. Sin embargo, el crédito puede haber perdido su valor efectivo por insolvencia del marido, con lo cual sigue planteada la cuestión que examinamos. ¿Debe colacionar la mujer —por toma de menos— el valor de la estimación, a pesar de que, para ella, dicho valor al disolverse el matrimonio se haya perdido por insolvencia del marido? Es decir: ¿debe atenderse al valor de la estimación—que puede diferir del valor real que los bienes dados en dote tenían al entregarse (421)—o al valor efectivo que al fallecer el causante su hija hubiese percibido o debiera percibir de su marido al disolverse el matrimonio? Gregorio López (422), recogiendo la opinión de Baldo Novello, acepta esta última solución y excluye la colación en caso de insolvencia del marido.

No tratándose de dote estimada, *venditionis causa*, la cuestión aparece más patente.

Gregorio López (423), siguiendo la opinión de Paulo de Castro, y de Soccino, dice que: «Si el predio dotal hubiese aumentado de valor por el mero cambio de los tiempos, deberá traerse a colación, por todo su valor actual, deducidas las mejoras..., así como deberá también conferirse por el valor que tenga y no más

(420) *Ad leges Tauri...*, l. XXIX, núm. 13, pág. 181.

(421) DIEGO GÓMEZ, en sus adiciones a los Comentarios a las leyes de Toro de su abuelo ANTONIO GÓMEZ (ley XXIX, Ad. num. 36, pág. 197), llega a negar que la estimación acordada entre suegro y yerno pueda ser eficaz a efectos de la colación, «et si res dotaes datae sint aestimatae ea aestimatione quae faciat emptionem, nam nihilominus debent conferri res ipsae, non earum aestimatio, si filia e: caeteri fratres aestimatione non consenserunt, nec enim aestimatio facta inter socerum et generum, potuit filiae praenudicare, argument. text. in l. si unus, § ante omnia, ff. de pactis, neque reliquis fratribus, qui ex ipsarum, rerum collatione possunt affectionem praetendere». Claro que esa opinión parece olvidar el carácter oneroso que con respecto al yerno tiene la constitución de la dote, «quia constante matrimonio —escribió ANTONIO GÓMEZ (lex XXIX, núm. 34, vers. «Primo», pág. 191)— dos pertinet marito ex causa onerosa... et constat quod pater vel mater vel quilibet debitor potest bona sua alienare titulo oneroso, et iam in fraudem filiorum vel creditorum, quando recipiens non participavit de fraude».

(422) Glosa últ. cit., apartado segundo, pág. 734, ed. y vol. últ. cit.

(423) Glosa ult. cit., pág. 734, ed. y vol. cit.

caso de que hubiere disminuído de precio por igual causa... Empero si el predio recibió aumento de valor, a causa de plantaciones que en él se hicieron, y por una cantidad mayor que la que se gastó para este objeto, ese aumento no queda sujeto a colación, porque se reputa adventicio» (424).

Esta opinión fué aceptada por Peláez de Mieres (425) y Diego Gómez (426). El primero, sintetizándola, distingue los aumentos *intrínsecos* de valor—es decir, producidos «ex sola mutatione temporis»—, que considera colacionables: «secundum tempus mortis patris vel matris», y los aumentos *extrínsecos*—es decir, «non solum ex cursu temporis, sed propter plantationem, vel aedificationem factam per filium»—, que no juzga colacionables: «ad ista augmenta non est habenda consideratio, sed res aestimanda secundum tempus, in quo fuit concessa per parentes».

Ayerve de Ayora (427), en cambio, formula su solución desde el ángulo opuesto: «los bienes que el padre o madre dieron a sus hijos en dote, y casamiento, o donación, *propter nuptias*, que se traen a partición, se han de estimar y apreciar por el precio y valor que tenían al tiempo que se los dieron, y no al valor que agora tienen, ora fuessen estimados al tiempo que se los dieron, ora no lo fuessen, y que el peligro, y deterioración dellos, o aumento, será del hijo después que los recibió, y no del padre, o madre, ni de sus herederos». También Ayora formula su tesis apoyándose en textos romanos, que interpreta de modo distinto que los autores citados antes (428).

§ 8. COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN DESDE FINES DEL SIGLO XVIII AL CÓDIGO CIVIL

Vamos a situarnos en los antecedentes inmediatos del Código civil, con el fin de examinar, de una parte, la síntesis que entonces elabora la doctrina—en general en franca decadencia—sobre la base de los textos clásicos, cuyos originales al parecer eran cada

(424) La ley 2.ª, Cod. VI-XX, es citada en apoyo, sin duda, por la afirmación contenida en su proemio, de que, «cur lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat... etiam ab intestato conferantur».

(425) Op. cit., Prima Pars., Quaest. LII, núms. 1.ª a 3, fols. 196 vto. y 197.

(426) Ad. cit., ad. núm. 36, loc. cit.

(427) Op. cit., Pars. I, cap. III, núms. 10 a 19, págs. 27 y ss.

(428) Un resumen de la tesis de AYERVE DE AYORA puede leerse en el trabajo de MARÍN MONROY (*La colación: Historia y crítica de los problemas de valoración*, «Anales de la Academia Matritense de Notariado», vol. IV, páginas 228 a 236). Es de advertir que en este trabajo aparece algún error; v. gr., en la nota 228, al expresar la distancia cronológica que media entre AYERVE DE AYORA y GARCÍA GOYENA (que es dos siglos mayor que la existente entre la fecha de la edición consultada de la obra de aquél y la de GOYENA), y cuando afirma que la doctrina de AYORA es la de los comentaristas de su época (cosa inexacta de referirse a la común opinión).

vez menos estudiados (429), y de otra parte, las nuevas orientaciones propugnadas en el terreno constituyente por los precursores de codificación.

A fin de darnos mejor cuenta de la evolución—a nuestro juicio regresiva en buena parte—que se opera en este período, seguiremos una ruta paralela al camino que nos condujo a través de los clásicos castellanos de los siglos XVI y XVII, y nos guiaremos por parejos epígrafes.

A) *Confusiones entre colación e imputación y entre colación y computación.*—Debemos observar, de una parte, las diferencias que en el examen teórico señalan los autores entre colación e imputación, y, de otra, el planteamiento que en el aspecto de la realización jurídica de estas instituciones ofrece la doctrina.

Comenzaremos por examinar el primer aspecto.

En las ediciones reformadas de la obra de Febrero (430), así como en los «Códigos o Estudios fundamentales», de Benito Gutiérrez (431), se refieren las diferencias entre los conceptos de colación e imputación que, a partir de Diego Castillo, habían repetido los clásicos castellanos. Pero la repetición en las obras del siglo XIX suena a maquinal, porque es expuesta al tratar de las distintas formas de colacionar, entre las que se señala con el nombre de *imputación* la colación verificada mediante *toma de menos*. Confusión que sólo cabe en cuanto a la forma en que ambas se realizan; es decir, tomando de menos. Pero esa toma de menos, además de obedecer a fines diferentes en una y otra institución, puede referirse a masas de capacidad distinta; puesto que la masa partible engrosada por la colación puede y suele ser mayor que la formada por las legítimas estrictas.

En el aspecto de la realización jurídica de la colación, de la computación y de la imputación, el planteamiento es dispar, y abundan las interferencias y confusiones entre las expresadas instituciones.

Vimos anteriormente que algún autor clásico empleó el verbo *conferre* y el sustantivo *collatio* aplicados al derecho hereditario en doble significado: en su sentido técnico netamente diferenciado y en sentido gramatical o común. También comprobamos que a

(429) JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, en su continuación de la obra de PACHECO (*Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II—Madrid, 1876—, ley XXV, núm. 7, pág. 49), confiesa que «son muy pocos los que tienen la paciencia de engolfarse en la lectura y estudio de autores antiguos, que, aunque contengan sabias doctrinas, no todos tienen el distinguido mérito de entresacar de esas teologías lo que es útil y pertinente».

(430) *Febrero Novísimo*, de EUGENIO DE TAPIA, T. V. (novs. ed., Valencia, 1839), tit. III, cap. V, núms. 3 y 4, pág. 237; *Febrero reformado*, por GARCÍA GOYENA, AGUIRRE y MONTALBÁN, t. II (4.ª ed., Madrid, 1852, libro II, tit. XXX, sec. IV, núm. 2.235, pág. 60).

(431) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III (Madrid, 1863), l. III, cap. V, sec. III, § II, artículo 2.º, págs. 556 y s.

consecuencia, sin duda, de que en general coincidían prácticamente la legítima y la masa hereditaria partible por igual entre los herederos forzosos, por atribuirse normalmente las mejoras a título singular, se insinuaron excepcionalmente entre alguno de los clásicos castellanos varias confusiones. Pues bien, estas confusiones se generalizan y se hacen más profundas en el período que ahora vamos a estudiar.

A fin de ofrecer la visión más clara posible de las distintas opiniones que dividieron la doctrina de los cien años anteriores al Código civil, las distribuiremos en tres grupos:

a) Trasvasan totalmente en la colación la materia de la computación y la imputación: Morató (432), Martí de Eixalá (433), Gómez de la Serna y Montalbán (434), Benito Gutiérrez (435), González Serrano (436). Igualmente lo entiende así Llamas y Molina (437), respecto a la que llama colación numeral o verbal, que según dice Tapia (438) se llama impropia colación (439).

(432) DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano* (Valladolid, 1868), t. II, núm. 1.288, pág. 159.

(433) Notas adicionales a la 16, pág. 38, y a la 29, pág. 736, y en el apéndice «Sobre la legítima y la mejora», pág. 574, núm. 19, ap. 2.º, en el mismo vol. III de la cit. ed. de *Las Siete Partidas del Sabio Reg. don Alfonso X* (Barcelona, 1843): «La colación se verifica de esta forma: si la donación es simple, como que se reputa mejora, se imputa desde luego al tercio lo que sobrare al quinto y, por último, a la legítima, renovándose como inoficiosa la parte excedente: si la donación fuere con causa, se imputará primero a la legítima y al tercio y quinto, por su orden, lo que sobrare.»

(434) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. II (13.ª ed., Madrid, 1881) lib. III, título III, Lex V, párrafo II, núm. 218, pág. 140.

(435) Op., vol. y loc. cit., art. 2.º, pág. 557. Cotejando lo que dice GUTIÉRREZ en esta página lo que había dicho en la 547, resulta un distinto concepto de la colación. En una (pág. 557), equivalente a la computación; en la otra (pág. 547), estricto.

(436) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO y JOSÉ GONZÁLEZ SERRANO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, t. II—debido a GONZÁLEZ SERRANO—(Madrid, 1876), ley XXIX, núm. 18, al final, pág. 46. En el número 13, pág. 45, llega a decir que son inútiles en el terreno práctico las distinciones entre lo que se entiende por colación y lo que en general significa imputación.

(437) Op., vol. y loc. cit., núm. 61. A su juicio, la colación por Derecho romano constaba de dos partes, a saber: «la acumulación de los bienes donados al cuerpo de herencia o acervo común, y la otra era la división que se hacía por iguales partes entre los hijos de los bienes hereditarios» (*afirmación inexacta por lo menos con relación al Derecho romano posterior a la Constitución de Justiniano del año 453, Cod. III-XXXVIII, en caso de institución desigual*). «Nuestras leyes reales—prosigue—han conservado la colación del Derecho romano en cuanto a la primera parte, que consiste en la acumulación de los bienes donados al cuerpo de la herencia, han sustituido otra en lugar de la segunda del Derecho romano, y han dispuesto que la acumulación de los bienes donados no se dirigiese a conservar la igualdad entre los hijos, sino que han querido que la acumulación tuviese por objeto principal el que los hijos no sufriesen perjuicio en sus legítimas, ni la causasen a sus hermanos en las suyas, y el que los padres no pudiesen disponer por

A pesar de que alguno de estos autores se ocuparon de distinguir entre llevar a colación y llevar a partición (440), coincidieron en el error cometido siglos antes por Héctor Rodríguez, y del que, según explica Parladorio, se habían chanceado los Oidores de la Real Chancillería de Valladolid.

En el terreno constituyente, el proyecto de Código civil redactado por Gorosabel (441) prescindió totalmente de la colación y sólo se preocupó de que las donaciones no excedieran del tercio y quinto de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

via de mejora de más cantidad que la permitida por las leyes.» (Ver también num. 73 y 74, págs. 540 y ss.) En el núm. 83, pág. 543, al referirse a la colación de que habla la ley 29 de Toro en su apartado primero, dice que debe entenderse que la ley se refiere a la material, «que se hace trayendo los bienes física y materialmente al acervo común de la herencia, y no de la verbal y numeral». A su juicio, quien se abstiene de la herencia está exento de la colación material, pero no puede estarlo «de colacionar verbal y numeralmente los bienes donados, pues de otro modo no podría venirse en conocimiento de si excedían del valor de la legítima del tercio y quinto».

(438) TAPIA, en su versión del Febrero (op. y vol. cit., tit. III, cap. VII, número 5, pág. 280), también distingue dos especies de colación: la que llama propia y verdadera colación, que cñe restringidamente a lo que se debe imputar a la legítima (confundiendo colación e imputación), y la que se llama impropia colación, «porque no sirve para igualar a los coherederos», «sino meramente para ver si cabe o no en el tercio y quinto, de que en vida o muerte pudo disponer».

(439) Otro doble concepto de la colación tuvo también, al parecer, MORATO (op. y vol. cit., núm. 1.512, pág. 261), al observar: «que la colación solamente viene a ser real y efectiva en las primeras (donaciones simples) en cuanto excedan el valor del tercio y quinto y legítima; en las segundas (donaciones causales), en cuanto excedan del valor de la legítima y de las mejoras. Esta colación efectiva importará la revocación parcial de tales donaciones en concepto de inoficiosas, no tan sólo en el caso en que los hijos hayan querido suceder en la herencia de sus padres o descendientes, si que también si hubieren renunciado dicha herencia y aceptado las mejoras». (Doble concepto que también supuso otro doble error, el primero confundiendo con el nombre de colación a la computación y la imputación, y el segundo llamado colación efectiva a la reducción de donaciones inoficiosas.)

(440) Según palabras de MORATÓ (loc. últ. cit.), «unas y otras donaciones (causales y simples) se habrán de traer a colación para saber si caben en los bienes del ascendiente que las hizo, o si, en parte, habrán de revocarse. En cuanto resulta esto último, hay que traer materialmente a partición la parte en que la donación es revocable. Es, por tanto, una cosa distinta traer a colación y traer a partición». Y, a juicio de GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.): «se trae a colación todo lo que se ha dado por ascendientes a los descendientes que los heredan, con el objeto de ver si cabe la donación en los bienes existentes a la muerte del testador, y si es o no, por tanto, inoficiosa. Se trae a partición todo lo recibido a título de legítima». Es decir, que ni siquiera en este punto vamos acordes a los autores, porque mientras para el primero se lleva materialmente a partición la parte en que la donación es revocable, para el segundo se lleva a partición todo lo recibido a título de legítima.

(441) PABLO GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta Nación, escrito bajo el método de los Códigos modernos* (Tolosa, 1832). Ver el cap. VIII del tit. VII, parte tercera, núms. 1.164 y 1.176, especialmente, págs. 25 y ss.

La aplicación de la palabra colación, en sentido puramente gramatical (442), con o sin los calificativos verbal o numeral, sería simplemente una cuestión terminológica, si alguno de los autores antes citados (Morató, La Serna y Montalbán, Benito Gutiérrez-González Serrano) no prescindiera de la colación propiamente dicha, que borran del Derecho real y sustituyen por ese concepto lato en el que se funde la computación y la imputación. Así, según la tesis de estos autores, resultaría que la colación en Derecho de Castilla consistiría en: la computación contable de todas las donaciones para cálculo de las legítimas, tercio y quinto; la imputación de las mismas a una u otra cuota, y su reducción en el montante de su inoficiosidad.

Creemos que ha quedado patente, al estudiar la ley 29 de Toro, cuán falta de fundamento resulta esta tesis. Pero es lo cierto que debemos tenerla en cuenta, porque hay autores del siglo XIX que emplean la palabra colación en ese otro sentido más lato, que puede haber dejado residuos en nuestro Código civil. Y, tal vez, en esta significación podamos hallar la clave de la expresión *donaciones colacionables*, empleada en el artículo 818 del Código civil. Tampoco podemos olvidar que todo cuanto estos autores, que no admitían otra colación que esa forma numeral, dicen con respecto a los bienes a su juicio colacionables o no colacionables, deberemos entenderlo como si lo hubieran dicho con referencia a los bienes computables o no computables para cálculo de las legítimas, tercio y quinto.

b) Distinguen la colación y la computación e imputación Febrero (443), Álvarez Posadilla (444), Sala (445), Escriche (446), Las Casas (447), Navarro Amandi (488) y Sánchez de Molina (449).

(442) «El cotejo o comparación de una cosa con otra», dice ESCRICHE, en la voz «colación» (op. y vol. cit., págs. 529).

(443) Versión de TAPIA, cit., t. V, tit. III, cap. VI, núm. 3, págs. 271, y s.: Donde opone al supuesto de colación el de imputación sucesiva a la legítima, quinto y tercio, pues admite que aunque la donación colacionable se entregue al donatario expresamente por cuenta de su legítima, y la cosa o cantidad donada exceda a lo que le pueda tocar por su legítima, pero quepa en el tercio y quinto de los bienes que deja el donante, unidos y acumulados con ella, se pueda quedar el donatario con todo lo donado y renunciar a la herencia, ya haya o no otros mejorados, y éstos llevarán el exceso, y, en caso de no haberlo, habrán de conformarse.

(444) Op. cit., ley XXIX, pág. 173: «De modo que siempre que la dote no exceda de lo que la ley prescribe será válida: renunciando la herencia, no tendrá que venir a colación.»

(445) *Digesto Romano Español* (2.ª ed. Madrid, 1856), t. II, lib. XXXVII, tit. VI, núm. 3, pág. 81.

(446) JOAQUÍN ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (3.ª ed. Madrid, 1847), tit. I, voz *Colación de bienes*, pág. 529, col. 2.ª

(447) GONZALO DE LAS CASAS: *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*. T. II (Madrid, 1853), vol. II, núm. 9.277, pág. 493.

(448) «Código civil de España». (Madrid, 1880), vol. I, art. 1.162, pág. 616: «Si el descendiente renuncia a la herencia, no está obligado a colacionar la dote

Incluso Benito Gutiérrez (450), en otro texto distinto del antes citado y con el cual en este aspecto está en contradicción, también separa claramente las dos hipótesis que la ley 29 de Toro ditinguía, según el donatario de donación colacionable aceptara la herencia o se abstuviera de ella.

Es de notar, no obstante, que después de afirmar que sólo colacionaba el que aceptaba la herencia, Escriche (451) y Las Casas (452) explicaron la forma de colacionar refiriendo el modo como se imputaban las donaciones causales, con lo cual parece que involucraron los dos referidos supuestos que la ley 29 de Toro separaba. Es posible, no obstante, que ello no se deba a una confusión entre la colación y la imputación a las legítimas (453), sino simplemente a que refirieran lo que normalmente ocurriría, pues lo lógico era que el hijo beneficiado con una donación colacionable no aceptara la herencia cuando aquélla excediese del montante de su legítima.

Por otra parte, Sala (454), Gonzalo de las Casas y Navarro

y donaciones recibidas sino en lo que excedan de la legítima la primera y de la misma tercio y quinto de mejora las segundas, en cuyo caso son inoficiosas.»

(449) JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil Español en forma de Código*. (Madrid, 1873), núm. 1.068, § 2.º, pág. 246.

(450) *Op. y vol. cit.*, l. III, cap. V, sec. III, § II, art. 1.º, págs. 545 a 547. Este autor separa claramente tres preceptos—que llama artículos—de la ley 29 de Toro. El primero, que comprende su primer apartado, «manda traer a colación la dote, la donación *propter nuptias* y otras donaciones». En el segundo—que comprende el segundo apartado desde *Pero si hasta para que lo partan entre sí*—permite la ley a los hijos apartarse de la herencia... Mas este artículo es condicional, porque si la dote o donaciones fuesen inoficiosas, están obligados a devolver a los herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí». El tercero, «se ocupa de la consecuente determinación de la inoficiosidad de las dotes y de las donaciones *propter nuptias*.

(451) *Loc. ult. cit.*, pág. 530, col. 1.ª: «Si las donaciones causales que se traen a colación, exceden de la legítima que corresponde al hijo que las colaciona, se le imputa el exceso en el tercio y quinto de mejora..., pero si todavía pasaren de la mejora del tercio y quinto se llaman entonces inoficiosas y debe restituirse este exceso a los demás herederos para que lo partan entre sí.» (Mezcla de la colación con la imputación y con la reducción por inoficiosidad, sin ver que la ley 29 de Toro planteó los dos supuestos alternativos anteriormente repetidos.)

(452) *Op. y vol. cit.*, pág. 493, col. 2.ª, donde dice: «Cuando las donaciones son causales se supone que fueron anticipadas en cuenta de la legítima, y por lo tanto se colacionan en ésta primero, imputándose el sobrante, si lo hubiere, en el tercio y después en el quinto como mejora, porque se supone que la intención del padre fué mejorar a su hijo en esta parte, y si aún excediere del tercio y el quinto, son inoficiosas en el exceso el que deberá abonarse a los demás coherederos.»

(453) No debe confundirse la colación con la imputación a las legítimas de las donaciones no colacionables, pues esa imputación se hace fuera de la masa partible entre los herederos y referida solamente al cómputo numeral de las legítimas, aunque puede repercutir en aquella masa partible dando lugar a que engrose tanto cuanto las donaciones resulten inoficiosas.

(454) *Loc. ult. cit.*, dice: «Es de advertir que, si bien por punto general debe observarse la regla de que sólo están obligados a colacionar los hijos que reclaman la sucesión de sus padres, librándose de ello cuando se abstienen o repudian la herencia, no tendrá lugar esto siempre y cuando el hijo, reteniendo para sí lo que recibió de su padre por medio de alguna donación perjudi-

Amándi (455), incluyen en el concepto de colación la devolución a la masa del montante en que las donaciones resultaran inoficiosas (456). Y Gonzalo de las Casas (457) también denomina colación a la imputación a la legítima (458) de las donaciones simples en su exceso respecto al tercio y quinto (459).

El Proyecto de 1851, precedente legislativo del Código civil, se ocupó de la colación en el capítulo II, título III, libro III, artículos 878 a 892 sin confundirla con la computación para cálculo de las legítimas que reguló en el artículo 648, colocado en la sección 1.ª del capítulo VI del título I del mismo libro III (460). Mientras el artículo 648 ordenó la computación de *todas las donaciones* para calcular las legítimas (regla de derecho necesario), el artículo 882 admitió que el causante pudiera dispensar la colación (cuya efectividad se deja, por tanto, a la discreción del causante, mientras no haya perjuicio para las legítimas).

B) *Computación de las legítimas, tercio y quinto.*—Determinada la legítima castellana por sustracción del quinto y, en su caso, del tercio, el problema de su computación, una vez determinada la masa partible como minuendo, se concretó en fijar el sustraendo, es decir, en la computación de tercio y quinto. Los problemas que

case la legítima de los demás, en cuyo caso se habrá de rescindir aquélla como inoficiosa y deberá colacionarse.»

(455) Loc. últ. cit., como se observa en el texto transcrito en la nota 448.

(456) Entre el acto de llevar a colación y la reducción de las donaciones por inoficiosa, no hay sólo diferencias de fines y medida, sino también de *modus operandi*. No se lleva el exceso a la masa hereditaria común, ni se recibe de menos en la partición, sino que se reintegra y se distribuye entre herederos forzosos perjudicados por dicha inoficiosa en proporción al perjuicio sufrido por cada uno de ellos.

El llevar a la masa partible entre los herederos tampoco puede confundirse con la llamada colación material. Aquel concepto es más amplio, porque comprende no sólo la colación *in natura* propiamente dicha, sino también la devolución a la masa del montante inoficioso de las donaciones.

(457) Op. y vol. cit., pág. 493, col. 2.ª, dice: «Las donaciones simples siempre suponen mejora y por lo mismo se imputan antes en el tercio y el sobrante en el quinto, y si quedase algún resto, se colaciona o imputa a cuenta de la legítima (subrayamos nosotros); y si aún hubiese exceso, éste se habrá de devolver a los coherederos como inoficioso.»

(458) No es de extrañar que partiendo de esas acepciones de la colación, varios autores, sea del primer grupo o desviacionistas del segundo—como LLAMAS y MOLINA (op. y lex últ. cit., núms. 53 a 60, pág. 356 y ss.); LA SERNA y MONTALBÁN (op., vol. y loc. últ. cit., núms. 215 y 139); NAVARRO AMANDI (op., vol. cit., art. 1.159, pág. 613); SÁNCHEZ MOLINA (loc. últ. cit.)—, señalan como objeto de esta institución la salvaguardia de las legítimas.

(459) Resumiendo después de este recorrido general, podemos señalar las siguientes confusiones, de unos o de otros autores constatadas a lo largo del mismo: Colación numeral y computación e imputación; imputación a la legítima y colación por imputación; colación efectiva y reducción por inoficiosa; colación material y llevar a partición, es decir, llevar a la masa partible entre los herederos.

(460) Ver FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II (Madrid, 1852), págs. 97 y 249 y ss.

ello suscitó los hemos visto al estudiar la doctrina de las leyes de Toro. No varía la cuestión en el período histórico que ahora estudiamos, pero cambian los puntos de vista tenidos en cuenta para solucionarla. Por eso vamos a repasar el estado doctrinal de aquellos problemas en esa posterior fase histórico-jurídica.

Nadie duda de que la masa total de la que deben deducirse las legítimas comprende la suma de *relictum* y *donatum*. Como dice Escriche (461), se debe hacer una masa no sólo de los bienes dejados por el difunto al tiempo de su muerte, bajadas las deudas, sino también de las dotes, donaciones *propter nuptias* y otras dádivas hechas en vida por aquél. El problema fundamental es, pues, la fijación del sustraendo, como pasamos a ver.

a) *Interpretación de la ley 25 de Toro*.—Son muchos los autores que repiten el precepto de esta ley, sin analizar su alcance ni salirse de sus palabras, pero que, al parecer, presuponen que el verbo *sacar* se aplica en sentido contable. Así, gran número de ellos, como Jordán, de Asso y Manuel (462), Escriche (463), Las Casas (464), Sánchez de Molina (465) simplemente afirman que tercio y quinto de mejora no se sacan de las dotes, donaciones *propter nuptias* y de las otras que se trajeren a colación.

Entre los demás autores que afrontan la cuestión observamos de una parte el deseo de simplificar las soluciones ofrecidas por los clásicos huyendo de la casuística y de otra el olvido de algunos de los principios básicos de su interpretación. Parece que perdidos los unos en aquella casuística y temerosos los otros de perderse en ella, buscan una regla fácil, olvidando que aquellas soluciones casuísticas obedecían a unos principios clarísimos, llenos de juridicidad. Olvidados o incomprendidos tales principios, sus aplicaciones concretas parecen absurdas cuando son juzgadas con una nueva pauta más simplista, pero más alejada de sus verdaderas raíces.

Hay un olvido del fundamento de la interpretación preponderante entre los clásicos que habían considerado la ley 25 de Toro como

(461) Op. cit., vol. II, voz «Legítima», XXVII, pág. 494.

(462) IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO Y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. (Madrid, 1775). lib. II, título III, cap. II, § 3.º, pág. 200.

(463) Op. cit., t. II, voz «Mejora», núm. XLIX, págs. 576 y sig. Sólo ofrece esta aplicación: «porque estos bienes se reputan fuera del patrimonio de los ascendientes».

En sus *Elementos del Derecho patrio* (2.ª ed., Madrid, 1840), pág. 100 in fine y sig.), explica así el orden que debe seguirse para hacer la partición de la herencia paterna o materna: «Se empieza por hacer la estimación de la hacienda que dejó el difunto: se pagan sus deudas: se saca la mejora del quinto, cuyo perceptor pagará de él los gastos de entierro y misas y los legados; se saca luego la mejora del tercio, a no ser que deba sacarse antes que la del quinto por disposición del testador o por estar hecha irrevocablemente de antemano: se hace la colación o acumulación de bienes que en cualquier época hayan recibido los hijos de los padres, sin pertenecer a mejoras: y aumentada con ellas la masa hereditaria se reparte entre todos los herederos.»

(464) Op. cit. vol. VII, núm. 19.127, voz «Mejora», pág. 84, col. 1.ª

(465) Op. cit., lib. III, V, cap. IX, sec. 3.ª, núm. 828, pág. 206.

una norma interpretativa de la voluntad del causante y que distinguían perfectamente el montante del tercio y quinto disponibles y el de la mejora de tercio y quinto dispuestos efectivamente, a cuyo último montante era al que referían la ley 25 de Toro como interpretativa de tal disposición de voluntad (466).

2) En la versión refundida por Tapia de la obra de Febrero se señalan, entre otras, las dos siguientes reglas generales (467):

1.^a La inoficiosidad debe juzgarse juntando numéricamente los bienes donados con los que constan en el inventario, para ver si aquéllos exceden de la mejora y legítima o sólo de ésta, en su caso.

2.^a Si lo donado en vida fué parte a cuenta de la mejora y parte de la legítima, y el causante mejoró también a otro hijo *mortis causa* «se ha de sacar el quinto de sólo los bienes inventariados (468); para la deducción del tercio ha de unirse al residuo lo donado con carácter de mejora, a fin de ver a cuánto asciende y

(466) Tal vez solo a LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., lib. III, tit. I, sec. V, núm. 129, pág. 86), podría atribuirse una interpretación concordante con aquella que preponderó entre los clásicos: «Las diferentes donaciones —dicen— que anteriormente se hubiesen hecho a los hijos, sea en el concepto de dote, de donación *propter nuptias*, o de cualquiera otro, aunque tendrán que traerse a colación (no olvidemos el sentido lato que estos autores asignan a la palabra colación) para saber si son o no inoficiosas (es decir, para saber si caben en tercio, quinto y legítima), no se computan para aquel efecto (es decir, para deducir las mejoras de tercio y quinto), porque se hallan fuera del patrimonio, del cual únicamente deben hacerse las deducciones después de satisfechas las deudas hereditarias.» No obstante, no podemos asegurar que el sentido que deba atribuirse a esta frase sea el de distinguir: tercio y quinto como módulo de las mejoras posibles, y tercio y quinto del caudal relicto, como medida de las mejoras genéricamente referidas a tercio y quinto. Quizá, también, como otros autores, lo que quisieron expresar fué que la eficacia como mejora de las donaciones, imputables a tercio y quinto, solo debía referirse a la medida de dichos tercio y quinto, determinada exclusivamente con relación al caudal relicto, es decir, que lo donado se imputaría a una cuota para cuyo cálculo no se habría computado (absurdo contable). O bien, distinguieron la legítima referida exclusivamente al caudal relicto aplicada a las disposiciones testamentarias y la legítima referida a la suma de *relictum* y *donatum* aplicable con respecto a las liberalidades *inter vivos*.

(467) Op. y loc. cit., núms. 4 y 5 (pág. 279 y sig.).

(468) La tesis de la deducción del quinto únicamente de los bienes relictos, la desarrolla en el núm. 23 (loc. cit.) de la versión de TAPIA (pág. 300), núm. 105 (loc. cit.) de la versión de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (pág. 126 y sig.) y en la pág. 145 de la edición de GARCÍA GOYENA.

No obstante, GARCÍA GOYENA, en sus «Concordancias...» (Apéndice a las mejoras, pág. 344, vol. cit.), opinó contrariamente que: «Dona el padre 5.000 a un extraño simplemente o expresando que es a cuenta de su quinto disponible: luego otros 5.000 a un hijo simplemente o expresando que es mejora en el tercio, y deja al morir 15.000. El extraño, donatario anterior, reclamará con justicia que los 10.000 donados se agreguen a los 15.000, y así resultará que el quinto importa su 5.000: de otro modo se le perjudica en un derecho adquirido con anterioridad, y resultará que el padre no pudo disponer en vida del quinto: resultará que el donador puede hacer ilusoria en todo o en parte su liberalidad. ¿Y cómo se deducirá la mejora del tercio? Sin duda, de sólo 15.000

cuánto toca a cada mejorado por él; y sacado el tercio se agregará al resto lo donado a cuenta de la legítima, y su total (como es de una naturaleza) se dividirá igualmente entre todos los herederos».

Esas dos reglas generales, que parecen contradictorias entre sí se concretan, según todas las versiones en castellano del *Febrero*, en las siguientes reglas particulares que trataremos de sintetizar y ordenar:

1.ª Las dotes no inoficiosas y las donaciones *propter nuptias* no deben adicionarse al caudal relicto para calcular las mejoras posteriores hechas por el testador, ni parte de ellas (469).

2.ª En cambio, las dotes y donaciones *propter nuptias* posteriores deben adicionarse al caudal relicto inventariado para calcular las mejoras irrevocables anteriores. También debe adicionarse el exceso de las dotes inoficiosas, anteriores o posteriores para la computación de las mejoras aunque fueran posteriores (470).

3.ª Las donaciones simples deben adicionarse al caudal relicto para computar las mejoras (471).

existentes a la muerte del padre. ¿Y puede imaginarse una contradicción más chocante con la sencilla y recta razón, ni una aberración más completa de la jurisprudencia universal? Igual pregunta con iguales dificultades puede hacerse, si el testador dispone del quinto en dicho caso a favor de su alma; y podrían ponerse otros casos no menos perplejos y espuestos a estrañas, por no decir absurdas consecuencias.»

(469) Vers. de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, vol. cit., p. II, l. II, l. III, § IV, num. 86 (pág. 112 y sig.); vers. de TAPIA, loc. últ. cit., núm. 7 (págs. 281 y siguientes); vers. de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE CARAVANTES, vol. cit., l. II, t. XXXV, sec. V, págs. 141 y sig. Aplica esta doctrina no solo a la dote entregada, sino también a la prometida. (Núm. 87, vers. JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, núm. 8, pág. 283, vers. TAPIA; y pág. cit., vers. GARCÍA GOYENA.)

(470) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. cit., núms. 88, 89 y 90 (págs. 144 y ss.); vers. TAPIA, núms. 9 y 10 (págs. 283 y ss.), y vers. G. GOYENA (páginas 141, *in fine* y ss.)

(471) Vers. de J. MARCOS, loc. cit., núms. 92 y ss. (págs. 118 y ss.); vers. TAPIA, núms. 12 y ss. (págs. 282 y ss.) y vers. G. GOYENA (vol. cit., página 143). Señala FEBRERO que esta cuestión podía resolverse de cuatro modos: y para comprenderlos mejor planteó este supuesto: Un padre que tenía tres o mas hijos, dono a uno de ellos 10.000 reales o una finca o cosa que los valia; después mejoró en testamento a otro hijo en el tercio y quinto de sus bienes. Su caudal relicto líquido era de 120.000 reales.

He ahí las soluciones propuestas:

a) Deducir la mejora expresa de tercio y quinto sólo de los bienes relictos, dejando incólume la donación. El mejorado en testamento recibiría así 50.000 reales, pero las legítimas quedarían perjudicadas en el importe de la donación; es decir, en 10.000 reales.

b) Sacar un tercio y quinto de lo donado y otro tercio y quinto del caudal relicto. Pero esta solución sería contraria al principio de que las donaciones o mejoras posteriores no pueden revocar ni reducir las donaciones irrevocables anteriores, cosa que en perjuicio del donatario ocurriría aquí.

c) Acumular contablemente los 10.000 reales donados a los 120.000 relictos y de los 130.000 que suman de deducir quinto y tercio que importan 60.666,66: imputar a éstos como mejora los 10.000 recibidos por el donatario y aplicar los 50.666,66 restantes al mejorado en testamento.

4.ª Si un padre, por vía de dote o donación *propter nuptias* entregó a todos y cada uno de sus hijos su legítima corta, en concepto y expresión de tal, quedándose con el tercio y quinto de los bienes que a la sazón le pertenecían, declarando al hacer dicha entrega «que se quedaba el tercio y quinto para disponer de ellos íntegramente con arreglo a derecho, y que los hijos habían de colacionar sus legítimas y acumularse a efectos de deducirlas, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se acumularán y sacará de ellas el tercio y quinto, porque en este concepto las recibieron». En cambio, si faltó la referida expresión según entendió, la solución debía ser negativa.

Estas soluciones no agotaban los supuestos posibles. Ni fueron explicadas por unos principios generales claros de los que se pudiera obtener cualquier otra aplicación concreta sin más que referirlos al caso propuesto. Al contrario, fueron deducidas por Febrero mediante una exégesis poco profunda y asistemática de las leyes de Toro (472).

d) Deducir el tercio y quinto de la mejora solamente de los bienes relictos y de éstos restar el importe de lo donado, quedando así la mejora de tercio y quinto reducida a cuarenta y seis mil reales. De este modo el mejorado no llevaría el residuo íntegro de la mejora que el testador hizo, como pudo, a su favor inequívocamente, de todos sus bienes en vida y muerte.

Esta última solución fué la defendida por CASTILLO DE SOTOMAYOR—según vimos—, que alega a su favor una decisión de la Real Audiencia de Sevilla y la opinión de ANGULO y ESCOBAR. Pero lo cierto es que ANGULO no defendió esa última solución, sino que en sus ejemplos—transcritos en nuestra nota 209—demostró que con la tercera solución aquí expuesta, se obtenía normalmente el mismo resultado correcto que con la primera, mediante la rectificación de ésta consistente en reducir la mejora testamentaria en una cuantía igual a la del perjuicio que sufrirían las legítimas estrictas de no verificarse tal reducción. Es decir, reduciendo la mejora testamentaria a la diferencia existente entre el tercio y quinto de la suma de *relictum* y *donetum*—como minuendo— y lo donado en vida—como sustraendo—. Solución que, con esta corrección, fué propuesta por ANGULO.

La tercera solución, que habían defendido TELLO y AYERVE DE AYORA, entre otros, era la seguida, según FEBRERO, que también la defiende, por los partidarios inteligentes de la Corte. A ella se adhieren implícitamente sus refundidores o reformadores.

(472) Los argumentos alegados fueron los siguientes:

a) Respecto a la no deducción de las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias* anteriores: 1.º Porque al hacerse estas del hijo, perdía el padre sobre ellas toda facultad de disponer; 2.º Porque una donación anterior no puede quedar disminuida por otra posterior; 3.º Porque la mejora se refiere siempre a los bienes que el padre y la madre tienen y poseen al tiempo de su muerte. En ellas hallaban la *ratio* de la ley 25 de Toro.

b) Para la deducción de las mejoras anteriores irrevocables de las dotes y donaciones *propter nuptias* posteriores: «Porque el ascendiente tiene facultad de mejorar irrevocablemente en contrato», conforme la ley 17 de Toro, que de lo contrario resultaría ilusoria, «y repugnantes entre sí la misma ley 17 y la 25».

c) A favor de la deducción de las mejoras de la suma de los bienes relictos y los donados simplemente se alega: 1.º Que la ley 26 dispone que dichas donaciones se consideren como mejoras, con lo cual al ordenar su imputación presupone su computación; 2.º Que de lo contrario, se restringiría la facul-

De la ley 25 de Toro dedujo que para calcular las mejoras no debían computarse las dotes y demás donaciones colacionables. Por la ley 17 entendió que si la mejora se hizo con anterioridad y con carácter irrevocable debían contarse aquellas dotes y donaciones para calcular esa mejora. Y de la ley 26 sacó como consecuencia que las donaciones simples debían tomarse en cuenta para calcular las mejo-

tad que otras leyes de Toro conceden para mejorar en vida y muerte en el tercio y quinto integros de todos los bienes, y la que concede la ley 26 para hacer donación en vida y mejorar en muerte hasta la cantidad que quepa en dichas cuotas de los bienes del donante; 3.º Que sería absurdo que bienes entregados como mejora, sin resultar su inoficiosidad, se aplicasen a las legítimas; 4.º Que debe cumplirse la voluntad del causante, que quiso que la mejora se dedujese en consideración a lo donado y a lo relicto, y que comenzó en vida y concluyó en muerte a usar de aquella facultad mejorar.

4) La deducción de tercio y quinto computando para ello las dotes y donaciones *propter nuptias* anteriores cuando al otorgarlas el padre se reservó expresamente el tercio y quinto para mejorar con ellos, fué fundamentada en aquella reserva expresa, sin perjuicio de que dichos bienes se acumularían en pro de la igualdad entre los hijos y no para extraer materialmente de ellos tercio y quinto. Es decir, tomarían la masa de cálculo de esas cuotas, pero no su masa de extracción.

Relacionando estos argumentos entre sí, podemos observar:

1. El arg. a) 1.º, está completamente fuera de lugar, porque no se trata de que el padre disponga de lo anteriormente donado, sino únicamente de que se compute contablemente para calcular el montante posible del tercio y del quinto.

2. El arg. a), 2.º, es correcto si se interpreta el verbo *sacar* en sentido material de *quitar, disminuir*, pero, en cambio, nada tiene que ver con la significación contable de dicha palabra, en el sentido de *calcular, contar*.

3. El arg. a), 3.º, queda contrarrestado, en caso de voluntad expresada en contrario por el causante, como resulta del arg. d), pues no cabe aceptar que el criterio contable pueda ser uno cuando las dotes y donaciones colacionables agotan las legítimas de los donatarios y otro distinto si sólo parcialmente las satisfacen. Además resulta en contradicción con el arg. b), con el que únicamente puede coordinarse a través de presuponer que, en este caso, se considera implícita la voluntad del causante de que tercio y quinto se calculen de la suma del caudal relicto y las donaciones posteriores a la mejora irrevocable. Y también parece en contradicción con el arg. c), 2.º, con el que sólo puede armonizarse reduciendo el valor del arg. a), 3.º, al de una mera presunción de la voluntad del mejorante. De este modo en el arg. c), 4.º, se encontraría el enlace armónico entre estos otros y contendría el verdadero principio fundamental en la materia.

4. El arg. c), 1.º, de gran interés por su indiscutible vigor lógico, se contradice también con el arg. a), 3.º, si se cotejan aisladamente considerados. La posibilidad de armonizarlos radica en saber distinguir—como vimos distinguían perfectamente ANGULO y GÓMEZ—entre tercio y quinto disponibles y mejora efectiva de tercio y quinto. Todas las donaciones simples deben computarse e imputarse, en cuanto quepan, en el tercio y quinto disponibles. En cambio, las disposiciones genéricas del quinto y del tercio—si no se verifican con carácter irrevocable en los bienes presentes—se interpretan referidas al quinto y tercio del caudal relicto. Por eso, las disposiciones mortis causa de tercio y quinto eran deducidas por ANGULO solamente del caudal relicto, y si sumado el montante de esos quinto y tercio con los bienes donados no colacionables, la suma arrojase un valor superior al del quinto y tercio disponibles, es decir, al del quinto y tercio de la suma de *relictum* y *donatum*, sólo en cuanto a dicho exceso reducía la mejora genérica de quinto y tercio. De este modo quedaría armónica y recíprocamente coordinadas ambas razones.

ras de tercio y quinto, pero que no dimanaba de ella su cómputo para el cálculo de las disposiciones del quinto a favor de extraños o del alma.

β) Sancho Llamas y Molina (473) interpretó la ley 25 de Toro a base de entender que en ella el verbo *sacar* no se usa en el sentido contable de *calcular*, sino en sentido material de *extraer, tomar, quitar*. Partiendo de ese presupuesto y de que, en virtud de la ley 29 de Toro, las dotes—antes de la Pragmática de Madrid de 1543—y las donaciones *propter nuptias* en cuanto excedían de la legítima se imputaban a la mejora (*cosa que sólo era cierta si el donatario se abstenta de la herencia*), entendió que la finalidad perseguida por la ley 25 se concretaba a aplicar la doctrina de que las donaciones anteriores no podían ser revocadas o disminuídas por otras donaciones posteriores. Y que, por tanto, en esa cantidad en que excedían de la legítima debía ser respetada. Es decir, que las mejoras ulteriores no podían revocar ni restar valor o disminuir ni siquiera con respecto al exceso que sobre el valor de la legítima representarían las dotes—antes de la citada Pragmática—o las donaciones *propter nuptias* anteriores a las mejoras que se tratara de extraer.

Por lo tanto, Sancho Llamas quita todo valor contable a la expresión *no se saque* y entiende que, en todo caso, las mejoras de quinto y tercio deberán deducirse de la suma de *relictum* y *donatum*, sin perjuicio de deber restar a los cocientes resultantes las donaciones anteriores incluso el exceso que sobre las legítimas representarían las dotes—salvo la citada Pragmática de Madrid—y las donaciones *propter nuptias*.

γ) La posición rígida, continuadora de la tesis de Castillo de Sotomayor, la vemos mantenida por Alvarez Posadilla (474) y

(473) Op. y vol. cit., ley XXV, núms. 6 y ss. (págs. 444 y ss.). Notemos que el significado que LLAMAS y MOLINA atribuye al verbo *sacar*, empleado en la ley 25 de Toro, coincide con el que lo fué asignado por TELLO FERNÁNDEZ, según vimos. Ambos también llegan a iguales resultados prácticos con sus respectivas interpretaciones. Pero hacen gravitar el sentido de la ley 25 en distintas razones. Los dos aceptan como principios fundamentales que las legítimas deben ser respetadas y que ninguna donación puede ser disminuída por otra posterior. LLAMAS cree que este segundo principio es el eje de la ley 25, y que, por eso, su interés radica en defender el exceso que respecto la legítima del donatario supongan las donaciones colacionables, frente a los donaciones y mejoras ulteriores; y que, en cambio, en caso de exceder éstas de la legítima, entran en juego las leyes especialmente protectoras de la intangibilidad de la legítima y no precisamente la 25. A la inversa, TELLO cree que el principio de que una donación puede ser revocada por otra posterior actúa fuera de la órbita de dicha ley 25 de Toro, que tiende precisamente a proteger las dotes y donaciones *propter nuptias* efectivamente colacionadas, que por dicha razón se entienden comprendidas en el haber partible, ordenando que de ellas no se saquen—no se extraigan—las mejoras.

(474) JUAN ALVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*. (Madrid, 1796), ley XXV, pág. 158. En esa regla general negativa incluye incluso el supuesto de que en mejora anterior se hubiese entregado a un hijo la posesión con carácter irrevocable del tercio de los bienes del donante.

Sala (475), pero con bastante más pobreza de argumentos. Para ellos, el fundamento de la ley 25 estribaba en que las mejoras sólo debían deducirse del caudal relicto. Que esta ley tuvo por fin disipar toda duda que pudiera motivar la circunstancia de que las dotes y donaciones colacionables se adicionaban a dicho caudal, por cuya razón ordenó expresamente que de ellas no debía deducirse la mejora. Por tanto, a juicio de estos autores, el verbo *sacar* tenía en la ley 25 un sentido contable y la disposición, a que iba referido, carácter imperativo, coactivo.

Claro que esta opinión parte de una equivocada interpretación de las leyes 19 y 23 de Toro—como antes pudimos ver— y olvida totalmente lo dispuesto en las leyes 17 y 26. Además su aplicación practica llevaría al absurdo de que si un padre hubiera donado todo su caudal, al no poder disponer de tercio y quinto—puesto que su caudal relicto sería igual a cero—sus herederos forzosos deberían repartirse por igual todos los bienes donados, sin admitirse mejora ni diferencia alguna entre ellos (476).

Δ) Un grupo aparte debe formarse con Martí de Eixalá (477),

(475) JUAN SALA: *Ilustración del Derecho Real de España* (2.ª ed., Madrid, 1820), t. I, lib. II, tit. VI, núm. 8, ejemplos II y III, págs. 182 y siguientes. El ejemplo III es particularmente claro. Dice así: Un padre hizo donación simple de 1.000 a uno de sus tres hijos, Pedro; donación por causa de 300 a otro hijo, Juan; y, al fallecer, dejó un caudal relicto de 1.500.

SALA propone la siguiente solución: «Y en atención a que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que según hemos visto sólo importaba 1.500, será el tercio y quinto el mismo que en los anteriores ejemplos (es decir, el quinto sacado de 1.500, será 300, y el tercio de los restantes 1.200 será 400, y, por lo tanto, en junto quinto y tercio importarán 700). Se ejecutará, pues, la división de la manera siguiente: De los 1.500, patrimonio del difunto, tocan a Pedro 700 por su quinto y tercio; y a los 800 restantes se acumularán 1.300; importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2.100 y dividido éste por partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Según esto, de los 1.500, importe del patrimonio del padre, se daran 400 a Pedro, que juntos con los 1.000 que tenía por su donación, forman su total haber de 1.400, esto es, 700, por mejora, y otros tantos por legítima. A Juan se le daran otros 400 que, unidos a los 300 que tiene por su donación, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y a Diego se le daran los 700, resto del patrimonio del difunto que son su legítima».

(476) Así lo expuso GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, vol. cit., ap. número 8, pág. 343: «Puede también dar ocasión la ley a dudas e inconsecuencias. La donación simple envuelve mejora: primero del tercio, luego del quinto; supongamos que un padre rico donó a uno de sus tres hijos 20.000 y muere luego sin dejar bienes y sí deudas; ¿será por eso ilusoria la mejora y se repartirán los 20.000 con absoluta igualdad entre los tres? Si deja 30 duros, ¿consistirán las dos mejoras en solo 14, seis el quinto y ocho por el tercio? Dono a uno 4.000 por mejora expresa de tercio; dejó al morir 15.000 y mejorero a otro en el quinto. ¿Habrá de sacarse éste solamente de los 15.000? Si se resuelve que sí por los términos de la ley, resultará que el padre no ha dispuesto ni podido disponer en vida y muerte del quinto de todos sus bienes.»

(477) *Las Siete Partidas...*, ed. y vol. cit. Apéndice sobre la legítima y mejoras, núm. 17, pág. 574: «El tercio y quinto son con relación al valor de los bienes del mejorante al tiempo de la muerte. Así, pues, ni las donaciones irrevocables hechas por el mismo mejorante, ni las dotes que hubiese constituido se contarán como parte de sus bienes, porque salieron de su patrimonio.»

Benito Gutiérrez (478), La Serna y Montalbán (479), y González Serrano (480). Después de leer detenidamente sus opiniones confesamos que nos asalta la duda de si la solución de estos autores coincidió, v. gr., con la de Sala. No puede olvidarse que daban de la colación un concepto más amplio, y que del mismo modo afirmaban que las donaciones *ob causam* se colacionaba a las legítimas y sostenían que las donaciones simples se colacionaban en el quinto y el tercio. ¿Debería, pues, a su juicio, sumarse a la legítima las donaciones causales y al tercio y quinto relicto las donaciones simples, con la limitación de que esta suma no pudiera exceder del tercio y quinto del total de *relictum* y *donatum*? De este modo las mejoras testamentarias mortis causa se deducirían únicamente de lo relicto, pero a ellas podrían sumarse las mejoras irrevocables y las específicas con tal que su suma no excediera del quinto y tercio de la suma de lo relicto y lo donado. Sólo en caso de exceder de este tope habría lugar a la reducción que debería comenzar por afectar a las mejoras testamentarias (481).

e) Finalmente, no faltaron quienes se lavaron las manos y no quisieron opinar en esta cuestión. Así, Navarro Amandi (482), después de citar las opiniones de Palacios Ruvios, Llamas y Molina y Ayerve de Ayora, confiesa: «Tales son las opiniones que sustentan los tratadistas. Incompetentes nosotros para resolver la cuestión hemos redactado el artículo de manera que permanezca en pie el problema».

En el terreno del Derecho constituyente, Gorosabel (483) propuso una solución igual a la interpretación que hemos visto reflejada en el referido ejemplo de Sala.

Al contrario, el Proyecto de Código civil de 1851, a propuesta de García Goyena (484), adoptó la solución opuesta que, según pa-

(478) Op. y vol. cit., lib. III, cap. V, sec. II, § II, págs. 527 y ss.

(479) Op. y vol. cit., lib. III, tit. I, sec. V, núm. 5.

(480) Op. y vol. cit., ley XXV, págs. 12 y ss., especialmente núms. 2, 9, 14 y 16.

(481) Ver LASERNA y MONTALBÁN, loc. últ. cit., núm. 130, págs. 186 y ss.; y GONZÁLEZ SERRANO, op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 2, 9 y 10, pág. 18. La opinión de GUTIÉRREZ nos parece aún más indecisa, pues reconoce que la ley 25 presupuso que el padre hacía la mejora «habida consideración a los bienes que existan al tiempo de su muerte, aparte de las dotes y donaciones de que antes dispuso y que ya no tiene por suyas» (pág. 529), y que el motivo racional y filosófico de dicha ley fué que una donación no debe detraerse de otra (pág. 527). ¿Admitiría, pues, la eficacia de la voluntad expresa en contrario del testador, en tanto en cuanto no afectara a la integridad de las dotes y donaciones anteriores y la legítima quedase a salvo?

(482) Op. y vol. cit., art. 979, págs. 501 y ss.

(483) Op. cit., art. 1.176 (pág. 261): «Estas porciones de quinta y tercera parte disponibles por derecho, se regulan por lo que valen los bienes del donante al tiempo de su muerte, a cuyo efecto se rebajarán las deudas hereditarias; y no se reputarán por tales bienes los que hayan salido de su patrimonio en vida suya por razón de dotes y otras donaciones.»

(484) *Concordancias...*, vol. cit., ap. núm. 8, págs. 341 a 346. En esta última página, afirma GOYENA que la Sección, en 30 octubre 1848, aprobó ésta y otras innovaciones por él propuestas respecto a las mejoras.

labras de este autor, «consiste en hacer una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir, y de los que donó en vida; el resultado de esta agregación, decidirá de la legítima de los hijos, y por consiguiente de las mejoras». En efecto, el artículo 648, en su § 2.º, dispuso que para fijar las legítimas, «al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían *todas las donaciones* del mismo testador...». El artículo 652, al declarar disponible todo cuanto no fuera la legítima rigurosa, invirtió los términos de la regla que calculaba las legítimas por deducción de quinto y tercio, al prevenir que la parte disponible debía resultar por sustracción de la legítima rigurosa.

b) *Interpretación de la ley 28 de Toro.*—La ley 28 de Toro fué interpretada con mayor coincidencia por los juristas del período que examinamos. No falta la excepción, sin embargo, representada por Alvarez Posadilla (485), que si bien reconoce que no puede el padre disponer del tercio y de dos quintos, en cambio, entiende que las leyes «no dicen que se haya de computar lo dado a los extraños en vida, y que esta ley habla de no mandar dos quintos, habla de los hijos y descendientes; pero no por eso es de creer el que se podía mandar a los extraños dos quintos, uno en vida y otro en muerte, sino que las donaciones, limosnas, etc., que se hagan por el padre en vida, de modo que pase el dominio a los extraños, no se han de computar para el quinto y tercio, por que no lo mandan las leyes que hemos comentado» (salvo si tales donaciones han de tener su efecto después de la muerte del donante).

Ningún otro autor señala esa excepción, sino que sin salvedad únicamente declaran libremente disponible un solo quinto, en vida y en muerte, a favor de extraños o de los descendientes, además del tercio de mejora (486). Alguno de ellos reitera la división del haber, conforme la fórmula de Covarruvias, en quince partes iguales, de las que ocho correspondían necesariamente a la legítima estricta. Por esta razón, se expresa la posibilidad de disponer de un quinto a favor de descendientes y de otro a favor del alma o extraños, o de dos quintos a favor de descendientes, sin disponer del tercio, pues dos quintos representan seis quinceavos, es decir, menos que quinto y tercio (487).

Con ello demostraron concebir quinto y tercio no como cuotas rígidas, sino como módulos o límites de disponibilidad.

(485) Op. cit., ley XXVIII, págs. 166 y ss.

(486) Ver las ediciones de la obra de FEBRERO, revisadas por JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (op. cit., vol. I, part. I, cap. I, § IV, núm. 116, pág. 76); TAPIA (op. cit., vol. I, l. II, tit. II, cap. IV, núm. 44, págs. 412 y ss.) y GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES (op. cit., vol. I, l. II, título X, sec. II, núm. 1.261 y pág. 296), y, además, LLAMAS y MOLINA (op. y volumen cits., ley 28, núms. 1 a 7, págs. 518 y ss.); BENITO GUTIÉRREZ (op. y volumen cits., lib. III, cap. V, sec. II, pág. 335); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cits., l. III, tit. I, sec. V, núm. 122, pág. 83); GONZÁLEZ SERRANO (op., vol. cits., ley 28, núm. 4, pág. 37).

(487) Así TAPIA (núm. 44); LLAMAS y MOLINA (núm. 6); GONZÁLEZ SERRANO (núm. 7).

En su proyecto de Código, Gorosabel (488) limita la disponibilidad de un solo quinto, por acto entre vivos o por testamento, a favor de extraños o de descendientes, más el tercio de mejora. Y en el Proyecto de 1851 (489) desaparece el problema totalmente dada la determinación previa de la legítima como cuota alícuota de la suma de *relictum* y *donatum*.

c) *De la ley 214 del Estilo*.—Sobre la expresada división de la herencia en quince partes, también se planteó la deducción previa del tercio o del quinto, y se aceptó, igualmente, como regla general—apoyada en la ley 214 del Estilo—que debía deducirse primero el quinto, con lo que éste equivaldría a tres quinceavos y del remanente el tercio, que así sería de cuatro quinceavos (490). Pero, igual que entre los clásicos se señalaron supuestos excepcionales, cuando el padre ordenase la deducción previa del tercio respecto al quinto, y si hubiera hecho donación irrevocable del tercio con anterioridad cronológica a la del quinto. Martí de Eixalá, en este último caso distinguió entre la mejora del tercio en abstracto y la que se hace fijando cantidad o designando cosas y aplicó sólo a ésta aquella excepción (491). Gorosabel, en su Proyecto particular (492), seguía la misma regla general de la ley 214 del Estilo con sus dos excepciones generalmente admitidas.

Y en el artículo 656, el Proyecto de 1851 ordenó que: «El quinto disponible a favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia a la doble porción, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes

(488) Op. cit., art. 970 (pág. 211) y 1.164 (pág. 258).

(489) Ver dicho artículo en la página 97 del vol. II de las *Concordancias...*, citadas de GARCÍA GOYENA.

(490) FEBRERO, vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 116); SALA (op. y vol. cits., l. II, tit. VI, núm. 2, pág. 177); MARTÍ DE EIXALÁ (op. y vol. cits., ap. sobre legítimas y mejoras, núm. 18, pág. 574); FEBRERO DE GOYENA (op., vol. y loc. ult. cits., arts. 1.261 y ss., págs. 396 y ss.); LLAMAS y MOLINA (op. y vol. cits., ley 28, núm. 6, pág. 519); LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. ult. cits., núm. 132, pág. 88); ESCRICHE (op. cit., vol. II, voz «Mejora», número 1, pág. 577); LAS CASAS (op. cit. vol. 7, voz «Mejora», pág. 84); SÁNCHEZ DE MOLINA (loc. últ. cit., núm. 829, núm. 206); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 982, págs. 502 y ss.).

(491) Loc. ult. cit.: Dice que en la mejora anterior e irrevocable del tercio en abstracto, vemos una obligación contraída por el padre, respecto del tercio, pero nada vemos de dónde puede deducirse que aquél consintiera en que dicha mejora se dedujese con antelación al quinto; en cambio, en el caso de que esa mejora fijara cantidad o designase cosas, «tendremos claramente manifestado ese consentimiento, si la cantidad fijada o el valor de las cosas designadas o entregadas equivaliere a la tercera parte de la totalidad de los bienes».

(492) Op. cit. (pág. 262): «Art. 1.177: Haciéndose disposición de la quinta y tercera parte disponible a favor de dos o más personas, se saca primero la quinta parte y después de rebajada ésta se sacará la tercia.» «Art. 1.178: Sin embargo, se observará en sacar estas porciones orden inverso: 1.º Cuando el disponente lo mande expresamente así; 2.º Cuando tuviere hecha de antemano disposición irrevocable de la tercera parte.»

irrevocablemente del quinto». García Goyena (493) comentando las palabras «*pero no podrá*» explica: «por qué se entiende que dispuso del quinto de todos sus bienes, y hay ya creado un derecho irrevocable a favor de un tercero. Lo contrario, aunque por la misma razón, sucedería si hubiera dispuesto antes de la doble porción (antiguo tercio), pues se presume que al hacer esta mejora pensó tan sólo en la legítima sobre la que recae, no en todos los bienes: este es el espíritu del artículo contra la opinión de Angulo y Sala».

d) *¿En qué tiempo debía juzgarse si una donación era o no inoficiosa?*—El tiempo en que debe juzgar la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones, en general, es referido al tiempo de la muerte del causante (494), a tenor de la ley 29 de Toro, pero subsiste la duda de si continúa vigente el trato de favor que esta ley concedió a las dotes. Sigue discutiéndose si la Pragmática de 1534 derogó la facultad de elección entre la fecha de la dote y el día de la muerte del causante, concedida para juzgar de la oficiosidad de la dote.

De una parte defendieron la persistencia de esa facultad Alvarez Posadilla (495), Martí de Eixalá (496), Llamas y Molina (497), Escriche (498), González Serrano (499), Navarro Amandi (500) y siguió aplicándose por nuestros Tribunales, entre ellos la Audiencia de Madrid (501).

La derogación de dicha facultad fué sostenida por Febrero, opinión que recogen las versiones de su obra, revisados por Marcos Gutiérrez (502) y Tapia (503), así como por La Serna y Montalbán (504).

Sé nos presenta indeciso Benito Gutiérrez (505), así como Vicente y Caravantes (506), que ofrece una solución intermedia que

(493) Op. y vol. cit., pág. 104.

(494) Ver especialmente ESCRICHE (op. cit., t. I, voz *Donación inoficiosa*, pág. 653).

(495) Op. cit., ley XXIX, pág. 175.

(496) Op. y vol., «*Apéndice sobre legítima y mejora*», cit., pág. 574, nota m. Se fundó en que la *ratio* de la Pragmática fué prevenir excesos atendiendo al valor del patrimonio de los dotantes en el día de la constitución, y en que el marido es un tercero interesado en virtud de un contrato, el de matrimonio, considerado por las leyes como oneroso.

(497) Op. y vol. cit., ley 29, núms. 146 y 161 (págs. 557 y ss.).

(498) Op. cit., t. I, voz «*Dote*», in fine, pág. 661.

(499) Op. y vol. cit., Ley 29, núm. 34, págs. 52 y ss.

(500) Op. cit., vol. II, art. 1.383, pág. 143.

(501) Así lo reconocen los mismos LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. citados, pág. 87, nota 2) y BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. I, pág. 424).

(502) Op. cit., vol. I, parte I, cap. I, § IV, núm. 118, in fine, pág. 78.

(503) Op. cit., vol. I, lib. II, t. II, cap. IV, núm. 4, pág. 398 y vol. V, título III, cap. VI, núm. 3, pág. 272.

(504) Op. y vol. cit., l. III, t. I, sec. V, núm. 131, nota 2, págs. 87 y ss.

(505) Op. cit., vol. I, l. I, cap. III, sec. II, art. 3.º, págs. 422 y ss.

(506) En sus notas a la 3.ª ed. de la obra cit. de LLAMAS y MOLINA, volumen cit., pág. 557, nota 1, y en sus adiciones a la 4.ª ed. del «*Febrero...*», de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, vol. I, núm. 1.206, págs. 385 y ss.

dice defendida por otros autores. Consiste ésta en aceptar que la oficiosidad de la dote debe juzgarse a la muerte del dotante, excepto: 1.º, cuando al tiempo de la constitución o entrega de la dote renunciara la hija a la mayor suma a que pudiera tener derecho por aumento de los bienes paternos, obligándose con juramento a no pedir más por dicha razón; y 2.º, cuando la dote, tanto en el tiempo de la constitución como a la muerte del padre dotante, cupiese en la legítima de la hija y sólo resultara excesiva por haber mejorado el padre a alguno de sus demás hijos, «por no parecer justo que esta disposición perjudicara a la hija y la obligase a restituir lo que poseía legítimamente».

El Proyecto de 1851, en sus artículos 648 y 954 (507), atendía para determinar la inoficiosidad de las donaciones al valor del patrimonio del donante en el día de su muerte con la agregación del valor que tenían al tiempo de hacerlas todas las donaciones que éste hubiera dispuesto. Pero el artículo 1.252 concedía al esposo donatario, para la determinación de la inoficiosidad de las donaciones matrimoniales, la facultad de elegir entre la época en que se verificó la donación y la del fallecimiento del donador. Su párrafo segundo excluía esta opción si al tiempo de la donación no se hubiese hecho inventario de los bienes del donador (508).

C) *Imputación de las donaciones a la legítima o al tercio y quinto.*—El estudio de esta cuestión requiere que recordemos que varios ilustres juristas de este período fundieron, como vimos antes, bajo el nombre de colación, la computación y la imputación. Por eso, mirando al contenido más que a la etiqueta, cuando sean Morató, Martí de Eixala, Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez o González Serrano los que expresen la palabra colación la traduciremos por los términos computación e imputación. Sólo con esta salvedad nos será posible comprender la materia que tratamos y que procuraremos ordenar y sintetizar en las tres siguientes cuestiones:

a) *Liberalidades no imputables a la legítima ni a la mejora, es decir, no computables.*—Excluyamos la opinión extravagante de Alvarez Posadilla que señala la no computación de las donaciones hechas a extraños, «porque no lo dice la ley», además, de que «ya se van todos con cuidado en dar, y más en vida», sin el peligro que con respecto a los hijos supone el «dexarse llevar del amor» (509).

Más interesante es la referencia de Morató (510), que califica

(507) Ver estos arts. a las págs. 300 y 397 del vol. II de las «Concordancias...», cits., de GARCÍA GOYENA.

(508) Consultarlo, en la cit. obra de GARCÍA GOYENA, vol. III, pág. 266. GARCÍA GOYENA, al glosarla (pág. 267), repite la afirmación bastante común de que esta facultad de elección compensaba a las hijas de la prohibición a sus padres de mejorarlas, por vía de dote.

(509) Op. cit., ley XXVI, pág. 162.

(510) Op. cit., vol. II, núm. 1.508 a 1.511 (págs. 259 y ss.).

de no sujeto a colación—con el amplio sentido con que usa esta palabra—:

1.º Lo gastado por el padre a favor de sus hijos a título de alimentos (511). Opinión que había sido sustentada por Sala (512).

2.º Lo gastado para la educación y carrera de cada uno de los hijos, con tal que se hubiera hecho proporcionalmente a la posición de la familia (513).

3.º Las donaciones remuneratorias hasta el alcance del valor de los servicios remunerados (514).

También Febrero (515) señala como no imputables a la legítima ni a la mejora los gastos que los padres hicieran para que sus hijos fuesen a la guerra y estudiaran o siguieran otra carrera de honor y útil a la familia o al Estado, si el padre no dispuso lo contrario.

b) *Donaciones imputables a la legítima e imputables a tercio y quinto.*—Las leyes de Toro, 26 y 29, apartado segundo, son armonizadas por los autores de este período con arreglo a la posición preponderante entre los clásicos. Se señala que las donaciones simples se imputan a tercio y quinto, como mejoras, y en el exceso se imputan a la legítima hasta el límite de su oficiósidad, y que a la inversa, las donaciones por causa, se imputan primero a la legítima, en su exceso al tercio y quinto y se reducen en lo que aún excediere (516).

(511) Entre los autores que asimilan colación y no computación señalan igual exclusión LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., núm. 219, pág. 142). En cambio, GONZÁLEZ SERRANO (op. cit., ley 29, núm. 21, pág. 47) afirmó que «si el hijo casado se entra por las puertas de la casa del padre en compañía de su mujer y de tres o cuatro hijos y de los sirvientes necesarios, según la categoría de la familia, para allí recibir donaciones que han de menoscabar necesariamente la herencia paterna, los hijos menores están en su derecho pidiendo que aquel caudal se traiga a colación».

(512) *Digesto Romano Español* (2.ª ed., Madrid, 1852), t. II, sexta parte, l. XXXVII, tit. VI, núm. 13, pág. 84.

(513) Opinión compartida, entre los que equiparan no colación y no computación, por LA SERNA y MONTALBÁN (loc. ult. cit.) y BENITO GUTIÉRREZ (op. y volumen cit., l. III, cap. V, sec. III, art. 2.º, págs. 550 y ss.).

(514) GONZÁLEZ SERRANO (op. cit., ley 29, núm. 25, págs. 48 y ss.), apunta esta cuestión para derivar hacia la relativa a si debían colacionarse las participaciones en las ganancias dadas por el padre a los hijos que colaborasen con él en sus empresas, rechazando que dichas donaciones tuvieran el carácter de donativos y que debieran tenerse en cuenta para el cómputo contable de las legítimas.

(515) Vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. cit., núms. 3 y 48, págs. 69, 90 y ss.); vers. TAPIA (loc. cit., núms. 7 y 41, págs. 259 y 253 y ss.); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (loc. ult. cit., núm. 2.163, pág. 46). Es de notar que ahí confunde FEBRERO la no computación con la no colación, usando en sentido lato esta palabra.

(516) Ver SALA: *Derecho Real de España*, vol. cit., l. II, tit. VI, núm. 6, página 180 in fine y ss.); ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 170 in fine y ss.); MARTÍ DE EIXALÁ (op. vol. y apénd. cit., núm. 19, pág. 574); ESCRICHE (op. cit., t. II, voz «Mejora», núm. XLIX, op. 2.º, pág. 577); BENITO

Llamas y Molina (517) es quien trata con más detenimiento esta cuestión, que resume con estas palabras: «que toda donación que se haga por última voluntad, por contrato entre vivos, por remuneración de servicios, o que primariamente dimanen del afecto y cariño del donante para con el donatario, que es la simple, se debe reputar en primer lugar por mejora de tercio y quinto, y el exceso por legítimas y que todas las demás donaciones que se hacen con motivo de aliviar y socorrer las necesidades del donatario, aunque intervenga obligación legal en el donante de hacerlas, como sucede en la dote que el padre debe dar a la hija, o no medie semejante obligación, como acontece en las otras que se han referido arriba, dote, donación *propter nuptias*, etc., deben considerarse en primer lugar como legítima y en el exceso como mejora de tercio y quinto».

En su artículo 657, el Proyecto de 1851, según frase de García Goyena (518), «da en tierra con la ley 26 y otras de Toro, y simplifica grandemente la materia de mejorar». Al efecto, su § primero dispuso que: «Ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar». Precepto precursor de la eliminación de las mejoras presuntas por el Código civil.

c) *El problema de la imputación entre tercio y quinto.*—Según Llamas y Molina (519) que sigue fielmente en este punto la doctrina clásica, las donaciones imputables a la mejora debían imputarse primero al tercio que al quinto. El orden con que las leyes 26 y 29 de Toro nombran el tercio antes que el quinto, ofrecía a su juicio la razón más convincente.

El Proyecto de 1851 quiso evitar esta cuestión, al prevenir en el § segundo del citado artículo 657: «Además, para ser válida la declaración (de mejorar), ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos o de ambas».

GUTIÉRREZ (op. y vol. cit., l. III, cap. V, sec. II, § 2.º; págs. 531 in fine y ss. y sec. III, § 1.º, art. 1.º, pág. 547); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., l. III, tit. I, sec. V, núm. 130, págs. 86 y ss.); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 830, pág. 206); LAS CASAS (op. cit., vol. VII, voz «Mejora», pág. 84, col. 1.ª); DOMINGO DE MORATÓ (op. y vol. cit., núms. 1.287 y ss., págs. 158 y ss. y 1.512, pág. 261) y NAVARRO AMANDI (op. y vol. cit., artículo 980, núm. 503, art. 1.162, vers. 2.º; pág. 616).

(517) Op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 16 y ss. (págs. 463 y ss.) y ley XXXIX, núms. 108 y ss. (págs. 549 y ss.). Ver la conclusión transcrita en el texto en el núm. 131 de la ley XXIX (pág. 554).

(518) Op. y vol. cit., art. 657, pág. 105.

(519) Op. y vol. cit., ley XXVI, núms. 40 y ss., págs. 468 y ss. En el número 40 planteó la cuestión con este ejemplo: «Un padre de familia, teniendo hijos y nietos, legó por su testamento varias alhajas de valor a sus hijos y nietos, y también a un extraño, y dispuso o legó todo el tercio a uno de sus hijos, y el quinto lo mandó a un extraño. Se duda de dónde debiera deducirse el valor de las alhajas legadas, supuesto que la presente ley las reputa por mejoras, aunque el testador no lo haya expresado; esto es, si se han de deducir del tercio o del quinto de los bienes del testador».

§ 9.º *La colación en el período precursor del Código civil.*

Al ocuparnos de la colación, y con el fin de evitar mayores confusiones limitaremos su estudio a la doctrina de aquellos autores que no refundieron totalmente esta institución en la computación para el cálculo de las legítimas y consiguiente imputación.

Los revisores y reformadores de la obra de Febrero (520) conservan la definición que da este autor de la palabra colación, en la significación que aquí nos interesa, como «una comunicación o agregación que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen a la herencia o cuerpo del caudal paterno o materno, de los bienes que los padres les dieron y ya son suyos; para que después se dividan todos legalmente entre ellos».

Para Alvarez Posadilla (521): «La colación se dice al llevar los bienes propios a juntar con los de aquel a quien se quiere suceder para que se dividan con ellos, según las porciones o partes que se hagan de la herencia».

Según Sala (522), es la colación: «Un acto por medio del cual los hijos que aspiran a la sucesión paterna, reúnen sus bienes a los que componen la herencia del padre común por manera que, aumentado está con ellos, se divide entre los hijos del difunto».

Frente a estas definiciones aparecen otras—v. gr., las de Eschiche (523), Sánchez de Molina (524) y Navarro Amandi (525)—, que añaden las notas de la igualdad entre todos los herederos—que de ser un motivo, quieren elevarlo a la categoría de elemento con-

(520) Versión de J. MARCOS GUTIÉRREZ, t. IV, parte II, lib. II, cap. III, § 1.º, núm. 3, pág. 68; vers. de TAPIA, t. V, tit. III, cap. V, núm. 2, pág. 237, y vers. de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN, PUENTE y CARVANTES, t. II, núm. 2.161, pág. 46.

(521) Op. cit., ley XXIX, pág. 168. Como se ve, en esta definición queda planteado el problema de la colación o de la no colación no sólo de los bienes donados por el ascendiente de cuya sucesión se trate, sino también de los bienes adventicios, de los peculios castrense y cuasicastrense, y de los bienes ganados por los hijos con caudal de su padres, cuestiones que estudiaron los clásicos castellanos y siguieron estudiando bastantes autores del siglo pasado. Es como un recuerdo a la vieja *collatio emancipati*.

(522) *Digesto Romano Español*, vol. cit., sexta parte, lib. XXXVII, título VI, núm. 2, pág. 81

(523) Op. cit., vol. I, voz «Colación de bienes» (pág. 529), que define así: «La manifestación que en la partición de una herencia hace el hijo u otro descendiente legítimo que sea heredero de los bienes que recibió del caudal paterno o materno en vida de sus padres, para que acumulándose a la masa y contándosele como parte de su legítima, se haga la división con la debida igualdad entre todos los herederos.»

(524) Op. cit., núm. 1.068, § 2.º: «El objeto de la colación es que puede dividirse la herencia sin perjuicio de las legítimas.»

(525) Op. cit., y vol. cit., art. 1.159 (pág. 613). Señala que se hace para que, acumulándole todo, pueda hacerse la división sin perjuicio de las legítimas y con la debida igualdad entre los herederos.

ceptual (526)—y de defender las legítimas (527)—olvidando que este fin lo cumplen la computación, la imputación y la reducción por inoficiosidad—. Esta segunda interpolación conceptual hace que las definiciones de alguno de estos autores coincidan con las de otros tratadistas de los que subsumen totalmente la computación y la imputación en la colación (528).

El carácter de derecho voluntario de las normas que regulan la colación fué puesto de manifiesto por Febrero (529): «En tres casos se debe hacer la colación, muera testado o intestado el donante. El primero es, cuando el padre o ascendiente mandó expresamente al hijo o hija que la hiciese de lo que había dado, porque el donador puede mandarlo. El segundo, cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fué que los bienes que había donado se colacionasen. Y el tercer caso es cuando se duda si el padre lo quiso o no; pues entonces se presume que su voluntad fué más anticipar al hijo en vida la paga de su legítima, que ser liberal con él e inducir desigualdad entre los demás hijos.»

Esta es una diferencia fundamental que separa la colación de la computación para cálculo de las legítimas, que por derecho necesario se impone aun en contra de la voluntad del causante.

En el terreno constituyente, Gorosabel (530) conservaba el concepto clásico de colación: «Colación—proponía en su artículo 1.383—es la reunión de los bienes que reciben los hijos de sus padres a la masa general, para que después se dividan entre todos los coherederos».

El Proyecto de 1851 separó también la colación de la imputación a las legítimas, supeditando aquella institución, que juzgaba de derecho voluntario (art. 882, § 1.º), al carácter imperativo de la regulación de las legítimas (arts. 878 y 882, § 2.º) (531).

(526) Parece incorporada esa nota en el concepto ofrecido por LAS CASAS (op. cit., vol. II, núm. 9.277, voz «Colación»): «En las herencias es la manifestación que hace el hijo u otro descendiente legítimo que sea heredero de los bienes que recibió del caudal paterno o materno en vida de sus padres para que acumulándose a la masa de la herencia, y contándosele como parte de su haber, se haga la partición con la debida igualdad y con arreglo a la ley, entre todos los herederos.»

(527) Este segundo fin es el señalado con exclusividad por LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., ley 29, núm. 57, pág. 537): «Es claro—dice—que la colación entre nosotros no se practica y observa para guardar la igualdad entre los coherederos, sino para no privarles ni perjudicarles en el derecho que les compete a sus legítimas integras.»

(528) Así LA SERNA y MONTALBÁN (op. y vol. cit., núm. 215, pág. 139), ofrecen esta definición: «Colación es la agregación al cúmulo de la herencia que hacen los descendientes legítimos de los bienes que recibieron de sus ascendientes durante la vida de éstos para que, aumentando así el caudal, se haga la partición sin perjuicio de las legítimas.»

(529) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (op., vol. V capítulo cit., núm. 6, pag. 239) y vers. G. GOYENA y ACURRE (op. y vol. citados, núm. 2.162, pág. 46).

(530) Op. cit. (pág. 305).

(531) Art. 878: «Las disposiciones de esta sección se entienden sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente sobre mejoras y legítimas.»

La doctrina de la colación, propiamente dicha, sigue por lo demás las líneas trazadas después de las leyes de Toro por los autores del siglo XVI, según vamos a comprobar.

a) *Personas que debían colacionar y que se beneficiaban con ella.*—Ninguna novedad se observa en los requisitos personales, que los autores señalan (532).

1.º Que quien la pide y a quien se pide sean hijos o descendientes legítimos (o legitimados por subsiguiente matrimonio) (533) del difunto cuya herencia se trata de dividir.

2.º Que dichos descendientes sucedan por el título universal de herederos y no por el particular de legatarios o fideicomisarios.

3.º Que a los hijos y descendientes, entre quienes se trata de hacer la colación, se les deba la legítima (534). Por tanto, los nietos no deben colacionar lo que recibieron de su abuelo viviendo el padre, si éste sobrevive a aquél (535).

Art. 882. «El ascendiente de cuya herencia se trate, puede dispensar de la colación, salva siempre la legítima, pero la dispensa de colación ha de ser siempre expresa. Sin embargo, lo dejado en testamento se entiende exento de la colación, si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso a salvo la legítima.»

(Pueden verse en las págs. 250 y 252, del tomo II, de las «Concordancias...», cits. de GARCÍA GOYENA.)

(532) Ver FERRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 4 y páginas 69 y ss.); vers. TAPIA (op. vol. y cap. cits., núms. 8 y 10, págs. 230 y ss.); vers. GOYENA y AGUIRRE (op. y vol. cits., núms. 2.164 y 2.168, págs. 46 y ss.); ESCRICHE (op. y loc. últ. cits.); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 493); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.072, pág. 247). Es de notar que, pese a la subsunción que LA SERNA y MONTALBÁN hacen en la colación de la computación y la imputación (op. y vol. cits., núm. 218, pág. 140), no sin contradicción con ese principio y en conformidad con la doctrina clásica, requirieron con carácter necesario para que la colación tuviera lugar «que los que la pidan y a quienes se pide sean hijos o descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donación, pues en otro caso no estará obligado a colacionar, aunque si a restituir aquélla en los límites de la legítima del tercio y del quinto» (núm. 219). Esto es lo que dicen estos ilustres autores; pese a que en el núm. 218 no sabemos apreciar la diferencia que a sus ojos existiría entre los supuestos de acepción y no aceptación.

(533) Ver FERRERO; vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núms. 5 y 8, pág. 71); vers. TAPIA (loc. últ. cit., núms. 9 y 12, págs. 240 y ss.); vers. G. GOYENA AGUIRRE (vol. últ. cit., núm. 2.171, pág. 48): «Ni con el hijo legitimado por el Soberano ni con el adoptado tiene lugar tampoco la colación habiendo hijos o descendientes legítimos, porque con éstos ninguno de ellos concurre a heredar. Asimismo no lo hay entre los hijos naturales, sucedan solos o con otros legítimos por no debérseles legítima.»

(534) Como dice FERRERO, según la versión de TAPIA (vol. y cap. últ. citados, núm. 62, pág. 262). «cuando el testador instituye por heredero a un hijo suyo en su legítima, y a sus nietos hijos de otro hijo en los demás bienes suyos, entonces no ha lugar la colación entre el hijo y nietos, ni entre éstos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los cuales no se admite la colación, pues si no se les debe la legítima precediendo su padre a quien es debida, tampoco deberán hacer la colación.»

(535) Respecto a la colación por los nietos, la obra de FERRERO recoge las

4.º Que el hijo o descendiente quiera ser heredero de su donante, es decir, que no renuncie a su herencia.

5.º Que en la sucesión concurren varios hijos o descendientes del causante que reúnan las condiciones antes expresadas. No ha lugar la colación entre los herederos extraños (comprendiendo en esta denominación, en este caso, a los que no sean descendientes suyos con las condiciones antes expresadas) (536). De concurrir herederos extraños e hijos del testador, sólo éstos colacionaran entre sí lo recibido del causante, como si fuesen los únicos instituidos y no concudiesen con ellos los extraños.

El Proyecto de 1851 fué precursor en esta materia—como en otras varias—de la reforma llevada a cabo por el Código civil. El

siguientes reglas: a) No deben colacionar a la herencia del abuelo las dotes o donaciones recibidas de su premuerto padre; b) No deben colacionar lo que viviendo el padre les dió el abuelo, a no ser que se lo hubiese dado en contemplación de aquél; c) Deben colacionar lo que el abuelo les hubiese donado después de muerto el padre; d) No deben colacionar a la herencia del padre ni del abuelo lo que éste, en vida de aquél, les hubiese donado, salvo si al hacerlo hubiese ordenado su colación; e) Pero si que deben colacionar en la herencia del abuelo, lo que éste dió al padre o madre premuertos, salvo si el padre o madre lo hubieren consumido o si los nietos repudiesen la herencia de estos aunque aceptaran la del abuelo (vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. última cit., núms. 10 a 13, págs. 72 y ss.; vers. TAPIA, cap. últ. cit., núms. 50 a 61, págs. 260 y ss.; vers. G. GOYENA y AGUIRRE, vol. cit., núms. 2.173. 2.177. págs. 48 y ss.).

ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXV, pág. 186), profundizó más en el caso b):

Pregunta el escolar al maestro:

—¿Si el abuelo viviendo el hijo padre del nieto, diese a éste dote o donación de las conferibles por su naturaleza, muerto el donante estará obligado el hijo a traer a colación la donación que el difunto hizo al nieto?

La respuesta fué esta:

—Distingo: o la donación fué expresamente dada en nombre y de consentimiento del hijo, o tácitamente, como si hizo lo que el hijo estaba obligado: en estos casos el hijo padre del nieto tiene que conferir y computar cuando suceda a su padre, y después el nieto con sus hermanos cuando suceda al suyo: o la donación se hizo sin consentimiento del hijo, ni en cosa que el hijo tuviese obligación, y en este caso se entiende mejora hecha al mismo nieto, sin que el padre sea obligado a traer a colación, aunque su padre lo mande; la razón: porque adquiriendo el nieto o nieta la donación sin lucro del hijo, éste no puede ser defraudado de su legítima, ni aún en favor de sus hijos, sino en la parte que quepa en el tercio que el abuelo pudo mejorar a los nietos; pero si el hijo muriese antes que el abuelo, el nieto sucediendo tendrá que traer a colación la donación que le hubiese hecho si mandó que se confiriese; pero si nada dixo el abuelo, o la donación o mejora fuese irrevocable, en estos casos el nieto, aunque el abuelo lo mande, no es obligado a traer a colación; no en el primero, porque el nieto representa la persona del padre, que no era obligado a conferir: no en el segundo, porque como mejora irrevocable, aunque el abuelo mande se confiera en la legítima, siempre se computará en el tercio.»

(536) A estos efectos los ascendientes y los colaterales tienen la consideración de extraños e incluso le tienen los nietos cuando suceden como herederos voluntarios. (Ver FEBRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ, núm. 7, pág. 70; ver TAPIA, núm. 11, pág. 240 y núm. 62, pág. 262, y vers. G. GOYENA, núms. 2.169 y 2.170 (pág. 48).

artículo 879 del Proyecto extendía la colación a todos los herederos forzosos (537). La palabra «entre sí» que emplea este artículo indica que la colación no debía entenderse con relación a los herederos extraños que con ellos sucedieran (538).

En cuanto a la colación por los nietos, el artículo 881 proponía: «Cuando los nietos sucedan al abuelo con representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, aportarán todo lo que debería aportar el padre si viviera aunque no le hayan heredado» (539).

b) *Bienes que debían colacionarse*.—Dos presupuestos continuaban presidiendo esta materia: que los bienes hubieran sido donados por la persona a quien se heredaba y que la cosa o cantidad donada la hubiese adquirido el colacionante en vida del causante cuya herencia se trata de dividir (540).

Sin embargo, suele tratarse y discutirse entre los autores de esta época la colación de los *bienes profecticios* y de lo que el hijo hubiera *usufructuado de sus bienes adventicios* (541), últi-

(537) «Art. 879. Los herederos forzosos están obligados a traer entre sí a colación y partición de la herencia los bienes que recibieron del difunto cuando vivía, o de otros, por mera contemplación del mismo.»

GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 250) explica que optaron por un término medio entre la colación por los hijos y la colación por todos los herederos. «En nuestro sistema—dice—la necesidad de colacionar comprende únicamente a los herederos forzosos; pero a todos, bien sean descendientes o ascendientes.»

(538) Notemos que, con arreglo al proyecto de 1851, sólo eran herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes legítimos, y 2.º Los padres y ascendientes legítimos (art. 641). Por tanto no lo eran ni el cónyuge viudo, ni los hijos naturales, ni cabía plantear si debía o no tener lugar la colación en caso de concurrir a la sucesión, v. gr. un hijo legítimo, otro natural y el cónyuge viudo.

(539) GARCÍA GOYENA: (*Concordancias...*, vol. II, pág. 252), al glosar las palabras *aunque no le hayan heredado*, escribió sin demasiada exactitud teórica: «El nieto que repudia la herencia del padre, o fué desheredado por éste, le representa todavía para heredar a su abuelo, porque ya queda dicho que los nietos nunca heredan sino por derecho de representación, y no pueden tener más derechos que los de su representado.»

(540) Ver FEBRERO, vers. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 4, tercera y cuarta, pág. 69); vers. TAPIA (cap. últ. cit., núm. 8, circunstancias tercera y cuarta, pág. 239 y ss.); vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núm. 1.164, tercero y cuarto, pág. 47); ESCRICHE (op., vol. últ. cit., voz «Colación de bienes», pág. 529); LAS CASAS (op. y vol. últ. cits., núm. 9.277, pág. 493). El Proyecto de 1851, en el § 2.º del art. 882, parece admitir la colación de lo dejado en testamento si el padre lo ordenara expresamente. Claro que tal disposición no supondría una colación propiamente dicha, sino una orden de imputación a la legítima o simplemente significaría que aquella disposición testamentaria no tenía valor de prelegado, sino de una orden de adjudicación de tipo particional testamentario a cuenta del haber correspondiente al asignatario.

(541) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 184); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (vol. y cap. últ. cits., § II, núms. 35 y ss., págs. 84 y ss.), vers. TAPIA (vol. y cap. cits. núm. 49 y ss., págs. 257 y ss.), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núms. 1.186 y ss., págs. 52 y ss.); ESCRICHE (locución últ. cit., pág. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (op., vol. y núm. últ. cits., página 493, col. 2.ª) y NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.161, pág. 614).

mos residuos de la *collatio emancipati* después del predominio de la *collatio descendentium*.

Pero ciertamente de esa colación sólo puede hablarse en sentido gramatical, de llevar material o contablemente a la herencia, del mismo modo como se habla de colación de lo adeudado por los hijos a su padre y causante. Sus reglas no pueden confundirse con las de la colación de las donaciones, ya que su efectividad no puede depender de la cualidad de heredero del hijo en cuestión, sino de su posición de deudor de su padre. La colación propiamente dicho sólo se plantearía si el padre hiciera donación al hijo de aquellos bienes o productos.

El Proyecto de 1851, según explica García Goyena, al glosar el artículo 879 (542), desplazó esta cuestión de la colación propiamente dicha, tratándola en los artículos 151 y 153, es decir, en el capítulo que regulaba los efectos de la patria potestad respecto los bienes de los hijos. El propio García Goyena (543), glosando el artículo 151, concluye que debían ser colacionables las rentas de los bienes adventicios que el padre hubiere donado a su hijo menor, como lo era toda otra donación, y explica la no colación de las utilidades obtenidas por el hijo con caudal de sus padres, «porque son inciertas, y se deberán en parte a la industria del hijo que merece recompensa» (de acuerdo esto último con la común opinión de la doctrina anterior).

Sentados estos presupuestos y recordando el imperio de la libre voluntad del causante en esta materia (sin perjuicio de que por el carácter imperativo de las disposiciones protectoras de las legítimas deba imputarse a la legítima del hijo dispensado de colación cuanto no cupiera en la porción disponible a su favor como mejora, y aún reducirse en su exceso), podemos examinar de que forma se hacía jugar la voluntad presunta del causante para determinar, a falta de disposición expresa en uno o en otro sentido, qué donaciones eran colacionables:

1) No debían colacionarse las donaciones simples (544), salvo si al hacer la donación hubiera dispuesto el padre, o ascendiente, que se colacionaran (545). No obstante, algunos autores señalaron que debían colacionarse las donaciones simples cuando

(542) Op. y vol. últ. cits., pág. 251.

(543) Op. cit., vol. I. pág. 161 y ss.

(544) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 170 y ss.); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ, loc. últ. cit., núm. 61, pág. 99); vers. TAPIA (vol. y cap. últ. cits., núm. 54, pág. 259); vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. últ. cit., núm. 1.190, pág. 53) y ESCRICHE (loc. cit., pág. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 493, col. 2.ª); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., número 1.070, pág. 247); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., Comentario al artículo 1.161, pág. 615).

(545) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. y lex, úl. cits., pág. 171) y FEBRERO (vers. y locs. últ. cits.). Esta declaración sólo se entendía eficaz si era hecha al donar, pues como dice el primer autor citado, «pasado tiempo, si la donación

de no colacionarse resultaría gran desigualdad entre los hijos (546), supuesto que correspondía al de haberse hecho a un hijo donación causal y a otro donación simple (547). Finalmente, en el Febrero (548) se considera colacionable la donación simple si fué hecha al hijo emancipado, «pues vale in continente y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere la colacione» (Opinión, esta última, que no vemos reproducida posteriormente, y que antes tampoco había preponderado entre los autores posteriores de las leyes de Toro).

2) Tampoco eran consideradas colacionables las donaciones remuneratorias (549).

3) Eran sin discusión colacionables la dote, donación *propter nuptias* y demás donaciones causales (550), a no ser que el ascendiente causante dispense su colación (551).

Los autores de este período histórico ya no discuten el concepto de la donación *propter nuptias*, a la que alude la ley 29 de Toro, cuestión que pierde interés si se da un contenido amplio al concepto de las donaciones causales. De ellas dice Febrero (552) que son las que el donante hace por alguna causa necesaria, útil o pia, por la que puede ser compelido a hacerlas. Otros autores hablan de ellas más latamente, como de aquellas en que haya cierta necesidad al hacerlas (553) o hechas por alguna causa ne-

hecha por mejora es de las irrevocables, aunque el padre diga después se traiga a colacion, no se traerá y se computará en el quinto y tercio, como si se entregó la posesión de ella, etc.

(546) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (loc. últ. cit.), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (loc. últ. cit.).

(547) Ver SALA: *Digesto Romano Español*, vol. cit., l. XXXV, tit. VI, núm. 3, pag. 81.

(548) Vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.); vers. TAPIA (loc. últ. citada); vers. G. GOYENA y AGUIRRE vol. últ. cit.). En cambio, según la versión del primeramente citado (cap. y § últ. cits., núm. 41, págs. 87 y ss.): «Emancipando el padre a su hijo y dándole al mismo tiempo algún fundo u otra cosa, no está obligado a colacionarlo y antes bien, se entiende mejorado en él en cuanto no exceda del tercio ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso parte de legitima, excepto que al tiempo de la donación expresa que se le da en parte de aquella porque después no puede imponer gravamen ni condición.»

(549) SALA (*Digesto...*, vol. y loc. últ. cit., núm. 8, pag. 83), ratiocinó así: «Si el hijo no está obligado a colacionar una donación simple, ¿con cuánta más razón no deberá hacerlo cuando reciba una donación remuneratoria?»

(550) Ver ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XIX, págs. 170 y ss.); FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (cap. y § últ. cit., núm. 61, pag. 99), vers. TAPIA (vol. cit., núm. 54, pag. 259), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., número 1.189, pag. 53); ESCRICHE (loc. últ. cit., pag. 530, col. 1.ª); LAS CASAS (op., volumen y núm. últ. cits., pag. 493, col. 2.ª); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., número 1.070, pag. 247); NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.161, págs. 614 y siguientes).

(551) Ver lo dicho anteriormente en el texto correspondiente a la nota 529, así como lo que dice NAVARRO AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.162, pag. 615 y siguientes).

(552) Vers. J. MARCOS, núm. 62; vers. TAPIA, núm. 55; vers. G. GOYENA y AGUIRRE, núm. 1.190.

(553) Vers. NAVARRO AMANDI, loc. úl. cit., pag. 515.

cesaria, o por lo menos útil o piadosa que a ella impele (554), o por algún motivo que existe de presente o existió de pretérito (555).

Sobre esta pauta se siguió analizando casuísticamente si eran o no colacionables determinadas donaciones y liberalidades. Además de la dote propiamente dicha, se entendían colacionable la dote entregada a las hijas que entraron en religión (556) y no, en cambio, los gastos de la boda (557) y, además de la donación *propter nuptias*, las joyas, adornos y vestidos que el padre hubiese dado a la esposa de su hijo (558), así como el precio de los oficios públicos vendidos satisfecho por el padre (559) y la donación dada por el padre con título de patrimonio para ordenarse (560). No se entendieron colacionables, en cambio, los gastos hechos para la educación y carrera de los hijos (561), ni los libros necesarios para el estudio de la carrera o para el ejercicio de la profesión (562), ni lo pagado para redimir del cautiverio a un hijo (563), si bien estos gastos eran computables e imputables a la mejora, a diferencia de los gastos por alimentos, que ni siquiera eran computables al caudal (564).

En el terreno del Derecho constituyente, Gorosabel (565), en

(554) V. gr. ESCRICHE (loc. últ. cit.); LAS CASAS (loc. últ. cit.).

(555) V. gr. LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cits., ley XXVI, núm. 6, página 461).

(556) ALVAREZ POSADILLA (op. cit., ley XXIX, pág. 182); FEBRERO vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (cap. ult. cit., § II, núm. 25, pág. 79), vers. TAPIA (cap. ult. cit., núm. 20, pág. 245).

(557) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 183; FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 20, pág. 81), vers. TAPIA (núm. 22, págs. 246 y ss.).

(558) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit., pág. 182); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 28, pág. 80), vers. TAPIA (núm. 21, pág. 246), vers. G. GOYENA y AGUIRRE (núm. 2.183, pág. 52).

(559) ALVAREZ POSADILLA (op. y loc. cis., pág. 179); FEBRERO, vers. J. GOYENA y AGUIRRE (núm. 2.184, pág. 52).

(560) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 180); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 33, pág. 83), vers. TAPIA (núm. 26, pág. 248).

(561) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit. pág. 176), distingue según el padre hubiera o no manifestado, expresa o tácitamente, su voluntad de que se impute a la legítima. FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 42, pág. 88), vers. TAPIA (núm. 35, págs. 251 y ss.), en los números siguientes señala los casos de excepción: a) Si el padre administra los bienes propios de los hijos; b) Si el padre expresa o tácitamente ordena su colación; c) Si resultase gran desigualdad entre los hijos. Ver también SALA: *Digesto...*, loc. últ. cit., núm. 12, pag. 84; LAS CASAS (op. y loc. últ. cits., pág. 494, 2.ª ed.); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.074, pág. 247; NAVARRO AMANDI (op. y vol. citados, art. 1.163, pág. 617).

(562) ALVAREZ POSADILLA (loc. últ. cit.); FEBRERO, vers. J. MARCOS (número 49, pág. 92); vers. TAPIA (núm. 42, págs. 254 y ss.); SALA (*Digesto...*, vol. ult. cit., nums. 12 y 13, pág. 48).

(563) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cits., pág. 179); FEBRERO, vers. J. MARCOS (núm. 53, pág. 95); vers. TAPIA (núm. 45, pág. 256).

(564) ALVAREZ POSADILLA (op. y lex. cit., pág. 179); SALA (*Digesto...*, loc. ult. cit., núm. 13, pág. 84).

(565) Op. cit., nums. 1.388 a 1382, págs. 306 y ss.

su Proyecto particular, consideraba colacionables: las donaciones a cuenta de la legítima, las por razón de casamiento, para establecer algún hijo, los vestidos y joyas dadas a la esposa de éste, los gastos para aprender un oficio liberal y «otras donaciones semejantes obligatorias». Y como no colacionables señaló: las donaciones entregadas por causa simple, las excusadas por el padre de colación, las de alimentos e instrucción primera, e estudios mayores de los que siguen carrera.

El Proyecto de 1851 fué también en esta materia precursor de una trascendental innovación del Código civil. Prescindió de la distinción de las donaciones en simples y por causa, ordenando a los herederos forzosos traer a colación todos los bienes recibidos del causante (566), si bien admitió que el ascendiente dispensara la colación, pero exigiendo que la dispensa fuese expresa (567). Excusó de colacionar los gastos hechos por el padre en la curación de su hijo, aunque sean grandes y extraordinarios (568), y los de alimentos, educación, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre (569). Los gastos hechos para dar carrera de estudios, armas, diplomática u otra que prepare para ejercer una profesión que requiera título, o para el ejercicio de las artes liberales, por razón de título clerical, compra de algún oficio u otro establecimiento o para pago de deudas, ordenaba fuesen colacionados, salvo dispensa del causante, pero rebajándose de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (570).

c) *Forma en que debía verificarse la colación.*—La mayoría de los autores (571) continúan distinguiendo tres modos de colacionar:

Por *manifestación*, «trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla». En este supuesto, según Las Casas (572), los bienes colacionados «siempre se adjudicarán al donatario, a no ser que los coherederos pactasen otra cosa».

Por *liberación*, si lo colacionable había sido prometido, pero no entregado al colacionante.

Por *imputación*, percibiendo de la herencia tanto menos cuanto importe lo que tenga recibido (573).

(566) Art. 879. Puede consultarse en la pág. 251, vol. II, de las *Concordancias...*, cits. de G. GOYENA.

(567) Art. 882. (Vol. op. y vol. cits., pág. 252).

(568) Art. 884. (Vol. op. y vol. cits., págs. 253 y ss.).

(569) Art. 885. (Pág. 254).

(570) Art. 886. (Págs. 254 y ss.).

(571) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (vol. IV, lb. II, cap. III, § III, núm. 74, pág. 105); vers. TAPIA (vol. V, tit. III, cap. V, núm. 3, página 237); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. II, núm. 2.235, pág. 60); BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III, lb. III, cap. V, sec. III, § II, art. 2.º, pág. 556); SÁNCHEZ MOLINA (op. cit., núm. 1.076, pág. 248).

(572) Op. cit., vol. II, núm. 9.277, voz «Colación», pág. 495, col. 1.ª

(573) Las versiones del FEBRERO, debidas a TAPIA, GARCÍA GOYENA y AGUI-

Febrero, después de afirmar que la colación se verificaba normalmente por imputación, asegura que regularmente debe colacionarse la misma cosa recibida, si existió, y no su estimación, «pues de no hacerlo se puede causar perjuicio a los coherederos, si tienen afición a ella y la pretenden, porque con la colación se hace hereditaria y como del patrimonio del difunto, y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimación de la cosa por ella. Mas esto se limita, lo primero, quando los interesados se convienen en que se colacione la estimación; lo segundo, quando no se puede colacionar sino con dificultad o de ningún modo; lo tercero, quando la cosa es tal, que no le tienen afición los hermanos o por libros de escolares, excepto que el padre mande expresamente que los colacionen, y lo cuarto, en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta colacionar la estimación de las cosas dotales sin tener que manifestarlas» (574).

La regla general enunciada por Febrero, de que normalmente deben colacionarse las mismas cosas y no su estimación, es duramente criticada por Joseph Marcos Gutiérrez (575), al apuntar que esto lo «dice neciamente el autor siguiendo a Velasco que se dexó llevar de la autoridad y de los fundamentos de Bartulo». Y Vicente y Caravantes (576), después de citar ambas opiniones, observa que en la práctica se seguía la doctrina de colacionar por medio de la imputación.

En el terreno constituyente, Gorosabel, en su Proyecto particular, siguió el criterio de Velasco y de Febrero (577), mientras el proyecto del Código civil de 1851 pretendió imponer la colación por imputación, pero ordenando que se compensara a los coherederos con otro tanto en bienes de la misma especie (578),

RRE (locs. últ. cits.), así como BENITO GUTIÉRREZ (loc. últ. cit.), confunden aquí la colación verificada por imputación y la imputación a las legítimas. Error más de extrañar en aquéllas, en las que no se involucra la colación en la computación e imputación.

(574) Ver la vers. de J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núm. 75, páginas 105 y ss.); vers. de TAPIA (loc. últ. cit.) y vers. de G. GOYENA y AGUIRRE loc. y núm. últ. cits.).

(575) Nota (1) a la pág. 105, loc. últ. cit.

(576) Párrafo adicionado al núm. 2.235, de la citada versión de FEBRERO. de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. últ. cit., págs. 60 y ss.).

(577) «Art. 1.393. La colación se hace o de los mismos bienes recibidos o de su estimación. Se hace del modo primero siempre que exista la misma cosa recibida en poder del donatario; y del segundo cuando no existe la misma cosa en su poder, o convienen los coherederos en que se colacione su estimación, o es dote dada la hija» (op. cit., pág. 307 y ss.).

(578) «Art. 888. El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como el que ya tiene recibido, o los coherederos percibirán otro tanto más de la misma naturaleza, especie o calidad, en cuanto sea posible.» GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 257), observa que «esto es una consecuencia del anterior artículo, en el que se ha establecido que no se han de traer a colación las mismas cosas, sino el valor que tenían»; y que, «aunque esto haya parecido más equitativo y sencillo, no se da desde luego derecho a los otros coherederos para indemnizarse en metálico: el artículo tiende a conservar entre ellos toda la igualdad posible».

en cuanto fuere posible (579). Este criterio ha sido el que se ha impuesto en el Código civil, como luego veremos.

d) *Momento al que debía referirse la fijación del valor a colacionar.*—La determinación del momento en que debía fijarse el valor a colacionar fué resuelta por los autores que ahora examinamos con mayor unidad de criterio que por los clásicos.

Predominó la distinción entre la *donación estimada con estimación que causó venta* y la *donación no estimada o estimada sin causar venta* (580). En el primer caso se entendió que debía colacionarse el precio de la estimación, fueran muebles o inmuebles los bienes donados, e independientemente de las ulteriores alternativas de valor, favorables o desfavorables al donatario, y de su pérdida aunque no le fuese imputable (581). En el segundo caso se debía verificar la colación conforme al valor que tuvieran los bienes donados al tiempo de colacionarlos, pero con la salvedad que si bien los aumentos y disminuciones intrínsecos debidos al mero transcurso de tiempo beneficiaban o perjudicaban la masa (582), en cambio, debían descontarse los aumentos de valoración debidos e industria del donatorio, como nuevas plantaciones, mejoras, etc. (583), y las desmejoras o la pérdida—anterior o posterior a la muerte del donante—debidas a su culpa

(579) «Art. 889. No pudiendo verificarse la indemnización e igualdad con arreglo al artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tienen derecho a ser igualados en metálico, y no habiéndolo en la herencia, se venderán los bienes de la misma en pública subasta hasta la cantidad necesaria. Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en los otros muebles de la herencia a su libre elección por el justo precio.»

(580) Ver FEBRERO, vers. J. MARCOS GUTIÉRREZ (loc. últ. cit., núms. 78 y ss., páginas 107 y ss.); vers. TAPIA (vol. y cap. cits., núms. 4 y ss., págs. 272 y ss.); vers. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE (vol. cit., núms. 2.237 y ss., págs. 61 y ss.); ESCRICHE (op. y vol. cits., voz «Colación de bienes», pág. 530, col. 2.ª); BENITO GUTIÉRREZ (op. y vol. cits., págs. 555 y ss.); LAS CASAS (loc. últ. cit., pág. 494); SÁNCHEZ DE MOLINA (op. cit., núm. 1.075, pág. 248); NAVARRO AMANDI (op. y volumen cits., art. 1.162, pág. 617).

(581) Conhesa FEBRERO (núm. 79, vers. J. MARCOS; núm. 5 vers. TAPIA, número 2.239 ver G. GOYENA y AGUIRRE), que entienden «algunos autores que (lo colacionable) siempre se juzga dado con la condición de colacionarlo al tiempo de la muerte del donante por lo que siendo condicional la estimación no causa venta». Pero, añade que, «sin embargo, siguiendo lo que ordenan las leyes que tratan de la restitución de la dote que debe hacer el marido y el dictamen de los que tocaron madura y juiciosamente el punto, diré que debe colacionarlo por el valor en que se estimó cuando lo recibió, si entonces no se pactó otra cosa.»

(582) Razona FEBRERO (núm. 78, 4 y 2.237, respectivamente, de las versiones citadas) que «quien está a la utilidad, debe estar a la pérdida y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad ni se causa perjuicio a los herederos.»

(583) Planteó FEBRERO (vers. TAPIA, núm. 5, in fine, pág. 274), «si la finca se hizo más preciosa por la mera industria o trabajo del hijo o hija como si estaba erial, y después que la recibió la plantó de viña u olivas, etc.», y resolvió que dada inestimada la finca se debe colacionar «por el precio que sin el beneficio que tenga se le dé, y no el importe de éste, porque es adventicio y estrinseco, y como trabajo suyo le toca preventivamente.»

o dolo. Es decir, que del valor actual se debía restar el que tuvieran tales aumentos estrínsecos o sumarse el de las disminuciones culposas.

Sólo Sala (584) disintió de esta distinción y, siguiendo la opinión y, apoyándose en la interpretación de Ayerve de Ayora, afirmó que la colación debía regularse por el valor que los bienes donados tuvieran al hacerse la donación, aun cuando no hubieran sido justipreciados, puesto que desde aquel momento corresponden al donatario las ventajas y perjuicios que se siguen por razón de la cosa donada.

Si bien en la doctrina predominó la doctrina intermedia, que distinguía la transmisión que causó la venta y la que no la causó, en cambio, en los Proyectos elaborados vemos propuestas las posiciones extremas.

Gorosabel, en el suyo (585), atiende el valor que la cosa tenga al tiempo de colacionarla, si bien acepta que debía restarse el aumento de valor debido al trabajo o industria del donatario y los gastos que hubiera tenido al efecto, y sumarse el menor valor imputable a falta suya.

Por el contrario, el Proyecto de 1851, en su artículo 887, sentó la doctrina opuesta: «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 hubiere hecho entonces su justiprecio. El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo del donatario.»

García Goyena (586) comentó que este artículo «contiene una novedad importante contraria a la opinión común de los autores y a casi todos los Códigos», y reconoció que «está redactado según la opinión de Ayora».

Efectos respecto a tercero de la reducción de las donaciones por inoficiosidad y del deber de colacionar.—En la época en que fué elaborado el Proyecto de Código civil de 1851 empiezan los juristas a interesarse de modo general por la seguridad dinámica. Fruto de esa preocupación fué el artículo 891: «cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiese enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario».

Aunque este precepto corresponde al título de la colación y habla de si los bienes donados *excedieren del haber donatario*, parece que no se quisieron referir tales efectos a la colación propiamente dicha, sino a la inoficiosidad. El Proyecto de 1851

(584) *Digesto Romano Español*, vol. cit., lib. XXXVII, tit. VI, núm. 4, página 82.

(585) Op. cit., art. 1.394, pág. 308.

(586) Op. y vol. ult. cit., y pág. 255.

no había confundido en su planteamiento ambas instituciones, pero el comentario de García Goyena a este artículo nos hace sospechar que existió tal confusión en el espíritu, ya que no en la letra, del artículo que comentamos.

He aquí la glosa de García Goyena (587): «El donatario era dueño y de buena fe; es, por tanto, preciso consultar a la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabado por el donador; sólo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donación fué inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario.»

¿Quiso, pues, este artículo referirse a la reducción por inoficiosidad y no a la colación? ¿Existió una confusión en su colocación y en su referencia al haber del donatario, que debió hacerse solamente a la legítima del donatario? O bien, ¿fué García Goyena el que se confundió al glosarlo?

El comentario de Claudio Antón de Luzuriaga (588) al artículo 1.787 del Proyecto parece confirmar la opinión de García Goyena. Nuestro primer hipotecarista no plantea siquiera la cuestión de la eficacia contra tercero del deber de colacionar propiamente dicho, sino que centra toda la cuestión en torno al alcance de la revocación y de la reducción.

Opinión que el mismo Goyena (589) justifica con estas palabras: «La donación en sus relaciones con la legítima, y para el efecto de reputarse o no inoficiosa, queda en suspenso hasta la muerte del donador y lleva tácita y necesariamente la condición de que ha de caber en la parte libre o disponible.» Claro que—según ha observado agudamente Marín Monroy (590)—«el proyecto, en vez de dar lugar a una resolución y anulación tajantes—como la del artículo 961—, sólo daba, por el 891, repetición contra tercero, previa excusión de los bienes del donatario, de lo que parece resultar, más que una revocación, sólo un

(587) *Op. y vol. cit.*, pág. 259.

(588) Comentario al título XIX del Proyecto de 1851, contenido en el tomo IV de las *Concordancias...*, *cits.*, de GARCÍA GOYENA, página 193. (Los títulos XIX y XX en el tomo IV fueron comentados por LUZURIAGA): «Los donadores—dice—son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias, que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que las *acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley*, son notorias a todo el que contrate con un donatario puesto que en el registro público constara que el título de la propiedad de este último es una donación y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el registro no podría ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás, el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente voluntaria.»

(589) Apéndice 8.º, tomo II, pág. 342.

(590) *Loc. cit.* pág. 239.

derecho de crédito contra el adquirente, convertido en fiador legal del donatario».

La Ley hipotecaria de 1861, ni en su texto ni en su exposición de motivos planteó la situación de los terceros adquirentes con relación a la reducción de las donaciones por inoficiosas y con respecto de la colación (591). Comentando la situación planteada por dicha omisión, ha conjeturado el mismo Marín Monroy (592), sobre la pauta de su anterior observación, «que la Comisión (redactora de la Ley Hipotecaria) seguramente no consideró que debía ocuparse especialmente de ello (de la reducción por inoficiosidad), no afectando realmente, sino personalmente y en segundo término al tercero, y dejando muy acertadamente entre las partes el Derecho civil, no se ocupó de ello».

Con referencia a la colación propiamente dicha, que llama «colación simple», ha formulado Marín Monroy esta hipótesis: «No está ya tan claro sí, refiriéndose (los autores de la Ley Hipotecaria) ya al proyecto de Código civil, considerándolo como cuasi aprobado, al derogar éste las leyes de Toro en sus sistemas de imputación y exigir que la mejora había de ser siempre expresa, no debiendo hacer también alguna declaración respecto a la colación y los terceros, aunque quizá los creyeron siempre protegidos por la declaración de principio del artículo 36 y el párrafo primero del 34. Además, seguramente, dada la supresión de la colación en especie por el artículo 887, creyeron no se producirían realmente conflictos con los terceros.»

(Continuará.)

(591) El núm. 1 del art. 38 sólo determinaba que «no se anularán ni rescindirán, en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho», por «revocación de donaciones en los casos *permitidos por la ley*, excepto el de no cumplir el donatario condiciones no inscritas en el Registro». Con ello, a diferencia del Proyecto del Código civil de 1851, tampoco concedía efectos respecto a tercero a la revocación de donaciones por sobrevivencia de hijos. Pero de la reducción por inoficiosidad nada dice.

(592) Loc. y pág. ult. cits.

El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos

CIRILO MARTIN-RETORTILLO
Abogado del Estado

I

REDACCIÓN DEL ACTA, SU CONTENIDO

Dispone el artículo 33 del Código de Comercio que necesariamente las Sociedades y Compañías llevarán un libro o libro de actas en las que constarán todos los acuerdos que se refieran a la marcha y operaciones sociales tomadas por las Juntas Generales y los Consejos de Administración, el artículo 40 del propio Código detalla y puntualiza el contenido de estas actas al preceptuar que en dicho libro se consignarán a la letra los acuerdos que se tomen en sus Juntas o en las de sus Administradores, expresando las fechas de cada una, los asistentes a ellas, los votos emitidos y demás que conduzcan al exacto conocimiento de lo acordado, autorizándose con la firma de los Gerentes, Directores o Administradores que estén encargados de la gestión de la Sociedad o que determinen los Estatutos o bases por que éstas se rigen.

Ambos preceptos mantienen plenamente su vigencia, y su valor normativo de rango primordial ha de ser tenido en cuenta en trámite tan esencial como son las actas de las Juntas Generales de Accionistas de las Sociedades Anónimas.

Acta, según el Diccionario de la Lengua, es la relación escrita de lo tratado o acordado en una Junta. Ahora bien, jurídicamente para que se entienda elaborada conforme a Ley, ha de recoger con absoluta fidelidad los acuerdos que se adopten y los demás extremos que puntualiza el artículo 40 del Código Mercantil además de los particulares que puedan señalar los Estatutos por que dicha Sociedad se rige. Tiene extraordinaria importancia el Acta de las Juntas Generales, tanto ordinaria, como extraordinaria de las Sociedades. Son las Actas la expresión de los pareceres de los accionistas expuestos de la deliberación habida, y de lo que es más trascendental, de la conjunción de voluntades concretadas en los acuerdos y decisiones que la colectividad adopte.

El Acta viene a ser la materialización de la voluntad de la Sociedad cumplidas las solemnidades y requisitos establecidos en los Estatutos para la validez de tales acuerdos, de ahí la necesidad

de recoger en ella, con esmero y pulcritud cuantas deliberaciones hubo en la Junta sobre los temas debatidos, y los acuerdos concretos que la misma adoptó, debiendo consignar igualmente lo que denomina FISCHER «las exigencias de las minorías» que, como dice tan ilustre autor, deberán hacerse valer expresamente con este carácter, «mediante la presentación de una propuesta especial y procediendo a votarla aparte» (1), siquiera en la práctica española sea normal y corriente hacer constar la opinión o voluntad de la minoría en forma negativa, es decir, consignando la discrepancia del grupo minoritario con el acuerdo refrendado con el voto válido de la mayoría de las acciones.

Extendida el Acta cuidadosamente regula el artículo 62 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas la forma o sistema para la aprobación de dicha Acta con cuyo requisito ésta adquiere plena validez, y el acto y acuerdos en ella formalizados adquieren sustantividad y eficacia, con valor declarativo para el futuro social.

El Acta será extendida por el Secretario, que lo será el designado por los Estatutos, o si no lo hubiera, o no pudiese actuar, entonces conforme al artículo 61 de la Ley, lo será el designado para tal función por los accionistas asistentes a la Junta.

Como anteriormente decimos, siguiendo la doctrina de FISCHER y demás tratadistas deberán consignarse también las «exigencias de las minorías», criterio refrendado en la nueva Ley cuyo artículo 69 declara y considera legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación a los concurrentes a las Juntas «que hubiesen hecho constar en Acta su oposición al acuerdo impugnado», y a los que hallan sido ilegítimamente privados de emitir su voto».

Téngase en cuenta que conforme al Decreto de 29 de febrero de 1952 por el que se aclara y desarrolla el artículo 71 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, referente al derecho de elección de miembros del Consejo, quienes pretendan utilizar el derecho de agruparse para intervenir en tal elección, deberán comunicarlo cada vez al Consejo con cinco días de anterioridad, teniendo que reiterar en el acto de la Junta General su decisión de ejercitarlo, extremo que naturalmente deberá hacerse constar en el Acta respectiva, preceptuando el artículo 4.º de dicho Decreto que en el Acta de la Junta General se hará relación de las acciones agrupadas que hayan ejercitado su derecho de elección de Vocales del Consejo, especificando su clase, serie y numeración.

(1) *Las Sociedades Anónimas. Su régimen jurídico*, Ed. Reus, 1934, página 259.

II

SISTEMAS PARA LA APROBACIÓN DEL ACTA

Conforme dispone el artículo 62 de la Nueva Ley, el Acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta, y en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el Presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. Acertada en extremo nos parece la innovación establecida por la nueva Ley, al admitir la aprobación simultánea del Acta de la Junta General, efectuándola a continuación de la misma, considerándola como el acto o si no pudiera efectuarse al final de la misma estableciendo el sistema de que la aprobación se efectúe en el discreto plazo de quince días por la delegación habilitada para tal fin por la propia Junta general. Con razón, escribe López Barrantes y Mejías, venía rigiendo en materia de extensión de Actas una perniciosa costumbre, que consistía en aprobar el Acta de cada Junta en la siguiente, y en verdad una aprobación en plazo tan distante carecía de sentido, pues no cabe pensar en que los acuerdos en tanto se aprobaba el Acta tenían carácter provisional y condicionado a la ulterior aprobación, que por regla general recaía sobre actos ya ejecutados (2). No hay duda, por tanto, de que la reforma constituye un notorio acierto, permitiendo esa aprobación simultánea, que da validez y eficacia a los acuerdos sociales inmediatamente y una mayor agilidad para los órganos gestores de los intereses sociales, que no tienen que esperar a que se reúna otra vez la Junta general para que con la aprobación del Acta logren la plenitud de eficacia los acuerdos que se adoptaron en la Junta a que la misma se refiere.

Lástima que tan acertada innovación no haya corrido la misma suerte en cuanto a la redacción de dicho precepto, cuya generalidad e imprecisión viene motivando dificultades y ciertas perplejidades, sobre todo en aquellas Sociedades cuyos Estatutos no han tenido la precaución de desarrollar con la amplitud necesaria este precepto, tipo base que la Ley establece. Si como acertadamente dice el docto profesor Garrigues (3), «ha pasado por fortuna aquella época de apasionada discusión en torno a la Ley en la que todas las voces parecían concentrarse en contra de la reforma», y a lo largo del año y medio de experiencia ha demostrado con la eficacia persuasiva de los hechos que la alarma era infundada, es lo cierto que la realidad ha puesto de relieve la extremada rigidez de algunos preceptos de dicha Ley y la insuficiencia de alguno de los mismos. El artículo que comentamos ofrece excesiva generali-

(2) Página 302, ob. cit.

(3) *Los administradores de Sociedades Anónimas ante la nueva Ley*, Agencia Financiera, 1953. Banco de Bilbao.

dad y una falta absoluta de concreción, sin duda por haber dejado su desarrollo al elaborarse los Estatutos particulares de cada Compañía. Si, como decía San Isidoro, la claridad es esencial en las Leyes, hay que reconocer que ésta falta en dicho precepto. Esa generalidad, esa falta de precisión, ha motivado perplejidades creando conflictos en la realidad que es menester evitar, máxime tratándose de preceptos legales activos y de aplicación constante y renovada en períodos ciertos, como acontece con estos que regulan un acto que reiteradamente efectúan las Compañías mercantiles. Es más necesaria la claridad y exactitud en los preceptos legales de este tipo si tenemos en cuenta el momento psicológico en que se provoca su aplicación, cuando los pareceres contrapuestos de unos y otros, cuando las discrepancias con la gestión social han motivado la agrupación en distintos bandos de la masa accionista con el inevitable apasionamiento por una y otra parte, en los que es más preciso que la norma legal, lejos de provocar dudas y vacilaciones, resuelva con criterio certero todos y cada uno de los supuestos que la realidad, siempre tan fecunda y varia, puede suscitar.

Enhorabuena que se suprima el sistema de aprobación diferida del Acta de una Junta General hasta la celebración de la próxima, cuya celebración normalmente se efectúa a un año fecha, aplazamiento que difiere en exceso la plena efectividad y validez de unas decisiones sociales que pueden ofrecer especial importancia, pero al instaurar el nuevo sistema de aprobación simultánea es necesario hacerlo en términos claros y sencillos para que no surjan choques y vacilaciones que vengán a echar por tierra las ventajas logradas con la abolición de esa aprobación diferida.

No hubiera estado de más precisar en este artículo la necesidad de recoger en el Acta los extremos que en ella deben consignarse. Ante este silencio a nuestro pobre criterio deberá tenerse en cuenta, como antes decimos, siquiera sea como norma orientadora, lo que dispone el artículo 40 del Código de Comercio, precepto que estimamos está en vigor aunque se omita su mención en el Decreto de 14 de diciembre de 1951, por el que se declaran vigentes determinadas disposiciones relativas a las Sociedades Anónimas y en el que sólo mencionan los artículos referentes a las obligaciones emitidas por estas Sociedades, sin duda porque a ellos alude el artículo 111 de la Ley. Fundamos nuestro criterio respecto a la vigencia del Código sobre este particular: a) En que la disposición final de la Ley deroga las disposiciones que se opongan a los preceptos de la misma y el artículo 40 del Código de Comercio en cuanto determina los extremos que deben reflejarse en el Acta, no se opone a ningún precepto de la Ley de 17 de julio de 1951; y b) En que la disposición final primera de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre el régimen jurídico de las Sociedades de responsabilidad limitada terminantemente declara que en las Sociedades que se rijan por disposiciones especiales se aplicarán con carácter supletorio las normas

de dicha Ley, «y en su defecto las del Código de Comercio comunes a todas clases de sociedades». Por ello estimamos que deberá recogerse en Acta con el preciso detalle todas las cuestiones enunciadas en el artículo 40 del Código de Comercio que hayan sido objeto de deliberación y las especiales que hemos dejado señaladas en la nota precedente objeto de especial régimen en la propia Ley de Sociedades Anónimas como base necesaria para que el accionista pueda ejercitar los derechos que la propia Ley le concede en los supuestos que con criterio meramente enunciativo hemos recogido en la nota precedente.

III

APROBACIÓN POR LA PROPIA JUNTA GENERAL

Según los términos de este artículo 62, se establece como regla general para la aprobación de las Actas el sistema de aprobación simultánea, al preceptuar que «podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta». La expresión «podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta». La expresión «podrá» marca claramente que tal forma de aprobación es potestativa, es decir, que se mantiene el sistema diferido de aprobación en la Junta General siguiente, pero en cambio permite prescindir de ese anacrónico sistema para ir a la aprobación simultánea, aunque esta posibilidad parece totalmente abolida, puesto que ese artículo seguidamente añade «y en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el Presidente y dos Interventores», es decir que según el texto del artículo 62 la aprobación del Acta de la Junta General, «podrá» hacerse: a) Por la propia Junta a continuación de haberse celebrado; y b) Preceptivamente, en defecto del primer sistema, por el Presidente y dos Interventores. El primero parece ser el sistema preferente, el segundo se establece con carácter subsidiario, ya que se acudirá a él «en defecto» de aquél.

Omite el texto determinar de manera concreta el órgano que deba decidir el sistema que haya de seguirse para la aprobación del Acta, concretamente señalar si es el Presidente, si es la mesa de la Junta General o es la Asamblea el órgano que determine que el Acta se apruebe por uno u otro sistema, por eso han sido varios los casos de discusiones un tanto agitadas que recientemente han surgido en Sociedades Anónimas de rango nacional, precisamente al determinar si el Acta había de hacerse inmediatamente como pretendían algunos grupos suspicaces o atendiendo las indicaciones de la propia Presidencia de ser compleja y dificultosa la redacción del Acta, había de diferirse y para los días inmediatos tal aprobación.

Se nos antoja que el sistema de aprobación simultáneo tendrá escasa finalidad práctica, aunque sea fórmula preferida en muchos casos. La seguirán las Sociedades de vida tranquila y de fuerte

concentración de acciones en que las Juntas Generales se celebren en familia con los Consejeros y media docena de amigos más entre los que se encontrará el elegido para recabar la felicitación al Consejo tras los elogios de rúbrica a su gestión. En estas apacibles reuniones y únicamente en éstas, podrá efectuarse seguidamente a la celebración de la Junta General la aprobación del Acta de la misma que apresuradamente deberá redactar el Secretario si es que no iba ya redactada de antemano. Nada dice el artículo 62 si en esta aprobación del Acta por la propia Junta General deberán estampar sus firmas tanto los accionistas que den su aprobación como los que votaran en contra; estimamos que adoptado este sistema deben firmar el Acta todos los que concurrieron a la Junta, ya que en definitiva la aprobación del Acta es, como decimos anteriormente, la parte final de la propia Junta General y con la firma de los concurrentes quedará la constancia debida de tal aprobación. También este extremo debe ser recogido en los Estatutos, concretando en ellos si basta que firmen el Acta una representación de las acciones concurrentes y a la vez precise y determine si en el caso de ausencia de parte de los que asistieron a la Junta General es suficiente que estampen su firma los que continuaron presentes, llegado este trámite.

Este sistema que denominamos de aprobación simultánea, si se reduce a los casos dichos, ciertamente que no creará problema, pues el ambiente cordial y de mutua confianza que caracteriza tales asambleas, evita toda polémica y discusión y generalmente todo se hace de «conformidad» y siempre merece la aprobación sobre las distintas propuestas que se hagan y, por ende, se dará la más absoluta «conformidad» también en cuanto a la aprobación del Acta y en cuanto a los acuerdos que en ella queden plasmados.

En cambio, será imposible o al menos muy difícil, que pueda seguirse este sistema en las Sociedades Anónimas donde por no existir concentración predominante de sus acciones, la masa de accionistas sea numerosa o por circunstancias transitorias en un momento determinado se encuentre dividida o en pugna unos grupos financieros con otros. Después de una sesión laboriosa, ya larga de por sí en estos casos, en que el recelo o el estado pasional motiva largas discusiones o sencillamente cuando se manifiestan posiciones dispares en el accionariado, resulta casi imposible acabada la discusión y retener a los accionistas hasta que se redacte el Acta cuya tarea ofrece sus dificultades en estos casos para alcanzar la aprobación de la misma (4). Y menos si al amparo del artículo 63

(4) Ingeniosamente recoge el *Economista*, del 6 de marzo de 1954, en la crónica de Guipúzcoa, lo que llama el decálogo del mal socio, que, como dice el cronista, tiene mucho de verdad. Dicho decálogo dice así: «1.º No acudas nunca a las reuniones. 2.º Si alguna vez acudes, llega tarde. 3.º Si hace mal tiempo, no te molestes, aunque se vaya a tratar de un asunto de importancia para la Sociedad. 4.º Si asistes a alguna reunión, saca faltas a todo lo que hagan los demás y habla pestes de los Consejeros y miembros de la Directiva. 5.º No aceptes jamás cargo alguno, pues es mucho más fácil criticar que

fuese prorrogada durante uno o más días consecutivos, que se considerará sesión única con un Acta sola.

IV

APROBACIÓN POR EL PRESIDENTE E INTERVENTORES ; PLAZO PARA ELLO

Por eso es de suponer, y así viene ocurriendo en la práctica, que se generalice el sistema de aprobación del Acta por delegación de la Asamblea en los Interventores en los términos que establece la Ley. Suscita este precepto, por su excesivo laconismo, dudas en relación al cómputo de esos quince días señalados dentro de cuyo término deberá tener lugar la aprobación del Acta. En efecto, ¿cuándo empieza a correr este plazo? ¿Son días hábiles? ¿Qué efectos derivan si no se verifica la aprobación en dicho plazo? ¿Es admisible la prórroga del mismo? Será muy conveniente que en los Estatutos adaptados a la Ley se dejen aclarados estos extremos, ya que cuando se suscita la discordia en la vida de la Sociedad estas dudas y vacilaciones son motivos de grande perturbación que ahondan más las diferencias advertidas, con evidente perjuicio para la buena marcha de la gestión social.

A falta de una regulación adecuada en los Estatutos entendemos que habrá de aplicarse los principios generales de derecho más concretamente lo preceptuado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil y, conforme a ello, dar solución adecuada a estos problemas. Conforme al artículo 256 de la Ley Procesal estas actuaciones deberán practicarse en días hábiles, luego del cómputo de esos quince días deberán excluirse todos los que legalmente tienen la consideración de inhábil, iniciándose el plazo dicho desde el siguiente al en que tuvo lugar la Junta General, conforme a lo que preceptúa el artículo 303 de la propia Ley Procesal. Igualmente estimamos que a estas actuaciones de Derecho privado es de aplicación lo dispuesto en el artículo 307 de la propia Ley Procesal, en cuanto a la prórroga de este término, ya que en la Ley no está declarado improrrogable y pueden concurrir poderosas razones que aconsejen dicha prórroga, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las muy poderosas de que no pudieran reunirse antes de dicho término el Presidente con los dos Interventores designados al efecto, o la acumulación de festivos, prórroga que no excederá de la mitad del plazo indicado que deberá acordar el propio Presidente, dejando constancia de ello debidamente.

El precepto que comentamos es terminante en cuanto a que la aprobación por este sistema debe tener lugar «dentro» de ese plazo

desempeñarlo. 6.º Sin embargo, enfádate si no te ofrecen un cargo. Si te obligan a aceptarlo, no vayas jamás a las reuniones, etc., etc.

de quince días, lo que significa el que no puede dilatarse indefinidamente trámite tan esencial; ahora bien, si en cualquier causa no se cumplimenta precisamente dentro de dicho término, se habrá producido una infracción sin que ello se traduzca en que el Acta quede condenada a una invalidez, pues ello sería funestísimo para la marcha y buena gestión de la Sociedad. Ello será motivo de responsabilidad por parte de los que han incumplido trámites tan esenciales que se harán merecedores a la censura de los accionistas y a ellos alcanzará la responsabilidad por los daños que a la Compañía pudiera sobrevenirle como consecuencia de esta dilación viciosa e injustificada, pero sin que ello determine la definitiva invalidez del Acta, con la consiguiente ineficacia de los acuerdos adoptados en aquella Junta General, los que sufrirán un aplazamiento, una dilación en su efectividad, por culpa de los llamados a la aprobación del Acta con mayor diligencia y celo que la que han demostrado dejando pasar el término fijado para que tal diligencia se lleve a cumplido efecto. Con razón dice Uría que transcurrido ese plazo decaen las facultades del Presidente e Interventores aunque por fuerza mayor no hubiera sido posible la aprobación, debiendo admitir en este supuesto que la apruebe la próxima Junta.

Pero lo que ha suscitado mayor discrepancia y pareceres más contrapuestos es lo referente a la designación de los dos Interventores «uno en representación de la mayoría y otro por la minoría», en primer término nada indica la Ley respecto a quién sea el llamado a hacer estas designaciones. Naturalmente, no puede vincularse esta facultad al Consejo ni al Presidente, pues para ello hubiera sido más práctico asignar al propio Consejo la facultad de aprobar dicha acta con lo que se evitaría tener que hacer tal designación, nada se concreta respecto al procedimiento electoral para elegir la minoría, conceptos estos que no están definidos en la Ley de Sociedades Anónimas y que tampoco aclaran los prestigiosos comentaristas de la misma. Los elegidos habían de ser accionistas aun cuando la Ley no excluye que se designen a los que sin serlo acudan a la Junta representando acciones según el artículo 60, salvo que los Estatutos lo prohiban.

Las expresiones «mayoría» y «minoría» se incorporan a nuestra legislación mercantil traídas del derecho parlamentario, al organizar el régimen representativo por el sufragio y naturalmente su acooplamiento a la técnica del derecho privado contemporáneo, es difícil, sobre todo si se tiene en cuenta que por no practicarse desde largo tiempo, se olvida o en cierto modo ha caído en desuso, la técnica del sufragio. En las actividades políticas la determinación de mayorías y minorías es fácil y resulta operación sencilla, pues responde a una mera exteriorización del pensamiento político que defina conducta de modo permanente y continuado, mientras que en el régimen interno de una sociedad anónima este fenómeno no se produce, o al menos no debe producirse, con carácter perma-

nente, pues ello sería funesto para la gestión de los intereses sociales. Es constante en la Ley de 17 de julio de 1951 la defensa de las minorías, de los intereses de los grupos minoritarios; con esta obsesión se llega a hablar en la exposición de motivos, «del instintivo abuso de poder de las mayorías», cuando la realidad es que nadie más que las mayorías están interesadas en la buena y honrada gestión de los intereses de la Sociedad. El legislador, con un noble y plausible afán, se desvive por tutelar los derechos de todos, concretamente de los minoritarios, quizá en noble lucha contra lo que pudiéramos denominar «la camarilla dominante». No sólo en lo político las «camarillas» son funestas y perjudiciales. Lo son igualmente en lo económico lo mismo que en lo administrativo. Donde impera la «camarilla» está muy cerca la arbitrariedad y en ocasiones la iniquidad, con toda clase de perversiones, pero fiel a esa trayectoria ha debido la Ley precisar y puntualizar con mayor exactitud, teniendo en cuenta el matiz especial de las Sociedades mercantiles, precisar el concepto de mayoría y minoría.

Usualmente se denomina mayoría al sector o grupo integrados por el mayor número de votantes, conforme o coincidente en una asamblea. En sentido estricto el Diccionario de la Lengua la define como «el mayor número de votos conforme en una votación», y por minoría se entiende el conjunto de votos dados en contra de lo que opina el mayor número de votantes (5).

En una Sociedad Anónima se puede ser accionista mayoritario y, en cambio, formar en la minoría. La Ley habla de grupos minoritarios refiriéndose, según parece, a los poseedores de un corto número de acciones; en cambio, en el artículo 62 emplea los términos mayoría y minoría, situación muy variable en la vida de la Sociedad, que puede tener alternativa y cambio bruscos en una misma Junta general, en la que generalmente se trata de estas cuestiones y se someten a discusión diversos asuntos que pueden llegar a votación y colocar al accionista en unos casos en situación de mayo-

(5) Desde la conferencia pronunciada el 11 de abril de 1917 por D. A. Osorio con el sugestivo título *La crisis de la Democracia en el Derecho mercantil. Observaciones sobre las Sociedades Anónimas*, se generalizó mucho en nuestros autores la tendencia a traer al campo del Derecho mercantil fórmulas de tipo político, en particular con relación al régimen de gerencia y Juntas Generales de las Sociedades Anónimas, inspirándose en recientes construcciones de los tratadistas de Derecho administrativo sobre el gobierno y gestión de las Corporaciones públicas. Ya en dicha conferencia se aconsejaba la necesidad de garantizar «el derecho inspector de las minorías», y después de propugnar por un régimen rabiosamente liberal, decía «que se está produciendo una evolución en el concepto de la democracia en las Sociedades mercantiles lo mismo que en las Sociedades políticas; que ya no puede ser democrático el impulso arrollador de la mitad más uno que barre a la mitad menos unos; que la democracia ha de ser la presencia y el concierto de los múltiples intereses que en cada instante se ponen en juego», conceptos inspirados en las conclusiones del Congreso de Sociedades Anónimas celebrado en París en 1900. *La Crisis de la Democracia en el Derecho mercantil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1917.

ría y en otros integrando la minoría. No se muestran en la vida de las Sociedades Anónimas agrupadas las acciones en mayoría y minoría, como acontece en los Parlamentos, donde los representantes que integran una y otra se agrupan en torno a una bandera, a una ideología más o menos definida, constituyendo grupos que incluso ocupan unos asientos señalados al efecto. En el terreno político esas posiciones que se exteriorizan en los llamados grupos de oposición acusan unos programas ideológicos dispares, que se mantienen encontrados todos los días, a todas las horas y que generalmente se acusan sobre la mayor parte de los problemas sometidos a deliberación. Pero en las Sociedades Anónimas no ocurre esto afortunadamente, ya que la coincidencia en la buena gestión de los intereses concretos, que son el nervio de la Compañía Mercantil determina una coincidencia constante sobre la generalidad de los asuntos sometidos a deliberación, y a lo sumo los matices discrepantes surgen transitoriamente con carácter circunstancial sobre una gestión determinada, sobre una determinación concreta para, superada esta oposición, actuar armónicamente con unidad de pensamiento y común empeño en la buena gestión social. Muy acertadamente, afirma Uría que las juntas generales no tienen mayorías ni minorías concretas y constantes (6).

La Ley de Sociedades Anónimas únicamente en el artículo 108 nos habla y define una minoría concreta, al regular el sistema para nombrar censores de cuentas, al preceptuar que «si el voto de los accionistas no fuese unánime en la designación de censores, podrán ser nombrados por la minoría otro efectivo y suplente, siempre que aquella minoría represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado»; admite, por tanto, la existencia de otra minoría de escasa cuantía, que si es inferior a la décima parte de lo desembolsado, no cuenta para nada.

Dado los términos del artículo 62 puede acontecer que se llegue al trámite de hacer la designación de esos Interventores sin que se haya manifestado división alguna en el accionariado; es decir, sin que hubiese existido vocación que defina y origine mayoría y minoría, y entonces, ¿cómo se elegirán esos Interventores? ¿Se buscará un Interventor que represente a los accionistas minoritarios? Referido este concepto a los poseedores de muy reducido número de acciones. Parece que el legislador, en su afán de defensa del pequeño accionista, para este supuesto de que por no haber existido votación no se haya exteriorizado situación de mayoría y minoría, quiere que intervengan los que pudiéramos denominar accionistas minoritarios; pero el texto de la Ley, dada su redacción, no autoriza esto. Sus términos son concretos y habla solamente de Interventores que representen uno la mayoría y otro la minoría.

Puede ocurrir, además, que a lo largo de una Junta general se hayan efectuado varias votaciones y que en unas aparezca forman-

(6) GARRIGUES URÍA, I, pág. 599.

do minoría un grupo que sobre otro punto concreto votó con la mayoría, oponiéndose a ello otro grupo distinto que antes actuó con la mayoría; en este supuesto, ¿de qué grupo mayoritario se escogerá el Interventor?, ¿de qué minoría se elegirá el Interventor que haya de representarla para la aprobación del acta?

Reconozcamos la soberanía de la Junta general para hacer estos nombramientos, incluso sin votación propiamente dicha, cuando la unanimidad sea casi absoluta, por aclamación, máxime si el uso y antecedentes de la propia Sociedad viene efectuándolo de esta forma, o los Estatutos ordenan un sistema de intervención imparcial y eficiente.

En resumen, puede acontecer que se llegue al término de una Junta general sin que se haya definido la mayoría o la minoría, por aparecer todo el accionariado compacto y unido sobre todos los extremos discutidos, o, por el contrario, es igualmente factible que se llegue al trámite de aprobación del acta habiéndose definido distintos grupos minoritarios heterogéneos entre sí, de forma que no sea fácil encontrar un grupo de accionistas que invariablemente permanezca integrando la minoría, y en estos supuestos la designación de estos Interventores es poco menos que imposible, de no acudir a una votación; trámite dilatorio y un tanto enojoso, que habrá necesidad de utilizar para dejar cumplido este artículo (7).

V

SU REGLAMENTACIÓN EN LOS ESTATUTOS

Interesa, por tanto, que los Estatutos sociales cuiden de desarrollar con acierto este precepto, recogiendo cuidadosamente el espíritu de la Ley, sin olvidar los usos y prácticas sociales, que no obstante la primacía que en orden jerárquico se concede a la Ley tienen un indiscutible valor. Con acierto dice Rodolfo Fischer que los Estatutos deberán dar las normas necesarias para el desarrollo y encauzamiento de las Juntas generales, dirección de los debates y votaciones, y con mayor cuidado entendemos ha de regular estos trámites de tipo formal que la Ley se limita a enunciar, procurando su desarrollo fácil y armónico. No hay duda que el legislador español ha reservado a los Estatutos elaborados con las formalidades de rigor por las propias Sociedades, en uso de lo que pudiéramos llamar su potestad reglamentaria, su función de autorreglamentación el establecer las normas que deben seguirse en estas situaciones; pero teniendo en cuenta que tales Estatutos son normas subsidiarias de la Ley, bien entendido que, como dice

(7) Para salvar estos escollos propugna URÍA (ob. cit.) porque se someta un nombre a votación, haciendo que elijan otro representante los accionistas que no hayan votado a su favor, aun reconociendo que tampoco este sistema es perfecto.

el propio Fischer (8), no es subsidiaria en el sentido de que pueda intervenir dictando normas de derecho allí donde la Ley no niega a los Estatutos esa libertad, sino que interpretando la doctrina de su Tribunal Supremo, concibe la subsidiaridad así: todo el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas se halla reglamentado por la Ley, sin dejar margen a la libre iniciativa de la Sociedad; los Estatutos deben apoyarse en todos sus puntos sobre las normas de la Ley, limitándose a reiterar el contenido de los preceptos legales o a desarrollar los puntos concretos que aquella señala. Es decir, los Estatutos podrán complementar, aclarar, desenvolver los preceptos de la Ley, nunca contradecir, y en aquellos puntos en que la Ley guarde silencio y se produzca una verdadera laguna legal, la regulación que establezca deberá ser siempre conforme con el espíritu de la misma; criterio refrendado por nuestra Ley de 17 de julio de 1951, en sus artículos 3.º, 51 y otros.

Para atenuar la excesiva rigidez que sobre este particular ofrece la Ley de Sociedades Anónimas, en los Estatutos que vienen aprobando las Sociedades ya existentes para adaptarlos a la Ley, han dado distintas soluciones a este problema. Dispone el artículo 64 de la Ley que antes de entrar en el Orden del Día se formará la lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurran. Para llevar a efecto este trámite sin enojosas dilaciones que contraríen la legítima ansiedad de los accionistas por conocer el dividendo a repartir, algunos Estatutos acuden a un procedimiento automático para la designación de dos escrutadores o interventores, encargados de comprobar las acciones presentes y representadas, la personalidad de los accionistas concurrentes, etcétera. Para la designación de estos escrutadores, obviando los inconvenientes del sistema de votación, estos Estatutos han optado por el procedimiento automático de que sea uno de ellos el mayor accionista presente que no forme parte del Consejo, y el otro elegido por orden alfabético del primer apellido entre los accionistas del grupo minoritario presente que sólo posea menos de cincuenta acciones. Se ha buscado el equilibrio llamando, por una parte, a un mayor accionista; por otra, a un pequeño accionista, para que, asociados a la mesa, comprueben la legitimidad de las acciones que asisten, facilitando así la tarea que impone el artículo 64, que terminará con la expresión del número de accionistas presentes o representados, así como el importe del capital desembolsado sobre aquellas acciones, según impone el artículo 64 de la Ley. Y conforme con estas normas estatutarias, llegado el momento de aprobación del acta por el sistema de delegación, vienen siendo estos dos escrutadores los que, con el Presidente, la aprueban, dando así solución a la omisión advertida en el artículo 62 de la Ley.

Esta solución, si realmente no es del todo conforme al texto

(8) Obra citada, pág. 302

de la Ley, es una solución ponderada que permite dar cumplimiento a dicho precepto de una manera regular y correcta, ya que precisamente el automatismo seguido para su designación evita una caprichosa determinación por parte del Presidente, un equilibrio defensivo, puesto que los así designados representan a la masa de accionistas por una designación tácita «a priori», evitando todo lo posible partidismo por parte del Consejo, y realmente con ello es bastante, máxime si se tiene en cuenta que dicho documento ha sido redactado por el Secretario de la Junta general, que actúa por designio de la propia Junta, quien con la autoridad de que ha sido investido dará fe en la propia acta, sometida a la aprobación del Presidente y de esos dos Interventores, que, naturalmente, cuidarán de comprobar la exactitud de su contenido. No interesa que en el acta se recojan los debates mantenidos ni el detalle de la discusión habida en la Junta; ni la doctrina lo aconseja ni la práctica lo recomienda. Lo interesante es plasmar en ella los acuerdos adoptados, las propuestas que por su interés merezcan debida constancia y, desde luego, aquellos extremos que por su importancia y trascendencia deban figurar en el acta. Bueno será recoger, abundando en lo que anteriormente dejamos expuesto, que para la efectividad de los derechos que la Ley concede a los accionistas deberá consignarse en el acta la oposición de los mismos a los acuerdos adoptados, así como la expresa mención de los que intervinieron en tal acuerdo; el artículo 69 de la Ley nos dice que están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación los concurrentes a la Junta «que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionista ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados para emitir su voto», y el propio artículo, en su párrafo quinto, nos dice 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; el artículo 85 preceptúa que la modificación de Estatutos que consista en cambio de objeto social, permitirá «a los accionistas que no hayan votado» a favor del acuerdo social separarse de la Sociedad, y obtener el reembolso de las acciones propias, al precio de cotización media, cuyo derecho podrá ejercitar en plazo de tres meses; el artículo 135 preceptúa que el acuerdo de transformación sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor, permitiendo a los disidentes separarse de la Sociedad, debiendo consignarse en la escritura de transformación, según previene el artículo 136, la relación de los accionistas que hayan hecho uso del derecho de separación y el capital que representan; el artículo 144 dispone que el acuerdo de fusión sólo obligará a los accionistas que hayan votado a su favor, permitiendo a los disidentes y a los no asistentes a la Junta separarse de la Sociedad. Como fácilmente se comprende, es de vital importancia para la efectividad de los derechos que hemos enunciado, sobre todo al adoptar acuerdos de la naturaleza mencionada, el que se recoja en el Acta la intervención de es-

tos accionistas, para que, cumplida tan esencial formalidad, tengan legitimada su actuación en uno u otro sentido.

Especial mención hemos de hacer tratándose del Acta de la Junta fundacional objeto de regulación concreta por el artículo 24 de la Ley, en el que se dispone que los acuerdos adoptados por la Junta que habrá de ser presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación para que pueda constituirse válidamente deberá concurrir a ella un número de suscriptores que representen al menos la mitad del capital suscrito. Los acuerdos adoptados por la Junta y las protestas formalizadas en ellas se harán constar en un Acta autorizada por el suscriptor que ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente.

VI

EFICACIA DEL ACTA APROBADA

Menos afortunada aún resulta la redacción dada al párrafo 2.º del artículo 62 al disponer que el Acta aprobada en cualquiera de las dos formas antes dichas tendrá *fuera ejecutiva* a partir de la fecha de su aprobación. Afortunadamente la doctrina se muestra unánime en considerar que la expresión *fuera ejecutiva* no tiene el alcance procesal que nuestro Derecho (más concretamente nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil) concede a los títulos ejecutivos. Con verdadero acierto dice Uría que una vez más el precepto legal emplea palabras imprecisas que no pueden ser tomadas en sus términos literales y deben entenderse en un sentido adecuado al valor que tradicionalmente se viene asignando a las Actas de las Juntas Generales como instrumento probatorio. El Acta suscrita por el Presidente y Secretario—añade—no es más que un atestado exigido por la Ley y como tal sólo hace fe de los acuerdos que en ellas se contengan, en tanto en cuanto no se prueba su inexactitud o falsedad y concluye afirmando que tal expresión debe interpretarse como manifestación de que la aprobación del Acta ratificando los acuerdos tomados por la Junta fija los términos de éstos y salva de toda responsabilidad a los Administradores que al ejecutarlos se hallen ajustados estrictamente al contenido del Acta (9).

López Barrantes y Mejías, con la exactitud que caracteriza toda su obra, entienden que la frase *fuera ejecutiva* no debe interpretarse en sentido procesal que atribuya al Acta la cualidad de título ejecutivo, sino en el sentido de que una vez ha recaído la aprobación, el Acta tiene fuerza y efectividad y quedan sometidos a los acuerdos que en ella consten, con arreglo al artículo 48, todos los accionistas, incluso los disidentes y los ausentes, salvo las excepciones establecidas por la Ley (10).

(9) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, con GARRIGUES, pág. 602.

(10) *Sociedades Anónimas. Aplicación práctica de su legislación*, Madrid, 1953, pág. 303.

Girón Tena, con admirable técnica, analiza este artículo y después de hablarnos de la incorrecta dicción, al conceder *fuera ejecutiva* al Acta, afirma que a su juicio ello quiere decir que la eficacia—por tanto, la puesta en práctica de los acuerdos—depende de la aprobación en la forma prescrita (11).

Es lamentable que se haya empleado una expresión cuyo sentido literal obliga a dar un alcance totalmente distinto al que realmente la propia Ley concede, no hay duda de que la mera aprobación del Acta no puede investir de fuerza ejecutiva a la misma, concediéndole el carácter que nuestro Derecho procesal concede a los títulos ejecutivos por la indisputabilidad del mismo que le invista de la autoridad bastante para iniciar y seguir un proceso de ejecución. A nuestro pobre criterio, la Ley ha querido decir que la aprobación perfecciona el Acta alcanzando de esta forma los efectos normales y naturales que en nuestro régimen jurídico otorgaba a las Actas aprobadas por la Junta inmediata, efectos que ahora se hacen extensivos a las Actas que alcancen la aprobación, bien por la Junta misma, o por diligencia que autorice el Presidente con los dos Interventores.

El dislate es mayor si se tiene en cuenta que en la propia Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 111, se emplea la misma expresión «tendrán fuerza ejecutiva» con toda propiedad y corrección refiriéndose a las obligaciones, sean nominativas o al portador que emitan estas Sociedades, conforme a las disposiciones legales vigentes. Es decir, que en este caso la expresión dicha es totalmente correcta y exacta; en cambio, esa misma expresión recogida en el párrafo 2.º del artículo 62 es inadecuada e imprecisa.

Tampoco es afortunada la interpretación dada de que a partir de la fecha de la aprobación del Acta tendrá plena eficacia. Si nos atenemos al sentido literal de esta frase la perturbación que sobre todo en el orden fiscal se produciría sería extraordinario, no olvidemos las normas especiales que el Reglamento del Impuesto de Derechos reales establece respecto a la tributación de los acuerdos de prórrogas de una Sociedad, las consecuencias que produce si éste «se adopta después de cumplido el término por el cual fué constituido», así como lo referente a transformación de Sociedad sometida a tributación de su haber líquido «en el día en que el acuerdo de transformación se adopte», así como las prescripciones que la legislación de utilidades y timbre contienen sobre este particular.

Es conveniente tener en cuenta que los acuerdos que la Junta General adopte tienen vida propia y en general no están supeditados a la material aprobación del Acta de dicha Junta, ya que si ello aconteciese, se demoraría de una manera caprichosa el cumplimiento de inexcusables obligaciones fiscales y las relaciones

(11) *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 307.

contractuales con terceros se caracterizarían por una inseguridad alarmante, quedando a merced de un trámite meramente formal la efectividad de obligaciones y compromisos aceptados por la propia Junta General, quedando a merced de una de las partes la realización y cumplimiento de tales obligaciones. A tal punto, que podría acontecer que por olvido o por negligencia no se extendiese el Acta, sin que por ello perdiesen validez todos aquellos acuerdos y resoluciones que no exijan inexcusablemente para la eficacia de los mismos la aprobación del Acta, trámite que deberá cumplirse para aquellos acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil.

Como dice Vivante, puesto que la Ley no indica cuál debe ser el contenido del Acta, no se podrá llamar nula ni aun menos calificar de nula a la sesión por la irregularidad del Acta, ni tampoco puede desconocerse la plena validez y eficacia de los acuerdos de orden interno que apruebe la propia Junta General, por el hecho de que tales acuerdos se hayan omitido total o parcialmente en el Acta de la misma. Ello no obstante, deberá cuidarse en todo caso de que todas estas determinaciones queden perfectamente reflejadas en el Acta y muy en particular aquellos acuerdos que supongan vinculación alguna de orden económico-jurídico con tercero o con la Administración fiscal, ya que es la única forma de que la Sociedad pueda utilizar un medio de prueba verdaderamente eficiente en las posibles contiendas que puedan surgir y a la vez constituyen una garantía tranquilizadora para los Administradores de la Compañía encargados de desarrollar y dar cumplimiento a tales acuerdos. No hay duda de que el Acta válidamente aprobada tendrá la fuerza probatoria propia de los libros de comercio y aparte de ser un programa de gobierno para los Administradores tendrá una fuerza probatoria que puede ser muy útil y decisiva para la propia Sociedad. Cuando el Acta se haya incorporado o transcrito en el libro previsto en el artículo 33 del Código de Comercio probará conforme a lo establecido en el artículo 48 del mismo Cuerpo legal contra la Sociedad sin admitir pruebas en contrario, pero también según afirma el ilustre Uría, sin que el adversario pueda aceptar los extremos del Acta que les sean favorables y rechazar los que le perjudiquen.

Según el docto profesor de Valladolid Girón Tena (12), «la significación probatoria del Acta se regirá por la doctrina general sobre los documentos privados»; y añade: la Ley no se refiere al Libro de Actas del artículo 33 del Código de Comercio, sino que habla de las Actas como si no hubieran de llevarse al libro. En cambio, al tratar de los acuerdos del Consejo de Administración se refiere a un libro de Actas (art. 78). De aquí se deduce que la Ley parece haber querido considerar eliminado el artículo 33 del Código y luego resucitar el sistema de libro sólo para

(12) Página 308, obra citada.

el Consejo de Administración, y como no hay verdadera incompatibilidad y la doctrina legal es genérica para toda clase de Sociedades, debe conducirse la interpretación en el sentido que ofrezca mayores garantías, es decir, la conservación del Libro de Actas también con referencia a los de la Junta General. Criterio que compartimos como ya anteriormente consignamos al estimar vigente los artículos 33 y 40 del Código de Comercio.

Por otra parte, si el artículo 78 de la Ley de 17 julio 1951 ordena que los acuerdos del Consejo se llevarán a un libro de Actas, análoga formalidad ha de exigirse a los acuerdos de una Junta General, de ordinario más trascendentales y de mayor repercusión que los meros acuerdos del Consejo de Administración, y si obligadamente han de testimoniarse para sus relaciones con la Hacienda Pública, las decisiones que adopte la Junta General aprobando el balance, y han de surtir efectos en el Registro Mercantil todos aquellos que alteren o modifiquen en algo los Estatutos, es lógico que el Acta de la Junta General quede incorporada al Libro de Actas. bien al especial que se habilite para Juntas Generales o al que en cumplimiento del artículo 78 se utilice para las del Consejo de Administración. Bueno será que sobre ello los Estatutos de cada Sociedad, teniendo en cuenta el volumen y trascendencia de la Empresa, contengan particular regulación sobre estos extremos, pues ciertamente sería un acierto mantener normas diferenciadoras para el régimen de las Sociedades llamadas «a regir empresas de gran envergadura económica», como dice la exposición de motivos, y aquellas Sociedades «de tipo familiar para negocios modestos», que merecen menos rigor, más exactamente, menos rigidez en las normas porque haya de regir su vida.

Consignación judicial de rentas de fincas rústicas

F. CERRILLO QUILEZ
Juez Municipal de Barcelona

SUMARIO: 1. Principios.—2. Supuestos.—3. Naturaleza.—4. Requisitos.—A. Arrendamientos anteriores a 1942.—B. Contratos posteriores a 1942.—5. Procedimiento: A. Jurisdicción voluntaria.—B. Jurisdicción contenciosa.—Preceptos legales.—Calificación de la consignación.—6. Impugnación.—7. Efectos.

1. PRINCIPIOS.

Puede ocurrir que, a pesar de estar la renta vencida y líquida, el acreedor se niegue a recibirla sin motivo derivado del contenido de la obligación, o bien que el acreedor se halle ausente del lugar en que la renta deba ser satisfecha. En tales supuestos, la Ley, mediante el instituto de la consignación, otorga medios al deudor para liberarse de su obligación.

Mediante la consignación en general, el deudor entrega a un establecimiento público, obligado a recibirla, la cosa debida, pactándose su devolución al acreedor, quien puede exigirla directamente del establecimiento exactamente lo mismo que del deudor; es un contrato a favor de un tercero y en interés liberatorio del deudor; los riesgos son del acreedor; puede retirarse la consignación por aquél mientras no sea pactada por éste, ya materialmente, recobrando la posesión real, ya formalmente, declarando al depositario la prohibición de entrega estipulada, extinguiéndose entonces el derecho del acreedor contra el establecimiento y renaciendo el crédito en su primitivo estado; y puede retirarse por el acreedor, aceptando la consignación con plenitud de efectos extintivos. Su finalidad no es otra que la de evitar que el cumplimiento de la obligación se haga más difícil o molesto al deudor por una causa que no le es imputable (PÉREZ y ALGUER) (1).

2. SUPUESTOS.

En derecho común sólo procedía la consignación cuando el acreedor se negase, sin razón, a admitir el pago. La LAR. la admite expresamente cuando las personas autorizadas para recibir

(1) Notas al *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS. Para más detalles puede verse C. DE DIEGO LORA, *La consignación judicial*, Barcelona, Boch. 1952, interesante estudio de investigación, pero de escaso interés práctico en el problema que nos ocupa.

el pago no tengan su domicilio dentro del término municipal en que radique la finca, pero a este supuesto son de añadir el caso de incapacidad del acreedor, el de que varias personas pretendan tener derecho a cobrar y el de que se haya extraviado el título según preceptúa el artículo 1.567 del Código civil. Los autores todavía añaden a éstos el caso de ser el acreedor desconocido, el de negarse a dar recibo o carta de pago y el de no presentarse a su debido tiempo en el lugar convenido o designado por la Ley para proceder al cobro.

3. NATURALEZA.

Cuando el expediente de consignación de rentas debidas se limita, por solicitud del deudor, al mero depósito a disposición del Juzgado de la cosa objeto de la deuda, de la notificación a los interesados del hecho de la consignación, para que luego las partes, en el juicio que proceda, discutan sobre la existencia de extinción de la obligación con las consecuencias que de ello se derive, se trata sólo de un acto de jurisdicción voluntaria.

Si, por el contrario, se interesan pronunciamientos sobre la extinción de la deuda y su cancelación y condena al acreedor al pago de gastos, a los cuales se opone algún interesado a quien la notificación se haya hecho, tiene entonces el expediente de consignación el carácter de juicio declarativo, ya que se interesa una declaración judicial sobre un punto controvertido, cuya discusión no tiene señalada tramitación especial en la Ley procesal.

4. REQUISITOS.

La consignación judicial a que nos referimos supone:

- a) Ofrecimiento de la renta por parte del arrendatario.
- b) Rehusa injustificada del arrendador a recibirla (inactividad en orden a los actos preparatorios que deben realizar por su parte para que el deudor pueda satisfacer su compromiso).
- c) Anuncio ante y extraprocesal del acto consignatorio (si no te haces cargo de la renta, acudiré al Juzgado consignándola). La Ley no exige forma especial para esta notificación (2), y, además, en determinados supuestos está exceptuado de ella el deudor (3).
- d) Que se ajuste la consignación, bajo pena de ineficacia a las disposiciones que regulan el pago (arts. 1.176 y 1.177 del Código civil).

(2) Bastará, por tanto, cualquiera de las formas reconocidas en derecho (acto conciliatorio, requerimiento notarial, escrito privado, ofrecimiento ante testigos, etc.).

(3) Así en el caso de ausencia vulgar, no técnico-jurídica, del lugar en que deba cumplirse la presentación, bastará simplemente al colono acreditar esta circunstancia. Arg. 13 L. A. R. 1935.

En esta última circunstancia es donde radica la importancia de la consignación y lo que merece un especial estudio, pues corrientemente se organizan judicialmente consignaciones que adolecen, cuando menos, como escribe REYES MONTERREAL (4), de cierta ligereza.

No hay que olvidar en ningún momento que la consignación es un modo, como el pago, de cumplir las obligaciones y, por tanto, de liberar al deudor de su obligación. De aquí que, como quiera que la consignación, cuando se declara válidamente exceptuada, surte idénticos efectos que si la cosa debida hubiera sido recibida por el acreedor, hay que tener buen cuidado de que no se declare bien hecha cualquier consignación, ni se admita judicialmente, con el consiguiente perjuicio para el acreedor, cuando no concurren las circunstancias que, como garantía, impone el Código civil (5).

Por ello no hay que prescindir de que lo primero, por propia esencia de la institución que estudiamos, que exige el Código es que el acreedor se haya negado a recibir la cosa que le ha sido ofrecida. Por tanto, hará falta que, en forma indubitada, cualquiera que sea el medio que se emplee, el consignante acredite ante el Juzgado que la cosa le ha sido ofrecida previamente al acreedor, y que éste, sin razón, se ha negado a admitirla.

Con frecuencia se admiten consignaciones por el sólo hecho de que el consignante dice ante el Juzgado que no ha querido recibir el plazo el acreedor. Y ello no basta, no puede bastar, para que se le reciba a él la cantidad o cosa que deposite. Indiscutiblemente hay que ser más exigente con los que buscan acudir al Juzgado para liberarse de sus obligaciones.

Y ello es así porque no cabe duda que lo que ocurre en la generalidad de los casos no es como dice y exige el Código que el acreedor, «sin razón», se haya negado a admitir la cosa ofrecida, sino que le ha sido ofrecida distinta cosa de la que se le debía. Tenemos la seguridad, por ejemplo, en los contratos objeto de nuestro estudio, de que el 90 por 100 de los casos en que se consigna la renta es porque lo que se le ofreció al arrendador no fué la renta de la especie pactada, sino el importe metálico de ella, y, claro es, el acreedor propietario tenía razón en no admitirla, y si tenía razón, porque se le daba una cosa que no era lo que él tenía derecho a obtener del deudor y que éste se había comprometido a entregar, no se daba la negativa irracional que el Código exige.

(4) *Posibilidad del pago de la renta en trigo*, Granada, 1950.

(5) A juicio de algún sector de la doctrina, la consignación es un acto sencillo, sin solemnidades, y en este sentido deberá ser admitida por el Juez acreditados los extremos más esenciales. Tal consignación, mejor depósito surtirá desde luego sus efectos, especialmente privar al arrendador de la posibilidad de ejercer el desahucio. Esta tesis, sin embargo, es susceptible de objeciones.

En esos casos—y son muchos, por desgracia—se acude al Juzgado, no para cumplir las obligaciones en lo que generalmente se muestran reacios los deudores, sino para que, con la fuerza que el Juzgado manda, se le obligue al acreedor a recibir lo que, de grado, se negó a admitir. ¿Podrían muchos arrendatarios acreditar en forma ante el Juzgado en que consignan el importe de la renta en metálico que sin razón se había negado el propietario a recibir la renta en especie? Creemos que ninguno, o muy pocos cuando más. Por eso no se deben admitir tantas consignaciones como se admiten.

Otro de los requisitos que el Código exige para la consignación (art. 1.177) es el de que la consignación se anuncie a las personas que tuviesen interés en el cumplimiento de la obligación; precepto que, en muchos casos, también se omite y que, sin embargo, implicaría la nulidad de la consignación. Tampoco tiene razón de ser el cumplimiento de este requisito cuando se consigna la renta a que la disposición transitoria del referido Decreto-Ley alude.

Lo que sí tiene más interés, a los efectos de la consignación que aquí nos ocupa, es la exigencia del párrafo segundo del mismo artículo 1.177 del Código civil, de que para que la consignación sea eficaz es preciso que se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, por lo que precisa examinar tales disposiciones para conocer cuáles sean las normas a seguir a fin de que sea válida la referida consignación (6).

En tal sentido, y para una adecuada sistematización, dada la complejidad aparente del problema, conviene distinguir entre los contratos anteriores y posteriores a la Ley de 1942.

A) *Arrendamientos anteriores a 1942.*

Combinando los preceptos correspondientes (7 y 13) de la Ley especial, artículos 1.176 y siguientes del Código civil, Decreto-Ley de 24 de julio de 1947 y Disposiciones administrativas que regulan la intervención oficial del trigo, cabe afirmar con REYES MONTERREAL (7):

1.º Que para que el demandado colono pueda interponer apelación en juicio de desahucio, precisa que por éste se acredite el pago de la renta estipulada o que se consigne en su caso.

2.º Que cuando se trate de consignar hace falta que por el consignante se ponga a disposición del Juzgado la misma cosa, en cantidad y calidad que era debida, sin que valga nada el argumento por alguien sostenido de no poder depositar en el Juzgado el trigo, puesto que tampoco es en el juzgado donde queda el

(6) REYES MONTERREAL, loc. cit.

(7) Loc. cit.

dinero consignado, y lo mismo que cuando de consignaciones en metálico se trata, se acuerda el ingreso de éste en los establecimientos públicos destinados al efecto (Caja de Depósitos), también se puede depositar la especie que se consigne en los organismos competentes (Servicio del Trigo), quedando en ellos a disposición del Juzgado o del arrendador cuando éste previamente no se hubiera querido hacer cargo de la renta consignada, conforme al párrafo segundo del mismo artículo 1.566.

3.º Que cuando, conforme a la legalidad vigente en la actualidad sobre intervención de cereales, trata el demandado de consignar en numerario la renta pactada en especie, será necesario que dicho colono demuestre previamente que la cantidad de cereales que conforme a las disposiciones administrativas pudo reservar al rentista, es inferior a la renta estipulada para recibirla en especie, en cuyo caso sólo se admitirá al recurrente en metálico el importe de la renta que exceda de la reserva autorizada. Esta cantidad de reserva habrá de acreditarse por el colono, en este caso, mediante la certificación administrativa del número de familiares y servidumbre doméstica del rentista, que es el número que determina los kilos de reserva a que tiene derecho.

4.º Que, como consecuencia de lo anterior, hoy por hoy, mientras no sufra modificación el Decreto-Ley de 24 de julio de 1947 y las Circulares de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes de 8 de agosto de 1949 que rigen para el presente año agrícola, a lo más que pueden llegar las concesiones del Juez, al aplicar el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en contratos de arrendamientos anteriores a la Ley de 23 de julio de 1942, en que la renta estuviese pactada en especie, es a permitir que consigne dicha renta parte en especie y parte en metálico, porque es de todo punto imposible que, conforme a las disposiciones vigentes, pueda acreditar el arrendatario que el Servicio Nacional del Trigo le ha impedido reservar al rentista una parte del cereal producido.

5.º Que no puede prosperar tampoco la consignación total en metálico en dichos contratos cuando el recurrente invoque que no ha podido reservar cereal alguno al rentista porque no ha habido sobrante después de entregar el cupo forzoso y reservarse el productor la cantidad de grano que el Estado le autoriza, puesto que no hay disposición alguna que autorice la preferencia de dicha reserva a favor del colono sobre la del rentista, y, por el contrario, como arrendatario que es, después de cubierto el cupo forzoso, su principal obligación, anterior desde luego a lucrarse con el beneficio del arrendamiento, es, y sigue siendo, cumplir la prestación de pagar la renta, porque ésta es la causa del contrato sin la cual, jurídicamente, la obligación contractual tenía que dejar de existir.

Estos principios aparecen expresamente recogidos por un auto de la Audiencia de Granada de fecha 8 de mayo de 1948, resol-

viendo un recurso de queja contra proveído del Juzgado de primera instancia de Ugíjar, que se negó a admitir la apelación por no haber sido consignadas las rentas en la especie pactada. Dice textualmente el referido auto que «... si bien es cierto que conforme al párrafo primero del artículo único del Decreto-Ley de 24 de julio de 1947, invocado por el recurrente, frente a la contemplación del caso de que la especie en que, según lo pactado, debe hacerse el pago de la renta esté sujeta a intervención oficial que no permita al arrendatario disponer de aquélla, puede éste, o sea el colono, librarse del cumplimiento de la aludida obligación efectuando en metálico el pago del canon arrendaticio; cuando la intervención no es total, sólo se libera del cumplimiento del pago en la especie pactada en la parte que con motivo de la intervención no pudiera el arrendatario hacer entrega de la misma, deduciéndose claramente de la precitada disposición gubernamental la existencia de supuestos distintos en cuanto al pago de las rentas fijadas en especie de los arrendamientos de fincas rústicas concertadas con anterioridad a la Ley de 23 de julio de 1942, o sea: primero, que la especie no esté total o parcialmente intervenida, caso en que se deberá hacer entrega total de la pactada como renta; que la especie esté totalmente intervenida, supuesto en el que se sustituirá el pago de la misma por equivalencia en metálico, y últimamente intervenida, caso en el que se sustituirá por el pago en metálico la parte de aquellas que no pueda abonarse en especie.»

No obstante, más recientemente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de junio de 1950, establece la necesidad de respetar en esta clase de contratos lo pactado, postulado fundamental de nuestro sistema jurídico, salvo circunstancias posteriores independientes de la voluntad de sus arrendatarios. Así lo determina una sentencia del Juzgado de primera instancia de La Almunia de Doña Godina de 5 de agosto de 1949, que sienta la doctrina que se transcribe a continuación:

«CONSIDERANDO: Que según el número 1.º del artículo 13 de la Ley de 15 de marzo de 1935, el arrendatario está obligado a pagar el precio del arriendo en los precios convenidos. Esta obligación de pago ha sido incumplida por el arrendatario, como lo demuestra la misma consignación que efectuó aun antes de comparecer en juicio. Esta consignación, aunque hecha en un juicio que no es de desahucio, ha de tener, sin embargo, los mismos efectos liberatorios y enervadores de la acción que en el impago se funde, ya que de otra forma quedarían burladas las disposiciones protectoras del arrendatario por falta del incumplimiento de esta obligación. En su consecuencia, la consignación ha de ser hecha en tiempo hábil, o sea dentro de los ocho días de su citación para juicio, según dispone el párrafo último del artículo 29 de la citada Ley de 1935, lo que ha ocurrido en el presente caso. Pero además es preciso que se acomode a las condiciones exigidas para el pago—pago en los términos convenidos—y que se haga en la cuan-

tía expresada por el recordado artículo 29 de la Ley que acabamos de citar. Estos requisitos no se han llenado en el caso que nos ocupa, el primero porque si bien es verdad que el demandado ha depositado una cantidad a la que ascienden las tres rentas impagadas más los intereses, gastos y costas, lo es más que estando pactada en el contrato la renta en especie, como lo confirma el mismo demandado y demuestran los recibos que presentó al contestar, y siendo el contrato anterior al año 1942, precisa para poder satisfacer la renta en dinero al amparo del Decreto-Ley de 24 de julio de 1947, atenerse a lo preceptuado en los artículos 23 y 45 de la Circular de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes de 9 de julio de 1948, que impone a los arrendatarios, para liberarse del pago en especie, la obligación de deducir de sus declaraciones de cosecha la parte correspondiente para la reserva del arrendador y su familia; por lo que no puede acogerse a sus preceptos, variando la forma de pago pactada, los depósitos en metálico cuando no se justifique—como en el caso actual—el cumplimiento de la obligación que antes se menciona, y que es el presupuesto necesario para que el arrendatario pueda usar de esta facultad.

CONSIDERANDO: Que respecto a la cuantía de la consignación efectuada por el demandado opónense los actores, porque la liquidación que de las rentas debidas hace el primero tiene sólo en cuenta el precio oficial sin incluir prima alguna, y además ha sido hecha según el precio de cada año, cuando debiera haberse verificado por el precio del año en que se efectúa el pago. Este último extremo está, en efecto, recogido por el párrafo segundo del artículo 947 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, aun cuando dictado para la ejecución de sentencias, es perfectamente aplicable, por entrañar un principio de equidad que no puede por menos de tenerse en cuenta para la analogía de los casos previstos. No es, pues, con arreglo al precio de cada año la renta debida a como hay que liquidar el trigo que adeuda el arrendatario demandado a los actores, sino el precio del año actual, que es cuando se deduce la reclamación (8). Ahora bien, en la determinación de este precio también existe discrepancia entre los litigantes, y su fijación definitiva reviste gran interés por cuanto influye poderosamente en la procedencia o improcedencia de la consignación efectuada. En anterior fundamento hemos visto los efectos del Decreto-Ley de 24 de julio de 1947 en cuanto a la posibilidad de satisfacer en metálico la renta en especie pactada; ahora se hace preciso ahondar más en sus ulteriores consecuencias y en la finalidad perseguida por dicha disposición legal. Para ello hay que partir de que el fundamento que motivó la publicación de tal disposición se encuentra en las dificultades que la intervención estatal implica para el abono de tales rentas en especie. Por ello, en tanto modi-

(8) Rechazado este argumento por la Audiencia.

fica el cumplimiento de la obligación no sea posible hacerla efectiva a causa de tal intervención. Pero todo sin alterar la esencia misma de la obligación, y así pervive el pago de la especie pactada, como hemos visto, en la parte de renta que el arrendatario tiene que satisfacer al arrendador para la reserva de éste y su familia. Así, pues, la finalidad de la disposición es la de restaurar las disposiciones que simplifican la recogida del trigo ante la necesidad que de él tiene la Nación, y por consecuencia trata de evitar que el que incumpla aquellas normas de recogida quede en la imposibilidad de cumplir su prestación, y se coloque en una situación que pudiera prosperar el desahucio que contra él se intentase; de ahí que se le autorice al arrendatario para que satisfaga en metálico el equivalente de la especie señalada. En otras palabras, ni el Decreto dictado, ni ninguna otra disposición ha privado al arrendador de la propiedad que tiene sobre el trigo que el arrendatario habría de satisfacer en virtud del contrato de arrendamiento. Sentado lo que precede, la solución es diáfana y no precisa para llegar a ella de disposición alguna que haga la fijación del precio de este trigo, porque lo que ocurre es que el arrendatario se convierte, en beneficio de la nación, en nuncio o mandatario del arrendador, y al hacer entrega de la totalidad del trigo recogido lo hace también del de la parte de la renta, exclusiva pertenencia del arrendador. Pero entonces tendrá que abonarle el equivalente señalado; es decir, el mismo precio que a él le hubiesen abonado, o sea el que, como dice la disposición que comentamos, hubiesen fijado las autoridades u organismos administrativos competentes. Una disposición legal que autorizase a pagar un precio inferior al percibido por el arrendatario de la clase de contrato que nos ocupa, sin privar previamente al arrendador de la propiedad que ostenta sobre el trigo, no es concebible, a no ser que dicho trigo hubiese sido objeto de expropiación con arreglo a los términos y por la causa expresados en el artículo 349 del Código civil, que no concurrirán, por cuanto la utilidad sería exclusivamente para el arrendatario al percibir sin motivo alguno un exceso de precio sobre la cosa expropiada. Por ello, «a priori», podría decirse que no es de aplicación a estos casos la Orden de 31 de mayo de 1948, que fija un precio para el trigo fijado como renta, ya que estaría en contradicción con el principio, antes recordado, del artículo 349 y se llegaría al absurdo jurídico de autorizar legalmente el injusto enriquecimiento. Pero es que, además, sus mismos términos claros demuestran, sin ningún género de duda, que está dictada para los contratos que en futuro se concierten, y así dice: «Cuando para el pago... se establezca..., etc.» Lo que en definitiva es lógico, ya que dicha disposición legal no es más que una acomodación a la actualidad, y en cuanto al precio del trigo que se refiere, de la Orden de 20 de noviembre de 1942, que también puso un precio para el trigo de renta, que, como es natural, tampoco tuvo aplicación a los contratos de colonato anteriores a la Ley de 1942. En

consecuencia, habiendo el arrendatario percibido en el caso presente, y de los organismos competentes, un precio superior al que él mismo fija como base para la liquidación que hace, como se demuestra por la comunicación del Servicio Nacional del Trigo, unida para mejor proveer, que además pone de relieve que siempre y en todo caso paga por el trigo entregado por el arrendatario el precio con prima y siendo además el precio del año actual fijado en el artículo 1.º del Decreto de 14 de mayo de 1948 que entre precio y base prima da un total de 2,50, es visto que resulta insuficiente la cantidad consignada para cubrir no ya todas las cantidades que prevé el párrafo último del artículo 29 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sino ni siquiera el sólo importe de las rentas debidas.

CONSIDERANDO: Que por las razones expuestas en los fundamentos que preceden se hace forzoso estimar la concurrencia, en el caso que estudiamos, de la falta de pago como causa de rescisión del contrato a que afecta, sin que sirva de obstáculo la supuesta novación del contrato, alegada por la parte demandada y deducida del hecho de haber pagado algunos años la renta en dinero, ya que los recibos demuestran otra cosa—pago en especie—, y además la simple aquiescencia en un accidental pago no puede tenerse por tal novación porque no concurren los requisitos precisos para ello según el artículo 1.204 del Código civil, y sabido es que la novación no puede presumirse, como reiteradamente tiene declarado nuestro más Alto Tribunal, sino que tiene que ser expresa, o lo que es lo mismo, constar de una manera clara y terminante la voluntad de novar. Estimándose, pues, la concurrencia de esta causa de resolución, procede el que con las consecuencias que de tener por mal hecha la consignación efectuada, por no haberse cumplido las condiciones precisas y ser insuficiente, por lo que una vez firme esta resolución se deberá poner a disposición del demandado la cantidad en que la consignación consistía.»

Apelada la anterior sentencia, fué confirmada en sus lineamientos esenciales (9), excepto en lo relativo a que el precio había de ser e. del tipo en el momento del pago, y ello en atención a los siguientes fundamentos:

«CONSIDERANDO: Que aunque se acepta el Considerando sexto de la recurrida en toda su integridad, conviene hacer resaltar que como se expresa en el artículo 13 de la Ley de 15 de marzo de 1935, el arrendatario está obligado no sólo a pagar, sino a hacerlo en los términos y condiciones convenidos, en el lugar y tiempo pactado, y de no existir pacto sobre ello, se verificará en el domicilio del arrendador o de su administrador o apoderado, siempre que lo tenga dentro del término municipal, y no teniéndolo, ante el Juez municipal, ateniéndose en todos los casos, en cuanto a la época del pago, a las costumbres del lugar, y es por

(9) La Sentencia de la A. T. lleva fecha de 4 abril 1950.

ello el porqué esta Sala, en sentencia de 27 de junio del pasado año, declaró que es el arrendatario quien tenía la obligación legal de declarar la parte de la cosecha que corresponde al arrendador, haciendo a éste la reserva alimenticia de ella, si no le consta la cantidad determinada en razón a familiares y domésticos, sin que obste para refutar tal obligación que el reservista lo sea, bien como productor o a través de varios colonos entre los cuales no se haya fijado el porcentaje, porque en definitiva se trata de una obligación de pago, y es el deudor quien está obligado a preocuparse de hacerlo en la forma concertada, y cuando por ser especies intervenidas necesita saber las condiciones y circunstancias que concurren en el arrendador para reservarle la cantidad legal, no cabe alegar ignorancia, ya que ésta no le excusa de su cumplimiento y debe requerir al acreedor o a su administrador o apoderado para conocer la cantidad que tiene derecho a que se le reserve para sí y para sus familiares y domésticos, ya que al deudor es a quien interesa liberarse de la obligación de pago y de hacerlo bien hecho y en debida forma, por ser en definitiva él el que ha de sufrir las consecuencias si se declara mal hecho por causa sólo a él imputables.

CONSIDERANDO: Que en el séptimo Considerando de la recurrida se razona sobre la cuantía de la consignación efectuada por el demandado, la cual es rechazada por los actores por estimarla insuficiente por dos razones, siendo la primera porque sólo tiene en cuenta al hacerla el precio oficial, sin incluir prima alguna, y la segunda por haber sido hecha según el precio asignado al trigo de cada año. En cuanto a la primera, es indudable que el Estado no sólo no prohíbe, sino que obliga a que la renta se fije en trigo y no priva al arrendador de las ventajas que de la percepción en especie obtenga, y como acertadamente expone el Juez «a quo», el arrendatario, al hacer la entrega en el Servicio Nacional del Trigo, se convierte en mandatario del arrendador, y sería sancionar un enriquecimiento injusto si se permitiese que el primero cobrara lo que corresponde al segundo y entregara a éste menos de la mitad de lo cobrado, y por ello se expresa en la sentencia apelada que debe satisfacer al precio que a él se lo hubiesen abonado, o sea el que se hubiese fijado por las autoridades u organismos competentes, como dispone el artículo único del Decreto-Ley de 24 de junio de 1942, dándose aquí por reproducidas las consideraciones que sobre tal extremo se hacen en la recurrida. En cuanto al otro extremo del otro Considerando séptimo de que no procede hacer el pago al precio de cada año de la renta debida, sino que hay que hacer la liquidación al precio del año en que se hace la reclamación, se rechaza por el propio fundamento que en el mismo se cita, ya que lo dispone el artículo 947, en su párrafo segundo, al tratar de la reducción de los frutos a renta solamente es para el caso de que ni se fije en la sentencia el día ni se determine, en cuánto se hará la reducción al precio que tengan al cumplimiento

de la misma; supuestos que no concurren en el caso que nos ocupa, en el que el día que debe cumplirse la obligación de pago de las rentas está fijado previamente por acuerdo de las partes o por la costumbre del lugar al final de cada año agrícola, y si morosidad hay en el caso presente por parte del arrendatario, abandono hay también en los arrendadores al no haberlo escogido, y si bien esto último no es sancionable, pues quien no usa de su derecho a nadie ofende, la morosidad en el deudor tiene su sanción, viniendo obligado desde el momento que incurre en mora a satisfacer los intereses legales correspondientes a la cantidad adeudada cuando ésta es conocida y líquida, y aunque por lo razonado no se acepta el último extremo referido, que se desenvuelve en una parte del Considerando expresado de la recurrida, no por su desestimación se varía el fondo y resolución definitiva del debate, ya que igualmente procede estimar la concurrencia de la falta de pago, por ser insuficiente la cantidad consignada para cubrir no ya todas las cantidades que prevé el párrafo último del artículo 29 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sino tan siquiera el sólo importe de las rentas adeudadas, y dándose aquí por reproducidos los razonamientos del Considerando octavo de la apelada, resulta procedente declarar mal hecha la consignación efectuada por el demandado, y en su consecuencia, por incumplimiento de las obligaciones contractuales, accederse a la resolución del contrato con todas sus consecuencias.»

B) *Contratos posteriores a 1942.*

Para los contratos concertados con posterioridad a 1942, el artículo 3.º de la Ley establece taxativamente que:

«Para los futuros contratos de arrendamiento de fincas rústicas, la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una determinada cantidad de trigo que las partes señalarán libremente, pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día en que la renta deba ser satisfecha.

Los arrendamientos existentes con anterioridad a la publicación de esta Ley que hayan de subsistir después del año agrícola en curso y en los que la renta actual se hubiese señalado en número, deberán ajustarse a lo preceptuado en el párrafo anterior, a cuyo efecto la cantidad de quintales métricos de trigo reguladora de la renta se obtendrá dividiendo la cuantía de ésta en pesetas: por cincuenta, si se hubiese fijado antes de primero de julio de 1939; por sesenta y siete, si lo fué del primero de julio de 1939 al primero de junio de 1940, o por ochenta y cuatro, si lo fué con posterioridad a dicha última fecha.

Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre la aplicación del presente artículo, podrán acudir ante el Juzgado competente, usan-

do de su derecho mediante el procedimiento establecido en la norma tercera de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.

Estas reglas se aplicarán desde el próximo año agrícola 1942-1943, inclusive.»

El Tribunal Supremo interpretó rigurosamente el referido requisito, sancionando con declaración de nulidad los contratos cuya renta no se hubiese fijado en especie o se hubiese fijado en especie distinta del trigo, por lo que en la práctica se produjeron numerosas situaciones anómalas en perjuicio evidente del arrendatario, parte más débil en la relación contractual. A remediar tales inconvenientes vino el Decreto-Ley de 15 de julio de 1949 al admitir la validez de los mismos, pero reducida la renta al patrón-tipo a razón del precio de tasa en la fecha que fué pactado el arriendo. El arrendador, pues, sólo puede cobrar legalmente la renta en dinero de curso legal; por su parte el arrendatario se libera entregando la renta en dinero en la cuantía fijada en el contrato o la que corresponde con arreglo a la indicada reducción debiéndose advertir no obstante que el propietario tendrá derecho a la «reserva de renta», en la cuantía que fije la Comisaría de Abastecimientos, cuyo importe al precio de tasa legal deberá descontarse de la citada renta. Los precedentes principios han sido recogidos expresamente por una sentencia del Juzgado de 1.ª instancia de Jaca (10). Se trataba de un contrato concertado en 1946 y en el que la renta se fijó parte en dinero y parte en frutos y ante la falta de pago y consignación en tiempo hábil el Juzgado dió lugar al desahucio, declarando en uno de los Considerandos ser obligatoria la entrega al Servicio Nacional del Trigo del correspondiente a la reserva del propietario, sentándose en definitiva la siguiente doctrina:

«CONSIDERANDO: Que la falta de pago de la renta da lugar al desahucio según la cláusula 3.ª del artículo 28 de la Ley de Arrendamientos de 1935, no pudiendo evitarse por el arrendatario más que consignando dentro de los ocho días siguientes al de ser citado a juicio, el importe de la renta en descubierto, intereses de demora y el importe de las costas causadas hasta su consignación, lo que no ha verificado el demandado por entender que la prestación en especie era imposible e ilícita, o líquido lo convenido en metálico y no ser legítima la renta pactada en metálico y en especie con posterioridad a 1942.

«CONSIDERANDO: Que aunque la no legitimidad de renta acordada en el contrato celebrado el 7 de septiembre de 1946 en que se pactaba parte en trigo y parte en metálico y que ha sido alegada por la parte demandante, lo único que daría lugar es a la declaración de nulidad del contrato que se celebró contravinien-

(10) Lleva fecha 26 abril 1950.

do el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942; el Decreto-ley de 25 de julio de 1949 dispone expresamente en su artículo 1.º que: «no será causa de nulidad las circunstancias de que las partes contratantes... hubiesen fijado la renta en numerario o especie distinta del trigo», dando el artículo siguiente normas para conversión de numerario en trigo, beneficia exclusivamente al propietario y resulta extraño que sea alegado por la parte a quien perjudica, pudo hacerse la consignación en dinero por la totalidad de las rentas, y ello sin perjuicio de que, estando acreditado que lo cosechado por el demandado fueron 1.625 kilogramos que han resultado ser todos de reserva familiar, pudo y debió el arrendatario entregar al Servicio Nacional del Trigo como reserva del rentista los 200 kilos que le corresponden como tal propietario y por su cónyuge según autoriza el apartado e) del artículo 24 de la Circular de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes de 8 de agosto de 1949 ya que la primera obligación del deudor es pagar siendo legalmente posible y aún antes de tener plenamente cubiertas sus necesidades, lo que ha conseguido con la cosecha, y debió entregar lo que era derecho del propietario que se ha visto privado de pan según se deduce de las certificaciones aportadas.

Sin, embargo, debemos advertir que en puridad de principios, esta doctrina no puede ser admisible. ¿Por qué va a ser causa de desahucio la falta de entrega de un trigo al Servicio Nacional del Trigo? El desahucio en nuestro derecho se da como modo de resolución contractual y ha de basarse en las causas específicamente señaladas por el legislador. El colono que no entrega al Servicio Nacional del Trigo el cereal correspondiente infringe disposiciones estatales de carácter administrativo, que llevan también sanciones de este tipo, pero no civiles. Por lo demás, al propietario le debe ser indiferente (a los efectos civiles, naturalmente) que el colono lleve o no lleve el trigo al Almacén: lo único que puede exigir (y ello sí con sanción de resolución contractual) es que se le pague la renta y se le entregue a él la reserva correspondiente. Así lo viene a reconocer explícitamente la Circular de 17 de junio de 1950, que la Comisaría de Abastecimientos al reconocer como reservas de trigo entre otras, «la parte de renta que representa la reserva para alimentación del rentista, sus familiares y servidumbre doméstica, a razón de 125 kilogramos por persona y año, única cantidad que los rentistas deberán percibir en especie de sus arrendatarios».

5. PROCEDIMIENTO.

A) *Jurisdicción voluntaria.*

La consignación ha de hacerse depositando las rentas devengadas a disposición de la Autoridad judicial, y acreditando ante ella el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación

en los demás (11). Hecha la consignación debe notificarse también a los interesados (acreedor, fiador, otros deudores, etc.), los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, son de cuenta del acreedor, según precepto expreso del artículo 1.179 del Código.

La consignación deberá ser hecha, según imperativo legal, ante el Juez Municipal o Comarcal (12) del lugar en que radique la finca, sin tener en cuenta la cuantía de la renta, debiendo acompañar el contrato justificativo de la deuda y la prueba del ofrecimiento realizado. Ello, no obsta, para que—como reconoce la doctrina—puede ser hecha ante el Juez de Instrucción, especialmente en los pueblos en que también radiquen estos Juzgados, y la cuantía exceda de 5.000 pesetas. No obstante, dados los términos imperativos de la Ley, estima G. ROYO (13) que no se permitirá al Juez examinar si se han cumplido los requisitos legales previos para la consignación, y, por tanto, habrá de aceptarla sin perjuicio de que posteriormente se estudie o discuta su eficacia liberatoria.

Deberá hacerse, asimismo, la entrega de la cosa debida, conduciéndola a la presencia judicial y haciendo material entrega de la misma. En el caso de que la renta esté pactada en especie, sin que esté prevista contractual o legalmente la conversión a metálico, puede ser admisible y legalmente eficaz la entrega simbólica a que se refiere el artículo 1.463 del Código civil, o bien la puesta a disposición del Juzgado, en los Almacenes del Servicio Nacional del Trigo.

En tal sentido la consignación ha de ser un acto sencillo, sin solemnidades según entiende la doctrina, pero ello no quita que se deban cumplir los requisitos que al efecto señala la legislación especial y común en la materia, y a que han sido señalados. Así lo establece una interesante resolución de la Audiencia Territorial de Zaragoza (Auto de 21 de noviembre de 1951), en apelación seguida en un expediente de consignación de rentas en arrendamiento de pastos en que el Juzgado, ante la oposición del acreedor declaró contencioso el expediente. Dice así:

«CONSIDERANDO: Que la legislación especial de arrendamientos rústicos integrada por las leyes de 15 de marzo de 1935, 28 de

(11) Cfr. nota 3.

(12) No son competentes los jueces de Paz a tenor de lo establecido en la Ley de Bases de la Justicia Municipal. No obstante, estimamos, dado el carácter de depósito de la consignación y la finalidad de la norma, de evitar complicaciones al deudor que quiere pagar, surtirá los mismos efectos, poniéndola a disposición del Juzgado de Paz.

(13) *Tratado de arrendamientos rústicos*, Voluntad, 1942.

junio de 1940 y 23 de julio de 1942, con otras disposiciones posteriores, establece también la regulación para el arrendamiento de fincas de aprovechamiento ganadero muy especialmente en el artículo 2.º, apartado d) de la citada Ley de 1940; y claro es que mientras no se disuelva extrajudicialmente el contrato por el mutuo disenso de las partes contratantes, o se dicte resolución judicial en el procedimiento adecuado que así lo declara, hay que aceptar a los efectos de esta resolución la vigencia del contrato que motiva la consignación, y como por el arrendador no se negó haberse celebrado el contrato, aunque por lo expuesto lo consideraba resuelto; ni la certeza de la renta, ni el ofrecimiento de pago hecho por la arrendataria, se dan todas las circunstancias para declarar bien hecha la consignación con arreglo a los artículos 1.176 y 1.157, el 1.762, 1.160 y concordantes de las disposiciones que regulan el pago.

«CONSIDERANDO: Que aun cuando la consignación, siempre que se realice sin mediar contienda ni promoverse entre partes conocidas y determinadas, adquiere el carácter de acto de jurisdicción voluntaria no por ello ha de entenderse de aplicación el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque teniendo como tiene, preceptos específicos para su ejecución y efectividad en los artículos 1.176 al 1.181 del Código civil, ha de estarse preferentemente a esta regulación, en armonía con lo sentado en la sentencia de 27 de enero de 1912, pues si por ella se estableció que en los actos especialmente mencionados en el Libro tercero de dicha Ley debe seguirse el procedimiento señalado para ello en cada caso, y la oposición de las partes no hace, desde luego, contencioso el expediente, que debe seguirse hasta que recaiga la oportuna resolución, tanto más cabe aplicar esta doctrina a aquellos actos, aunque se ofrezcan de jurisdicción voluntaria, tienen su regulación especial, sino en el mismo Libro de la Ley adjetiva, sí en otra disposición del mismo rango dispositivo y además posterior, cual el Código civil, con lo que las disposiciones de la primera sólo serán aplicables en cuanto no contenga la segunda ordenamiento rituario o no se hallen en contradicción con éste si lo contuviere; es así que aquellos preceptos del Código estatuyen la forma y requisitos para la admisión e incluso para la validez de la consignación con arreglo a los cuales debe el Juez declararla bien o mal hecha, declaración con la que ha de concluir el expediente en caso del artículo 1.176 según se infiere del 1.180, luego no debe declarar contencioso, por el mero hecho de la oposición del acreedor, sino examinar si ésta es o no fundada con o sin razón y dictar en su consecuencia la resolución que proceda en los términos expresados.

«CONSIDERANDO: Que declarándose bien hecha y procedente la consignación, los gastos de ésta son de cuenta del acreedor, por imperio del artículo 1.179 del Código civil, sin méritos especiales para expresa imposición de costas en apelación.»

B) *Jurisdicción Contenciosa.*

PRECEPTOS LEGALES.—El apartado B) de la disposición transitoria 3.^a establece que los plazos de renta contractual que venzan durante la sustanciación del pleito, deberán ser consignados bajo pena de tener por desistido de la reclamación o del recurso al arrendatario o aparcero. Lo dispuesto en este precepto es de aplicación en todos los juicios tramitados conforme a las normas de la legislación especial de arrendamientos, tendiéndose a evitar con ello que pueda demorarse el pago de la renta, lo que podría dar lugar a que se amparase en los Tribunales la tenencia de la finca arrendada sin contraprestación a que se utilizara el procedimiento judicial para demorar el cumplimiento de tan primaria obligación.

En ningún caso, dice el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, refiriéndose al juicio de desahucio, se admitirán al demandado los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, si no se acredita al interponerlos tener satisfechas las rentas vencidas, y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, o si no las consignase en el Juzgado o Tribunal.

Cuando el desahucio se funde en la falta de pago, el arrendatario podrá evitarlo dentro de los ocho días siguientes al de su citación a juicio, consignando juntamente con la renta en descubierta, los intereses de demora y el importe de las costas causadas, hasta el momento de la consignación incluso las de ésta (artículo 29, 2.º L. 15-3-1935).

Esta misma Ley dispone que para los casos en que se disputa la cuantía de la renta o la participación del propietario, el arrendatario o aparcero deberá consignar previamente ante el Juzgado la pactada, de la cual podrá disponer el arrendador. En los casos de reducción o condonación comprendidos en el artículo 8.º, el Juez podrá autorizar al arrendatario para que consigne una parte o dispensarle totalmente de consignar.

Calificación de la consignación.—El Juez, después de haber sido efectuada una consignación de las citadas, debe apreciar si por la cantidad y calidad de lo consignado debe considerarse bastante. Esa calificación de suficiencia deberá hacerla con los elementos que le proporciona el proceso; y por lo que aquellos elementos de juicio le hagan conocer declarar suficiente o insuficiente la consignación efectuada, a los efectos procesales subsiguientes:

6. IMPUGNACIÓN.

Es obligado suponer que los que deban ser preceptores de lo consignado, pueden oponerse a la pretensión de que la consignación se considere por bien hecha; para formalizar tal oposición no se

ñala la Ley ningún plazo determinado, pero teniendo en cuenta que la providencia judicial no puede considerarse de mero trámite, el breve término de audiencia a que se refiere el artículo 1.813 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no deberá ser inferior a los cinco días que señala el artículo 377 de la citada Ley.

La impugnación podrá basarse en defectos de forma o de fondo. En el primer caso, creemos podrá resolverse la cuestión planteada por los trámites de jurisdicción voluntaria y sin necesidad de declarar la cuestión contenciosa, por cuanto no se discute el contenido de la obligación, sino las formalidades que los señalados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen como trámite del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Cuando la impugnación se refiriese a motivos de fondo y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se declarará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuviesen al tiempo de ser incoado, los interesados y la cosa consignada pudiendo en tal supuesto la parte a quien interese formular demanda para que se declare bien hecha la consignación.

7. EFECTOS.

Si el acreedor acepta la consignación o recae resolución judicial de que está bien hecha, adquiere los caracteres de definitiva e irrevocable y el deudor queda exento de responsabilidad por el pago de la renta y puede pedir al Juez que mande cancelar la obligación (artículos 1.176 y 1.180). La aceptación y sentencia declarando bien hecha la consignación tienen efecto retroactivo, según establece el artículo 1.157.

Si antes de ser aceptada la consignación o de haber recaído el oportuno auto judicial, es retirada por el deudor la cantidad consignada, si se ha hecho por su exclusiva voluntad, se perpetúa la obligación en el sentido anteriormente apuntado. Por el contrario, si se ha hecho con consentimiento del acreedor, se produce—como dice CASTÁN—una especie de novación, perdiendo el acreedor toda preferencia que tuviese sobre la cosa y quedando libres los deudores y fiadores (14).

No obstante, como reglas de carácter general, se debe advertir que la consignación ha de ser incondicional, pudiendo en caso contrario rechazarla el acreedor (S. 27 noviembre 1906), debiéndose anunciar debidamente y hacerse en tiempo hábil, ya que la consignación verificada por haberse rechazado el pago, por no hacerse el ofrecimiento en la oportunidad en que debía realizarse no es eficaz para evitar el desahucio (S. 26 noviembre 1896), pudiendo la consignación hecha en otro expediente ser apreciada y decidida al resolver un juicio de desahucio en que se alegó la

(14) Hace referencia a los fiadores, en general, la Sentencia de 8 julio 1915.

excepción de pago como equivalente a dicha consignación, si bien para que ésta produzca los efectos jurídicos del pago, es indispensable que se realice con sujeción estricta a las disposiciones legales que la regulan y, por tanto, debe ir precedida del ofrecimiento al acreedor, sin el cual, el deudor no queda exento de responsabilidades, pues sólo en el caso de que hubiera sido rechazado, pudo efectuar la consignación en condiciones de que extinguiera la obligación, «y apreciando acertadamente la Sala que no fué precedida de aquel ofrecimiento, al negarle la eficacia jurídica del pago, al sólo efecto del presente juicio, no infringe el artículo 1.176 del Código civil ni los demás del mismo cuerpo legal que se citan en el recurso» (1.157, 1.171 y 1.177) (S. 20 noviembre 1918).

El Pacto Compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje

LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

Ayudante de Derecho Civil

SUMARIO: I. Concepto y caracteres del pacto compromisorio.—II. Naturaleza jurídica: el contrato preliminar.—III. Requisitos: a) Capacidad; b) Objeto; c) Forma.—IV. Efectos: a) Relación jurídica que crea; b) Desarrollo voluntario; c) Desarrollo necesario: Formalización judicial del compromiso.

La Ley de 23 de diciembre de 1953 sobre régimen jurídico de los arbitrajes de derecho privado ha regulado «con carácter de rigurosa novedad en nuestro derecho positivo—son palabras de su Exposición de Motivos—la figura de la cláusula compromisoria, la cual, si bien tiene vida e importancia en la práctica, carecía hasta ahora de un cuerpo de disposiciones legales en que pudiera refugiarse el intérprete necesitado de encontrar soluciones concretas a su respecto». Efectivamente, la figura de la llamada cláusula compromisoria, brotada al margen del Código civil, admitida y delineada por la doctrina del Tribunal Supremo que, a falta de otra reglamentación, se hubo de cuidar de señalar su concepto, sus límites, requisitos y posible eficacia, ha ingresado ahora en una regulación legal. No parece extemporáneo examinar los perfiles con que ahora aparece dibujada y al alcance que se le da, así como observar y señalar los puntos en que se altera la anterior regulación jurisprudencial.

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL PACTO COMPROMISORIO

El pacto compromisorio ha sido definido como «la convención preliminar o preparatoria mediante la cual las partes se obligan a someter todas o algunas de sus diferencias futuras al juicio de árbitros o amigables componedores» (1).

A diferencia del contrato de compromiso, destinado a instituir o dar origen a un proceso semiprivado que resuelva un concreto conflicto interpartes y a conferir a los árbitros el poder de dirimir

(1) Así lo define la S. T. S. de 24 de abril de 1941, y con palabras casi idénticas, CASTÁN en su «Derecho civil español», IV, pág. 724 (ed. 1953). Cf. también RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, II, pág. 524; HERCE QUEMADA: en la *Enciclopedia Seix*, II, pág. 627, y CERRILLO, en la misma obra, IV, pág. 181, voz «cláusula compromisoria».

lo, el pacto compromisorio obliga a instituir el proceso semiprivado cuando la controversia futura, que se prevé, se torne presente.

La nueva Ley de Arbitraje ha alterado la terminología comúnmente usada, pero ha mantenido los conceptos sustanciales. La institución destinada a dar solución a un conflicto interpartes, «la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión», según expresa el artículo 2.º, se denomina *arbitraje*. El arbitraje puede ser de *derecho*, cuando la cuestión es resuelta con arreglo a la ley, y de *equidad*, cuando se hace conforme al leal saber y entender de los árbitros. El arbitraje se constituye mediante un contrato que se denomina *contrato de arbitraje o de compromiso*.

De esta manera el pacto compromisorio ha cambiado su nombre y ha pasado a ser el *contrato preliminar de arbitraje*. Mas el concepto se mantiene. Y así dice el artículo 6.º que las partes pueden preparar el arbitraje obligándose a instituirlo en su día. En este sentido se puede definir el contrato preliminar de arbitraje como el contrato por virtud del cual las partes se obligan a instituir un arbitraje o, lo que es lo mismo, a someter determinadas diferencias de posible surgimiento al juicio de árbitros.

De la definición se infieren sus caracteres:

1.º Es un contrato. Normalmente se añade o inserta en otro contrato que se denomina principal o fundamental (2). Todas las cuestiones que plantee la interpretación o ejecución del presente contrato, se suele decir, serán sometidas al juicio de árbitros o amigables compondores. Y este carácter puramente usual se torna esencial hasta el punto que la figura toma de este hecho su nombre y es vulgarmente conocida como cláusula compromisoria. Lo cual es sobremanera inexacto, ya que no es de esencia de la institución ser una cláusula contractual, pues, aun en los casos en que como tal aparezca, será un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquél al que se une, aunque en alguna manera ligado con él (3).

Cierto que los problemas de terminología no son graves, ni trascendentes. Conviene, sin embargo, pulirla para evitar posibles confusiones y hablar de pacto compromisorio o de contrato preliminar de arbitraje; que se insertará normalmente en otro contrato, aunque pueda naturalmente surgir con independencia, posibilidades ambas advertidas y admitidas por la ley reciente. La obligación puede contraerse bien en un «pacto principal», bien en una «estipulación accesoria» (art. 6.º).

No es académica esta precisión de la independencia del contrato preliminar de arbitraje respecto al contrato del que es con-

(2) Vid. HERCE QUEMADA: *loc cit.*, pág. 627.

(3) La conexión es simplemente objetiva. La controversia a que el pacto compromisorio se refiere, ha de surgir del contrato a que está ligado, pero ambos son unidades distintas e independientes.

secuencia, ni lo es la afirmación de que no cabe hablar de principalidad o accesoria. Si efectivamente fuese una estipulación accesoria habría que afirmar que su suerte correría pareja a la del contrato principal y que la cláusula es nula cuando lo es el contrato en que se inserta (4). Podrá producirse una nulidad conjunta, puesto que, como ambos pactos han sido producidos en el mismo momento y en la misma operación jurídica, pueden adolecer de los mismos vicios o causas de nulidad (5); pero, cuando las causas de nulidad son específicas del llamado contrato principal, no hay razón para afirmar que se extiendan al pacto compromisorio. Más aún: si todas las cuestiones surgidas del contrato deben someterse al juicio de árbitros, no se ve claro por qué ha de excluirse de él la propia nulidad del contrato, cuando no afecte al pacto de compromiso.

2.º Se trata de un contrato preliminar. No instituye el arbitraje, sino que prepara su institución; no se someten las partes al juicio de árbitros, sino se obligan a someterse. El significado y alcance de esta calificación del pacto compromisorio como contrato preliminar pertenece ya al estudio de su naturaleza jurídica.

3.º Se trata de un contrato consensual, que no necesita para su perfección otra cosa que el consentimiento de las partes, y su objeto consiste en una o varias controversias interpartes surgidas del desarrollo de una concreta relación jurídica. El objeto del contrato es una cuestión futura y sólo determinada por la relación de que ha de surgir. Lo cual no es tampoco necesario, sino normal. Puede pactarse un contrato preliminar sobre una controversia actual, pero carecerá probablemente de utilidad. Lo normal es que se trate de una cuestión futura. Es un contrato sobre un objeto futuro.

II. NATURALEZA JURÍDICA; EL CONTRATO PRELIMINAR

Ha existido unanimidad absoluta en la doctrina (6) y la jurisprudencia (7) en la solución del problema de la naturaleza jurídica del pacto compromisorio. El pacto compromisorio pertenece a la categoría de los llamados contratos preparatorios, precontratos o promesas de contrato. No existe sombra de duda en cuanto a la calificación concreta. La discusión se centra en la elaboración del precontrato como concepto de la ciencia jurídica y en el deslinde de su ámbito y eficacia. El pacto compromisorio es un precontra-

(4) Esta doctrina ha sido mantenida por la S. T. S. de 28 de junio de 1934.

(5) Por ejemplo, los que hagan referencia a la declaración de voluntad o a la capacidad de los contratantes, aunque tampoco necesariamente han de concurrir en ambos negocios.

(6) Vid. CASTÁN: *loc. cit.*, pág. 724; HERCE: *loc. cit.*, pág. 627.

(7) Vid. la S. T. S. de 24 de abril de 1941, que habla de convención preliminar o preparatoria.

to; pero ¿qué es un precontrato? Y llegamos así a un terreno donde la polémica lleva visos de ser eterna.

No parece indicado penetrar ahora en el examen de esta cuestión, pero será preciso señalar someramente las posturas adoptadas por la doctrina (8) y precisar en cuáles de ellas encajan la regulación jurisprudencial anterior y la regulación de la ley actual, porque de ello dependerá en gran medida su posterior tratamiento.

Prescindiendo de las doctrinas puramente negativas, para las cuales el precontrato es una figura contradictoria, producto de un excesivo conceptualismo jurídico e inadmisibles científicamente, las teorías que explican su naturaleza pueden comprenderse en tres grupos:

a) El precontrato es un pacto por virtud del cual las partes se obligan a celebrar un nuevo contrato. El contenido del pacto previo es la obligación de celebrar un contrato futuro. La prestación, objeto de dicha obligación, es la emisión de una nueva declaración de voluntad que constituiría el contrato pretendido. Se trata de una prestación de hacer, de un *facere* que es personalísimo e insustituible, de tal manera que si el obligado no realiza la prestación debida, sólo podrá ser condenado a resarcir el daño que causó (9).

Esta teoría, que puede ser llamada clásica en esta materia, ha sido objeto de una aguda crítica que ha quebrantado y ha estado a punto de dar al traste con toda la institución. Los argumentos más frecuentemente esgrimidos son: 1.º, la innecesariedad de interponer la obligación previa, siendo en todo caso posible contraer la obligación final (10); 2.º, el hecho de que el contrato prometido o proyectado, al celebrarse en cumplimiento de una obligación anterior, sería un acto debido (11), pero en ningún caso un auténtico contrato (12), y 3.º, que si la obligación de emitir un nuevo consentimiento es personalísima y su cumplimiento depende del arbitrio del obligado, nos hallaremos ante un contrato bajo condición *si volet* o ante un derecho de opción (13).

b) Un intento de superación de la doctrina anterior ha sido

(8) Véanse los trabajos fundamentales de CASTRO: *La promesa de contrato*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III, fasc. IV, 1950 (ed. sep.); ALGUER. Para la crítica del concepto del precontrato, R. D. P., tomos XXII y XXIII (1935 y 1936), y MORO: *El precontrato, notas para su estudio*, «R. C. D. I.», 1934.

(9) Es el concepto admitido con más frecuencia. Cfr. MORO: *loc. cit.*, página 85; CASTÁN: *Derecho civil*, IV, pág. 29 (ed. 1935); RUGGIERO: *Instituciones*, II, pág. 289; ENNECERUS: *Tratado*, I, vol. II, pág. 170.

(10) CASTRO: en *loc. cit.*, pág. 10, citando a Juan Andrés, lo califica de «circuitus inutilis».

(11) PUGLIATTI: *Introducción al estudio del Derecho civil*, págs. 222 y siguientes, y CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, pág. 230, califican como actos debidos los realizados en cumplimiento de una obligación de contraer.

(12) ALGUER: *ob. cit.*, R. D. P. (1935), pág. 422.

(13) ALGUER: *loc. cit.*, pag. 14 (1936).

realizado por ROCA SASTRE (14). Mediante el precontrato se sientan las líneas fundamentales de un contrato futuro y se adquiere la obligación de desarrollarlas a fin de que quede concluido. A lo cual se dice (15) que en la mayor parte de los casos el precontrato contiene todos los extremos del contrato proyectado que no requiere desarrollo alguno, sino simplemente que las partes exijan y no obstaculicen su cumplimiento.

c) La idea más fructífera y provechosa ha sido expuesta por el profesor CASTRO. Los contratantes hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija la parte o partes a quien se encomienda o concede esta facultad. Hay en el iter negocial dos momentos: la promesa de contrato en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo y la exigencia del cumplimiento de la promesa que origina la vigencia del contrato proyectado (16). A lo cual cabría añadir que el contrato, como todo negocio jurídico, es un acto creador de una relación jurídica. Por ello, contrato, como acto creador de relaciones, no puede existir más que uno. Lo único que ocurre es que la relación que este contrato crea tiene dos fases o etapas, una previa y otra definitiva. El tránsito de una a otra no se realiza mediante un nuevo contrato, lo cual sería una imprecisión, sino mediante el ejercicio de la facultad de exigir concedida a las partes o mediante la realización de los actos necesarios para que la fase definitiva de la relación pueda entrar en vigor. En rigor, contrato—acto creador de la relación—sólo es el primer pacto, porque es el que abre la relación.

Veamos ahora, de la mano de estas ideas, qué naturaleza jurídica atribuyó la jurisprudencia al pacto compromisorio y cuál es el sentido de la nueva Ley de Arbitraje.

La jurisprudencia ha afirmado que el pacto compromisorio es una convención preliminar o preparatoria, un pacto anterior al auténtico contrato de compromiso (17). En algún momento parece aceptar la doctrina clásica del precontrato y, desde luego, en ella ha estado siempre inspirada al afirmar que el pacto de sumisión a amigables compondores obliga a los contratantes al otorgamiento de la escritura de compromiso (18) y que como esta obligación, por muy lamentable que ello pueda parecer, no puede ser impuesta al deudor, no sólo por el carácter personalísimo de su contenido, sino porque si de la interpretación de los artículos 795 y 828 de la L. E. C. resulta que se hace ineficaz el compromiso cuando las partes no se entienden en el nombramiento del

(14) *Estudios de Derecho privado*, I. pág. 321.

(15) F. DE CASTRO: *loc. cit.*, pág. 16.

(16) *Idem*, pág. 46.

(17) Véanse las Sentencias del T. S. de 27 febrero 1911, 23 abril 1927, 24 abril 1941, 21 junio 1946 y 24 marzo 1947.

(18) S. T. S. 24 marzo 1947.

árbitro sustituto, con mayor razón se ha de aplicar al primer desacuero (19). Resulta así que el pacto compromisorio se hace ineficaz. La Ley no ofrece medios de coacción para vencer al rebelde forzándole al otorgamiento de la escritura. Y a las partes queda expedito el camino de la jurisdicción ordinaria para resolver sus conflictos, siempre que alguna de ellas se haya opuesto al requerimiento de la otra para otorgar la escritura.

La nueva Ley de Arbitraje, quizá haciéndose eco de las críticas dirigidas contra la tesis clásica del precontrato, parece haberse desviado de ella. Evita cuidadosamente la afirmación de que el pacto compromisorio produce la obligación de celebrar un contrato de compromiso, limitándose a decir que las partes se obligan a instituir el arbitraje (art. 6) y a realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto (art. 9). Obsérvese que la diferencia no es de terminología ni de matiz. Decir que las partes se obligan a celebrar un contrato de compromiso y decir que se obligan a instituir un arbitraje realizando los actos necesarios para ello son cosas evidentemente distintas. Arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses (art. 2), un proceso privado. Compromiso es el contrato creador de este arbitraje, pero creador en forma directa e inmediata (art. 12). De otro lado, si contrato es el negocio bilateral creador de una relación jurídica, con rigor técnico no puede hablarse de contrato en este segundo momento, porque la relación está creada ya y lo único que cabe hacer es desarrollarla, darle su curso normal, realizando los actos necesarios para que se pueda efectuar el tránsito de una fase a otra de la relación, del momento prearbitral al arbitraje definitivo. Es menester insistir en que este tránsito se verifica mediante la realización de unos «actos», que en ningún caso pueden constituir un segundo contrato. Tiene interés todo ello porque es la primera vez—fuera de la regulación vaga e imprecisa de las promesas de comprar y vender del artículo 1.451 del C. c.—en que nuestro derecho positivo se ha encarado con un fenómeno «precontractual». Se debe matizar hasta el máximo para extraer todo el jugo que la norma posee. Y así observamos: 1.º, que sólo se llama contrato al acto que abre toda la relación jurídica; 2.º, que esta relación tiene una fase previa, prearbitral; 3.º que el tránsito de este momento al arbitraje definitivo se realiza mediante la ejecución de los *actos necesarios* y que a esta operación de tránsito se la denomina *formalización* (20). De todo ello parece deducirse que la ley, con un sen-

(19) Por aplicación del principio «ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet» (S. T. S. 21 junio 1946).

(20) Los arts. 9 y 10 hablan de formalización judicial. Si el adjetivo «judicial» califica a su sustantivo, hemos de entender que junto a la formalización judicial existe una formalización, voluntaria o privada, y que formalización es toda la operación de tránsito.

tido progresivo, ha abandonado las doctrinas clásicas para acogerse a las direcciones más recientes.

Quedaría cojo este análisis si no se intentase penetrar en el sentido de la denominación contrato preliminar de arbitraje con que los artículos 7, 8 y 9 y la Exposición de Motivos de la Ley se refieren al pacto compromisorio ¿Qué se ha querido decir con la expresión contrato preliminar? A primera vista parece natural que contrato preliminar o previo se oponga a contrato posterior o definitivo y que lo que se hace es volver a la doctrina tradicional que exige dos contratos unidos por un nexo causal. Sin embargo, sorprende que a este contrato posterior, consecuencia obligada del contrato primero, no se hace referencia en ningún momento y sorprende también el choque de esta interpretación con el sentido claro de lo expuesto anteriormente.

¿Qué otro sentido puede dársele a la expresión que sea más acorde con las conclusiones ya obtenidas? Contrato preliminar no se opone a contrato posterior, ni es necesaria la existencia de dos contratos. Se quiere decir simplemente que el contrato, el negocio creador de todo el vínculo jurídico, es preliminar, esto es, que puede realizarse, previamente, antes de que el conflicto que se quiere resolver se haya producido, como puede ser también «liminar», esto es, realizarse cuando la controversia ha surgido ya. Hay dos posibilidades, dos formas de creación del arbitraje, una creación previa que desembocará en una relación de dos tramos y otra creación posterior que abre solamente el segundo tramo. Las partes podrán optar por cualquiera de ellas, pero cada una, como es natural, se desenvolverá conforme a las reglas de su peculiar naturaleza. De este modo, el examen del significado de la expresión contrato preliminar no hace más que reforzar el sentido de todo lo anteriormente expuesto. El contrato, el acto creador, se realiza en un momento anterior y desde este momento queda trabada la vinculación.

III. REQUISITOS

La nueva Ley, en sus artículos 7 y 8, determina los requisitos o condiciones que el pacto compromisorio ha de reunir para poseer validez jurídica. «El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la ley, sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el derecho privado de la contratación» (art. 7). Y ello porque, siendo una figura «distinta y más sencilla» que el compromiso, «necesita requisitos menos rigurosos para su estipulación» (21). «Tampoco necesitará contener la designación de los árbitros, ni la del tema controvertido que se someta a su decisión» (art. 8, § 1.º).

(21) Véase la *Exposición de Motivos*.

Examinemos con mayor detalle cada uno de estos requisitos para determinar su alcance y encontrar, si la tienen, su justificación.

a). *Capacidad*.—Para comprometerse y, como consecuencia, para resolver un conflicto de intereses por vía arbitral, es necesaria la capacidad de enajenar, la libre disposición de los propios bienes, teniendo siempre en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso (art. 13). Para celebrar un contrato preliminar de arbitraje, en cambio, no se requiere tal capacidad, sino simplemente la general para contraer obligaciones (art. 7).

Una primera observación surge en seguida. ¿Qué sentido tiene exigir, para ventilar una diferencia por vía arbitral, capacidad de enajenar como hace de artículo 13? Se sigue en este punto de la norma del artículo 1.820 del Código civil que hizo aplicable al compromiso las reglas de capacidad para transigir. Y puede transigir todo el que puede enajenar sus bienes. La razón es, se dice, que toda transacción supone una enajenación con el fin de evitar o poner término a un litigio. Si esta razón, con más o menos reservas, puede admitirse en cuanto a la transacción, no ocurre lo mismo con el compromiso. En el compromiso ya no se trata de disponer sobre parte de los bienes propios para evitar o poner fin a un litigio, sino de llevar ese litigio ante un juez, que ha de resolverlo; de dar cauce a un proceso, de la especie que se quiera, pero proceso al fin. Por ello, la capacidad para comprometerse debería ser la capacidad procesal, no la de disponer de los bienes. En otro caso, se producirán contradicciones, tales como el hecho de que una persona—un menor emancipado—, que no puede comparecer en juicio sin la asistencia de su padre, madre o tutor (art. 317 del C. c.) puede dar a sus conflictos siempre que versen sobre bienes muebles, una solución arbitral.

Prescindiendo de esta cuestión incidental, la capacidad para comprometerse es distinta de la capacidad para celebrar un contrato preliminar de arbitraje. Una de las cuestiones más debatidas al delinear la doctrina del precontrato es la que se refiere a si éste ha de cumplir los mismos requisitos que el contrato principal o sólo los requisitos generales de los contratos. La cuestión repercute necesariamente al tratar de la capacidad para el pacto compromisorio: ¿precisa la misma capacidad que para comprometerse o se requiere simplemente la capacidad general de obligarse?

1.º La solución más general en la doctrina es esta segunda (22) afirmando, como lo hace también la Exposición de Motivos, que precontrato y contrato son negocios distintos, sometidos a regímenes jurídicos distintos también, y que admitir la solución contraria sería privar al pacto previo de toda su utilidad práctica.

(22) CASTÁN: *loc. cit.*, pág. 725; HERCE: *loc. cit.*, pág. 628.

2.º La jurisprudencia del T. S. al tratar el problema concreto de la capacidad para celebrar un pacto compromisorio adoptó decidida y resueltamente la solución contraria (23): Se necesita idéntica capacidad para celebrar un pacto compromisorio que para celebrar un contrato de compromiso. Y es esta solución jurisprudencial, olvidada a la hora de redactar la nueva ley, la que parece más de acuerdo con la lógica y con los principios de derecho. Porque, si bien es cierto, como afirman los partidarios de la solución contraria, que contrato de compromiso y pacto compromisorio son cosas distintas, no lo es que sus regímenes jurídicos hayan de ser, en este punto, distintos. Y no lo es porque aunque sean negocios distintos, ambos propenden al mismo fin, a crear o establecer la misma relación, el arbitraje, y la capacidad no ha de versar sólo sobre la aptitud para realizar el acto creador, sino también sobre la aptitud para ser titular de la relación que se pretende crear. Y ambas aptitudes han de ser, por exigencia lógica, idénticas. Si la capacidad del sujeto es distinta, poseyendo capacidad para obligarse y careciendo de capacidad para comprometerse, ocurre, con la solución legal, que se celebrará válidamente un convenio que no podrá luego ser cumplido, ni voluntaria, ni necesariamente, porque el sujeto no es apto para ello, lo cual es en rigor absurdo. O bien, que celebrará válidamente un convenio que sólo podrá cumplir cuando se convierta en plenamente capaz, encontrándose en este momento inmerso en una relación para la que no era apto ni capaz en el momento en que la creó, lo cual constituye un incumplimiento de las normas prohibitivas.

No ha tenido esto en cuenta la Ley. Y ha establecido, ya lo hemos visto, dos capacidades distintas, con lo cual se llega a las contradicciones advertidas. El pacto compromisorio celebrado por una persona con capacidad de obligarse, pero sin la especial de comprometer es válido pero la obligación que contiene no podrá ser cumplida por el deudor, ni exigida por el acreedor, ni impuesta por el Juez. Sin embargo, si en el intermedio ha variado la capacidad y se ha adquirido la especial, el deudor deberá cumplir una obligación, la de hacer posible el arbitraje, contraída cuando, paradójicamente, se carecía de capacidad para comprometerse.

La razón de que admitiendo otra solución pierde el pacto compromisorio gran parte de su utilidad, no es convincente. Las

(23) Véase la S. T. S. 24 abril 1941, cuyo es este párrafo: «Cualesquiera que sean las dudas que en la doctrina científica suscita el problema general de si los requisitos legales, que se exigen para un contrato principal y definitivo, son necesarios también para las respectivas promesas o contratos preparatorios, no cabe duda, dado el fundamento y fin de las prescripciones que regulan la aptitud para comprometer, que las condiciones por ellas requeridas han de regir no sólo al otorgar el contrato de compromiso propiamente dicho, sino también al estipular la llamada cláusula compromisoria.

exigencias lógicas y de justicia no pueden sacrificarse a la utilidad. La cual no tiene, en la mayor parte de los casos, nada que ver con la capacidad de las partes, sino con la posibilidad de poder obligarse, sin solemnidad alguna, antes de que surja la discordia.

b) *Objeto*.—El objeto del compromiso es una controversia o un conflicto interpartes que ha de ser resuelto en el proceso semiprivado en que el arbitraje consiste. La controversia, objeto de compromiso ha de reunir, según la ley, las siguientes condiciones: 1.º, existencia y determinación específica (art. 12); 2.º, idoneidad o susceptibilidad de ser sometida a esta institución: ha de tratarse de una materia de derecho privado y, dentro de él, de una materia sobre la cual puedan las partes disponer válidamente (art. 14).

El objeto del pacto compromisorio es también un conflicto o una pluralidad de conflictos, pero no necesita, como veremos a continuación, reunir todos los requisitos objetivos del compromisos.

1.º *Existencia*.—La controversia objeto del pacto compromisorio, no es menester que sea una controversia existente, planteada ya. Puede tratarse, y esto será lo normal, de uno o varios conflictos futuros, aunque posibles en todo caso. Hasta tal punto es esto así que se le asigna al pacto compromisorio como objeto la controversia futura y al compromiso la presente (24). No es necesario. El contrato preliminar puede tener como objeto una controversia que ya existe. Lo que ocurre es que en tal caso carecerá de interés para las partes la interposición de la relación previa y se acudirá a la institución directa del arbitraje.

2.º *Determinación*.—El conflicto objeto de compromiso ha de ser un conflicto específicamente determinado. El conflicto o conflictos, objeto de pacto compromisorio, no requiere esta determinación absoluta y específica. Se deduce del artículo 7. El contrato preliminar de arbitraje no necesita contener la designación del tema controvertido. Puede tratarse, y ello será, como en el caso anterior, normal, de un tema indeterminado. Es además consecuencia lógica de su inexistencia porque si la cuestión aún no existe, no podrá ser determinada. Pero es que aun en el supuesto improbable de que el litigio, objeto del pacto preliminar, fuera ya existente, no necesitaría esta determinación.

Se plantea así un problema agudo: la posible aplicación del artículo 1.273 del Código civil (25). El artículo 1.273 se está refiriendo indudablemente a objetos que son a su vez cosas corpora-

(24) Véanse las definiciones citadas al principio de estas páginas.

(25) El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los interesados.

les, pero nada hace imposible su aplicación a todo objeto contractual. ¿Hemos de entender que esta indeterminación de la discordia futura es una indeterminación absoluta del objeto del pacto que sería por esto inexistente? No puede hacerse una afirmación de esta amplitud. La doctrina, planteándose esta dificultad, propende a considerar necesaria alguna determinación inicial del tema del conflicto (26). Se afirma así que no será válido el pacto que excluya de la jurisdicción ordinaria todas las cuestiones que se planteen entre dos personas (27), como no lo serán tampoco los pactos compromisorios excesivamente amplios. Y se suele decir que es necesario que la cuestión surja de una concreta relación jurídica que se determina e indica (28).

La nueva Ley ha recogido esta orientación doctrinal en el párrafo segundo del artículo 8. «Será necesaria una fijación por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje». El pacto compromisorio no requiere una determinación total del tema controvertido, puesto que por lo general se trata de un tema futuro, pero se requiere una cierta delimitación objetiva. En dos sentidos: se ha de indicar en él la relación jurídica singular de que ha de surgir la discordia; no se pueden recoger en un pacto compromisorio más que conflictos surgidos de una relación jurídica singular.

3.º *Idoneidad*.—Así como los requisitos de existencia y determinación del objeto, esenciales del compromiso, no son de necesaria concurrencia en el pacto preliminar, los requisitos de idoneidad son absolutamente precisos, a pesar de la dicción del artículo 7, según la cual el contrato preparatorio estará sometido a las reglas generales de la contratación. Idoneidad significa aptitud específica del objeto para serlo de un contrato o relación jurídica concreta. Por ello, si la relación que se pretende establecer es la misma en el compromiso que en el pacto compromisorio, la controversia requerirá siempre esta idoneidad, porque así como la existencia y la determinación son cualidades que se pueden alcanzar y de su alcance depende la institución del arbitraje, la idoneidad de la materia, que es invariable, ha de poseerse desde el primer momento. La cuestión sobre la que ha de recaer el arbitraje, ha de ser una cuestión privada y una cuestión sobre la que se pueda válidamente disponer (art. 14). El pacto compromisorio ha de recaer sobre materias de esta índole, siendo, en caso contrario, nulo.

La Ley no menciona las materias indisponibles, ni ofrece un concepto general de indisponibilidad. El artículo 487 de la Ley

(26) Véase CASTÁN: *Derecho civil*, IV, pág. 725, siguiendo a RUGGIERO: *Instituciones*, II, pág. 526.

(27) Es nula la cláusula del Reglamento de una Sociedad que prohíbe a sus socios recurrir a los Tribunales, sin determinar quién ha de decidir las cuestiones que entre ellos se susciten (S. T. S. 24 enero 1900).

(28) RUGGIERO, en el lugar citado. En el mismo sentido, la S. T. S. 6 mayo 1931.

de Enjuiciamiento civil admitió que podía ser sometido al juicio de árbitros o amigables componedores «toda contestación entre partes», sin que se requieran otras condiciones objetivas. Se exceptúan de ello: 1.º, las cuestiones sobre derechos políticos honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre estado civil y condición de las personas; 2.º, todas aquellas en que según la ley deba intervenir el Ministerio fiscal. Del artículo 1.821 del C. c., que hace aplicación al compromiso de lo dispuesto sobre transacción en el artículo 1.814, resulta que no cabe arbitraje sobre las cuestiones referentes al estado civil de las personas, a cuestiones matrimoniales o a alimentos futuros. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido aún más el círculo de cuestiones excluidas. Sobre la base de que según el artículo 1.562 de la L. E. C. el conocimiento de los juicios de desahucio está exclusivamente atribuido a la jurisdicción ordinaria y de que el artículo 487 se refiere a los juicios declarativos, ha excluido del juicio arbitral las cuestiones de desahucio (29).

Vemos así que el derecho anterior, contenido en el C. c. y en la L. E. C., se limitaba a consignar una serie de excepciones, de materias no susceptibles de arbitraje. El derecho actual lo eleva a la categoría de requisito objetivo: disponibilidad. ¿Qué quiere decir cuestión disponible? No puede suponer una aplicación del artículo 1.271 del C. c., ni puede ser sinónimo de comercialidad, porque la comercialidad, sobre ser un requisito general de los contratos de innecesaria repetición, hace referencia a las cosas—cosas que están en el comercio—, pero de ningún modo a las cuestiones litigiosas.

Una materia—una relación jurídica, una situación—es indisponible cuando está fuera del poder individual, cuando no puede ser modificada ni reglamentada por actos del individuo. Se trata indudablemente de relaciones o situaciones en que el individuo está; en este sentido son relaciones o situaciones privadas, individuales. Los actos del individuo no pueden modificarlas; están únicamente sometidas a la ley. Y ello quizá porque se trata de asuntos de interés público que no pueden dejarse al arbitrio privado. Por esta misma razón—su interés público—las cuestiones que en su torno puedan plantearse deben someterse los órganos jurisdiccionales del Estado y no pueden abandonarse a un juicio puramente privado. La fórmula más clara nos la ha dado el artículo 487 L. E. C.: son los conflictos en que haya de intervenir el Ministerio fiscal. Indisponibilidad significa esto: exclusión del poder privado por razón del interés público.

En cualquier caso, lo que importa decir es que la disponibilidad de la cuestión es también un requisito de la cláusula compromisoria y que la cláusula compromisoria que tenga como objeto las

(29) Sentencias T. S. 7 julio 1924, 5 abril 1922 y 21 marzo 1950.

cuestiones que surjan de una relación o situación indisponible—estado civil, etc.—es nula de pleno derecho.

c) *Forma*.—El contrato de compromiso ha de realizarse mediante escritura pública (art. 16). El pacto compromisorio no necesita este requisito; puede realizarse sin solemnidad alguna, bien en un pacto separado, bien insertándose en otro contrato. Esta carencia de solemnidad y la indeterminación inicial del tema son lo que hacen del pacto compromisorio una fórmula útil del tráfico jurídico. Pueden las partes obligarse con anticipación al nacimiento de la controversia y sin necesidad de llenar solemnidad alguna.

La discusión general sobre si el contrato preliminar ha de llenar la misma forma del contrato principal, ha agrupado a la doctrina en dos bandos opuestos: los que entienden que el precontrato no requiere forma especial, aunque la precise el contrato principal y ven en ello su mayor utilidad (30), y aquellos otros que piensan que siendo el precontrato una etapa ya vinculante del contrato proyectado, cuando éste requiera la forma como condición esencial, la necesitará también aquél (31).

Aun sin negar que el contrato preliminar supone la iniciación de toda la compleja relación y da lugar a una etapa ya vinculante, puede admitirse sin dificultad que en esta primera etapa, de tipo previo, no es necesaria la forma solemne que, por el contrario, habrá de cumplirse al pasar a la fase definitiva, esto es, cuando se vaya a penetrar en la vigencia del contrato proyectado. Y es por esta razón por lo que, como ya vimos, la nueva Ley denomina «formalización» al tránsito de la fase previa a la fase definitiva.

IV. EFECTOS DEL PACTO COMPROMISORIO

Los efectos que deben atribuirse al pacto compromisorio están en íntima conexión con el concepto que de él y de la figura general del contrato preliminar se posea. Efectivamente, si se le considera como el pacto mediante el cual las partes se obligan a realizar un contrato de compromiso, cuando las diferencias que se prevén se tornen existentes, no cabe duda que su efecto inmediato es la creación de una obligación recíproca de contratar, cuya cara activa es un derecho también recíproco a exigir la celebración del contrato. Como la celebración del nuevo contrato se verifica mediante la emisión de un nuevo consentimiento, la prestación debida por cada una de las partes es una nueva declaración de voluntad. Se trata de una obligación de hacer, de un hacer personalísimo respecto del cual el deudor no puede ser ni coercido, ni sustituido, de tal manera que si se niega a realizarlo sólo podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios que tal negativa produzca, el

(30) DE DIEGO: *Instituciones*, II, pág. 127 y CASTÁN: *Derecho civil*, IV, página 28 (ed. 1953).

(31) F. DE CASTRO: *La promesa de contrato*, pág. 47.

pacto se hará ineficaz y la solución de la controversia deberá realizarla la jurisdicción ordinaria.

Si se considera que el contrato preliminar abre ya la relación jurídica total, el panorama cambia por completo. Se trata de una relación jurídica que tiene dos fases: una previa o preparatoria y otra final o definitiva. Para pasar de una a otra fase, siguiendo el desarrollo normal de la relación, no es menester realizar un nuevo negocio jurídico, sino simplemente ejercitar el derecho a exigir y realizar los actos que lo hagan posible. En nuestro caso concreto, no será necesario celebrar un nuevo contrato, sino, según la expresión más o menos afortunada de la Ley, formalizar el compromiso. Observemos con mayor rigor todo el juego a que da lugar el pacto compromisorio.

a) *Relación jurídica que crea*.—El pacto compromisorio es, como todo negocio jurídico, un acto que crea una relación jurídica. La relación jurídica creada por el pacto compromisorio es toda la relación arbitral. Ocurre, no importa insistir, que tiene dos fases: prearbitral y arbitraje estricto. Nos corresponde tan sólo examinar el contenido del momento previo y su desarrollo hasta la entrada en el terreno definitivo, donde habremos de abandonar el estudio. El contenido de esta fase previa está formado por un derecho recíproco de ambas partes, cuyo dorso es un deber de las mismas; el derecho y el deber de someter a juicio arbitral las cuestiones surgidas de una determinada relación jurídica. Como consecuencia, «los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido» (artículo 9.º). O en otros términos: cada uno de los contratantes tiene derecho o acción para exigir el cumplimiento de lo pactado y el otorgamiento de la escritura (32).

La obligación que el pacto crea es la de someter las cuestiones que surjan al juicio de árbitros o amigables compondores. La prestación objeto de esta obligación es la de realizar todos los actos necesarios para la institución del proceso arbitral, que son en particular: 1.º, designación de árbitros; 2.º, determinación del tema controvertido; 3.º, otorgamiento de escritura. La prestación, considerada *in genere* puede ser llamada formalización.

Veamos ahora de qué manera puede formalizarse el arbitraje.

b) *Desarrollo voluntario: Formalización privada*.—El examen de lo que llamamos formalización privada del arbitraje no tiene interés. Es simplemente el cumplimiento voluntario de la obligación contenida en la fase previa del arbitraje. Es simplemente el hecho del otorgamiento de la escritura por las partes a solicitud de cualquiera de ellas y la designación de los árbitros y del tema controvertido. Una vez realizado lo cual, el arbitraje, en sentido

(32) Sentencias del T. S. de 28 octubre 1921, 28 abril 1924 y 24 marzo 1947.

estricto, queda plenamente instituido y la controversia sigue su normal curso procesal.

Las normas de derecho tienen como misión resolver los casos patológicos, un poco por modo médico, de la vida jurídica. Por ello es más interesante determinar qué ocurre cuando la fase previa de la relación no ha sido desarrollada voluntariamente, cuando alguna de las partes ha incumplido su obligación de formalizar el compromiso.

c) *Desarrollo necesario: Formalización judicial del compromiso.*—Y llegamos de esta manera al punto clave de toda la construcción del pacto compromisario; clave porque en él es donde se centra y proyecta normalmente todo el debate, y clave también porque las soluciones de la jurisprudencia anterior y de la Ley actual son absolutamente contrarias. La pregunta general es ésta: ¿Qué ocurre cuando el deudor incumple su obligación de formalizar el arbitraje? Veamos separadamente las respuestas:

1.º *Jurisprudencia anterior.*—Un grupo de sentencias, antiguo ya, pareció inclinarse por la posibilidad de formalización forzosa del compromiso, admitiéndose la posibilidad de que el Juez ordene el otorgamiento de la escritura (33) y afirmándose que esta formalización había de realizarse por el cauce de los artículos 2.175 y siguientes de la L. E. C. (34). Quizá el estudio de ello, ante una nueva regulación legal, sea hacer historia del derecho. En ningún caso carecerá de interés y servirá siempre para señalar el estado de cosas que viene a modificar la Ley de 1953.

La aplicación del artículo 2.177 (35) de la L. E. C. a la cuestión estudiada es muy discutible y muy discutida. Esta jurisprudencia antigua que examinamos ahora la admitió decididamente. Cuando las partes convinieron en someter las diferencias al juicio de árbitros o amigables componedores se impone la aplicación de este artículo, sin que sea lícito invocar el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento civil para hacer contencioso el expediente, a no ser que se impugne la validez o eficacia del pacto (36). Sin embargo, este procedimiento es sólo apto para decidir del nombramiento de amigables componedores cuando las partes no se pongan de acuerdo, pero no para discutir las atribuciones que se les han de conferir o las cuestiones extrañas al mero nombramiento (37).

(33) No infringe la Ley del contrato la Sala que ordena otorguen los litigantes la escritura de compromiso a que se obligaron (S. T. S. 21 abril 1892).

(34) Los requisitos del art. 828 L. E. C. son los de la escritura de compromiso, pero no del pacto de otorgarla, el cual, a falta de convenio, ha de ajustarse a los arts. 2.175 y ss. de la L. E. C. (S. T. S. 18 mayo 1892).

(35) Cuando se haya estipulado que la resolución de algún asunto se sujeta a la decisión de amigables componedores, el nombramiento de éstos se hará con arreglo a los trámites establecidos en los artículos precedentes (procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de árbitros en los casos señalados por el C. de c.).

(36) Véase la S. T. S. de 9 junio 1904. En el mismo sentido las de 25 abril 1896 y 18 marzo 1899.

(37) Sentencias del T. S. de 12 febrero 1904 y 15 febrero 1909.

Pronto cambió de sentido la jurisprudencia. El expediente de jurisdicción voluntaria de los artículos 2.175 y siguientes no puede aplicarse a todo caso de cumplimiento necesario del pacto compromisorio. El artículo 2.177 forma parte del título VIII (38) de la segunda parte (39) del libro tercero de la Ley procesal. Este título se refiere al nombramiento de árbitros para los casos en que el Código de comercio, vigente al redactarse la Ley—el de 1829—, imponía forzosamente (40) el arbitraje. El artículo 2.177, tanto por su contenido como por su situación en la Ley, forma un contenido orgánico con estos artículos citados. Al decir «cuando se haya estipulado que la resolución de algún asunto se sujete a la decisión de amigables componedores...», se está refiriendo a alguno de los asuntos mencionados en los artículos precedentes (41). La única diferencia es que los artículos 2.175 y 2.176 hablan de árbitros y el 2.177 contempla el supuesto de que, en lugar de árbitros, como disponía el Código de comercio de 1829, las partes hayan estipulado que sean amigables componedores los que resuelvan estas cuestiones. El procedimiento tiene, pues, un ámbito limitado: se refiere únicamente al nombramiento de árbitros en los casos previstos por los artículos 323, 324, 345 y 989 del Código de comercio de 1829. Derogadas estas normas por el Código de comercio de 1885 y suprimido el arbitraje forzoso que habían establecido, es evidente que las disposiciones adjetivas de aquéllos han decaído (42).

La jurisprudencia posterior hasta el momento de la promulgación de la Ley de Arbitraje ha mantenido una orientación distinta.

Afirma, en primer lugar, que cuando alguna de las partes ligadas por un pacto compromisorio acude a la jurisdicción ordinaria planteando una de las cuestiones comprendidas en dicho pacto, sin haber intentado previamente los medios de concordia que para la ejecución del compromiso impone a los contratantes el artículo 830 de la L. E. C., la parte contraria puede oponer la excepción de incompetencia de jurisdicción, y esta excepción debe prosperar porque el pacto compromisorio produce el efecto de remitir el conocimiento del tema controvertido a los amigables componedores que

(38) Del nombramiento de árbitros y del de peritos en el contrato de seguro.

(39) De los actos de jurisdicción voluntaria en «negocios de comercio».

(40) Diferencias entre los socios y la Sociedad (art. 324); diferencias sobre la partición del haber social (art. 345), y sobre el pago de gastos ocasionados por el salvamento de efectos en caso de naufragio (art. 989).

(41) Nótese, sin embargo, que el art. 2.177 habla de «algún asunto», no de «alguno de estos asuntos», y que puede significar muy bien una norma de remisión. El mismo procedimiento se seguirá en el caso general. La interpretación es, sin embargo, un poco forzada.

(42) MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil* (ed. 1929), tomo VI, pág. 702; PLAZA: *Derecho Procesal civil español*, vol. II, página 755, y con carácter terminante la S. T. S. 16 febrero 1918.

sustituyen en la función de *ius dicere* a los tribunales ordinarios (43).

El caso es completamente distinto cuando se ha requerido sin resultado al contrario para el otorgamiento de la escritura. El incumplimiento del pacto por la resistencia de uno de los obligados al nombramiento de los comunes amigos o por la imposibilidad de llegar a un acuerdo acerca de los puntos que han de ser objeto de la composición, al no ofrecer la Ley medios de coerción que permitan vencer al rebelde obligándole a otorgar la escritura de compromiso, se traduce en la ineficacia del pacto compromisorio y en la consiguiente devolución de jurisdicción a los tribunales ordinarios, aunque quede siempre la posibilidad de sancionar al rebelde condenándole a indemnizar los daños que su incumplimiento haya producido. No hay posibilidad jurídica de que se pronuncie una sentencia condenando al rebelde a otorgar una escritura de compromiso, toda vez que ésta es solemne y personalísima, como se infiere del artículo 795, pues si, al no haber acuerdo en el nombramiento de los árbitros sustitutos, el compromiso queda ineficaz, con mayor razón se producirá esta consecuencia cuando falte el acuerdo para el primer nombramiento (44).

La jurisprudencia adoptaba una doble solución: cuando no se había intentado la celebración del compromiso, los tribunales ordinarios debían declararse incompetentes; cuando se ha intentado sin efecto, el pacto compromisorio queda ineficaz. Esta ineficacia, producida por la sola voluntad de una de las partes, que tenía la obligación precisamente de hacerlo eficaz, daba lugar a que el pacto compromisorio fuera en realidad un instrumento de poca o de ninguna utilidad como camino para llegar a un proceso arbitral. Es este estado de cosas el que encuentra la nueva Ley de Arbitraje y el que intenta resolver.

2.º La Ley ha querido dar al contrato preliminar de arbitraje una eficacia positiva, y admite rotundamente la posibilidad de su ejecución específica; la institución de lo que se llama formalización judicial del compromiso es la de mayor trascendencia de la Ley y permitirá dar a la figura del pacto compromisorio una nueva y utilísima vitalidad (45). Y así establece el artículo 9: «Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo—a cumplir su obligación de instituirse el compromiso, se entienda—o lo hiciere de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al juez pidiendo la formalización judicial del compromiso.»

La solución, como se ve, es radicalmente contraria a la vigente antes de la promulgación de la Ley. Si el deudor incumple su obli-

(43) Véase la fundamental S. T. S. 21 junio 1946. Admiten también en este caso la excepción de incompetencia las Sentencias 7 octubre 1944 y 28 octubre 1921.

(44) Sentencia T. S. 21 junio 1946 ya citada. Vid. también SILVA MELERO: *El compromiso*, R. G. L. y J. 1932, pág. 435 y ss.

(45) Son todas ellas palabras de la *Exposición de Motivos*.

gación de realizar los actos conducentes a la institución del arbitraje, el juez puede condenarle a hacerlo imponiéndole la realización y, en último caso, instituirlo por sí. De este modo, se dice, se obviará definitivamente el obstáculo que hoy supone para la eficacia de estas cláusulas, la consideración de que por tratarse de declaraciones de voluntad, esto es, de un hacer infungible, el juez no puede ejecutarlas específicamente en caso de incumplimiento del obligado.

La dificultad más grave que se oponía a la posibilidad cumplimiento forzoso de la obligación era la creencia de la infungibilidad de la prestación de la declaración de voluntad necesaria para conseguir la formación del nuevo contrato que se proyectó. Todo ello se basa en la doctrina tradicional del precontrato, superada ya. De lo que se trata no es de celebrar un nuevo contrato, porque esto no tendría sentido, sino de instalar la fase definitiva de la relación jurídica. Ello supone una prestación de hacer, de realizar una serie de actos—designación del tema, de los árbitros, otorgamiento de la escritura—que llamamos formalización. Esta formalización, que es, sin duda, una prestación de hacer, no es una declaración de voluntad, ni menos aún una declaración constitutiva de un negocio. Es un acto de cumplimiento de una obligación anterior y, a la vez, un acto de establecimiento de una relación jurídica o, al menos, de una fase de ella. El cumplimiento de la obligación consistirá en un acto declarativo—la designación de árbitros, etc., supone una declaración—, pero en ningún caso lo que la técnica jurídica ha denominado declaraciones de voluntad. Mirado desde esta perspectiva no cabe duda de que la prestación de formalización puede ser impuesta por el juez cuando el deudor no la realice. Más aún que esta formalización necesaria o judicial es el corolario lógico de toda la construcción del pacto compromisorio. Desde un punto de vista de política jurídica se podrá discutir la conveniencia de la admisión legal, de la, digámoslo así, legalización del pacto compromisorio, y se podrán sopesar las ventajas y los inconvenientes a que esta admisión da lugar. Una vez admitido por la Ley, lo ha de ser con todas sus consecuencias necesarias y lógicas, y una de ellas, la más importante, es ésta: la posibilidad de imponer su cumplimiento. Es inadmisibles condenar a la ineficacia un pacto por la simple voluntad del deudor. Hay que propender a ampliar el ámbito de eficacia de las obligaciones abandonando antiguos prejuicios. Siempre que se pueda llegar al resultado apetecido, por cualquiera que sea el camino, deberá admitirse el cumplimiento forzoso. Cuando este resultado sea imposible sin la colaboración del deudor (por ejemplo, si se obligó a hacer una obra de arte, etc.) nos hallaremos ante un verdadero hacer personalísimo. Lo cual debe, naturalmente, ser excepcional. Y no darle rango de regla general a la máxima *nemo ad factum precisse cogi potest*. Por eso debe saludarse esta nueva Ley, que en un punto como éste nos ha brindado la orientación

más plausible y congruente: la imposición, por el procedimiento que señala el artículo 10, del cumplimiento del pacto compromisorio, que abre un horizonte nuevo en un punto donde la ciencia jurídica se hallaba estancada. Ciertamente que esta solución dará lugar a anomalías o dificultades en la práctica; pero, desde un punto de vista exclusivamente teórico, es de rigurosa e irreprochable técnica jurídica, y debe ser alabada.

La adopción en el nuevo Código civil filipino

BLAS PIÑAR LOPEZ

Notario de Madrid

El Primer Congreso de la República de las Filipinas aprobó en su cuarta sesión, correspondiente al 18 de junio de 1949 («Republic Act n.º 386»), un nuevo Código civil (1), que ha sustituido (2) al Código civil español de 1889.

La edición oficial del nuevo Código está redactada en inglés, y no obstante ser idiomas oficiales del país, además del inglés, el castellano y el tagalo, no nos ha sido posible encontrar textos en nuestro idioma.

El nuevo Código civil filipino acusa, como es lógico, la notable influencia anglosajona a que la nación ha estado sujeta durante la dominación norteamericana. Pero así y todo, las líneas fundamentales de la nueva disciplina legal siguen siendo las del Código civil español, cuyo Derecho subsiste sin otras modificaciones que aquellas exigidas por la evolución de los tiempos, las correctoras de algunos principios arcaicos, la solución de dudas todavía endémicas entre nosotros y algunas acomodaciones del sistema. La inmensa mayoría de los artículos de nuestro Código civil, ya de un modo literal, ya con ligeras modificaciones de forma o de concepto, subsisten, aunque traducidos al inglés, en el nuevo Código civil filipino.

(1) Sobre «El nuevo Código civil filipino», pronunció una notable conferencia, en el Colegio de Abogados de Madrid, el día 23 de octubre de 1951, el Presidente de la Comisión Codificadora de Filipinas, don Jorge Bocobo. Puede verse una recensión de la misma en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1952, págs. 222 y s., y su texto íntegro en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, II, págs. 428 y s.

Por su parte, don Manuel S. Enverga, Rector de la Universidad de Luzón, se doctoró el año 1950 en nuestra Universidad Central con una tesis que lleva por título: «El nuevo Código civil de la República filipina».

(2) El nuevo Código entró en vigor el día 1 de julio de 1950, de conformidad con la *vacatio legi* especial establecida para el mismo por su propio artículo 2.º, conforme al cual: «Laws shall take effect after fifteen days following the completion of their publication in the Official Gazette, unless it is otherwise provided *this Code shall take effect one year after such publication.*»

De ello se infiere que un intercambio de puntos de vista entre los juriconsultos de ambos países ha de ser muy útil. Para los filipinos porque siempre han de encontrar en nuestro Derecho, desde el punto de vista histórico, las bases en que se apoyan sus instituciones jurídicas; desde el punto de vista doctrinal, las corrientes de opinión que han surgido en torno a unos preceptos legales que tienen vigencia actual en ambas latitudes, y desde el punto de vista judicial o de aplicación del Derecho, el criterio ponderado de nuestra jurisprudencia.

Para los españoles, el estudio del nuevo texto legal es igualmente útil porque nos enseña de qué modo los preceptos que todavía rigen entre nosotros y cuya aplicación e interpretación se hallan llenas de vacilaciones, han sido corregidos, sustituidos o derogados. Se nos brinda así un ensayo que en este trance de revisiones, parciales a lo menos, de nuestro Código civil, puede sernos de provecho indudable; porque no todas las innovaciones pueden considerarse prudentes y acertadas.

En este camino hemos considerado oportuno fijarnos en la nueva disciplina a que obedece el instituto de la adopción en el Código filipino, y ello no sólo porque a la adopción hemos dedicado un trabajo que quisiéramos ampliar y desarrollar más adelante (3), sino porque siendo la adopción algo vivo en nuestras costumbres, es lógico que conozcamos en qué forma han sido resueltos o han tratado de resolverse los problemas, a veces angustiosos, que la misma plantea en nuestro ordenamiento.

En primer término, llama la atención en el Código filipino que permanezca fiel a la sistemática del Código español, guardando silencio sobre la adopción en el título VIII del libro I, «Paternity and Filiation», y regulándola como uno de los modos de extinción de la patria potestad (núm. 3.º del art. 327) en el capítulo V del título XI. Olvida así la nueva disciplina que la adopción se desenvuelve con independencia de la patria potestad, toda vez que pueden ser adoptados los que no se hallan sujetos a la misma, bien por ser mayores de edad (art. 337), bien porque están sometidos a la «substitute parental authority» (arts. 349 y s. y 340, 2 «in fine»).

Este defecto de enclave sistemático se hace más agudo si se tiene en cuenta que el legislador filipino ha configurado el vínculo adoptivo como un auténtico «status filiationis», como más tarde tendremos ocasión de examinar.

Veamos ahora qué personas, con arreglo a la nueva ordenación, pueden adoptar o pueden ser adoptadas.

El artículo 334, que encabeza el capítulo dedicado a la adopción, establece que «Every person of age, who is in full possession of his civil rights, may adopt». Es decir, que el artículo 334 abro-

(3) *La adopción y sus problemas jurídicos* en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. VIII, págs. 141 y s.

ga la capacidad especial de cuarenta y cinco años exigida por el artículo 173 de nuestro Código, y consagra de modo explícito que el mayor de veintiún años (art. 402) puede adoptar.

Ello no obstante, respetando el viejo aforismo «*adoptio imitatur naturam*», el artículo 337 exige una diferencia de a lo menos dieciséis años entre el adoptante y el adoptado.

No pueden adoptar, a tenor del artículo 335: 1) «Those who have legitimate, legitimated, acknowledged natural children, or natural children by legal fiction (4); 2) The guardian, with respect to the ward, before the final approval of his accounts; 3) A married person, without the consent of the other spouse; 4) Non-resident aliens; 5) Resident aliens with whose government the Republic of the Philippines has broken diplomatic relations; 6) Any person who has been convicted of a crime involving moral turpitude, when the penalty imposed was six months' imprisonment or more.»

Comparando este precepto con su homónimo el artículo 174 del Código civil español, observamos que se conservan sin alteración las prohibiciones de adoptar impuestas al tutor con respecto a su pupilo hasta la aprobación de las cuentas, y a los casados sin el consentimiento de su consorte, que se suprime la de los eclesiásticos, se altera la impuesta a quienes tienen descendencia y se agregan otras tres inspiradas en razones políticas y morales.

En nuestro Derecho, según el número 2 del artículo 174, se prohíbe la adopción «a los que tengan descendientes legítimos o legitimados». En el Derecho filipino vigente esta prohibición, de una parte, se alarga y, de otra, se dulcifica, ya que comprende a quienes tienen «hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o naturales por ficción legal». Se alarga la prohibición, puesto que abarca a quienes tienen hijos naturales reconocidos o naturales por ficción legal, pero se dulcifica, puesto que no se refiere a quien, por haberle premuerto los hijos, tiene tan sólo nietos o ulteriores descendientes.

En efecto, con la palabra «*children*» se hace referencia exclusiva a los «hijos», es decir, a los descendientes del primer grado. Así lo pone de relieve la terminología legal (arts. 887, 889, 895, 979, 984, etc.), que contraponen «*children*» a «descendientes».

Las prohibiciones señaladas por los números 4 y 5 del artículo 335, «extranjeros no residentes» y «extranjeros residentes con cuyo Gobierno haya roto sus relaciones diplomáticas la República de Filipinas», vienen impuestas por razones de carácter político, si bien no llega a comprenderse que si tales razones han sido lo

(4) Aunque el Código no aclara en ninguna parte qué entiende por hijos naturales por ficción legal, creemos que con esta denominación hace referencia a aquéllos que han sido reconocidos solamente por el padre o por la madre, a los que alude el art. 277 reproduciendo literalmente el art. 130 del Código civil español.

suficientemente poderosas para imponer una prohibición de adoptar, nada se indique acerca de la repercusión que en el vínculo adoptivo ya formalizado haya de tener la ruptura de relaciones con el país del adoptante.

De otro lado, si la prohibición de adoptar impuesta al extranjero no residente puede juzgarse como un medio de evitar el «fraude de ley», no se explica un texto tan ampliamente comprensivo que impide la adopción incluso en el supuesto de que el filipino sea la persona adoptada, y viva, desde su nacimiento en el país del adoptante.

Por último, estimamos acertada la innovación del número 6.º del artículo 335. En nuestro ordenamiento, la falta de un precepto similar o de una norma en blanco que se remita total o parcialmente a las causas que inhabilitan para el ejercicio de los cargos tutelares, queda compensada por el recto ejercicio del arbitrio judicial, que, todo considerado y «previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado».

El principio de que nadie puede ser adoptado conjuntamente por más de una persona, y que nuestro Código recoge en el párrafo último de su artículo 174, no aparece en el texto filipino, pero es claro que sigue vigente. Así resulta de la interpretación *a sensu* contrario de la única excepción que el Derecho español admite a ese principio general, y que el nuevo texto reproduce en su artículo 336, al decir que «the husband and wife may jointly adopt».

En cuanto a las personas que pueden ser adoptadas, el artículo 338, en sus números 1 y 2, y el artículo 339, en su número 1, resuelven las dos graves cuestiones promovidas en nuestro ordenamiento vigente en torno a si es posible reconocer a los hijos naturales y a si es necesario o no el consentimiento del otro consorte para la adopción de una persona casada, en el sentido de que pueden ser adoptados por su padre o madre, no sólo el hijo natural, sino también los demás hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, y que no puede ser adoptada una persona casada sin el consentimiento escrito del otro esposo. Con ello, el nuevo Derecho filipino sigue derroteros distintos a los apuntados por nuestra jurisprudencia en ambas cuestiones (Rs. 23 octubre 1947 y Sent. T. S. 30 mayo 1951).

De conformidad con los números 2 y 3 del artículo 339, no pueden ser adoptados «los extranjeros con cuyo Gobierno haya roto las relaciones diplomáticas el Gobierno de la República de Filipinas y las personas que hayan sido ya adoptadas».

La primera prohibición obedece a razones de carácter político, idénticas a las que hemos aludido con anterioridad; la segunda pretende evitar un trasiego continuo de la patria potestad o de la función supletoria de guarda y las modificaciones excesivas del estado civil de la persona.

Queda sin resolver de un modo explícito—y con independencia del supuesto de la adopción por uno de los esposos del hijo de su consorte (art. 338, núm. 3) a que luego aludiremos—si la existencia de otra relación parental distinta a la filiación impide la formalización del vínculo adoptivo.

A favor de la tesis afirmativa puede argumentarse con las normas generales «every person of age... may adopt» y «any person... may be adopted»; con el carácter simplemente aclaratorio y enumerativo del artículo 338 y con el texto literal del artículo 339, que no hace del parentesco impedimento para la adopción.

Habiendo señalado qué personas pueden adoptar y ser adoptadas, veamos ahora los efectos que la adopción produce en el Derecho filipino.

Ya apuntábamos más arriba que el nuevo texto legal, separándose de las normas vagas e indecisas de nuestro Código civil, hace de la adopción un «status filiationis», creando un vínculo que liga tan sólo a los dos elementos personales de la institución; a saber, el adoptante y el adoptado, sin trascender a la familia del primero, que permanece ajena y no queda afectada por el vínculo adoptivo. No desvirtúa esta tesis el hecho de que subsista en el Código civil filipino el «impedimentum adoptionis» (art. 82, núms. 2 y 3) (5) en términos idénticos a los consagrados por el nuestro (art. 84, núms. 5 y 6), toda vez que este impedimento no tiene su apoyo en un vínculo familiar, sino en razones de tipo moral y en exigencias sociales.

La configuración jurídica de este «status filiationis» es, en principio, similar a la filiación legítima. Así resulta del artículo 341, número 1, según el cual «the adoption shall give the adopted person the same rights and duties as if he were a legitimated child of the adopter».

Consecuencia de este principio es, como señala el número 2 del indicado precepto, que «the adoption shall dissolve the authority vested in the parents by nature», la cual se transfiere al adoptante, pues, como dice el párrafo tercero del artículo 311, que produce el párrafo segundo de nuestro artículo 154, «adopted children who are under the age of majority are under the parental authority of the father or mother adopting them...». Esta transmisión de la patria potestad se hace en términos absolutos y produce plenos efectos, tanto con respecto a la persona como con respecto a los bienes del adoptante, por haberse suprimido la norma contenida en el artículo 166 de nuestro Código civil.

De aquí que cuando ambos esposos adoptan conjuntamente

(5) «The following marriages shall also be void from the beginning: 2) Between the adopting father or mother and the adopted, between the latter and the surviving spouse of the former, and between the former and the surviving spouse of the latter. 3) Between the legitimate children of the adopter and the adopted.»

a un menor de edad, el artículo 336, en su segunda proposición, declara que «parental authority shall, in such case, be exercised as if the child were their own by nature». Este ejercicio de la patria potestad, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 311 del Código civil filipino, que modifica el párrafo primero del artículo 154 del Código español, será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, prevaleciendo la decisión de aquél, salvo orden judicial en contrario, en caso de desacuerdo o discrepancia.

A esta declaración, acertada, aunque innecesaria, acerca del ejercicio conjunto de la patria potestad por el matrimonio adoptante, no corresponde, como hubiera sido menester, otra similar para el supuesto de adopción por uno de los esposos del hijo de su consorte, que expresamente prevé y autoriza el número 3 del artículo 338 («The following may be adopted,, 3) A step-child, by the step-father of step-mother»). Al no existir esta declaración, ya consagrada por algunos Códigos modernos (6), habrá que atenerse a los principios generales, a cuyo tenor la patria potestad se desliga del padre o madre, según la naturaleza, para anudarse al padrastro o a la madrastra, que quedarán investidos de la misma (art. 341, núm. 2, y 311, pár. 3.º).

Dijimos más arriba que el criterio de la asimilación de la filiación adoptiva a la legítima es tan sólo aceptado en principio por el legislador filipino. En efecto, si dicha norma hubiera sido aceptada plenamente, habría bastado con la remisión que al artículo 264—reproducción del artículo 114 de nuestro Código civil—lleva implícita al texto del artículo 341, número 1. Pero la realidad es que, omitiendo toda referencia al mencionado artículo 264, el nuevo Código dibuja con fisonomía peculiar los efectos del vínculo adoptivo, de tal forma, que, dejando en pie el derecho y la obligación mutua de exigirse y prestarse alimentos, que parece amparado por la norma general, regula con independencia el derecho al nombre y a la herencia, que, en unión de la prestación alimenticia a que hemos hecho referencia, constituyen la trama de la filiación como estado civil (arts. 264 y 282).

En cuanto al nombre, la adopción «ministerio legis», y no por el juego de la autonomía de la voluntad, como en el artículo 175 del Código civil español, «shall entitle», es decir, facultará «the adopted person to use the adopter's surname». Parece, pues, que el uso del apellido del adoptante por el adoptado es un derecho y no un deber del adoptado. Así lo da a entender no sólo la redacción del texto legal, sino el hecho de que en otro caso no hubiese hecho falta un precepto específico, que viene a constituir una excepción o aclaración a la norma general sobre derechos y deberes proclamado por el artículo 341, número 1.

Ello no obstante, debe entenderse que el uso por el adoptado

(6) Artículo 1.757 del Código civil alemán y 301, p. 3.º del Código de Mussolini.

del apellido del adoptante es un deber del primero y ello por dos razones: en primer término, porque el respeto riguroso a la Gramática nos llevaría a entender que el uso del apellido paterno es también una facultad y no un deber del hijo legítimo (art. 264: «Legitimate children shall have the right: 1.° To bear the surnames of the father and of the mother»), y en segundo término, porque aclarando y complementando lo dispuesto en el núm. 4 del artículo 341, el 365 establece que «an adopted child shall bear the surname of the adopter».

Por lo que respecta a los derechos hereditarios, sorprende que siguiendo la pauta de la proposición primera del artículo 177 del Código civil español, el texto filipino proclame en su artículo 342 que «the adopter shall not be a legal heir of the adopted person, whose parents by nature shall inherit from him». Decimos que sorprende este artículo porque el temor a adopciones interesadas que justifica en Derecho español, no sólo esta eliminación del adoptante como heredero abintestato o legitimario del adoptado, sino también el hecho de que aquél, no obstante quedar investido de la patria potestad del menor adoptado, no tenga en ningún caso el usufructo de los bienes de este último, correspondiéndole la administración en el solo caso de que asegure con fianza sus results a satisfacción de las personas que deban concurrir a la adopción, ha sido descartado por el Código de Filipinas al suprimir el artículo 166 del español y consagrar como norma el principio de la asimilación del hijo adoptivo al hijo legítimo (art. 341, núm. 1).

La norma contenida en el artículo 342 aparece confirmada por el artículo 984 conforme al cual «in case of the death of an adopted child leaving no children or descendants, his parents and relatives by consanguinity and no by adoption, shall be his legal heirs».

Desde el punto de vista del adoptado con relación al adoptante, el artículo 344, a nuestro juicio totalmente superfluo, dice que «the adopter may donate property, by an act «inter vivos» or by will, to the adopted person, who shall acquire ownership thereof».

Más importante es la declaración contenida en el número 3 del artículo 341, según la cual «the adoption shall make the adopted person a legal heir of the adopter». De aquí parece deducirse que el adoptado es tan sólo heredero legal, es decir, heredero abintestato del adoptante, pero no legitimario o heredero forzoso del mismo, con una postura similar a la de los hermanos y sobrinos del ordenamiento sucesorio español. Avala esta hipótesis el hecho de que el número 3 del artículo 341 está concebido también como una excepción aclaratoria al principio de asimilación antes apuntado; y la circunstancia de que esta calificación única del adoptado como heredero legal contrasta con la doble alusión que tratándose de los hijos legítimos hace el número 3 del artículo 264 (núm. 3 del art. 114 del C. español): «to the legitimate and other successional rights which this Code recognizes in their fa-

vor». Además, al adoptado no se le cita en la relación de herederos forzosos que contiene el artículo 887, ni se hace al mismo alusión alguna en los preceptos que el nuevo Código dedica a la regulación de la legítima, por contraposición a lo que sucede en la disciplina legal sobre la herencia intestada, en la que el párrafo segundo del artículo 979, completando el artículo 531 del Código español establece que «an adopted child succeeds to the property of the adopting parents in the same manner as a legitimate child».

Esta tesis, sin embargo, no puede ser mantenida, no sólo por suponer una desviación demasiado notable del principio de asimilación, sino porque la frase «legal heir» empleada por el número 3 del artículo 341 debe entenderse en un sentido amplio, comprensivo de las dos relaciones hereditarias que tienen su apoyo en la ley (la legitimaria o forzosa y la abintestato). Así se infiere, por otra parte, del artículo 343, cuyo texto, que en seguida vamos a estudiar, tiene una importancia decisiva para fijar el «quantum» de la participación hereditaria del hijo adoptivo.

Sentado, pues, que el hijo adoptivo es no sólo heredero legal, sino también heredero forzoso del adoptante, veamos cuáles son los derechos hereditarios concretos que en uno y otro caso le corresponden.

Como heredero forzoso parece evidente, dada la norma general del número 1 del artículo 341, que la legítima del hijo adoptivo será igual a la del legítimo, que consiste, a tenor del artículo 888 que modifica, ampliando la libertad de testar, el artículo 808 del Código español—, «of one half of the hereditary estate of the father and of the mother».

Tal es, indudablemente, la solución para el caso de que el causante no deje más que hijos adoptivos. Pero ¿qué ocurrirá en el supuesto de que concurra el adoptado con descendientes legítimos, legitimados o naturales del adoptante o con los padres o ascendientes de este último?

Esta última posibilidad ha sido prevista de un modo expreso por el artículo 343, según el cual «If the adopter is survived by legitimate parents or ascendants and by an adopted person, the latter shall not have more successional rights than an acknowledged natural child», cuya legítima en concurrencia con aquellos consiste, según el artículo 896, en «one—fourth of the hereditary—estate to be taken from the portion at the free disposal of the testador». Es decir, que a los padres o ascendientes del adoptante corresponderá, en concepto de legítima, y a tenor del artículo 889, la mitad del haber hereditario del adoptante y al hijo adoptivo, una cuarta parte de dicho total haber, sacado de la mitad de libre disposición.

Ahora bien, ¿qué sucederá en el caso, no previsto por el Código filipino, de que el adoptado concurra con descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante?, por-

que si realmente es cierto que no pueden adoptar las personas que tienen la descendencia indicada (art. 335, núm. 1), también es cierto que la adopción ya perfeccionada no se extingue ni queda sin efecto por la circunstancia de sobrevenir dicha descendencia al adoptante. Que el advenimiento de esta descendencia no extingue la adopción lo ponen de relieve los artículos 347 y 348 del Código filipino, y que la posibilidad de la concurrencia puede darse aparece en el artículo 82, número 3, que prohíbe el matrimonio «between the legitimate children of the adopter and the adopted».

A nuestro juicio, es evidente que en este caso de concurrencia la legítima del adoptado no puede ser igual que la del hijo legítimo, ya que si la línea recta descendente es la preferida arts. 887, número 1, y 978), esta norma de preferencia debe ser mantenida a todo trance, máxime cuando en el supuesto de concurrir el adoptado con ascendientes del adoptante, se salvan los derechos legítimos de estos últimos, y se reducen los del hijo adoptivo en la medida que acabamos de examinar. La línea recta descendente no puede, como es natural, ser de peor condición que las ascendente.

Si con arreglo a esta pauta es preciso admitir que la existencia de descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos no elimina la participación legitimaria del adoptado, resulta lógico igualmente suponer que dicha participación no será igualitaria («concursum partes fiunt»), toda vez que al principio de asimilación se opone el criterio del artículo 343.

Este artículo, aplicado por analogía y que marca, sin duda, el criterio aceptado por el legislador en esta materia, nos lleva a entender que en caso de concurrencia de hijos legítimos o legitimados con adoptivos, a éstos corresponderá la misma legítima que a los hijos naturales; es decir, a tenor del artículo 895, «one half of the legitime of each of the legitimate children or descendants», la cual, según el artículo 888, consiste, como ya dijimos, en una mitad del haber hereditario del padre y de la madre.

En el caso de que la concurrencia sea de hijos naturales reconocidos y de hijos adoptivos, no aparece claro cuál debe ser la solución, apuntándose dos muy distintas: la de participación igual en la legítima (arts. 343 y 901), que equipara a estos efectos hereditarios ambas filiaciones, y que parece estar más de acuerdo con la exigencia de no hacer inferiores los lazos de sangre a las puras ficciones de ley, y la que, partiendo del principio de la asimilación de la filiación adoptiva a la legítima, no exceptuada aquí, entiende que deben aplicarse los artículos 888 y 895, y no el 901, de tal forma, que la legítima del adoptado, como la del hijo legítimo, sea la mitad de la herencia y la del hijo natural la cuarta parte de la misma. Abunda esta última tesis el hecho de que, de no entenderse así la asimilación del adoptado al hijo legítimo, no se operaría tratándose de derechos legítimos más que en el supuesto de concurrencia con ilegítimos o naturales del adop-

tante, convirtiéndose el principio, prácticamente, en una excepción.

Por lo que respecta a la sucesión intestada, el párrafo segundo del artículo 979, que completa lo dispuesto en el artículo 931 del Código civil español, declara que «an adopted child succeeds to the property of the adopting parents in the same manner as a legitimate child», o sea que el hijo adoptivo excluye a los padres y ascendientes legítimos del adoptante. No cabe, sin embargo, el derecho de representación a favor de los descendientes del adoptado, tanto por los términos en que aparece redactado el párrafo segundo del artículo 979, que se refiere de un modo exclusivo al «adoptado», como por el hecho de venir concedida la adopción como un vínculo que liga personalmente al adoptado con el adoptante.

Pero ¿qué sucederá cuando el hijo adoptivo concorra con hijos o descendientes legítimos del adoptante? De conformidad con el párrafo segundo del artículo 979, debe compartir la herencia «in capita» con los primeros (art. 980), igual al 932 del nuestro, e «in stirpes» con los segundos (art. 981, que modifica ligeramente el artículo 934 del Código español).

A esta tesis puede oponerse el criterio apuntado por el artículo 343 que, como norma especial, en que se prevé la concurrencia, debe preferirse al principio general proclamado por el párrafo segundo del artículo 979, y que por hablar de «successional rights» abarca a la herencia intestada. De prosperar esta interpretación, en cuyo apoyo militan las razones antes expuestas, habrá de considerarse al hijo adoptivo como hijo natural, aplicándose el artículo 983, conforme al cual «If illegitimate children survive with legitimate children, the shares of the former shall be in the proportions prescribed by article 895», cuyo texto ya conocemos.

En materia de derechos sucesorios del adoptado, la nueva disciplina legal instaurada por el Código filipino no es demasiado feliz, y si ciertamente se han suprimido los vidriosos y erizados problemas planteados por el artículo 177 del Código civil español, ha puesto en pie otros de no menor entidad jurídica y, en ocasiones, de gran trascendencia económica.

Si tales son los efectos que la adopción produce en el nuevo ordenamiento filipino, veamos ahora cómo surge o se perfecciona la adopción y cómo fenece o se extingue el instituto.

En primer lugar, para que el vínculo llegue a constituirse, es preciso una concurrencia de voluntades. De un lado, y como es lógico, la del adoptante y, de otro, la del adoptado. Ahora bien, desde el punto de vista del adoptado, el artículo 340 establece que «The written consent of the following to the adoption shall be necessary: 1) The person to be adopted, of fourteen years of age or over. 2) The parents, guardian or person in charge of the person to be adopted» (7). Conjuga este precepto lo ordenado

(7) Está claro, sin embargo, que si la persona que ha de ser adoptada tiene menos de catorce años, sus padres o personas a quien se ha encomenda-

en el artículo 1.831 de nuestra ley procesal con el artículo 178 del Código civil, pero sin especificar si ese consentimiento debe prestarse tan sólo en el expediente a que alude el artículo 345 (8) o ha de renovarse con eficacia institucional en un instrumento fehaciente, como ocurre en Derecho español.

Un examen sistemático del nuevo Código filipino permite, sin embargo, suponer que la escritura pública, como requisito de esencia o de forma, ha sido suprimida, y que la adopción se perfecciona y el vínculo surge al publicarse la resolución judicial.

La norma contenida en el artículo 346, «the adoption shall be recorded in the local civil register», que nada aclara acerca de la naturaleza del documento en que la adopción se recoge, es preciso completarla con lo dispuesto acerca de dicho «civil register» en el título XVI del libro I, cuyo artículo 407 dispone, en efecto, que «acts, events and *judicial decrees* concerning the civil status of persons shall be recorded in the civil register», añadiendo el 408 que «the following shall be entered in the civil register: 8) adoptions», y el 409, que «in cases of... adoption... it shall be the duty of the clerk of the court which issued the decree to ascertain whether *the same* has been registered, and if this has not been done, to send a copy of said decree to the civil registry of the city or municipality where the court is functioning».

Se aproxima así el nuevo Código civil filipino, en el orden doctrinal, a la tesis de RUGGIERO y CICU, que hacen de la resolución judicial acto constitutivo de la adopción, y en el orden positivo, al Código italiano de 1942 (arts. 298, 313 y 314).

Por lo que respecta al término de la adopción, el Código filipino habla de «rescisión» y de «revocación» de la misma. En todo caso, ni la rescisión ni la revocación quedan a merced de la autonomía de la voluntad, sino que han de ser solicitadas, concedidas y decretadas por la autoridad judicial.

«The adopter—dice el artículo 348—*may petition the court for revocation* of the adoption in any of these cases: 1) If the adopted person has attempted against the life of the adopter. 2) When the adopted minor has abandoned the home of the adopter for more than three years. 3) When by others acts the adopted person has definitely repudiated the adoption», fórmula amplia esta última que permite a los tribunales una gran libertad de movimientos.

Por su parte, el artículo 347 dispone que «a minor or other incapacitated person may, through a guardian *ad litem* ask for the

do legalmente su guarda, asumen su representación legal y prestan en su nombre el consentimiento necesario para la adopción. Si la persona que ha de ser adoptada tiene más de catorce años y menos de veintiuno, el legislador la estima con capacidad menos plena de obrar; por eso el consentimiento constitutivo de la adopción lo presta ella misma, aunque complementado por la autorización de los padres o personas investidas de su guarda.

(8) «The proceedings for adoption shall be governed by the Rules of Court insofar as they are not in conflict with this Code.»

rescission of the adoption on the same grounds that cause the loss of parental authority».

De la exégesis de este precepto no puede deducirse que los adoptados mayores de edad no puedan pedir la rescisión del vínculo adoptivo. Las mismas razones que abonan el número 3 del artículo 348, en materia de revocación por el adoptante, pueden esgrimirse a favor de la acción rescisoria del adoptado, máxime si se tiene en cuenta que la extinción del vínculo es más grave en cuanto a sus efectos para el adoptado que para el adoptante.

La subsistencia del curador «ad litem» con su denominación clásica es un acierto del Código filipino, haciendo entrar en función su figura para ejercitar contra el adoptante la acción rescisoria de la adopción.

Conjugando el artículo 347 con los preceptos contenidos en el capítulo IV del título XI, es decir, con el capítulo que trata del «extinguishment of parental authority», parece claro que, siendo menor el adoptado, tienen pleno vigor las disposiciones sobre suspensión, pérdida y privación total o parcial de la patria potestad contenidas en los artículos 330, 331 y 332, análogos a los artículos 169 a 171 de nuestro Código civil. Con arreglo a dichas disposiciones, el vínculo adoptivo, como los demás vínculos de filiación, siguen subsistiendo, y es sólo la patria potestad la que resulta afectada.

Pero, sobre ello, el artículo 347 concede un «plus»; a saber: la posibilidad de que el vínculo se extinga en los casos que el artículo 330 considera como de pérdida de la patria potestad, es decir, «when by final judgment in legal separation proceedings such loss of authority is declared».

Lo que no se comprende es cómo, tratándose de un incapacitado mayor de edad, que no está sujeto a la «parental authority», puede ejercitarse la acción rescisoria de la adopción prevista en el artículo 347. Dificilmente pueden imponer los tribunales la pérdida de una patria potestad que no existe, y si solamente cuando se impone su pérdida, puede pedirse la rescisión del vínculo adoptivo, es claro que el artículo 347, en cuanto hace referencia a los incapacitados, parece, en principio, totalmente inoperante.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Inauguración del curso en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El día 24 de noviembre de 1954 tuvo lugar en el salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos la Solemne Apertura del curso 1954-1955. Ocupó la presidencia el Excelentísimo señor Ministro de Justicia, señor Iturmendi, acompañado del Presidente del Tribunal Supremo, señor Castán Toñeñas; del Excelentísimo y Reverendísimo señor Obispo de Astorga, doctor Mérida; Director y Secretario del Instituto, señores Arcenegui y García Gallo, etcétera.

Comenzó el señor García Gallo refiriéndose a la labor del Centro durante el pasado curso, en sus diversos aspectos: seminarios, conferencias, publicaciones, incremento de fondos, función asesora y servicio de biblioteca.

A continuación, el ilustre procesalista doctor Guasp Delgado desarrolló la lección inaugural del curso sobre el tema

EXACTITUD Y DERECHO

La conferencia con que el doctor Guasp obsequió al auditorio puede calificarse de modelo de lo que debe ser una disertación oral perfecta desde el punto de vista formal. El núcleo de su lección consistió en esta idea: Contra lo que es creencia general, afirmó que el Derecho, la ciencia del Derecho, es una ciencia exacta. Su inexactitud, su pretendida flexibilidad, es consecuencia de elementos o circunstancias extra o metajurídicos de los que el verdadero jurista debe querer y saber prescindir para elaborar la nueva ciencia del Derecho; esa ciencia del Derecho que el ilustre profesor propugnó en su conferencia. De esta manera se podrá hablar de leyes jurídicas fatales, exactas, necesarias, de la misma forma que se habla hoy de las leyes físicas o de leyes económicas.

Señaló el conferenciante las dos pretendidas razones en que podría fundamentarse esa falta de exactitud que se ha venido predicando de la ciencia del Derecho. Estas dos razones son, a su juicio, equivocadas: a) Porque la ciencia del Derecho se ha fijado en las leyes y no en los hechos. Critica tal proceder indicando que el Derecho es ante todo una ciencia de «relaciones» b) Por el carácter que tradicionalmente se ha atribuido a la Ley como objeto de la ciencia del Derecho. Aunque los filósofos se han esforzado en distinguir dos esferas: la del «ser» (o de la ley física o natural) y la del «deber ser» (o de la ley jurídica), tal distinción no puede aceptarse a juicio del conferenciante. Con ingeniosos y abundantes ejemplos apoyó su afirmación de que el

Derecho debe considerarse también como perteneciente a la esfera del «ser»: para él la ciencia del Derecho, la nueva ciencia del Derecho a que su disertación pareció aspirar, no ha de ser una ciencia del «deber ser», sino una ciencia del «ser», expresiva de relaciones fatales, exactas y necesarias. Para el profesor Guasp las relaciones jurídicas expresan relaciones de fatalidad, relaciones necesarias, relaciones que han de ocurrir de forma «exacta» dentro del campo estrictamente jurídico. No cuenta en ellas la intervención de la voluntad: si tal voluntad interviene, estamos ya fuera del ámbito jurídico.

Llegado a este punto es cuando manifestó el disertante que el Derecho quedaría automáticamente enmarcado en el campo del «ser», y no el del «deber ser», con sólo aislarle de todo lo extrajurídico. De esta manera, continuó el profesor Guasp, el Derecho deja de ser una ciencia valorativa, para convertirse en una ciencia puramente descriptiva. Su significado será el mismo que ha de atribuirse a toda la ciencia actual: su pretensión sistemática. El Derecho debe ser o aspirar a ser una integración de conceptos que se agotan en el sistema, pero construido sólo a base de elementos exclusivamente jurídicos.

Esta nueva ciencia del Derecho, a cuya defensa dedicó el conferenciante su envidiable habilidad dialéctica, debe apoyarse en el realismo jurídico, y su sistema debe construirse a base de la indagación del hecho social y a base de la lógica. Resulta así que la ciencia del Derecho debe tener un pie en la sociología y otro en la lógica y en la gramática. Para la elaboración de esta nueva ciencia jurídica propugnó el señor Guasp la utilización de los postulados, todavía vírgenes, del neopositivismo vienés. Terminó el conferenciante su brillante disertación manifestando que la ciencia del Derecho debe dar a sus cultivadores el siguiente consejo: «Sed juristas, pero no queráis ser dioses.»

No cerramos esta reseña con la coletilla de costumbre, de que el conferenciante fué muy aplaudido. Los aplausos, como otorgados mecánicamente, nada significan. Significan mucho, en cambio, y demuestran claramente el contenido innovador de su lección los encendidos y opuestos comentarios que provocó en el auditorio la disertación del profesor Guasp Delgado.

Carlos MELÓN INFANTE

II. NOTAS CRITICAS

Las uniones meramente civiles contraídas al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, ¿deben disolverse? (1)

SUMARIO: El conflicto entre la legislación civil y la canónica.—Soluciones propuestas.—Posición que adopta Monseñor León del Amo.—Conclusiones críticas.

I

La firma del Concordato entre la Santa Sede y el Gobierno español ha puesto de actualidad en la doctrina patria los problemas de derecho matrimonial, y singularmente aquellos en los que existe fricción entre el fuero civil y el canónico. Tal sucede con los matrimonios meramente civiles—es decir, no precedidos o seguidos del matrimonio canónico—contraídos por católicos al amparo de la ley de 28 de junio de 1932.

A nadie se oculta la gravedad del problema: quienes contrajeron matrimonio meramente civil durante la vigencia de aquella ley republicana, y antes de su derogación por el artículo 1.º de la ley de 12 de marzo de 1938 no obtuvieron el divorcio vincular, se encuentran ahora con que su unión civil es indisoluble por haberse derogado también la ley de Divorcio; por otro lado, como el matrimonio exclusivamente civil es para la Iglesia católica simple concubinato, resulta que aquellos cónyuges «civiles» conservan íntegra su facultad de contraer matrimonio canónico con otra persona. Pero si lo contraen, este matrimonio no produce efectos civiles (artículo 51 del Código civil), de modo que los hijos—legítimos para el Derecho canónico (canon 1.114)—tendrán la consideración de adulterinos: más aún, pueden incurrir en responsabilidad criminal los mismos cónyuges (artículo 471 del Código penal) y el sacerdote autorizante (artículo 478 del mismo) (2).

El conflicto es evidente y, a simple vista, extraño. Porque ¿no dice el artículo 1.º del Concordato que «la religión católica, apostólica, romana sigue siendo la única de la nación española, y gozará de los derechos y de las pre-

(1) Monseñor LEÓN DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean*, Edit. RDP., Madrid, 1964. Cfr. también un artículo sobre el mismo tema del propio autor en el número de junio de la RDP., 1964.

(2) Respecto del sacerdote, la instrucción del correspondiente sumario precisaría ahora del consentimiento del Ordinario, a tenor del art. 16, párrafo 4, del Concordato. Confróntese también la Circular de la Presidencia de la Inspección Central de Tribunales de 28 de enero de 1964.

rogativas que le corresponden en conformidad con la ley divina y el *Derecho canónico*; y el artículo 23, que «el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del *Derecho canónico*»? ¿Qué puede y debe hacer el Estado español actual para eliminar semejante conflicto?

II

Principalmente han sido canonistas los que se han hecho eco de esta cuestión, sin duda porque es en las Curias eclesiásticas donde el problema se plantea con toda su crudeza.

Insistentemente ha llamado la atención sobre él el R. P. EDUARDO FERNANDEZ REGATILLO, S. J.; este ilustre autor viene a distinguir (3) entre aquellos matrimonios civiles contraídos en el período republicano hasta el comienzo de nuestra guerra de liberación, de aquellos otros que se celebraron en zona roja. De estos últimos dice que, en cuanto al consentimiento, debe presumirse su existencia y suficiencia, y en cuanto a la forma, deben darse por válidos en el fuero canónico por concurrir las circunstancias en que el *Codex Iuris Canonici* admite la forma extraordinaria (canon 1.098); y en el mismo sentido resolvió el Santo Oficio, en respuesta de 9 de junio de 1943 al Vicario general de Tarragona. El problema, pues, se centra en aquellas uniones meramente civiles contraídas al amparo de la ley de 28 de junio de 1932, hasta el 18 de junio de 1936.

Así plantea la cuestión y la resuelve el ilustre Decano de la Pontificia Universidad de Comillas:

«Muchísimas veces—nos dice (4)—ha sucedido que los casados civil y no canonicamente ni quieren legitimar su unión ante la Iglesia ni quieren vivir juntos, sino contraer matrimonios válidos con otras personas. Esto es posible por la ley eclesiástica, imposible por la civil.

Claro está que para arreglar según Dios las uniones civiles el remedio mejor es que los así unidos contraigan matrimonio canónico entre sí, como aconsejó el Santo Oficio a los Prelados españoles, en comunicado de la Secretaría de Estado de 4 de febrero de 1942; pero esto a veces es imposible, por mediar impedimentos dirimientes que la Iglesia no puede o no suele dispensar, como el del vínculo matrimonial, de orden sagrado, de voto solemne; otras veces, porque ya se han separado de hecho y viven en concubinato con terceras personas, con las cuales quisieran contraer matrimonio.

Es preciso buscar una solución a este problema que tortura a tantas conciencias y causa penosas preocupaciones a los párrocos. *El remedio sería una ley de divorcio en que se declarase disoluble el vínculo meramente civil de los matrimonios civiles contraídos durante la vigencia de la ley republicana.*»

Firmado el Concordato, insiste en su solución, si bien apunta ahora tímidamente otro posible medio de resolver aquel problema. «Esta sería la ocasión—escribe (5)—en que desaparecieran tales conflictos de un modo termi-

(3) En su estudio sobre *La nulidad del matrimonio por defecto de forma*, incluido en el volumen *Las causas matrimoniales*, Salamanca 1953, págs. 424 y 427.

(4) Loc. cit., págs. 427 y 428.

(5) *El matrimonio canónico en el Registro del Estado*, «Ecclesia», núm. 642, 1953. II, página 514.

nante. Digo terminante porque *hasta cierto punto el conflicto está resuelto en el artículo 24, número 4, del Concordato...*

Precioso y riquísimo reconocimiento. En virtud de él, si el Obispo o el Vicario general, o el Párroco en inteligencia con su Ordinario diocesano, autoriza uno de esos matrimonios conforme a las leyes de la Iglesia, la autoridad judicial del Estado tendrá que inscribirle en el Registro, y tal matrimonio surtirá plenos efectos civiles.

Pero, como decimos, parécenos procedente que se perfeccione la ley de 23 de septiembre de 1939» (6).

También Eloy Montero Gutiérrez se ha ocupado de esta cuestión, sosteniendo (7): «Estos matrimonios podrían ser declarados nulos a instancia de uno de los contrayentes siempre que fuese acatólico.

Podía alegarse como causa de nulidad el haber excluido uno o ambos contrayentes la perpetuidad del vínculo, llevando al matrimonio la intención expresa de divorciarse si el llamado matrimonio civil resultaba desgraciado o por cualquier otra causa razonable.

Los hijos nacidos de esas uniones gozarían del mismo estado y derechos de que gozasen al decretar la nulidad del llamado matrimonio civil de sus padres.

Juez competente y procedimiento: el que estableciese el Gobierno; pero siempre que el procedimiento sea rápido y casi sumario».

III

Un primer acierto del libro que motiva estas líneas es su enfoque general. Casi siempre que se tocaba este tema se hacía pensando en una determinada clase de uniones civiles. Mons. León del Amo arranca de la primera ley de Matrimonio civil, dictada en nuestra Patria, y estudia todos los posibles supuestos en que pueden darse uniones civiles válidas e indisolubles, que el Derecho canónico no reconoce por tales. Sus conclusiones vendrán reforzadas, por tanto, con la experiencia obtenida desde 1870 en nuestra Patria, y significarán una lección y una llamada de atención para el futuro, siendo de esperar que no caiga en el vacío y se eviten semejantes conflictos por falta de concordancia entre las legislaciones civil y canónica.

Señalemos que, además de exponer y razonar su opinión sobre la cuestión fundamental que da título a la obra, el autor toca, con indudable acierto, otras cuestiones que el Concordato suscita; por ejemplo, la obligatoriedad de la forma canónica del matrimonio (8) y el sentido que debe darse a la expresión

(6) A continuación el ilustre jesuita inserta el proyecto de esa posible ley de divorcio que propugna.

El subrayado es nuestro, tanto en esta nota como en la anterior.

(7) *El nuevo Concordato español*, Madrid, 1954, págs. 155-156, citado por DEL AMO, página 67, nota, 12.

(8) En nuestro trabajo sobre *Matrimonio civil de acatólicos*, ADC., VII-1.º, pág. 145, después de pasar revista a diversos artículos del Concordato, hemos dicho que «por parte del Estado español se han aceptado las normas matrimoniales canónicas, en lo referente a las personas que están sujetas a esa forma de matrimonio canónico, que será el único que producirá efectos civiles para las mismas. Queda, pues, reservado el matrimonio civil

«matrimonio mixto», que aparece en el protocolo final del artículo 23, letra C), del mismo (9).

En nueve capítulos se ocupa de las siguientes cuestiones: El problema de los matrimonios civiles, indisolubles ante la ley del Estado e inválidos ante Dios. Los matrimonios civiles, según la Ley de 1870. El matrimonio civil en el artículo 42 del Código civil. La derogación de la ley republicana sobre el divorcio vincular. El problema de los matrimonios civiles celebrados durante la República. Los obligados a la forma canónica del matrimonio en la legislación vigente. Nuestro Concordato vela por la validez del matrimonio. Lo concordado sobre la forma del matrimonio. La ejecución de lo concordado.

Concretándonos a la cuestión de los matrimonios civiles contraídos durante la segunda República, diremos que, en primer lugar, el autor discute su verdadero número (10); luego, ofrece una razonada—y razonable—solución al conflicto expuesto, finalizando con la exposición de los argumentos que, a su juicio, se oponen a las tesis sustentadas por los canonistas antes mencionados.

«Observa Del Amo que no hay razonable motivo para dar a los conflictos de hoy una solución distinta de aquella que la Iglesia dió y quiso dar a los conflictos de ayer. En efecto, al derogarse la Ley de Matrimonio civil de 1870, «ni los Papas, ni los Obispos, ni los teólogos o canonistas de aquel entonces pidieron jamás a las autoridades civiles que dieran ellas una ley de divorcio u otra ley civil en cuya virtud los matrimonios civiles contraídos al amparo de la ley secular, o se pudiesen disolver a petición de los cónyuges, o sin petición de nadie, todos aquellos matrimonios inválidos por falta de forma canónica, quedasen de hecho anulados.

De haberlo hecho así la Iglesia por sus representantes, el Estado aquel

para quienes están excluidos de la forma matrimonial canónica. Confirmase así el sistema de matrimonio civil, y que por una defectuosa terminología no llegó a consolidar en toda su pureza». Tesis que comparte Monseñor. LEÓN DEL AMO (págs. 133-135).

Sin embargo, el autor no le parecen bien estas palabras nuestras: «De las disposiciones transcritas (las correspondientes concordatorias) no resulta directa ni indirectamente (el subrayado es suyo) ningún principio en materia de sujetos obligados al matrimonio civil» (loc. cit., pág. 143). Quizá ha habido por nuestra parte imprecisión gramatical, pero bastaba leer nuestro trabajo hasta el final para comprobar que llegábamos a idéntica conclusión que el autor. Por otro lado, hay que reconocer que si el Concordato, en el artículo 23, hubiera tenido un segundo párrafo de este o parecido tenor: «El Estado español no reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado infringiendo las normas del Derecho canónico», las dudas desaparecerían y no sería preciso acudir a deducciones lógicas.

(9) «Cree el autor que el Concordato por matrimonio mixto entiende aquí el «que contraen los católicos (bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma) con los acatólicos, estén bautizados o no» (pág. 137).

Cfr. el amplio estudio de G. BARBERENA, TOMÁS. *Matrimonios mixtos*, en ADC., VII-1.ª, página 3 y ss.

(10) «No debemos llamar *muchísimos*—nos dice (pág. 56)—en una sociedad de treinta millones de habitantes a docena y media de casos, con verdadero conflicto de conciencia por la indisolubilidad de su vínculo civil. Realmente, no es conflicto el que haya muchos de los casados sólo civilmente que no quieren vivir juntos y que pretenden vivir maritalmente con otra persona, deseando, si fuera posible, legitimar esa situación última. Eso ocurre también a no pocos casados canónicamente, los cuales tampoco quieren vivir juntos y tienen relación con otra persona. Y, si fuera posible, legitimaban sus relaciones.»

Sería del mayor interés que, ante la falta de datos estadísticos, se hiciera una encuesta en todas las Curias diocesanas españolas acerca del número de casos, circunstancias concurrentes, etc. que han tenido.

revolucionario se hubiera asombrado, porque él, consultando al pudor y a las buenas costumbres, consideraba un hecho de grave escándalo y de mucha trascendencia el permitir un segundo matrimonio subsistiendo el primero, dada la conveniencia suma de la indisolubilidad del vínculo.

Y si le hubieran hecho la petición de facilidades para disolver los primeros matrimonios civiles, en orden a que esos casados pudieran dejar su hogar y formar otro con personas distintas, entonces el asombro hubiera llegado al sumo, porque ellos pensaban que «en la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial descansa como sobre base necesaria la moralidad del hogar» (11).

El nuevo Estado, al derogar la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, «cumplió con su deber», «no ha lesionado derechos de nadie» y «su posición es correcta lo mismo jurídica que moralmente»; además, «aflojar lo más mínimo en lo tocante a indisolubilidad del matrimonio sería altamente nocivo para el bien público» (12).

A falta de ley de divorcio—prosigue el autor (13)—ofrecemos dos soluciones: una que llamo general, para el común de los casos, y otra que podemos decir particularísima, para casos concretos de circunstancias singularísimas.

La solución general no puede ser otra que la de legitimar la unión civil celebrando entre sí matrimonio canónico; es la mejor solución porque con ella todo queda arreglado, con el debido respeto a los derechos de la mujer, de los hijos y de los intereses comunes de la Iglesia y del Estado; es la solución tradicional en nuestra Patria, y la que mejor se ajusta a las instrucciones de la Santa Sede. Si los interesados, o no quisiesen resolver así el conflicto, o no pudiesen por causa de impedimento, entonces la solución sería que sin ulterior matrimonio viviesen separados.

Esta solución general se contrasta con las posibles situaciones en que pueden hallarse los unidos civilmente durante la República. Puede suceder: 1.º Que no tengan impedimento alguno canónico que obste a la subeancación canónica de su matrimonio. 2.º Que tengan entre sí impedimento dispensable. 3.º Que no habiendo impedimentos jurídicos exista imposibilidad que podamos llamar psicológica, de reconciliación o de revalidación canónica del matrimonio. 4.º Que medie alguno de los impedimentos de ligamen, ordenación sagrada o profesión solemne.

No hay dificultad de aplicar la solución propuesta en los casos primero y segundo; en el cuarto lo resolvió ya el legislador civil al anular esos matrimonios civiles. Mayores inconvenientes puede presentar el tercero de los supuestos indicados. Opina, sin embargo, el autor, que sigue valiendo la solución que llama general. «Quizá exista—añade—un interés espiritual privado de alguno de los cónyuges que pida la celebración de matrimonio con otra persona; pero existe, ciertamente, un interés espiritual común, el cual exige la no promulgación de la ley de divorcio. Y ante esta lucha de bien privado y bien común, se ha de preferir el segundo.»

El autor aconseja suma cautela para aplicar la solución que llama particu-

(11) Lo entrecorrellado está tomado de la Orden Circular de 20 de junio de 1874: confórense lo que decimos de ella en artículo cit., pág. 122, nota 22. (12) Página 22.

(13) Páginas 54-57.

risima, y que consistirá casi siempre en la celebración de matrimonios ocultos que, desde luego, no han de producir efectos civiles; por ello, el párroco debe consultar con su Ordinario, y el Obispo en los casos dificultosos, con el Santo Oficio o con la Congregación de Sacramentos (pág. 59).

Opina monseñor LEÓN DEL AMO que la Ley de Divorcio, propugnada por el P. REGATILLO sería dañosa a la salud de las almas: «Una cosa es que, existiendo la ley funesta del divorcio, sea lícito pedir éste, por graves razones, y otra muy diferente que sea lícito y conveniente promulgar una Ley de Divorcio.» En síntesis, sus argumentos son los siguientes: 1.º Las leyes no deben mirar al interés de un número reducidísimo de súbditos, sino al de la comunidad. Si se concede el divorcio a estas personas, no habría razón para negárselo a los que justamente contrajeron matrimonio civil, y entonces atentariamos contra el Derecho Natural; 2.º Con esa Ley, el Estado entraría en la conciencia de sus súbditos y además desconocería derechos adquiridos por otras personas; 3.º Los efectos sobre los hijos serían funestísimos; 4.º Se produciría grave escándalo en la sociedad; 5.º Los antecedentes históricos en nuestra Patria están en contra de esa ley que se proyecta (págs. 63 y ss.).

En cuanto a lo que propone MONTERO GUTIÉRREZ, el autor alega que, por lo que se refiere a la misión de ese juez civil y del procedimiento que se postula no tendría por finalidad «juzgar si hubo o no sacramento del matrimonio»; que el Estado debe mirar al matrimonio como institución a la que se debe favor; que con Tribunales de favor para lograr nulidades de matrimonios civiles alegando falta de consentimiento o exclusión de la indisolubilidad, se llevarían las cosas más lejos de lo que se propone, pues también podrían alegar tales causas de nulidad los que contrajeron matrimonio civil sin estar obligados a la forma canónica; que la mujer queda en una situación desventajosísima, y que los hijos podrían encontrarse en diversas y encontradas situaciones ante la Iglesia y el Estado. De suerte que no es buena solución de conflictos la que crea otros mayores (págs. 67 y ss.).

A las sugerencias del P. REGATILLO en su artículo de «Ecclesia», el autor opone que el Estado no deja de tener respeto a la Iglesia y a su legislación por el hecho de no reconocer efectos civiles al matrimonio que contraen unos súbditos suyos, a los que el mismo Estado ya les está considerando como legítimamente casados en matrimonio libérrimo, que está gozando ante la sociedad de todos los efectos jurídicos; que el Concordato, en su artículo 24, número 4, no resuelve ni contempla siquiera estos casos de conflicto (págs. 73 y ss.).

IV

Por proceder de quien procede, nos parece muy digna de tenerse en cuenta la tesis del ilustre Defensor del Vínculo en la Rota española. No habrá civilista que no agradezca el respeto con que el autor trata el ordenamiento jurídico del Estado; aunque en este caso se trate de situaciones jurídicas nacidas al amparo de una ley marcadamente sectaria e injusta. Para muchos, la lectura de este libro ha de servir para tranquilizar su conciencia de católicos (14). Nos parecen

(14) ¿Otra bien en conciencia el juez municipal, comarcal o de paz que se niega a asistir a la celebración de un matrimonio canónico cuando cualquiera de los contrayentes está ligado civilmente a otra persona, o cuando deniega la inscripción del mismo?

totalmente acertadas las razones por las cuales desaconseja el autor la promulgación de una Ley de Divorcio (15).

Pero de todo lo expuesto resulta evidente que el autor se mueve en el campo de los consejos y no en el de los preceptos. Lo confirma su misma invocación (pág. 61) de la *obligación moral* de contraer matrimonio que pesa sobre el que ha celebrado esponsales; está claro, en efecto, que tanto en el Fuero canónico como en el civil (16), el que celebró promesa válida de matrimonio no está jurídicamente obligado a contraerlo con la misma persona, y nadie puede impedirle que se case con otra; del propio modo, quien contraja unión meramente civil, al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, puede casarse canónicamente con otra persona, y este matrimonio será válido ante la Iglesia—aunque en la legalidad vigente no produzca efectos civiles—con independencia de si el expediente matrimonial se hizo más o menos «correctamente».

Por otro lado, y por ser más bien morales que jurídicos, los argumentos que emplea el autor para defender su tesis, no son totalmente irreprochables. En efecto: si el ordenamiento civil español no adoptó medida alguna para remediar la indisolubilidad de las uniones meramente civiles contraídas al amparo de la ley de 1870, ello no significa que renuncie a adoptarlas en la actualidad. Son patentes los inconvenientes que acarrea el «descasar» a los unidos en matrimonio civil, pero no parecen ser menos los que se presentan cuando algún matrimonio canónico se declara nulo, y nadie clama contra estos procesos de nulidad por falta de consentimiento, de forma, etc. La razón de escándalo supone que el escandalizado juzga erróneamente que, para los católicos, el matrimonio civil es verdadero matrimonio; pero precisamente a sacarle de tal equivocación vendría una ley estatal por la que se considerasen como no celebradas semejantes uniones.

La solución no está en una ley de divorcio vincular; tampoco en considerar nulos civilmente tales matrimonios por haberse excluido la indisolubilidad. A nuestro modesto entender la clave del problema radica en la necesidad de anular con efecto retroactivo las situaciones jurídicas creadas al amparo de una ley única, contraria al Derecho Natural. La de Matrimonio Civil de 1932 pretendía regular el vínculo matrimonial entre bautizados con exclusión del Derecho canónico, olvidando que, entre tales personas, «no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento» (canon 1.012, 2.º). Luego semejante ley era manifiestamente injusta, y la que la derogase—al igual que la que derogó la esclavitud—podía ser absolutamente retroactiva.

Efectivamente, la Ley de 12 de marzo de 1938 fué retroactiva en grado máximo (17); pero no en todos los aspectos. En sentido positivo fué absolutamente retroactiva, pues su artículo 2.º dispuso que «los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, producirán todos sus efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas»; en sentido negativo fué parcialmente

(15) Tanto más, cuanto que son bien conocidos los abusos a que ha dado lugar, en la práctica, la nulidad de las sentencias firmes de divorcio vincular, decretada por el artículo 1.º de la ley de 23 de septiembre de 1939, y de que se hace eco el propio autor (página 59, nota 2, *in fine*).

(16) Cfr. en análogo sentido que el canon 1.017-3.º, el art. 43 de nuestro Código civil.

(17) Utilizamos la terminología de DR CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.ª ed., I, página 648.

retroactiva, pues sólo anuló (art. 3.º) «los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número 4 del artículo 83 del Código civil, ordenados *in sacris* o profesos ligados con votos solemnes de castidad no dispensados canónicamente, y únicamente surtirán efectos respecto del cónyuge de buena fe y de los hijos», añadiendo luego el artículo 2.º de la Ley de 23 de septiembre de 1939 el caso de «las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la ley que se deroga y en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona.»

Ahora bien, fijándonos en el aspecto negativo de la retroactividad ¿por qué decretó el legislador la nulidad del matrimonio civil sólo en los casos en que la violación del Derecho Natural y Canónico es flagante, y no la decretó en los demás casos en que la violación de tales leyes no es menos cierta aunque no tan flagante? La solución, pues, la tuvo en su mano el legislador de 1938 o de 1939. Sin embargo, no quiso usar de ella. ¿Habrá que concluir que el Estado español niega a las personas afectadas por tal conflicto la posibilidad de contraer nupcias canónicas con otra persona, válidas civilmente, *por haber abusado de su derecho a contraer matrimonio*? Desde un punto de vista práctico, nos parece muy aceptable la solución propugnada por monseñor LEÓN DEL AMO.

* * *

Para terminar esta nota crítica, diremos que la presente obra será de útil lectura a canonistas y civilistas; posee buena documentación y es clara en la exposición de las cuestiones. Todo ello unido a la actualidad del tema y a la acostumbrada buena presentación de la Revista de Derecho Privado.

En el orden de los reparos, acaso pueda reprochársele ciertas excesivas generalizaciones en los argumentos, y algún descuido debido seguramente a la rapidez de la publicación (por ejemplo, repetidas veces se llama *Orden* a la Ley de 12 de marzo de 1932, pág. 58, nota 2, págs. 78 y 79).

Gabriel GARCÍA CANTERO

III. INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI,
RAFAEL IZQUIERDO, JOSE LUIS LLO-
RENTE y ANTONIO PEREZ VEGA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: *Se interpreta gubernativamente un precepto de la Ley de Caza (Orden conjunta de Justicia y Agricultura de 9 marzo de 1954; B. O. del 12).*

Se dicta esta disposición para «restablecer el verdadero sentido y alcance» del artículo 9.º de la Ley de Caza de 1902 en relación con el 7.º de su Reglamento de 1903, cuya aplicación e interpretación había suscitado dudas. No nos interesa aquí la consideración del contenido de la Orden, sino el hecho de que, gubernativamente, se venga a interpretar un precepto legal. Dicha interpretación no tiene, desde luego, carácter y valor de auténtica, ya que ésta sólo puede emanar del mismo órgano que la dictó; tendrá tan sólo «el valor subordinado de lo reglamentario» y, por ende, no vincula a los Tribunales (1). (J. L.)

2. EL REGISTRO CIVIL: RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE GIBRALTAR: *Los actos relativos al estado civil de los españoles en Gibraltar se inscribirán en lo sucesivo en el Registro Civil de La Línea (Orden de Justicia de 22 abril 1954; B. O. del 24).*

A. EXPOSICIÓN: El Ministerio de Justicia, vista la comunicación del de Asuntos Exteriores relativa a la supresión del Consulado de España en Gibraltar a partir del 1 de mayo de 1954, dispone el traslado del Protocolo Consular de Gibraltar a San Roque, haciéndose entrega al Notario Archivero de esta última ciudad (art. 1.º) y del Registro Civil de aquélla a La Línea (arts. 2.º y 3.º).

A partir de la citada fecha 1 de mayo, «corresponderá al Registro Civil de La Línea, formando sección especial, la inscripción y anotación de los actos relativos al estado civil de los españoles en Gibraltar», comisionándose al Cónsul de España en ésta para que en el plazo más breve entregue

(1) Vid. FEDERICO DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, parte IV, capítulo I; págs. 465-466.

al Juez municipal encargado de aquel Registro Civil los libros, documentos y archivo correspondientes, formalizando inventario y la oportuna acta de entrega (art. 2.º).

El artículo 3.º declara en suspenso, mientras por el Ministerio no se disponga otra cosa, los plazos exigidos por la Ley del Registro Civil y demás disposiciones vigentes para la práctica de los asientos relativos al estado civil de los españoles residentes en Gibraltar (art. 3.º).

B. OBSERVACIONES: El artículo 1.º de la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870 y el 326 del Código Civil preceptúan que el Registro del estado civil que en España se halla encomendado a los Jueces municipales (Registro ordinario) y a la Dirección General de los Registros (Registro supletorio), lo tienen a su cargo en el extranjero los agentes diplomáticos y consulares de España, que llevarán un Registro en el que se inscribirán todos los actos concernientes al estado civil de los españoles que de modo permanente o accidental hállese o no matriculados, residan en su jurisdicción. Registro éste que puede considerarse provisional, ya que de los asuntos en él inscritos se ha de enviar la oportuna certificación al Registro municipal si tiene domicilio en España o a la Dirección General de los Registros, en el caso contrario, para que en uno u otro se haga el asiento definitivo. Tales son reglas de carácter general bien definidas en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley del Registro Civil.

De otra parte, cabe que en el lugar donde aquellos actos hayan ocurrido, no resida agente diplomático o consular de España, en cuyo caso los nacimientos, matrimonios, defunciones, etc., deben ser inscritos en el Registro consular español más próximo (arts. 58 de la Ley, 1.º 16 y 17 del Reglamento del Registro Civil en los Consulados de 5 de septiembre de 1871). Por donde, verbigracia, sólo pueden inscribirse, desde luego, en los Registros Civiles de los Juzgados Municipales los nacimientos ocurridos en territorio español y los nacimientos de hijos de padres españoles en el extranjero, si los padres en la fecha del nacimiento tuvieran domicilio en España (Sentencia 27 de diciembre de 1917).

Pues bien, todo este sistema consagrado por el Código Civil, Ley del Registro Civil y disposiciones reglamentarias vigentes, presenta una determinada singularidad en lo referente a la ciudad de Gibraltar a partir de la presente Orden del Ministerio de Justicia. En efecto, cerrado nuestro Consulado en Gibraltar, los actos relativos al estado civil de los españoles allí residentes no van a inscribirse en el «Registro del agente diplomático o consular de España del punto más próximo al de su residencia», ni siquiera en la Dirección General de los Registros, sino directamente en un Registro Civil ordinario y a cargo del Juez municipal correspondiente, el de La Línea de la Concepción, como si de personas domiciliadas en su jurisdicción se tratase.

Se han tenido en cuenta al dar este paso que se aparta de la legislación vigente, según el preámbulo de la disposición reza, «circunstancias históricas de todos conocidas y la escasa distancia del Peñón a las ciudades españolas de la Línea y San Roque», «así como la consideración de que «debe ser finalidad preferente de las medidas que se adopten el facilitar a los españoles residentes en Gibraltar la fijación de su estado civil, así como la rápida obtención de certificaciones y copias del Registro Civil y Protocolo que se extinguen».

En cuanto a aquellas circunstancias históricas a que se alude, es de recordar que en virtud del Tratado de Utrech de 1716, España cedió a Inglaterra «la plena y entera propiedad de la ciudad de Gibraltar», pero entendiéndose que dicha propiedad se cedía «sin jurisdicción alguna territorial» (así dice literalmente el artículo X de dicho Tratado); todo lo cual puede dar pie a la consideración de que a los españoles residentes en aque-

lla plaza acompaña en todo su estatuto jurídico como residentes en España y sometidos a la jurisdicción, en este aspecto de la inscripción de los actos relativos al estado civil, del Juez municipal correspondiente.

Por último, hay que referirse a los plazos exigidos por la Ley del Registro Civil y demás disposiciones vigentes, que la presente Orden deja provisionalmente en suspenso. Tales son los precisos para la práctica de los asientos referentes al estado civil de los españoles residentes en Gibraltar que señalan, entre otros, los artículos 45, 66, 75 de la Ley y 62 del Reglamento. (J. L.)

3. REGISTRO CIVIL EN LA ZONA DEL PROTECTORADO ESPAÑOL DE MARRUECOS: *Se crea y organiza el Registro Civil en dicha Zona (Dahir de 3 febrero 1954; B. O. Marruecos del 5 y Decreto Virtrial de 10 marzo 1954; B. O. del 19).*

A. EXPOSICIÓN: El Dahir y Decreto indicados presentan fundamentalmente el siguiente contenido:

1. Actos sujetos a inscripción o anotación. Nacimientos y defunciones de todos los marroquíes que tengan lugar en la Zona del Protectorado español de Marruecos (arts. 1.º y 2.º del Dahir).

2. Funcionarios encargados. Cuttab de los Bajaes en las ciudades y Cuttab de las Oficinas de Intervención de Cabila en el campo (arts. 1.º del Dahir y 1.º del Decreto)

3. Eficacia probatoria: «Las actas del Registro Civil serán el medio normal de prueba de nacimientos y defunciones» (art. 3.º del Dahir). Se probarán por las partidas del Registro los nacimientos y defunciones de marroquíes musulmanes que tengan lugar desde el día en que entre en vigor este Decreto, los de fecha anterior seguirán acreditándose por los medios de prueba tradicionales en el Derecho Islámico. Si las actas no existen o han desaparecido cabrán los demás medios de prueba que establecen las Leyes (arts. 10 y 11 del Decreto) (1).

4. Circunstancias de los asientos: 1.º Lugar, hora, día, mes y año, con referencia a la cronología islámica y a la era cristiana. 2.º Nombre y apellido del funcionario encargado. 3.º Nombre, apellido, edad, estado, naturaleza, profesión, oficio y domicilio de las partes o testigos (art. 6.º).

5. Certificaciones. Se facilitarán a toda persona que lo solicite del asiento o asientos que indique o negativa si no los hay. Serán copia literal y llevarán la fecha en que se expiden (art. 8.º). Tendrán la consideración de documentos públicos (art. 9.º).

B. OBSERVACIONES: Se trata de un registro personal y limitado. Lo primero porque sólo afecta a los marroquíes; independientemente subsisten los Registros establecidos en la Zona referentes al estado civil de los españoles (2), y lo segundo porque sólo los nacimientos y defunciones están sujetos a inscripción o anotación. (R. I.)

(1) Quid cuando se suscite contienda ante los Tribunales.

(2) El art. 26 del Dahir de 1 de junio de 1914 sobre organización judicial lo encomendó a los Jueces de paz.

II. Derechos reales.

1. DOMINIO DE FINCAS RÚSTICAS: RELACIONES DE VECINDAD: DERECHO DE CAZA: *Se adoptan, para la prevención de daños causados por los animales de caza en explotaciones agrícolas y forestales, medidas como el cierre obligatorio de fincas de caza y la muerte de especies animales hasta ahora prohibida por el artículo 38 de la Ley de Caza (Ley 30 marzo 1954; B. O. del 1 de abril).*

A. EXPOSICIÓN: Por la presente Ley se faculta al Ministerio de Agricultura para que, «a petición de los propietarios o poseedores de fincas dedicadas al cultivo agrícola o en estado de repoblación forestal, pueda, en las condiciones que la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, determine tomar en toda época aquellas medidas eficaces para que los conejos, liebres y ciervos no puedan impedir el desarrollo normal de aquellas explotaciones, llegando incluso a su extinción si fuera necesario»; dichas medidas se tomarán siempre en las propias fincas donde los daños se hayan producido o puedan producirse, tratando de coordinar en todo momento que sea posible aquellas medidas con las convenientes para conservar la riqueza cinegética del país (art. 1.º).

En casos muy calificados por el valor y extensión de los cultivos o plantaciones o por el número de las especies cinegéticas a que se refiere el artículo anterior, podrá imponerse a los propietarios de las fincas de donde la caza procede —incluso cuando se trate de proteger terrenos de su propiedad cedidos para cultivos o plantaciones en régimen de arrendamiento o aparcería— la obligación de cerrarlas con cercas, alambradas metálicas, empalizadas, setos vivos u otra obra adecuada, pero tratándose de conejos o liebres, el propietario podrá optar entre la realización de las obras o la extinción de la caza (art. 2.º).

La resistencia de los propietarios, así como cualquier acto de los mismos encaminado a estorbar la eficaz aplicación de las medidas referidas serán sancionados con multa de 1.000 a 10.000 pesetas por año, que impondrá la D. G. de Montes, Caza y Pesca Fluvial; en caso de reincidencia, el Ministerio de Agricultura podrá, a propuesta de dicho centro directivo, imponer multas de cuantía comprendida entre 10.000 y 50.000, y aun los límites máximos de estas multas podrán elevarse al duplo cuando los propietarios no cumplan la obligación de cerrar las fincas a que se refiere el art. 2.º (art. 3.º).

En todo caso, el abono de estas multas «no constituirá obstáculo legal para que los perjudicados exijan a los infractores la responsabilidad civil en que incurran conforme a la Ley de Caza y al Código civil por los daños que la caza causare en la finca afectada».

Finalmente, el art. 4.º faculta a la D. G. de Montes para autorizar, a propuesta del Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza o de los propietarios de los cotos de caza, la muerte o captura de las hembras de ciervo o venado en aquellas zonas en que el exceso de hembras lo haga aconsejable. «Dichas hembras —se añade— serán apresadas o muertas de acuerdo con las normas que al efecto y para cada caso fije aquel Servicio Na-

cional, señalando a este objeto el momento y el modo en que los trabajos de aprehensión de las reses deben ejecutarse.»

B. OBSERVACIONES: La Ley de 30 de marzo de 1954 reviste una notable importancia para el Derecho civil, puesto que, en su reducida extensión, afecta a una serie de puntos de interés: derecho de caza, prevención de los daños que ésta cause en fincas agrícolas o forestales, relaciones de vecindad, delimitación del propio derecho de dominio.

La finalidad que el precepto se propuso —como en el preámbulo del mismo se dice— fué la de coordinar los intereses en pugna de los propietarios de fincas de caza con los de los propietarios de fincas dedicadas a la explotación agrícola o forestal, mediante la localización de la caza para proteger a la agricultura. En este sentido eran ya de citar los arts. 1.906 del C. c. y 9.º y correspondientes de la Ley de Caza, en que el ejercicio del derecho de caza sobre los animales criados en la propia finca se limitaba por la obligación de indemnizar los daños que aquéllos causasen en las propiedades colindantes. Pero así como en estos preceptos se prevenían sólo medidas reparatorias cuando el daño estuviese ya causado, la ley presente autoriza a tomar medidas precautorias cuando los daños aún no han sobrevenido, pero pueden suceder. Es la doctrina que se contiene en los arts. 1.º y 2.º y sanciona severamente el 3.º

De aquí hemos de pasar a otro aspecto interesante desde el punto de vista del Derecho civil. Porque el art. 2.º, al concretar alguna de las medidas precautorias se refiere a la posibilidad de imponer a los propietarios de la finca de donde la caza procede, la obligación de cerrarla con cercas, alambradas, etc. Es decir, que la posibilidad de cerrar las fincas que el C. c. en su art. 388 configura como un derecho —o, mejor, una de las facultades— que integran el dominio (se habla de derechos de individualización de la cosa o, más ampliamente, de delimitación del dominio), viene a configurarse como una obligación y una carga para el propietario de la finca de donde la caza proceda, cuando haya causado o pueda causar daños en finca ajena o en la propia dada en arrendamiento o aparcería —añade el art. 2.º— y siempre que se trate de casos muy calificados por el valor y extensión de los cultivos y plantaciones. Por otra parte, el mismo propietario —hay que entender que se trata del de la finca de caza y no del de la perjudicada— podrá, tratándose de conejos y liebres, optar entre la realización de las obras y la extinción de la caza.

He aquí, pues, cómo las relaciones de vecindad y, en definitiva, el propio derecho de dominio (en cuanto a las facultades de individualización o delimitación de la cosa) queda afectado por el mecanismo de los artículos 1.º y 2.º al establecer aquellas «medidas eficaces.» que el art. 3.º sanciona severamente con multas compatibles en todo caso con la exigencia por los perjudicados a los infractores de la responsabilidad civil en que los últimos incurran conforme al C. c. y la Ley de Caza por los daños ya causados en la finca afectada (art. 3.º, in fine).

Por último, y en lo que al derecho de caza estrictamente considerado se refiere, el art. 4.º de la presente ley reforma el art. 38 de la Ley de Caza de 1902. Este precepto, ratificado en época aún reciente por la Orden de 1 de diciembre de 1944, había prohibido terminantemente la muerte y captura de las hembras de las especies de ciervo y venado en interés de la riqueza cinegética nacional, todo lo cual viene ahora a admitirse en determinados casos atendiendo a los intereses de la explotación agrícola y forestal. (J. L.)

2. DERECHO DE TANTEO: *Se hace extensiva a las Mancomunidades de entidades locales que posean y exploten fábricas de destilación dentro de algunos de los Ayuntamientos integrados en la Mancomunidad la facultad*

que para ejercitar el derecho de tanteo sobre las mieras de sus montes concede a los Ayuntamientos el artículo 4.º del Decreto de 18 de octubre de 1952 (Orden de la Presidencia del Gobierno de 19 de febrero de 1954; B. O. de 1 de marzo de 1954).

OBSERVACIONES: ¿Se trata de un verdadero derecho de tanteo?
¿Puede ampliarse por medio de Orden un derecho de tanteo concedido en virtud de un Decreto? (A. P.)

3. **CENSOS EN EL DERECHO FORAL CATALÁN:** *Se dictan normas complementarias para la aplicación de las leyes de 31 de diciembre de 1945 y 18 de diciembre de 1950 sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña (Decreto de Justicia de 6 octubre 1954; B. O. del 26).*

A. **EXPOSICIÓN:** La ley de 31 diciembre 1945 sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña estableció la división de los mismos sustituyendo aquellos preceptos del Derecho Catalán que ordenaban su indivisión. Para facilitar dicha división se dictó la ley de 18 diciembre 1950 que prorrogaba el plazo de cinco años establecido en la de 1945 y simplificaba notablemente el procedimiento. Ahora, este Decreto que se comenta viene a complementar a las citadas leyes en cuatro puntos fundamentales, según expresa el preámbulo:

1. «Compatibilidad de los procedimientos general y abreviado instituido sucesivamente.» El art. 1.º permite al censalista que promueva la división del censo, para distribuir la pensión entre las fincas gravadas, optar por el procedimiento general establecido en la Ley de 1945 o por el particular simplificado de la Ley de 1950, en aquello que ésta modificó a la primera.

2. «Estimación de las mejoras posteriores a la última transmisión a efectos de valoración actual del laudemio.» El art. 2.º del Decreto establece que en la aplicación de las normas a que se refiere el art. 30 de la Ley de 1945 (determinación del laudemio) «carecerán de eficacia las alegaciones formuladas por los censuistas sobre falta de pago de alguno de los laudemios devengados, el hecho de haberlos percibido persona distinta del entonces titular del censo o que hubieren sido de menor importe en relación con el mayor que le correspondía por efecto de las mejoras posteriores a la última transmisión».

3. «Costas.» En caso de imposición de las mismas se incluirán en ellas los honorarios y derechos de los Abogados y Procuradores en aquellos casos en que por la cuantía litigiosa fuese necesaria su intervención a tenor de las leyes procesales de carácter civil (art. 3.º).

4. «Régimen de Derecho intertemporal.» La opción que autoriza el artículo 1.º no será aplicable a los expedientes iniciados en los que se hubiese ya hecho la notificación o la publicación del anuncio con arreglo a uno u otro procedimiento, a cuyos trámites se ajustará necesariamente el subsiguiente curso de aquéllos (art. 4.º).

B. **OBSERVACIONES.** 1. El art. 1.º del Decreto da por supuesta la existencia de dos procedimientos, el de la ley de 1945 y el de la de 1950, pero

este criterio no parece enteramente aceptable si se tiene en cuenta que el art. 2.º de la última «modificó» el procedimiento regulado en la primera y, por lo tanto, hay realmente un solo procedimiento modificado y simplificado. Se confirma esta apreciación con lo dispuesto en la Disposición transitoria de la Ley de 18 diciembre 1950 que ordenó aplicar lo en ella prevenido a todos los procedimientos que se hallaren en curso.

2. El art. 2.º es reproducción casi literal del art. 30 de la Ley de 31 diciembre 1945.

3. Respecto a las costas, plantea una grave cuestión el art. 3.º, pues la Ley de 1945 parecía dar a entender que en ningún caso era necesaria la intervención de Abogado ni Procurador en los procedimientos seguidos ante el Tribunal Arbitral de Censos, y así, Cuervo Pita, en «La Ley de Redención de los Censos Catalanes interpretada por el Tribunal Arbitral de Barcelona», Barcelona, 1949, págs. 201-202, encuentra lógico que la regla I) del art. 49 de la ley de 1945, al regular las costas no incluya en tal concepto los honorarios de Letrados ni los derechos de Procuradores, puesto que la ley «no requiere como imprescindibles aquella dirección técnica ni aquella representación». Hay razones para creer que el legislador no exigió Abogado ni Procurador por el carácter arbitral del órgano jurisdiccional, su facultad omnimoda para acordar la práctica de cualesquiera medios de prueba y la necesidad de ahorrar gastos a veces desproporcionados. No obstante, el mismo comentarista estima que se debieron de exigir al redactar la ley Abogado y Procurador, o cuando menos, siguiendo el ejemplo de la justicia municipal, Letrado que ostentare a la vez la representación. Ahora, en trance de atribuir eficacia al Decreto de 6 de octubre último, parece que será necesario atender a la cuantía litigiosa y conectarla con los arts. 4.º y 10 de la LEC, lo cual no siempre será fácil y obligará a usar constantemente de una audaz analogía. (R. I.)

III. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Regulación de los arrendamientos protegidos, prorrogados por la ley 4 mayo 1948: Ambito de la ley; prórroga y excepciones; elevación de rentas; acceso a la propiedad; fijación del precio mediante capitalización legal o por tasación; liberación del acceso y del arriendo; sanciones (Ley 15 julio 1954; B. O. del 16 julio).*

A. EXPOSICIÓN:

a) Ambito de la ley.

1.) El objeto material lo constituyen los contratos de arrendamiento subsistentes actualmente por aplicación de lo prevenido en la Ley 4 mayo 1948, que son los llamados protegidos, o sea, aquellos en que el arrendatario pague una renta no superior a cuarenta quintales métricos de trigo al año y sea cultivador directo y personal (fueron creados por ley 23 julio 1942, art. 4.º) y en que, además, concurren otras circunstancias, que son: 1.º Haber sido afectados por la ley 4 mayo 1948, excluyéndose, por tanto, los otorgados con posterioridad a 1.º agosto 1942. 2.º Que el colono tenga la nacionalidad española (art. 10 párr. 2.º).

Se excluyen por disposición expresa (art. 10, párr. 1.º) aquellos arrendamientos que tuvieran su origen en la facultad establecida en el artículo 7.º de la ley 28 junio 1940, o sea, cuando por opción del aparcerero se convertía en arrendamiento la aparcería.

Téngase en cuenta que la ley también afecta a aquellos arrendamientos en que la renta se haya pactado en especie distinta al trigo, siempre que concurren las demás circunstancias prescritas; en cuyo caso se efectuará la conversión definitiva en quintales métricos de trigo (art. 1.º, párrafo 4.º).

2) Vigencia espacial y temporal. Se concede amplia discrecionalidad al Gobierno para determinar la entrada en vigor de la ley, pudiendo, además, retrasar o adelantar la aplicación de la misma o de alguno de sus preceptos, según convenga a las distintas demarcaciones del territorio nacional (art. 11, a). Mientras tanto, continuará en vigor la prohibición de desahucio establecida en la ley 4 mayo de 1948.

b) Duración del contrato.

1) Prórrogas ordinarias. A partir de 1.º octubre 1954 (1), por periodos de seis, siete, ocho, nueve, diez, once o doce años, según que, respectivamente, la renta fuere superior a treinta, veincincos, veinte, quince, diez o cinco quintales métricos de trigo, o inferior a esta cantidad (art. 1.º, párrafo 1.º) (2).

2) Excepciones a la prórroga: 1.º Cuando el arrendador se proponga edificar, establecer instalaciones industriales, aprovechamientos forestales o de otra especie que se consideren más beneficiosos para la economía nacional que los existentes, cumpliendo las demás condiciones establecidas en el art. 7.º de la ley 23 julio 1942. 2.º Cuando el arrendador se proponga cultivar la finca *directa y personalmente*, comprometiéndose a prolongar dicha forma de explotación por un periodo mínimo de seis años consecutivos (art. 2.º, párr. 1.º). 3.º Cuando se trate de fincas enclavadas en zonas cuya concentración parcelaria se declare de utilidad pública (ley 20 diciembre 1952, art. 1.º), pudiendo expropiarse por el Instituto Nacional de Colonización (art. 11, b).

La facultad de ejercitar el *desahucio por cultivo directo y personal* corresponde a quien por título oneroso haya adquirido la finca arrendada antes de 1.º enero 1954, facultad que les fué negada por la disposición transitoria primera de la ley 16 julio 1949 a los adquirentes a título oneroso con posterioridad a la publicación de la misma (art. 2.º, párr. 1.º).

Los que adquieran por actos intervivos con posterioridad a esta fecha, sólo podrán ejercitar esta facultad pasados dos años desde la notificación notarial de la transmisión realizada (párr. 2.º).

No hay que esperar los dos años en las transmisiones *mortis causa* ni en las donaciones intervivos a favor de herederos forzosos (párr. 3.º).

En todo caso serán requisitos indispensables para ejercitar este desahucio: 1.º Notificar el propósito de desahucio al colono con una antelación mínima de seis meses al término del año agrícola y dentro de su trans-

(1) Puesto que el día 30 de septiembre quedaban extinguidos los prorrogados por ley 4 mayo 1948.

(2) ¿Se mantendrá a ultranza el 1.º octubre como fecha del comienzo de las prórrogas o, según parece más lógico, habrá de referirse a la de real entrada en vigor de esta ley en cada demarcación nacional?

curso (art. 2.º, párr. 1.º); y 2.º Probar el arrendador la racionalidad de su propósito y demás requisitos que establece la ley 18 marzo 1944 (3).

3) Prórroga extraordinaria. Terminadas las ordinarias, aún se autoriza una nueva por un periodo de tres años más, a cuyo término revertirá la finca al propietario, que podrá disponer de ella libremente (art. 4.º, párrafo 1.º).

4) Excepción a la prórroga extraordinaria. Simplemente si el arrendador recaba la finca para su cultivo *directo* («a fortiori», para cultivo directo y personal) (art. 4.º, párr. 1.º).

Son condiciones para ejercitar este *desahucio por cultivo directo*: 1.º Notificación con una antelación mínima de seis meses a la finalización del año agrícola correspondiente. 2.º Comprometerse a explotar directamente (4) la finca durante el plazo de seis años (art. 4.º, párr. 1.º).

c) Elevación de rentas.

1) A partir del comienzo de la prórroga (5) experimenta un incremento anual equivalente al 10 por 100 del actual, hasta alcanzar el límite máximo del 50 por 100 (art. 1.º, párr. 1.º). Pero, a todos los efectos legales, salvo pago y capitalización de rentas, el arrendamiento se entenderá siempre referido al número de quintales métricos de trigo que, en concepto de renta corresponde al contrato (art. 1.º, párr. 3.º).

2) Se deja a salvo el derecho de revisión de rentas establecido por el artículo 7.º de la ley 15 marzo 1935, en relación con el art. 5.º de la ley 23 julio 1942 (art. 1.º, párr. 1.º) (6).

d) Acceso del colono a la propiedad.

1) Requisitos: 1.º Arrendamiento de la totalidad de los aprovechamientos del predio o del que constituya el principal rendimiento de la finca. Se excluyen las fincas forestales o ganaderas y las adhésadas en que el colono sólo disfrute del aprovechamiento agrícola y éste lo sea en secano (art. 6.º, párrafos 1.º y 2.º). 2.º Que el arrendador no haya reclamado la finca para su cultivo directo y personal antes de que termine la prórroga ordinaria. 3.º Hallarse el colono al corriente del pago de la renta. 4.º Que se preavise con un plazo mínimo de seis meses antes de la terminación del año agrícola.

2) Efectos. Se adquiere la propiedad como efecto fundamental, y como accesorio nace la obligación de conservar el dominio durante seis años como mínimo y explotar en este período de tiempo en cultivo directo y personal (art. 7.º, párr. 1.º).

(3) Como acertadamente apunta Fernández Asiain, no debe entenderse derogada por la cláusula general derogatoria del art. 12 de la presente, pues más que oponerse le complementa.

(4) O sea, mediante obreros o asalariados.

(5) O sea, cuando la ley entre en vigor, que ya no será el 1.º de octubre previsto en la ley.

(6) El citado art. 7.º, ley 15 marzo 1935, autorizaba a las partes contratantes para que, una vez transcurrido un año desde la vigencia del contrato, actúa al juez o Tribunal competente en demanda de que se revise la renta pactada y se fije la que en lo sucesivo ha de ser satisfecha.

El art. 5.º, ley 23 julio 1942, preceptúa que se sigan los trámites establecidos en la norma 3.ª, disposición transitoria 3.ª de la ley 23 junio 1940.

3) Precio y pago. El precio será el que resulte de las capitalizaciones o tasaciones de que trataremos después, y el pago se efectuará al contado dentro del año agrícola último de vigencia del contrato (art. 3.º, párr. 1.º).

e) Fijación del precio.

1) Caso de ejercitarse el acceso durante la prórroga ordinaria. El tipo es el 2 por 100 y la cantidad a capitalizar el valor de la renta correspondiente al año agrícola 1953-54, precisamente (art. 3.º, párr. 1.º).

2) Caso de ejercitarse al final de la misma. Varía el tipo, que ahora se eleva al 3 por 100 (art. 4.º, párr. 2.º) (7).

3) Caso de existir mejoras o aprovechamientos abonables. Se sumará al resultado de la capitalización el importe de las mejoras útiles que el arrendador hubiere hecho a sus expensas, y con el consentimiento del arrendatario, sin hacer uso del derecho a elevar la renta que le reconoce el artículo 22, ley 15 marzo 1935 (art. 3.º, párr. 2.º).

Igualmente habrá que sumar a la tasación o capitalización el valor de los otros aprovechamientos no principales reservados por el arrendador (artículo 6.º, párr. 3.º).

En el caso de arrendatarios de estos aprovechamientos, tendrán derecho a que se les pague una indemnización equivalente al triple del importe de la última renta o a que le permitan continuar en el arrendamiento durante el plazo de prórroga establecido en el artículo 4.º (tres años) (art. 8.º).

4) Tasaciones contradictorias. A petición del colono procederá siempre, tanto a efectos del acceso a la propiedad como para determinar la indemnización si el propietario enerva dicho acceso. A petición del arrendador, si dentro del plazo de dos años siguientes a la publicación de esta ley (o sea, hasta el 16 julio 1956 inclusive) renuncia al derecho de enervar el acceso. Cuando no haya acuerdo entre las partes se tratará judicialmente (art. 5.º, párrafos 1.º y 2.º).

Se dictan reglas prácticas para efectuar la tasación y se preceptúa el informe de la Jefatura Agronómica de la provincia (art. 5.º, párr. 3.º).

f) Liberación del acceso y del arriendo (8).

Los propietarios podrán enervar las pretensiones de acceso mediante el pago, como indemnización, del 25 por 100 al 50 por 100 de la suma que en concepto de capitalización de la renta (o, en su caso, tasación a instancia del colono) correspondiere satisfacer al arrendatario para efectuar el acceso.

El Gobierno determinará, a propuesta del Ministerio de Agricultura, la cantidad de la indemnización, teniendo en cuenta las características gene-

(7) Hemos de advertir que la facultad de acceder en este momento se otorga para el caso de que el arrendador desahucie para cultivo directo, al que se opone el colono accediendo a la propiedad. Así que si no hay desahucio no hay acceso.

Este es el argumento de fondo que utiliza Fernández Asiain para negar la posibilidad de acceder durante el trienio de la prórroga extraordinaria, pues durante ella no caben desahucios y ya no se justifica el acceso.

(8) Resulta más significativo este rótulo que el de derecho de enervar el acceso, pues, como escribe Fernández Asiain, así se pone de relieve la extinción doble que implica este enervamiento.

rales de cada comarca, tiempo que falte para expirar la prórroga y demás condiciones especiales. Adoptará la forma de Decreto.

Los arrendamientos quedarán extinguidos al cabo de los dos años agrícolas siguientes a la notificación enervando el acceso; y, una vez satisfecha la indemnización, quedará el propietario obligado al cultivo directo durante seis años (art. 3.º, párrafos 2.º y 3.º).

g) Sanciones. El incumplimiento de los deberes que la ley impone para los casos en que se ejercite el acceso, así como cuando el arrendador, de acuerdo con lo previsto en esta ley, hubiere obtenido la entrega de la finca, comprometiéndose al cultivo directo o directo y personal, darán lugar, respectivamente, a la anulación de la transmisión y recuperación de la finca totalmente liberada o a la recuperación del disfrute arrendaticio e indemnización correspondiente (art. 7.º).

h) Naturaleza de los derechos establecidos en esta ley. Son renunciabiles en cualquier momento, pudiendo los interesados establecer cuantos convenios o estipulaciones estimen convenientes al objeto de conservar, modificar o extinguir la situación arrendaticia (art. 9.º, párr. 2.º).

Respecto a los pactos anteriores a la promulgación de esta ley por los que se modifique, nove o extinga al final del año agrícola 1953-54 la situación arrendaticia, serán válidos si ha mediado alguna contraprestación.

No habiendo mediado entrega de dinero o cosa ni prestación ninguna, sólo serán válidos si se establecieron con posterioridad al 1.º enero 1953 y las partes los ratificaron expresamente después de promulgada esta ley (art. 9.º, párr. 1.º).

B. OBSERVACIONES: Es aventurado predecir el éxito o el fracaso de esta ley. Nosotros sólo aludiremos a la indudable complejidad de sus preceptos. Resulta laborioso darse cuenta cabal del meticuloso sistema de frenos y cortapisas que la ley pone a los poderes que ella misma otorga. Prolifera los derechos de sus correspondientes excepciones que los niegan suspenden o disminuyen. Por eso no debe alarmarse nadie por la aparición de facultades exorbitantes, como el derecho de acceso a la propiedad, que resulta, en todo caso, condicionado por el abono de ciertas indemnizaciones, pues la ley está atenta a limitarlas recién nacidas.

Es plausible el propósito de esta disposición. Mediante ella se pretende dar cumplido desarrollo a las normas programáticas del Movimiento Nacional. En el Fuero del Trabajo, primero, y después en el de los Españoles se establecen las directrices de la nueva política (9), principalmente recogidas en la declaración sexta, título quinto, del Fuero del Trabajo: «El Estado asegurará a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra por medio de contratos a largo plazo... Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan. A realizar esta aspiración se dirige la ley.

Pero no por ello ignoramos la causa próxima, explícitamente puesta de relieve por defensores y detractores en el período de elaboración, así como en el discurso de presentación a las Cortes. Y este es que en fecha inminente (10) iban a concluir simultáneamente multitud de contratos de arrendamiento que afectaban a gran parte de los colonos españoles, justamente a los más dignos de protección. He aquí las cifras que se citaron en

(9) Decls. 6.ª, fñ. V y 2.ª, tít. XII del F. del T. y art. 31 F. de los E.

(10) El 30 septiembre 1954.

el discurso de presentación: 800.000 arrendatarios, 1.200.000 hectáreas de terreno por un valor cifrado entre 20.000 y 30.000 millones de pesetas.

No se sigue el camino más cómodo de las nuevas prórrogas, por escandaloso y perturbador, y se ofrece un intento conciliador que trate de solucionar pausadamente la situación actual, sin declararse abiertamente a favor de ninguna de las dos partes y favoreciendo en todo caso al cultivador mediante la fórmula de adscribir el propietario a su propiedad por plazo no inferior a seis años.

Como «modus vivendi», la Ley, mucho menos revolucionaria de lo que a primera vista pudiese parecer, prorroga la situación anterior por periodos entre seis y doce años y trata de paliar los inconvenientes de la «congelación» de rentas con aumentos anuales hasta el tope del 50 por 100.

Por último, conviene aludir a la legislación anterior relativa a la redención de foros y gravámenes análogos, por ofrecer con el actual problema social provocado por los arrendamientos, fundamentales semejanzas.

Entonces como ahora el problema se resuelve a través de dos etapas bien distintas. Primero se acude al expediente de las prórrogas indefinidas, hasta que llega un momento propicio o la situación resulte ya insostenible, en cuyo caso se aborda directamente dándole una solución definitiva.

En materia de foros se resuelve *provisionalmente* para evitar las consecuencias de las innumerables demandas de despojo planteadas la suspensión de todo procedimiento (11). A pesar de la provisionalidad de la Real Provisión de 1763, lo cierto es que la situación se prorrogó indefinidamente, viniéndose *de facto* a la perpetuidad del foro.

La segunda etapa trata de dar solución definitiva reuniendo íntegramente la propiedad en manos de una sola persona. Se somete por el Real Decreto de 25 de junio de 1926 y su Reglamento de 23 de agosto, que daban cumplimiento a lo preceptuado en la base 26 de la Ley de 11 de mayo de 1888 y artículo 1.611, apartado 3.º, del C.º, declarando redimibles todos los foros, subforos, etc.

En el caso de los arrendamientos rústicos se repite la historia. Es muy expresiva la declaración antes transcrita del Fuero del Trabajo. En ella se marcan bien claros los dos periodos. El primero, de inmediata realización, y el segundo como aspiración del Estado, que se realizará en el momento oportuno.

Hemos asistido a una porción de disposiciones que fortalecían el arrendamiento mediante la imposición de prórrogas oportunamente renovables. Ahora se cree llegado el momento de la solución y de la misma manera que entonces, los arrendamientos se declaran «redimibles».

Por todo ello son válidos y aplicables los argumentos que entonces se esgrimieron. He aquí los dos obstáculos de fondo aducidos por Jove y Agullar: 1.º que un gran núcleo de población se vería expropiado de los derechos con que actualmente atiende a su subsistencia; 2.º que otro núcleo también muy grande se vería en la desfavorable condición del prestatario (12). (J. A.)

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: *No es necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda, ni la notificación administrativa para la constitución, ampliación, absorción, fusión y disolución de las Sociedades de Responsabilidad limitada. Por excepción continúan vigentes: a) Para las Socie-*

(11) R. P. 11 mayo 1773.

(12) Véase Castán, "Derecho Civil español", 8.º ed. T. II, págs. 649 y siguientes, principalmente 660 a 663.

dades constituidas o que se constituyan en la Zona de Protectorado español de Marruecos, el artículo 3.º de la Ley de 10 de diciembre de 1942. b) Para las Empresas bancarias, el artículo 45 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, el artículo 2.º del Decreto de 9 de julio de 1948 y la Orden de Hacienda de 18 de febrero de 1952. c) Y además, el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, salvo en sus artículos 1.º, 3.º en su apartado a) y 5.º; el artículo 3.º se interpretará en el sentido de que la legislación que en su primer párrafo se declara vigente es la contenida en este Decreto (Decreto 27 noviembre 1953; B. O. de 5 diciembre 1953).

OBSERVACIONES: 1. Con este Decreto, dictado en virtud de la autorización conferida al Gobierno por la disposición final 2.ª de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, se acentúa la trayectoria señalada por la disposición adicional de la Ley de Sociedades Anónimas y Decreto de 14 de diciembre de 1951, con 1 fin de liberar a este tipo de Sociedades del control administrativo.

2. Las disposiciones legales que se declaran excepcionalmente vigentes en este Decreto se refieren a:

1) El artículo 3.º de la Ley de 10 de diciembre de 1942, a la autorización que las Sociedades constituidas o que se constituyan en la Zona de Protectorado español de Marruecos han de obtener del Ministerio de Hacienda para invertir todo o parte de su capital en negocios que se desarrollen en territorio español.

2) El artículo 45 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, a la autorización que del Ministerio de Hacienda han de solicitar las Empresas bancarias, con informe previo del Consejo Superior Bancario, para modificar la forma de constitución; ampliar su capital y poner en circulación sus acciones; acordar el traspaso de oficinas, absorciones y fusiones; adquirir títulos representativos de otras y repartir los fondos de reserva.

3) El artículo 2.º del Decreto de 9 de julio de 1948, a la inscripción de las Empresas individuales y sociales en el Registro Mercantil y a la autorización que del Ministerio de Hacienda, con informe previo de la Dirección General de Banca y Bolsa, han de obtener cualesquiera Sociedades civiles o mercantiles para incluir en su denominación las palabras de «Banco» o «banquero».

4) La Orden de Hacienda de 18 de febrero de 1952, a la continuación de la vigencia del artículo 45 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 para todas las Sociedades bancarias en cuanto a la validez de las ampliaciones del capital escriturado.

5) Las normas vigentes del Decreto de 17 de julio de 1947, a la necesidad de autorización del Ministerio de Hacienda para que la Junta general de accionistas en las Sociedades anónimas puedan celebrar válidamente sus sesiones fuera del lugar de su domicilio; para gravar o transferir por cualquier medio a personas físicas o jurídicas de nacionalidad extranjera bienes o derechos del activo social o títulos representativos del capital en cartera, así como la entrega en cualquier concepto de los títulos representativos del aumento del capital. (A. P.)

OTRAS DISPOSICIONES

1. **VIVIENDAS BONIFICABLES:** *Se aprueba el texto refundido de los Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1948 y el de 27 de noviembre de 1953, por el*

que se restablece la vigencia del primero y las normas para su aplicación.
(Orden conjunta de Hacienda y Trabajo de 10 julio 1954; B. O. del 28).

(V. ADC. VII, II, pág. 510.)

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA: NOTIFICACIÓN: *Se autoriza la notificación por el Servicio de Correos en su modalidad de «Correo certificado con acuse de recibo» y el acuse de recibo con las anotaciones pertinentes tendrá a todos los efectos reglamentarios la consideración de cédula de notificación (Decreto de Hacienda de 2 abril 1954; B. O. del 24).*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio: «El Patrimonio Familiar» Premio Marv 1953. Ministerio de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1954; 166 págs.

La promulgación de la Ley de 15 de julio de 1952 reguladora de los Patrimonios Familiares que ha de crear el Instituto Nacional de Colonización, llevó a un plano de destacada actualidad a aquella Institución, propugnada desde ya lejanos tiempos como elemento de gran eficacia para contribuir a la solución de los problemas planteados en el campo español. No es de extrañar, por tanto, que el Patronato del «Premio Marv», siempre sensible a lo que en cada momento demanda el progreso social, señalara como tema para el concurso del año 1953: «El Patrimonio Familiar. Legislación española y procedimiento para lograr el acceso de los asalariados al mismo».

La obra premiada ha sido escrita con evidente entusiasmo. Su autor, juez de Primera Instancia, ha querido comprender en ella algo más de lo que el subtítulo del tema denota, incorporando abundante material para dar perspectivas sociológicas e históricas al trabajo.

En primer lugar, estudia los aspectos jurídico, social y económico del Patrimonio Familiar, sus antecedentes históricos y los precedentes legales extranjeros, así como el concepto de la institución referida generalmente a la esfera agrícola. Y teniendo en cuenta especialmente las normas de la Ley citada, define al Patrimonio Familiar como un conjunto de bienes rústicos, suficientes a satisfacer las necesidades de una familia campesina modesta y absorber la capacidad de trabajo de sus miembros, comprado generalmente por el titular de la misma al órgano del Estado, y con limitaciones en cuanto a su división, disposición, gravamen y sucesión. La naturaleza, los caracteres jurídicos y el fundamento del Patrimonio Familiar son objeto de examen seguidamente.

A continuación se desarrolla el núcleo de la obra que está dedicado al estudio del Patrimonio Familiar agrícola, siguiendo el plan ya clásico: Elementos personales, reales y formales, contenido y extinción. La materia se ofrece rigurosamente sistematizada y paralelamente a las disposiciones legales vigentes van aportándose opiniones de agrónomos, juristas, economistas y sociólogos sobre los puntos más importantes, y estableciéndose múltiples concordancias con los preceptos que rigen la actuación del Instituto Nacional de Colonización y con las normas pertinentes del Código Civil.

El último capítulo lo dedica el autor a los Patrimonios Familiares no agrícolas. Mas como entre éstos sólo el pesquero ha llegado a ser reconoci-

do legalmente como institución a crear, y ni siquiera ha sido objeto de regulación todavía, se limita a informar acerca de la posibilidad de crear patrimonios de diversos tipos para llegar a la conclusión de que siendo indispensable crear instituciones que vinculen ciertos bienes a las familias, y debiendo hacerse compatible la difusión de éstas con las realidades económicas, resulta necesario establecer: 1.º Patrimonios Familiares para agricultores, pescadores y artesanos. 2.º Cooperativas para las industrias de mediana magnitud. 3.º El accionariado obrero para las grandes industrias; y 4.º Viviendas protegidas para los restantes trabajadores.

El libro está sanamente inspirado y adornado de abundante bibliografía, y principalmente constituye una obra de sistematización de la Legislación vigente y de la doctrina económico-social tan desarrollada en nuestra Patria sobre el Patrimonio Familiar. El autor no ha dejado de aportar valiosas sugerencias y opiniones personales, pero no ha pretendido entrar a fondo en la problemática que plantean las normas recientemente dictadas sobre los Patrimonios Familiares agrícolas, ni de planear la organización de Patrimonios Familiares de distinta naturaleza, sin duda por considerar a estas cuestiones de orden técnico menos adecuadas a la naturaleza del concurso en que se ha discernido al libro justamente el preciado galardón

Miguel SALVADOR

BALBI, Giovanni: «Il contratto estimatorio». Vol. VII, t. II, fasc. segundo del «Trattato di Diritto Civile», de Vasalli. Torino, Utet, 1952; 109 páginas.

El C. c. italiano de 1942 ha dedicado tres artículos (1.556-1.558) a la regulación legal del contrato estimatorio: en el primero, lo define como aquél por el que una de las partes entrega una o más cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar su precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido; en el segundo, contempla la hipótesis de imposibilidad de la restitución, y en 1.558 da normas sobre la disponibilidad de las cosas. Como señala Balbi, en los ordenamientos en que el contrato estimatorio no está regulado por normas expresas, la doctrina, para individualizar su función y su estructura, toma como paradigma las hipótesis tradicionales más conocidas en la práctica. Se recuerda su uso frecuente en el comercio de los ropavejeros y vendedores ambulantes, a los que se confían prendas usadas y objetos (normalmente de poco coste y gran consumo), con la obligación de satisfacer su precio o restituirlos, pasado cierto tiempo. Un contrato de ese tipo, hoy en boga, existe casi siempre que se entregan cosas muebles, incluso de valor (cuadros, objetos de arte), a empresas especializadas en ventas en pública subasta, las cuales asumen la obligación de satisfacer el precio que se recaude mediante la subasta (y que no deberá ser inferior a un mínimo, fijado como base), previa deducción de un porcentaje, o bien restituir las cosas recibidas. Análogamente, en el comercio de joyas, los fabricantes suelen confiar sus alhajas a establecimientos dedicados a su venta; en el comercio de

librería, los editores entregan sus obras al librero; en el comercio de confecciones se entregan las ropas a las llamadas casas de modas, etc., hipótesis todas reguladas convencionalmente.

Es evidente pararse a considerar estos supuestos de hecho para individualizar los rasgos esenciales de la regulación establecida en el C. c. italiano; precisamente porque algunos de esos supuestos los tuvo presentes el legislador, según resulta de la Relación del Ministro Guardasellos. Como consecuencia de su análisis, puede afirmarse que consta de los siguientes momentos:

a) La persona que entrega la cosa quiere enajenarla, obteniendo el precio correspondiente, fijado en el momento de la entrega; pero no pretende de quien recibe la cosa, que sin más le pague el precio, ni inmediatamente ni dentro de un plazo: le otorga la facultad de pagar el precio o de restituir la cosa, transcurrido cierto plazo, con la obligación firme de pagar el precio si no se verifica la restitución antes de ese plazo. El «tradens» (según la incolora terminología tradicional en este tema), efectuada la entrega, no tiene ya ninguna pretensión o facultad respecto a la cosa que, por el contrario, queda en la libre disponibilidad—de hecho y de derecho—del «accipiens».

La voluntad de enajenar del «tradens» aparece clara e inequívoca, ya desde el momento de la entrega y de la determinación del precio; desde entonces son queridas ya todas las consecuencias prácticas de la enajenación; en la intención del «tradens» un solo hecho podrá hacerla desaparecer: la restitución de la cosa, dentro del plazo establecido. Fuera de esa eventualidad, el «tradens» sólo puede pretender el pago del precio por el «accipiens». Realízase así la finalidad de tratar con una persona que le ofrece la posibilidad de conseguir el precio deseado, sin molestarse en encontrar un adquirente de la cosa de modo definitivo, o sea, sin facultad de restituirla; desde el momento de la entrega su posición es la de quien prefiere el precio en vez de la cosa.

b) La persona que recibe la cosa quiere tener, inmediatamente desde que se le entrega, libre disposición sobre ella. Toda facultad de disponer y de usar corresponde al «accipiens», por sí y por su cuenta. Por otra parte, no hay fundamento para una obligación real y concreta del «accipiens» dirigida a procurar la venta a terceros, pues esto constituye normalmente su actividad. Intención práctica del «accipiens» es actuar respecto de la cosa como mejor le parezca, sin interferencias del «tradens», con quien sólo tiene la obligación de pagar el precio o restituir la cosa dentro del plazo; de este modo, el «accipiens» se encuentra en situación de ejercer el comercio de venta sin empleo de capital y sin el riesgo de no vender la cosa, al menos mientras conserva la facultad de restitución. En resumen, fijándose en el núcleo esencial de la voluntad de las partes, y separándolo de los aspectos contingentes y variables, puede afirmarse que, en el momento de la entrega de la cosa, no sólo hay transmisión de la posesión, sino que la facultad dispositiva —en su más amplio sentido— pasa al «accipiens», que la ejerce por sí y por su propia cuenta, salvo su obligación de pagar o restituir dentro del plazo.

La obra de Balbi se sistematiza en siete capítulos: La pretendida separación del poder dispositivo de la propiedad; la transmisión de la propiedad al «accipiens»; el contrato estimatorio como compraventa; el acuerdo sobre cosa y precio; la entrega de la cosa; la facultad del «accipiens» de resolver el contrato, y la posición del «tradens».

Andrés DE LA OLIVA

CASTAN TOBEÑAS, José: «La ordenación sistemática del Derecho civil».
Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954; 133 páginas.

Al cumplir sus bodas de plata con la Cátedra el profesor Pérez González, los civilistas más destacados de nuestra patria le han querido honrar dedicándole un libro-homenaje. Por su parte, el maestro Castán le ofreció este interesante estudio, fruto de una larga experiencia y continua preocupación por los problemas generales del Derecho civil. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (abril-mayo de 1954), lo ha sido también en edición separada, y por ello, merece atención especial como publicación independiente.

Para el profesor Castán la cuestión relativa a la ordenación del Derecho civil moderno está aún sin resolver de modo definitivo tanto en el terreno del Derecho positivo como en el de la doctrina. Las naturales dificultades que un trabajo de síntesis supone, con sus inevitables escollos, explican que ninguna ordenación sea del todo perfecta.

Los obstáculos con que tropieza la construcción sistemática del Derecho civil provienen a juicio de Castán de causas diversas: la de ser esta rama del Derecho fruto, no de una construcción racional o científica, sino de una complicada elaboración histórica; la de hallarse actualmente en período de crisis y transformación el concepto, el contenido y los principios informadores de la disciplina; la falta de unidad en la legislación, con la consiguiente pluralidad de ordenamientos regionales y locales; la frecuente interpenetración entre el Derecho de familia y el Derecho patrimonial, etc.

Piensa el profesor Castán que todavía no ha llegado el momento adecuado para la revisión a fondo y renovación definitiva del plan científico del Derecho civil pues a la ordenación externa ha de preceder la necesaria ordenación interna. «Los estragos producidos por la concepción individualista no han de remediarse cambiando la estructura del Derecho civil con la consiguiente ordenación de sus materias, sino modificando la orientación general de la ciencia jurídica.»

La idea de «socialidad» no es opuesta a la de «personalidad». Todavía —afirma Castán—, en el Derecho privado, la persona es el centro y la meta del sistema, en armonía con la concepción cristiana. Lo que hay que hacer es ligar las relaciones privadas a las exigencias de la vida en común y a la idea de un orden ético y objetivo, que permita subordinar a un principio superior, de significado a la vez moral y social, las instituciones del Derecho privado.

La crisis del Derecho privado no es tan honda como se supone muchas

veces; sigue en pie el Derecho privado como categoría jurídica autónoma y subsiste íntegramente el contenido tradicional del Derecho civil, que gira en torno a la personalidad, la familia y el patrimonio. Cierto que ha habido muchos cambios, pero hay también permanencias. «Pueden renovarse ciertos principios o ciertas instituciones, sin que por ello se desmorone la arquitectura del conjunto», dice con acierto Castán.

La sistemática moderna o alemana del Derecho civil no es del todo incompatible con los nuevos principios del Derecho civil, dominado por la concepción social hoy preconizada. Y las finalidades prácticas que inspiraron la ordenación de Savigny no han perdido actualidad.

El profesor Castán se muestra partidario de conservar la llamada «Parte general», aunque entiende que sus proporciones deben ser razonablemente reducidas. «Sólo recogiendo los principios comunes a las singulares instituciones —afirma— se puede hacer posible la visión de la unidad intrínseca del sistema entero del Derecho privado.»

A su juicio, la doctrina sobre la personalidad y los derechos derivados de ella debe tener su sede, no en la Parte General, sino en la Parte Especial, constituyendo, como en el antiguo plan romano, el primero y fundamental de los tratados del Derecho civil.

Con ligeros retoques en el plan de Savigny, el profesor Castán estima que el plan actual del Derecho civil, provisionalmente, podría ser ajustado a las siguientes líneas arquitectónicas: I. Introducción. II. Parte general. III. El Derecho de la persona. IV. El Derecho del patrimonio (Derecho de bienes y su tráfico): 1. Derecho de las cosas (Derecho de las relaciones de exclusión): a) Derecho de las cosas materiales: los derechos reales propiamente dichos; b) Derecho de los bienes jurídicos inmateriales. 2. Derecho de las obligaciones (Derecho de las relaciones de cooperación económica y responsabilidad); los derechos de crédito. V. El Derecho de la familia (Derecho de las relaciones de vida): 1. Relaciones familiares propiamente dichas. 2. Relaciones cuasi-familiares (Tutela). VI. El Derecho de la sucesión «mortis causa» (Derecho de las relaciones de supervivencia).

Para una revisión más a fondo de la sistemática del Derecho civil hay que resolver previamente la «vexata quaestio», siempre nueva, de la unificación material o interna del Derecho privado. El profesor Castán piensa que sería posible y conveniente reunir en un cuerpo legal único todas aquellas normas e instituciones que, por su universal aplicación a todos los ciudadanos, han de ser consideradas como integrantes del Derecho privado común, publicando, a tal efecto, un Código o libro genérico y fundamental, de obligaciones y contratos, que recogiese los principios generales destinados a regular dichas relaciones, sin perjuicio de que existiesen o subsistiesen al lado suyo leyes particulares, que desenvolvesen de manera concreta las peculiaridades de ciertas materias propias y exclusivas del comercio.

Sin prisa y con la parsimonia que requiere la dificultad de la tarea, se puede ir pensando en revisar los cuadros sistemáticos de nuestro Derecho civil, a medida que se vaya avanzando en el estudio y preparación de una reforma a fondo del mismo, pero no perdiendo nunca de vista que el des-

arrollo del sistema externo o formal que se busque ha de acercarse, cuanto sea posible, al sistema interno o sustancial del Derecho patrio. Pero ello no quiere decir que menospreciemos las enseñanzas ajenas de la ciencia jurídica moderna. Lo que hace falta es no perder nunca de vista los rasgos constantes que dominan nuestro pensamiento jurídico, valorizando más lo nacional. No podemos renunciar —afirma Castán— a que nuestra concepción jurídica, proyectada sobre la sistemática del Derecho civil, sea enseñanza para el mundo, cuando menos para aquella parte del mundo que nos es más afín.

Es que —como alguien dijo— hay necesidad de hacer efectivamente ejemplar la propia originalidad, no ciertamente por española, sino por cristiana. En una palabra, se trata de asumir una actitud clara y ejemplar, capaz de pronunciar palabras valiosas para todos los hombres y pueblos.

Termina el maestro Castán con estas vibrantes exclamaciones, que son de incitación y de esperanza: «¡Ojalá pueda España, trabajando de acuerdo con las naciones de habla, historia y pensamiento hispánico, hacer aportaciones valiosas a los grandes problemas que tienen planteados la ciencia y la realidad jurídica actual! ¡Ojalá esté reservada a nuestros juristas la misión de dar al Derecho privado un espíritu y una estructura que, a la vez que lleve impreso el tinte histórico de lo español, represente una conciliación feliz del principio individual y la idea social, que sólo en apariencia son antagónicos!».

Juan B. JORDANO

DIAS MARQUES, José: «Prescripción extintiva». Coimbra, 1953, 8 + 232 págs.

El autor da a su tesis doctoral la categoría de libro preliminar en el que trata los problemas fundamentales de la prescripción extintiva, reducida al ámbito de las obligaciones. Redondear su obra, que pretende ser exhaustiva, ha de acometerse en otros dos libros. El segundo tratará de los efectos jurídicos de la extinción prescriptiva de la relación jurídica de crédito. En el tercero se proyectará el derecho sustantivo en el campo del proceso civil, analizando el modo procesal de actualizar la prescripción.

Esta división da idea del alcance profundo, y a la vez limitado en extensión, de este libro. En efecto, en él se plantean en último término y prescindiendo de las disquisiciones de Derecho positivo en las que el autor intenta fundamentar sus opiniones, dos problemas radicales en la teoría de la prescripción.

El primero, como aplicación concreta de la debatida autonomía entre Justicia y Seguridad, es el fundamento mismo de la prescripción. Aquí quizá ha faltado al autor mostrar más claramente la concordancia entre los dos aspectos en que se quiere basar la prescripción extintiva: el llamado filosófico y el llamado político-social; en otras palabras, el valorativo y el positivo. La explicación puede, sin embargo, encontrarse cuando vemos que el fundamento filosófico para Dias Marques es un sentimiento común de justicia del que no está ausente cierto carácter de inmoralidad, justifi-

cable por la tendencia a la certeza. Mal puede coordinarse esta insuficiente explicación con el fundamento político-social, extraído del Derecho positivo, previa discusión de otras pretensiones de fundamentación: la de la presunción legal de una extinción de la obligación y la de castigo a la negligencia del acreedor. Para el autor el fundamento está en el interés social de mantener ante todo la certeza de los derechos.

El segundo problema, clave para el planteamiento de los dos volúmenes prometidos, es el de la delimitación del Derecho sustantivo y el procesal, tanto en lo que se refiere a los elementos cuanto a los efectos de la prescripción. Partiendo de que el Derecho positivo portugués prohíbe al juez conocer de oficio sobre la prescripción extintiva de las obligaciones, que hay que alegar como excepción, y, después de examinar las distintas soluciones unilaterales o mixtas de la doctrina, Dias Marques marca la línea delimitadora de lo sustantivo y lo adjetivo, atribuyendo al primero la función de extinguir el crédito y al segundo la de distribuir la carga de la prueba en el proceso.

La claridad de exposición, peculiar a los autores portugueses, destaca en este libro a través de la aparente sencillez de su desarrollo y de la seguridad en concretar las soluciones.

José María DESANTES

GALVAO TELLES, Inocêncio: «Contratos civis». Lisboa, 1954, 169 páginas.

No se ha concedido en España la atención que merece la revisión general del Código civil portugués (1). Tampoco se ha observado la importancia y amplitud de los trabajos preparatorios repartidos por materias entre todos los profesores catedráticos de Derecho civil de las Universidades portuguesas, que forman la Comisión de reforma, en la que figura, además, el profesor Ferrer Correia con el cometido de trabajar en la parte general con el Dr. Domingues de Andrade, Catedrático también de Coimbra.

Resultado de estos trabajos, que van apareciendo periódicamente en las revistas jurídicas portuguesas, es este volumen que recoge los artículos del Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, en el que el profesor Galvão Telles ha ido desarrollando la materia a él encargada: la de la parte especial de contratos, que ahora cobra unidad al estar completa y hacerla preceder de un prólogo.

El libro consta de dos partes: la primera incluye toda la justificación doctrinal de la segunda que es el articulado del Proyecto, con numeración independiente de cada contrato en particular.

Puede comprenderse el valor de este libro como antecedente histórico del futuro Código portugués, que ha de sustituir al de cuño francés de 1867. Pero, además, aún actualmente, la obra de Galvão Telles ofrece un aspecto

(1) Tomando como base el trabajo del doctor Adriano Paes da Silva Vaz Serra, "A revisão geral do Código Civil", publicado en el vol. XXII (1946) del "Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra", publicó Gregorio Ortega Pardo en el vol. XXIV (1948) del mismo Boletín un artículo, "La revisión del Código civil portugués. Aportación para la reforma española". Pero en España es poco conocido y no ha tenido difusión.

interesante al servir de explicación de las soluciones nuevas y de introducción al sistema adoptado, claramente diverso del que mantiene el Código antiguo y de los sistemas que tradicionalmente se mantienen en la doctrina y en los Códigos. El autor se ha dado cuenta, sin embargo, de su cometido y de la función que esta introducción está llamada a realizar y advierte que no se trata de hacer un comentario extenso, aderezado con citas y discusiones de doctrinas, sino simplemente de explicar con llaneza el porqué de las soluciones adoptadas. En este sentido contrasta con los estudios que, también como antecedente del Proyecto, va publicando el profesor Vaz Serra, Presidente de la Comisión y Ministro de Justicia cuando se acometió la revisión en el Boletín del Ministerio de Justicia. Bien que la materia encargada al Dr. Vaz Serra— la parte general de las obligaciones—, sea más polémica y conceptual.

Conviene destacar todavía dos aspectos en el libro comentado. La claridad de exposición, la sencillez y el encadenamiento de las ideas convirtiendo en claro lo complejo y llevando de un pensamiento a otro, sin fisuras hasta llegar a soluciones concretas, en cuanto a la forma.

Y en cuanto al sistema, la valentía en romper moldes hechos. Es imposible examinar atentamente cada uno de los contratos regulados. Pero aun en su ordenación —si se conserva en el Código— y en su enumeración se ve esta tendencia innovadora. Faltan, comparando con el Código vigente, los contratos de matrimonio (tanto de la institución como del régimen de bienes); de sociedad, con sus variantes sociedad familiar y aparcería; la permuta que puede incluirse en la norma extensiva de la regulación de la compraventa plasmada en el artículo 69; los censos, y la donación, que aun cuando ha de incluirse en el título de los contratos especiales, según acuerdo de la Comisión, se encarga su redacción al profesor Paulo Cunha, autor del Título de sucesiones. Puede verse que aun cuando exista algún punto discutible no ha estado ausente el sentido común en la exclusión de estas instituciones del Título de los contrastos especiales.

Y es que, efectivamente, el sentido común es la técnica de este Proyecto en el que se incluyen los contratos de renta perpetua y renta vitalicia y se separan del contrato de arrendamientos de cosas, el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, cobrando personalidad el contrato de depósito, y regulándose con independencia el comodato y el mutuo. Y dando una desigual extensión a la regulación de cada contrato en particular, pues mientras el módulo general es la brevedad, se regulan minuciosamente compraventa y locación, con arreglo a las nuevas necesidades económicas, y se desdobra la regulación del mandato, distinguiendo el mandato con representación y sin ella.

J. M. D.

GARRIDO Y COMAS, J. J.: «El contrato de seguros», Publicaciones y Ediciones Spes, Barcelona, 1954.

Aun sin constituir una rama independiente del Derecho mercantil, el Derecho del seguro presenta una fisonomía propia y característica, no

siendo de extrañar el hecho de que la doctrina científica le haya dedicado especial atención.

Para valorar adecuadamente el alcance de la presente obra es preciso conocer la ocasión de su publicación, su finalidad y la personalidad de su autor. El señor Garrido Comas es especialista en la materia aquí tratada y Director de la Escuela Profesional del Seguro de Barcelona, y con el presente estudio concurrió al premio anunciado por la Dirección General del Seguro sobre el tema «Bases para una nueva ordenación legal de los contratos de seguros»; de aquí se deriva la especial estructura de la obra que está pensada, no tanto desde el punto de vista del derecho positivo, sino más bien desde la perspectiva del legislador: cada uno de los capítulos se inicia con la base que el autor propone y que a continuación se razona, siguiendo luego unas muy completas indicaciones del derecho comparado y de jurisprudencia española y extranjera, finalizando con la bibliografía pertinente.

No cabe duda —el propio autor lo reconoce lealmente— que muchas de las bases propuestas son susceptibles de mejoramiento y de corrección, pero debe también reconocerse que no es fácil tarea la de rehacer totalmente una institución determinada. Ahora que, según se anuncia en el momento en que redactamos estas líneas, está pendiente de dictamen de las Cortes españolas el proyecto de ley sobre una nueva ordenación de los seguros privados, nos parece de todo punto interesante la publicación de la presente obra que en todo caso constituirá un muy adecuado punto de referencia para juzgar la nueva ley.

La obra lleva un prólogo del profesor Polo.

Gabriel GARCIA CANTERO

GAY DE MONTELLA, R.: «La sociedad de responsabilidad limitada en la ley de 17 de julio de 1953 (Comentarios en sus aspectos legal, económico y financiero)». Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

Promulgada una ley nueva, los primeros comentarios sobre la misma cumplen una útil misión: enfrentarse con el texto inédito de la misma para desvelarlo, dando a conocer todo lo que en él se encierra, planteando problemas y apuntado posibles soluciones. Luego de que, con el transcurso del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia unifiquen en lo posible la interpretación, será llegado el momento de escribir los tratados.

Desde esta perspectiva resulta aceptable, en términos generales, la presente obra del conocido publicista Gay de Montellá. Artículo por artículo, se desmenuza en ella el texto legal planteándose, en ocasiones, interesantes problemas jurídicos, como, por ejemplo, la posibilidad de que la S. L. emita obligaciones, la de impugnar sus acuerdos, la dificultad técnica de constituir el derecho de prenda sobre las participaciones sociales regulado en el artículo 25 de la Ley, o la conveniencia y posibilidad de constituir reservas, no obstante, el silencio de la Ley.

Predomina en estos comentarios el tono práctico, corroborado con el

nutrido apéndice de formularios que acompañan a la obra y que revela en el autor un dilatado contacto con la vida mercantil. Quizá a ello se deba el que el primer capítulo de generalidades sobre la S. L. sea el más flojo del libro, observándose cierta penuria y unilateralidad en el manejo de la bibliografía, además de contener una inexacta referencia al artículo 1.876 del C. c. No es cierto que en el citado precepto se admita ya el principio de la limitación de la responsabilidad del deudor, pues una cosa es que el derecho real de hipoteca sujete directa e inmediatamente los bienes, y otra que el deudor deje de responder con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones; no diferenciar ambos supuestos conduce a confundir un derecho real con uno de crédito.

G. G. C.

LOPEZ RODO, Laureano: «El Patrimonio Nacional». Madrid, 1954. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Un volumen de 283 páginas.

Es cierto que el profesor López Rodó ha sabido vincular su intensa actividad en la práctica del Derecho a un constante y profundo estudio de su especialidad. Para los que fuimos sus discípulos en las aulas universitarias otra faceta brillantísima dimana de su enjundiosa personalidad: la pedagógica. Es el maestro claro, expresivo, sistemático y profundo. Ahora, cuando ya hemos adquirido la mayor edad e intentamos seguir esa ruta del estudio y de la investigación, podemos valorar con más comprensión el perjuicio científico y vital que es necesario recorrer para obtener la obra madura, seria y definitiva. Por eso no es extraño que hoy al encontrarnos con el «Patrimonio Nacional» tengamos que enjuiciarla como un estudio logrado y exhaustivo en esta materia.

Ello se debe a que en la obra del profesor López Rodó se logran varias facetas poco acostumbradas, cuales son el rigor de su investigación histórica unida a las técnicas constructivas y expositivas de la Ciencia jurídica europea. La primera, una faceta digna de admirar en un administrativista, porque contribuye a elevar sus estudios y enmarcarlos fuera de lo que sea una fría y concreta exposición de los preceptos jurídico-legales y reglamentarios vigentes. La segunda, una línea digna de seguir, porque incorpora a esta nueva Ciencia jurídica de la Administración la savia, la tradición y, al mismo tiempo, los esfuerzos sistemáticos logrados por la dogmática moderna.

El método histórico-sistemático se advierte pulcramente en la exposición de las materias de su obra. Así, por lo que se refiere al análisis histórico, se advierte desde el estudio del patrimonio nacional en el Imperio romano hasta el concepto actual del mismo, recorriéndose una línea histórica cuyos hitos más fundamentales son la Monarquía visigótica, la Reconquista, la época de los Reyes Católicos y la Casa de Austria, la Casa de Borbón y la época absolutista, la instauración del constitucionalismo, el examen particular de la Ley de 12 de mayo de 1865, el período revolucio-

nario de la Ley de 1869, la legislación y la jurisprudencia en torno a la restauración del patrimonio y el patrimonio de la República española de 1931.

En cuanto a una exposición sistemática destaca el rigor y encuadramiento de las fuentes manejadas, tales como el «Corpus iuris», las Colecciones de cánones y de Concilios de la Iglesia española, así como también nuestras Compilaciones históricas más representativas (Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, las Partidas, Fuero General de Navarra, ordenamiento de Alcalá, Novísima Recopilación, etc.) y el material histórico-legal del siglo XIX. Con todo ello se alcanza una perspectiva y una comprensión meridiana del tema. La afirmación del autor de que el método a seguir viene impuesto por la propia naturaleza del tema, explica la notable variedad de denominaciones atribuidas a los bienes que componen el Patrimonio de la Corona —su denominación tradicional— y la diversidad de contenido para una misma denominación, según las distintas épocas históricas. Ocurre con el Patrimonio de la Corona —según el propio autor señala— lo que Hauriou advierte respecto del dominio público, esto es, que históricamente ha cambiado mucho su condición. Ahora bien —añade—, el concepto y contenido de los bienes del Patrimonio de la Corona ha sufrido notables transformaciones. Sin embargo, a través de los cambios más profundos se puede advertir un denominador común que permite considerar las nuevas situaciones como distintas modalidades de un mismo objeto, y trazar un proceso de evolución, en vez de sostener que se trata de cosas distintas e inconexas. El Patrimonio a que nos referimos —concluye— es el Patrimonio que tiene por titular a la Corona, Institución Real o Jefatura de Estado, es decir, la masa patrimonial adscrita a la más alta magistratura o dignidad pública, destinada a su servicio como medio material para el cumplimiento de sus fines y digno ejercicio de sus funciones.

Hay que destacar para el civilista el problema magníficamente abordado por el profesor López Rodó de la naturaleza pública o privada de estos bienes, la cual es variable y relativa según los tiempos. La actividad política a que viene sujeto ha de ser un elemento determinante de dicha naturaleza. Los conceptos de propiedad y de dominio público juegan un papel preponderante, lo cual obliga al autor a una previa distinción de los conceptos, pero sin olvidar que, fundamentalmente, el presente estudio lo constituyen los bienes afectos al uso y servicio del Rey o Jefe del Estado, y no en general los que sirven de medios materiales a la Administración.

De aquí que el profesor López Rodó construya toda una teoría en torno a la naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio de la Corona (o Nacional) y concluya con la afirmación de que debe considerarse como una dependencia del dominio público. Por eso dice que sería aconsejable modificar la Ley del Patrimonio Nacional, en el sentido de precisar su naturaleza jurídica calificando de «bienes de dominio público» a los Palacios y Sitios Reales que lo integran, y de «bienes patrimoniales» las fincas urbanas y, en general, los bienes productores de rentas que no sean

aptos para el uso y servicio de la más alta magistratura del Estado. El autor concluye con este encuadramiento en las dos categorías fundamentales de bienes que reconoce nuestro sistema jurídico desvanecería las numerosas dudas que hasta ahora se han planteado en torno a los bienes del Patrimonio de la Corona o Nacional.

La obra está llena de sugerencias para el civilista de la hora actual, pues, ante el completo panorama de esta evolución histórica estudiada podrá comprender el fenómeno de «administrativización» del Derecho privado de que en Europa nos hablan Brethe de la Gressaye (1), Geni (hijo) (2) y Benn (3). La aportación del profesor López Rodó, con este logrado estudio, supone un paso definitivo en el campo del Derecho patrimonial español.

José BONET CORREA

MAGALHES COLLACO, Isabel Maria Tello de: «Da compra e venda em Direito internacional privado». Lisboa, 1954, 354 páginas.

En este volumen presenta la autora su tesis doctoral que, como tal, va bien pertrechada de notas y contiene una bibliografía abundante bien recogida, que se corresponde con el contenido de la obra.

Parte de las dificultades tradicionales de regular en una base jurídica unitaria las relaciones internacionales privadas. No estando Portugal, además, ligado a ninguna Convención material uniforme que regule concretamente el régimen internacional de la compraventa, el estudio se hace teniendo presentes las mismas normas de conflicto portuguesas. Incitan a este estudio dos razones: la primera el que no exista en portugués ninguna obra dedicada a este tema, y la segunda la suscripción por Portugal del Proyecto de Convención de la Haya de 1951 sobre la venta internacional de cosas muebles, que mal puede encajarse cuando ratifique, si no se sabe claramente lo que en la actualidad es Derecho vigente sobre la materia.

El subtítulo del libro —Aspectos fundamentales—, limita ya la extensión de lo tratado. En efecto, a lo largo de la obra se desenvuelven tan sólo los problemas que plantea el Derecho internacional privado en cuanto a la esencia y los efectos de las obligaciones nacidas del contrato.

El método empleado es, consecuentemente con este alcance, la determinación de la ley reguladora de los aspectos fundamentales del contrato y de las obligaciones que de él dimanar y el ámbito de aplicación de esa ley. Aparte quedan sin tratar otros problemas, como los de la ley reguladora de la capacidad de las partes y de la forma del contrato. Quedan también sin desarrollar, por propósito expreso de la autora, las particularidades de la compraventa en casos especiales. Se pretende tan sólo establecer

(1) BRETHER DE LA GRESSAYE: *Droit administratif et le droit privé*, en "Ettudes offerts a Georges Ripert", I (Paris, 1952), 304.

(2) GENY (Bernard): *De la méthode et de la technique du droit privé positif a celles de droit administratif*, en "Livre Juvilaire del Conseil d'Etat", Paris, 1952, pág. 277.

(3) BENN: *Il Governo moderno e la sua ingerenza negli affari privati* (trad. it.). Milano, 1948.

el régimen general, sin especificar las reglas concretas que afectan a muebles e inmuebles, a créditos o a derechos incorporales.

Destaca en la obra el amplio espacio dedicado al estudio de la ley de la autonomía, sus vicisitudes y su técnica de aplicación.

J. M. D.

MEMORIA ELEVADA AL GOBIERNO NACIONAL EN LA SOLEMNE APERTURA DE LOS TRIBUNALES el día 15 de septiembre de 1952, po rei Fiscal del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Manuel DE LA PLAZA Y NAVARRO. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

La apertura de cada año judicial permite al jurista saborear dos auténticos regalos: El discurso del Presidente del Tribunal Supremo y la Memoria anual que, en cumplimiento de disposiciones orgánicas, debe elevar al Gobierno el Fiscal del mismo Alto Tribunal. Suele el primero versar sobre algún tema de Derecho, profundo, controvertido y actual, al par que la segunda —con el pie forzado de una estructura reglamentariamente preestablecida— no deja de ofrecer sagaces puntos de vista y atinadas observaciones que también al civilista interesan.

La Memoria que motiva estas líneas se elevó al Gobierno en la apertura del año judicial 1952-1953. En ella se comentan en primer lugar las disposiciones emanadas del poder público de mayor trascendencia en el período inmediatamente anterior, destacándose lógicamente las que hacen referencia a las materias orgánicas procesales y penales. Prosigue la Memoria con una ojeada sobre la Administración de Justicia, en las Audiencias, Juzgados y Fiscalías, con indicaciones del movimiento de criminalidad en España, tal como se deduce de la estadística de asuntos tramitados, finalizando con una relación de asuntos civiles de interés despachados por las Fiscalías; se añaden en forma de apéndice los acostumbrados cuadros estadísticos.

Debemos subrayar la actualidad de algunas de las cuestiones aquí tratadas, como sucede con la demarcación judicial, respecto de la cual se subraya la urgencia «de hacer y poner en vigor una nueva demarcación judicial que tenga en cuenta las necesidades de la Justicia en relación con la distribución del territorio», apuntando a los peligros que pueden venir de pretendidas «razones históricas», y que a veces se alían con falsas estadística para producir confusión. Todo ello, como se ve, del mayor interés, ahora que ha sido creada una Comisión para elaborar un anteproyecto de nueva demarcación judicial.

Desde el punto de vista del ANUARIO DE DERECHO CIVIL nos interesa recoger el hecho aquí consignado de haberse producido «un sensible aumento en las adopciones de menores huérfanos y desvalidos», así como la interpretación que el Fiscal del Supremo da al número cuarto del artículo 174 del C. c.; entre las circulares sobre temas civiles debemos citar la número cinco que gira en torno a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal esté

legitimado para reclamar la nulidad de una declaración de incapacidad de una ciega de nacimiento.

En resumen, la lectura de esta Memoria será altamente provechosa para quien —como Juez, Fiscal o Abogado en ejercicio— tenga algo que ver con la Administración de Justicia, y, en general, todos los estudiosos del Derecho.

G. G. C.

MONTEL, A.: «Problemi della Responsabilità e del Danno». G. Giappicelli. Editore. Torino. s. f. 278 páginas.

Es una recopilación de trabajos del autor, publicados anteriormente en diversas revistas. Muchos de ellos son notas o comentarios de jurisprudencia. Algunos llevan apostillas, con el fin de ponerlos al día o de hacerse eco de otros estudios relacionados con los mismos temas, aparecidos después.

Sobresalen los dedicados a la legitimación activa para la acción de resarcimiento por muerte de una persona; resarcibilidad de los daños morales; devengo de los intereses de cantidades debidas en concepto de resarcimiento de daños por actos ilícitos; devaluación monetaria y resarcimiento de daños; adquisición de buena fe de cosas muebles y resarcimiento de daños; responsabilidad por injurias contenidas en un testamento; responsabilidad civil del denunciante; responsabilidad del hospital y del cirujano frente al enfermo; responsabilidad del nudo propietario de automóvil; observaciones sobre el régimen de la responsabilidad del conductor y del propietario de automóvil; sobre algunas propuestas para una mejor valoración del riesgo de responsabilidad civil en materia de seguros de automóviles; sobre una tutela penal del crédito hipotecario; acción de daños derivados de dolo y prescripción de la acción de nulidad del negocio jurídico; daños por inmisiones, etc. El interés de los distintos trabajos es variable, así como la profundidad en el estudio de los mismos.

A. de la O.

PUYUELO, Carlos: DERECHO MINERO. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1953; páginas 487.

Aun siendo numerosos e importantes los problemas jurídicos que diariamente se plantean a la vida minera, faltaba en la bibliografía jurídica española una obra fundamental que sirviera de base y guía para el estudio del derecho minero.

Con propósito de llenar este vacío, D. Carlos Puyuelo, nos ofrece su obra «Derecho Minero».

Divide el autor su trabajo en tres partes: «Doctrina, legislación y jurisprudencia», haciéndose notar en toda la obra una sistemática, clara y

sencilla, que permite, en un momento dado, estudiar el punto concreto que se desea.

La primera parte comienza estudiando la propiedad minera y su naturaleza jurídica, expone las diversas teorías que se han ideado para resolver el problema, terminando por aceptar la teoría de regalía que defiende el dominio del Estado sobre las minas, pero este derecho del Estado no puede considerarse como un derecho de propiedad en el sentido estricto, ni la relación jurídica que casi puede ser considerada exactamente como una relación de derecho privado, sino que, por su propia naturaleza, cae de lleno en el ámbito del derecho público, que es quien informa, de modo decisivo, toda la materia minera.

Partiendo de esta base y siguiendo la legislación vigente en España (deteniéndose algunas veces a estudiar la legislación anterior), va tratando, a lo largo de toda su obra, los puntos esenciales.

Estudia la concesión en general y la minera en particular, así como los derechos que confiere la concesión al particular; define la investigación como una concesión administrativa, pero sin virtualidad propia sino subordinada a la terminación de los trámites necesarios para la obtención de la concesión de explotación.

Se detiene a estudiar minuciosamente el sujeto, objeto, condiciones y caducidad de las concesiones mineras, estudiando también la naturaleza jurídica de la reserva minera, basándose en el dominio del Estado, para terminar tratando algunas cuestiones muy interesantes del derecho civil relacionado con las minas, como el usufructo y el arrendamiento de minas.

En la segunda parte, recopila el autor la legislación vigente actualmente en España, y que está comprendida en el Código Civil, Ley Hipotecaria, Reglamento de la Ley Hipotecaria y la Ley de Minas de 1949, y su Reglamento de 1946, Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica de 1934, así como Régimen de las Minas en las Colonias.

En la tercera parte recoge la jurisprudencia civil en materia minera y la jurisprudencia contenciosa-administrativa, en relación con la ley de minas.

Como hemos dicho, esta obra llena un vacío que era muy sensible, en relación con esta materia, pero solamente en parte viene a satisfacer el interés que había despertado, pues si bien expone, de una manera clara y ordenada, los principales problemas del derecho minero, deja sin resolver y aun sin tratar otros muy importantes que se presentan a los que viven diariamente la minería; así el autor no se ha propuesto tratar, por ejemplo los problemas concernientes a las demasías, el derecho del arrendador a las demasías; la pertenencia, su naturaleza, las instrucciones y sus consecuencias y otros, que, aunque tratados, no creemos que estén satisfactoriamente resueltos, tales como la naturaleza de la autorización de la administración para arrendar, subarrendar, etc., de gran importancia práctica.

IENACIO DE CORRAL

RIBEIRO DOS SANTOS, José: «Propiedade horizontal». Lisboa, 1954. 114 páginas.

Caracteriza a la literatura jurídica portuguesa actual un afán por resolver los problemas doctrinales y positivos de su ordenamiento privado y una tendencia a lograrlo de un modo realista, aunque con el bagaje de ideas necesario para abrir camino a soluciones.

Esto que caracteriza ejemplarmente el diario laborar científico de los profesores universitarios de Derecho civil, empeñados en la grat. empresa de reelaborar el Código civil portugués, se refleja naturalmente en los trabajos que constituyen escalones en la carrera universitaria—tesis doctorales y tesis de concurso—y también en las obras que por la formación profesional de sus autores o por el ámbito en que nacen podríamos llamar extrauniversitarias.

Así ocurre con este libro publicado por la Sección de Estudios Económicos de la Asociación Industrial Portuguesa, que trata un tema en el que se une su importancia fundamental a la especial situación legislativa en que en Portugal se encuentra.

El artículo 2.335 del Código civil portugués es fiel traducción del 664 del Código napoleónico, como lo fué nuestro 369 antes de su modificación por la ley de 1939. Pero en la ley núm. 2.030 de 22 de junio de 1948, reguladora de las relaciones arrendaticias urbanas, se incluyó un precepto—el artículo 30—en el que se concedía al Gobierno un plazo de seis meses para que revisase el artículo 2.335 del Código de 1867 y regulase la propiedad horizontal. Han transcurrido seis años y la propiedad horizontal (o «propiedade por andares») no ha sido normada. El fin que el autor se propone en el libro es sentar unas bases para redactar sobre ellas, en su día, los preceptos de la nueva ley o del Código civil, si antes se llega a su reforma.

La obra consta de cinco partes de muy desigual valor científico e interés doctrinal. Precisamente los dos capítulos más pobres son aquellos en que se trata de concretar: en el III, la naturaleza, definición y caracteres de la propiedad horizontal; en el V, el régimen legal a instituir. Los errores de concepto del III se reflejan fatalmente en las contradicciones de sistemática del V.

En cambio, son interesantes los otros tres capítulos. En el I se plantea la actual situación del problema de la vivienda en Portugal y en el extranjero con una acertada visión del conjunto de problemas económicos, sociales, estéticos, urbanísticos, agrícolas sanitarios y jurídicos, que quedan en pie a consecuencia del crecimiento de las grandes ciudades y que hay que tomar en cuenta cuando se quiera resolver a fondo la cuestión.

En el II se traza la historia prelegislativa del artículo 30 de la ley de 1948. Es interesante ver cómo se pretendió en un principio incluir en la ley de inquilinato la regulación de la propiedad horizontal. Y observar también cómo la discusión legislativa dejó ver tan graves obstáculos incluso de concepto, que se optó por establecer esa norma básica para dar tiempo a regular cuidadosamente una institución que resultaba muy compleja y poco cuajada.

En el IV se hace una especie de encuesta legislativa de Derecho com-

parado, tanto más útil y más dificultosa cuanto que se plantea por materias. Resultaría demasiado larga su enumeración. Basta afirmar que, aunque sin descender a detalles innecesarios, se somete a las legislaciones extranjeras a un interrogatorio en el que se abrazan los principales extremos a los que es necesario atender en una regulación que como mínimo pretenda ser completa.

J. M. D.

RIVES Y MARTI, Francisco de P.: «Concurso de acreedores y quiebras». III edición, corregida y adicionada por José Saura Juan. T. II; 1.120 páginas. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1954.

En el fascículo anterior de este ANUARIO (1) dimos cuenta del tomo primero de esta tercera edición de la ya clásica obra de Rives sobre «Concurso de acreedores y quiebras», de la cual aparece ahora el tomo segundo, puesto al día, como el anterior, por Saura Juan, y dedicado al estudio de la suspensión de pagos y la quiebra en su aspecto procesal.

Se inicia este segundo tomo con un capítulo preliminar sobre el concepto, caracteres, precedentes históricos y fuentes de la quiebra, y reconocimiento del estado preliminar a la misma llamado suspensión de pagos. En los capítulos siguientes, hasta el V inclusive, se estudia éste. Y los restantes, hasta el XXV, se dedican al estudio de la quiebra, siguiéndose el orden de la Ley de Enjuiciamiento civil. Así, en el capítulo VI se examina el orden de proceder en las quiebras; en el VII, VIII, IX y X la declaración de la quiebra y medidas consiguientes a ella; el XI y XII, la administración de la quiebra; el XIII y XIV, la retroacción; el XV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX, el examen, reconocimiento, graduación y pago de créditos; el XXI y XXII, la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado; el XXIII y XXVI, el convenio, y el XXV, la quiebra de las Compañías y Empresas de Ferrocarriles y demás obras de servicio público.

De los capítulos referidos, el V, X, XII, XIV, XVI, XVIII, XX, XXII y XXIV se destinan a la legislación procesal extranjera referente a las materias tratadas en los que les preceden, si bien en esta parte la obra no está totalmente puesta al día, pues el texto de tales capítulos es igual que en las ediciones anteriores, aunque en notas se citan las más importantes disposiciones legales aparecidas posteriormente en cada uno de los países de que se trata.

Al igual que en el tomo anterior, se inserta a continuación un prontuario de disposiciones legales y jurisprudencia, en el que se consignan, por su orden, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil referentes a las quiebras, con la legislación complementaria y jurisprudencia relativas a cada uno.

Y por último, termina este volumen con unos formularios de las más importantes actuaciones en materia de suspensión de pagos y quiebras, debidos a Saura, iguales a los que se contienen al final de sus dos obras sobre Suspensión de Pagos y Quiebras.

(1) A. D. C. VII, 3, págs. 920 y 921.

La Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 posterior a la segunda edición, se inserta el final del capítulo I con unos breves comentarios, debidos también a Saura, y análogos asimismo a los de su indicada obra sobre Suspensión de pagos.

Al dar cuenta del primer tomo de esta tercera edición de la conocida obra de Rives, ya dijimos que, aunque en algunos aspectos estuviera superada, era la obra más completa que teníamos sobre la materia y continuaba siendo imprescindible en el despacho de los profesionales del Derecho. A la vista de este tomo segundo, tal juicio ha de corroborarse plenamente, puesto que la materia objeto del mismo más compleja y difícil en nuestro Derecho que la del primero, es estudiada de modo más completo.

La labor de Saura al acometer y llevar a feliz término la puesta al día de una obra como la presente, es digna de todo encomio. Y también la del Instituto Editorial Reus, por la cuidada edición de la misma.

Rafael GIMENO GAMARRA

*Magistrado Juez de Primera Instancia
número 4, de Madrid*

SANCHEZ FONTAN, José: «El contrato de construcción», tomos I y II. Montevideo, 1953.

La presente obra sirvió a su autor para la prueba de agregación a la Universidad de Montevideo.

Con base en la realidad legislativa de su país y en el Derecho comparado —que se utiliza y examina con gran amplitud— se sostiene el carácter independiente del contrato de obra respecto al contrato de trabajo y al de arrendamiento de cosas, abogándose por la necesidad de diferenciar en el articulado de aquél las normas específicas que hacen referencia al contrato de construcción de edificios.

Para dar una idea de la amplitud de las cuestiones tratadas, enumeraremos el contenido de cada uno de los capítulos: en el tomo primero se expone, en una introducción, el texto legal y sus fuentes, y en ocho capítulos sucesivamente un análisis general del contrato, el contrato con el arquitecto, categorías especiales del contrato de construcción, la naturaleza civil del contrato, la formación y estructura del mismo, la obra, el precio y las garantías legales del crédito refaccionario; en el tomo segundo —capítulos IX a XIV— se trata de la transmisión de los efectos del contrato, de su extinción, de la responsabilidad durante la ejecución del mismo, del incumplimiento fortuito y garantía de los riesgos, de la responsabilidad decenal, y de la distribución de responsabilidad.

Mérito evidente de la obra es el haber tratado sistemáticamente la casi totalidad de los problemas que en torno al contrato de construcción se plantean, la diferenciación entre el contrato con el arquitecto y con el contratista, sin perjuicio de que el primero pueda adoptar ambos papeles, y, asimismo, el análisis cuidadoso de los diversos supuestos de responsabilidad. Sin duda, que muchas soluciones concretas son objetables y serán

objeto de discusión, pero ello no disminuye el valor de la aportación del profesor Sánchez Fontán al estudio de los contratos en particular.

La bibliografía manejada --con la única excepción de la alemana-- es bastante completa, no faltando la española reciente; echamos de menos, sin embargo, alguna monografía italiana sobre el tema, como la de Rubino («L'appalto», Torino, 1946).

Con frecuencia tiene en cuenta el autor los preceptos de nuestro Código civil, pero discrepando a veces sus disposiciones de la legislación uruguayana, será peligroso trasladar sin más las conclusiones del autor a nuestro Derecho positivo.

La presentación es muy cuidada, y la obra lleva un elogioso prefacio del doctor De los Reyes Pena.

G. G. C.

SIMONETTO, Ernesto: «I contratti di credito». Padova. Cedam, 1953; páginas 467.

Las operaciones de crédito han alcanzado una importancia tan grande en la vida individual, nacional e internacional, que existe la tendencia —apunta Simonetto— a valorar, al menos económicamente, a cada individuo por el crédito de que goza, y el grado de civilización de cada nación por el desarrollo del crédito en ella, al paso que se van multiplicando las operaciones y negocios de crédito socialmente típicos.

Proporcionado al desarrollo del crédito se encuentra también el número de los estudios sobre esta materia en cada época, país y, aun puede añadirse, en las diversas disciplinas. Porque el fenómeno del crédito, como otros fenómenos complejos y que interesan vastos campos de la vida individual y colectiva, puede ser observado bajo aspectos muy distintos: económico, moral, político y jurídico.

Si se compara con los estudios de los economistas, resulta que la Ciencia jurídica ha dedicado al crédito y a los negocios de crédito una atención relativamente escasa. No faltan, es verdad, obras monográficas sobre contratos particulares, pero incluso las más notables se resienten de la unilateralidad de visión o de la singularidad del problema del que se ocupan. Falta una visión panorámica o de conjunto. Sobre todo, a juicio de Simonetto, resulta que muchos juristas, frecuentemente llenos de lugares comunes seculares, han rechazado la aportación de la experiencia de los economistas y de los cultivadores de otras ciencias. Incluso se ha creído que cada uno de los aspectos antes enumerados se resuelve en un problema distinto respecto de los otros; que cada una de esas investigaciones debe proceder independientemente y que, en especial, el problema jurídico no tiene nada que ver con los otros. Este modo de pensar, sigue el autor, es equivocado por dos clases de razones.

En primer término, el legislador establece sus normas bajo el influjo de motivos morales, políticos, económicos, psicológicos, etc., por lo que sería vano intentar entender la Ley, que es la fuerza resultante, sin conocer su componentes, es decir, aquellas otras fuerzas o tendencias que han

hecho tomar a la fuerza-ley una determinada dirección. Los diversos aspectos del problema que se han aludido, por constituir momentos esenciales en la formación de la ley, también deben implicar otros tantos momentos de su interpretación.

En segundo lugar, es necesario tener presente que el fenómeno del crédito no puede ser estudiado sobre la ley, porque sólo quien ya haya estudiado el fenómeno en sí mismo puede aproximarse a la ley e interpretarla. Existe un común denominador mínimo que hace aplicables a la investigación jurídica, dentro de ciertos límites, los resultados alcanzados por otras ciencias, y viceversa; existe un paso obligado que todas las investigaciones indicadas *deben* superar, en el que la utilización de los resultados recíprocos puede abreviar el esfuerzo del camino y hacer más probable alcanzar la meta. Este común denominador mínimo o paso obligado lo constituye la comprensión del fenómeno en su realidad objetiva, la comprensión de la naturaleza del crédito (no de la naturaleza jurídica o económica, etcétera, sino de la naturaleza práctica del fenómeno), es decir, del *mecanismo práctico* a través del cual el crédito actúa. Así, para afirmar o negar que el cobro de réditos es inmoral o que los réditos están económicamente injustificados, para indagar cuál sea la posición recíproca de los diversos intereses satisfechos o sacrificados por la operaciones de crédito, es necesario tener presentes la naturaleza de las operaciones, la calidad de los intereses negociales, el mecanismo práctico del crédito y, consiguientemente, las prestaciones de las partes; es necesario, especialmente, determinar cuál es la prestación que el acreedor otorga *a cambio de los intereses*; problema arduo cuya solución es indispensable para todas las disciplinas que se ocupan de la función crediticia, si se quieren evitar resultados que, estando fundados sobre intuiciones privadas de valor científico, son incapaces de resistir un examen crítico, aunque sea superficial.

Pero si en otras disciplinas la solución del problema fundamental es necesaria en el campo jurídico, esta necesidad resulta todavía más viva. En efecto, según Simonetto, mientras los moralistas pueden fiarse en la intuición social del fenómeno, mientras la economía puede estudiarlo bajo el aspecto cuantitativo, e inclinarse en el plano cualitativo por posiciones mixtas o eclécticas, la ciencia jurídica, por el contrario, ha de atribuir con certeza cargas, obligaciones y sanciones. Esto exige el encuadramiento sistemático del negocio de crédito en las categorías jurídicas generales. Ahora bien, es indispensable a tal fin saber *cuál es el mecanismo del crédito*, cuáles son las prestaciones típicas y cuál el nexo que las une. Según Simonetto no es posible afrontar *directamente* los problemas relativos a la interpretación de la Ley, puesto que las normas que interesan a la materia, esparcidas aquí y allá en el Código y difíciles de reconocer, para un observador superficial pueden parecer frecuentemente contradictorias hasta el punto de creerse imposible la abstracción de principios generales comunes a la categoría de los contratos de crédito, y llegando incluso a aplicar normas distintas a instituciones que desarrollan una función idéntica, sobre la base de pretendidas anomalías causadas por la diversidad de la naturaleza *jurídica* y *económica* del fenómeno.

Es preciso evitar también el peligroso error en que caen muchos juris-

tas que (en sentido opuesto a los antes aludidos, ignorantes del aspecto económico) aceptan *a priori*, y poco menos que ciegamente, los resultados alcanzados por cualquier teoría económica sobre el mecanismo del crédito. Abandonando en favor de los cultivadores de otras ciencias un campo tan esencial, se ignora que las consecuencias *jurídicas* derivadas de la aceptación de una teoría en vez de otra son de la mayor trascendencia. Y todavía más: teniendo en cuenta que las teorías económicas pueden clasificarse en unilaterales, eclécticas y exclusivamente económicas, puede afirmarse que las teorías unilaterales proporcionan una solución unilateral y, por consiguiente inaceptable; las teorías eclécticas no dan una solución, mientras que las teorías estrictamente económicas no ofrecen una solución directamente aplicable al campo jurídico. Según el sentir de Simonetto, es cierta la observación hecha por los economistas más modernos, de que todas las teorías expuestas en el pasado contienen alguna aportación a la solución del problema y que todas ellas, en el aspecto crítico o en el constructivo, contienen intuiciones provechosas a los fines de la inteligencia del fenómeno. Liberando a estas intuiciones de los errores imputables a la unilateralidad del ángulo visual de cada una, la solución, que según el autor, parece exacta, surge, naturalmente, apoyada en la consideración crítica de las otras doctrinas y completada por sus aportaciones.

En una primera fase de la obra de Simonetto, se examinan las diversas soluciones expuestas en el terreno que podría considerarse común a las distintas disciplinas que se ocupan del tema. Esta primera fase concluye con un resultado utilizable en dos direcciones distintas. Por un lado, sirve para advertir la valoración que debe hacerse de la posición de los intereses negociales, de las prestaciones, cómo se combinan entre sí y, especialmente, cuál es la prestación que corresponde a los réditos. El problema referente a la posición recíproca de las otras eventuales prestaciones, resulta implícitamente solucionado junto con el anterior. Por otro lado, se logra un planteamiento más exacto del problema, clasificando la numerosísima bibliografía en dos o tres corrientes fundamentales, con lo que resulta fácil someter las soluciones principales a una crítica propiamente técnico-jurídica, confrontándola con las normas de la ley.

En la primera parte de la obra se emplean los elementos positivos deducidos de las diversas teorías, para llegar a una construcción unitaria del mecanismo del crédito y consiguiente individualización de los elementos del negocio de crédito. En la segunda parte se estudia la naturaleza jurídica de aquellos elementos concretos. Y en la tercera se examinan los principales contratos de crédito, sobre todo con el fin de determinar su naturaleza jurídica bajo un aspecto unitario.

A. de la O.

«Los fueros de Sepúlveda». Un volumen LII + 926 págs., impreso en Pamplona. Segovia, 1953.

Este volumen consta de prólogo y cuatro diferentes trabajos.

Prólogo, por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez, gobernador civil

y jefe provincial del Movimiento de Segovia, catedrático de Derecho civil, y de la carrera judicial.

El prologuista relata la génesis de la obra y, en general, de la colección de publicaciones históricas de la Excma. Diputación provincial de Segovia, y luego de dar somera razón del libro y sus autores, pone de relieve la íntima trabazón entre la historia y la dogmática del Derecho, y, paralelamente, la importancia de la obra para el conocimiento del tradicional Derecho español y para acometer la reforma de nuestro Derecho privado de acuerdo con las más viejas esencias jurídicas nacionales. Pero, señala acertadamente, esta tarea de reforma no es una labor fácil. «Para realizarla hay que trabajar y estudiar mucho, sin concesiones de ningún género a los nuevos diletantismos retóricos de quienes estiman que la construcción teórica del Derecho del Nuevo Estado se puede llevar a cabo desde las columnas de un periódico, o en forma de introducciones lamentables.»

Si en el libro, sólo el prólogo lleva la firma del profesor MARÍN PÉREZ, sin embargo, la iniciativa de la publicación, la búsqueda de los cuantiosos medios precisos para imprimirla, la designación de colaboradores y el auxilio constante a éstos en su labor, son también obra suya. Puede decirse que es él quien ha jugado el papel más importante en la empresa, y hay que agradecerle sinceramente, porque se trata de una edición modelo, que, valorada en su conjunto, es más completa que cualquier otra de las publicadas hasta la fecha, españolas o extranjeras.

Textos. Edición crítica y Apéndice documental, por Emilio SÁEZ, colaborador de la Escuela de Estudios Medievales; páginas 1-333.

SÁEZ transcribe con su habitual pulcritud, utilizando todos los manuscritos posibles y dando en nota las variantes de cada uno:

1.º El fuero latino de Sepúlveda, confirmado por Alfonso VI el 17 de noviembre de 1076. Aparte cuatro ediciones antiguas (que se reducen a dos), había sido editado modernamente por Ramos Loscertales. Pero en la edición de SÁEZ se ha tenido presente la copia del fuero latino inserta en un privilegio rodado de Fernando IV, expedido en Medina del Campo el 15 de mayo de 1305, y con la cual pueden suplirse los rotos del pergamino silense que de ordinario había servido para la transcripción.

2.º Una versión parcial romanceada del fuero latino, contenida en el privilegio de Fernando IV ahora indicado.

3.º El fuero romanceado. De este fuero se conserva un manuscrito en el Archivo municipal de Sepúlveda, que es, sin duda alguna, el original, es decir, el que el Concejo de Sepúlveda entregó a Ruy González de Padilla, alcalde por el rey en Sepúlveda, el viernes 29 de abril del año 1300, para que juzgase a todos los de Sepúlveda y su término. Hay cinco copias modernas del fuero romanceado (fué destruida una más en 1934) en diversas bibliotecas. Ha sido editado dos veces, y las dos de modo muy deficiente.

4.º Como complemento, publica el autor cuarenta y siete documentos o noticias de los mismos, relacionados más o menos directamente con los fueros latinos y romanceado de Sepúlveda, o útiles para el estudio de la repoblación y la vida municipal de dicha ciudad.

En una extensa y bien escrita introducción, el transcriptor da cuenta minuciosa de los manuscritos empleados para su trabajo, copias modernas, ediciones anteriores y modalidades de transcripción y edición. Al relatar los documentos que publica como Apéndice, dedica unas páginas particularmente interesantes a los concernientes a la extensión del fuero de Sepúlveda.

Estudio histórico-jurídico, por Rafael GIBERT, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Granada, vicedirector del Instituto Jurídico español en Roma, y secretario del *Anuario de Historia del Derecho español*: páginas 337-570.

Es interesante para el jurista y el historiador el punto de vista de GIBERT sobre el significado y transcendencia del Derecho de Sepúlveda.

Relaciona el autor la resistencia castellana a someterse a la jurisdicción leonesa, que aplicaba el *liber iudiciorum*, con el temprano desarrollo de una serie de Derechos locales, que sólo más tarde se fijan por escrito. En esta línea, el fuero de Sepúlveda de 1076 «es, en realidad, la declaración y confirmación del antiguo Derecho de la tierra: *confirmamos ad Septempublicam suo foro quod habuit in tempore antiquo*»; se hace en él referencia expresa a Sancho el Mayor y a los Condes. «Este fuero trataba de sus terminos, sive de suos iudicios, vel de suos placidos, sive de suos pignoribus, et de totos suos foros que fuerunt ante, Nada autoriza a pensar que estuviese ya redactado anteriormente. Más bien hemos de creer que se conocía mediante tradición oral: *confirmamus hoc quod audivimos de isto foro*, y que igualmente fué relatado al rey » (GIBERT, pág. 353). «Los artículos del fuero reflejan el régimen privilegiado de una ciudad fronteriza, que se separa del régimen común del reino. Este régimen está presidido por la idea de elevar a los pobladores. El fuero no contiene un sistema jurídico completo —esto ha de tener importancia para su desarrollo ulterior—, pero acerca de todos los aspectos de la vida jurídica sienta algún precepto fundamental, que caracterizará al Derecho de Sepúlveda»: páginas 353.

Señala GIBERT cómo «la mayor parte de los Derechos locales castellanos no se han redactado en su totalidad. A lo más se han fijado unos cuantos principios fundamentales en fueros breves, concedidos por los reyes, de los que es ejemplo el fuero latino (de Sepúlveda). De su desarrollo ulterior tenemos noticias por las redacciones territoriales, del tipo del Libro de los Fueros de Castilla, que se refiere ocasionalmente al Derecho de Burgos Cerezo, Belorado. Esto no es casual, sino que obedece a una razón interna del Derecho castellano: su antilegalismo, su resistencia a fijarse en forma normativa» (pág. 358). Sin embargo, diversos factores, a partir del reinado de Alfonso VIII (1155-1214), impulsan una labor de recopilación y fijación del Derecho municipal que culmina, acaso, en el fuero de Cuenca. «Su prólogo latino nos explica las finalidades y procedimientos de esta redacción. En primer lugar, acabar con la indeterminación del Derecho no escrito, y sustituirlo por la fijeza de las leyes: *humana labilis est memoria*... La ley con la que va a sustituirse ese Derecho consuetudinario no es una creación original, sino una *forensium institutionum summa*, el mismo Derecho de

los fueros, no escritos hasta entonces, al menos en su totalidad, y fijados por el procedimiento de la encuesta sobre el Derecho vigente» (pág. 359).

Mas, ¿qué Derecho de los fueros es el que va a escribirse aquí? En opinión de Gibert, «no es otro que el Derecho de Sepúlveda, o, más exactamente, el Derecho de la Extremadura castellana, que tuvo en Sepúlveda su primera formulación, y dada su calidad de cabeza de jurisdicción, su desarrollo ulterior». Y ve la prueba de ello en el fuero de Teruel. Ureña sostiene que a Teruel fué concedido solamente el fuero latino de Sepúlveda, y niega que pueda confundirse ese diminuto fuero latino con el texto del fuero extenso de Teruel, cuyo contenido es el mismo fuero de Cuenca. Pero Gibert opone toda la tradición ulterior que insiste en afirmar que el fuero de Teruel es el de Sepúlveda. «El fuero de Sepúlveda —explica en otro lugar— encerraba los principios de un régimen privilegiado de población. Su concesión implica la de todo el ordenamiento jurídico que preside. En la propia Sepúlveda, los usos y costumbres completan esa esquemática declaración» (pág. 402). Prueba de ello, la ulterior confirmación, por Alfonso X, en 1272, de lo que entonces era Derecho en Sepúlveda: *el fuero, e los privilegios e las franquezas otorgados por los monarcas anteriores, de una parte, e los buenos usos e las buenas costumbres que entonce envien*, de otra: no se refiere la confirmación a ninguno de los textos forales, breve o extenso. Ahora bien: «si Teruel, que estaba poblado a fuero de Sepúlveda, toma como texto de su fuero el mismo de Cuenca, es porque *el fuero de Cuenca era la fijación por escrito de ese Derecho de Sepúlveda*» (pág. 361).

Sin embargo, era una fijación erudita, impura. «Todavía no se ha llevado a cabo un estudio completo del fuero de Cuenca, pero varios indicios permiten afirmar que, si bien *suma de las instituciones forales*, ha sido la obra de juristas romanizados, que no siempre han acertado a captar la realidad del Derecho popular, y han adoptado a veces las soluciones y los puntos de vista del Derecho regio. Por eso en Sepúlveda donde el Derecho se había creado y aplicado tradicionalmente por los jueces, el nuevo Código, empleado, al parecer, durante el siglo XIII (junto a las redacciones del Derecho peculiar y los distintos privilegios y ordenanzas del Concejo), como expresión del Derecho propio, había de encontrar la resistencia de la antigua práctica, que, estimulada por el creciente legalismo, y por la necesidad de alegar, en el moderno procedimiento escrito, el texto de las leyes, acaba por elaborar una más genuina versión de aquél: el fuero extenso de Sepúlveda o fuero romanecado.

El texto en que se conserva esta redacción constituye una falsificación típica: los nuevos preceptos, nunca anteriormente confirmados y recopilados, se colocan entre el protocolo —seguido de la parte dispositiva— y el escatocolo del fuero de 1076, todo ello en romance. Y así como el ejemplar del fuero fué autorizado y confirmado. Consta de dos series de párrafos tomados del fuero de Cuenca —pero con alguna alteración—, y otras dos, al parecer, originales. En hipótesis de Gibert, la parte original contiene, a su vez, varios estratos: «una redacción primitiva del Derecho de Sepúlveda, que desarrolla aspectos del Derecho practicado en la localidad, no atendidos en el fuero oficial de 1076; unos privilegios reales y ordenanzas del con-

cejo, más una serie de disposiciones sueltas de diverso origen, glosas marginales retoques y añadidos extendidos por todo el texto» (pág. 546).

El fuero no es una obra acabada ni desde el punto de una técnica rudimentaria. Se advierte que los materiales reunidos para él, en parte ya ordenados, fueron recogidos en un cuaderno apresuradamente, y es en esa fase preparatoria en la que ganó autoridad. Se explica así, que no recoja todo el Derecho de Sepúlveda. El redactor del libro de los fueros de Castilla, al hacer su encuesta sobre el Derecho castellano, ha recogido un precepto que no figura en el mencionado cuaderno. Habría muchos más. Con ellos, y con el uso y la práctica de los jueces, se conseguía en estos Derechos, ya formados en la alta Edad Media, la plenitud que nunca tuvo su formulación escrita, siempre tardía y fragmentaria.

En opinión de Gibert es este ordenamiento sepulvedano, completo y perfectamente definido, pero no totalmente redactado y de heterogénea formación, el que se propaga, desde 1143, por nuevos territorios del Reino castellano y del de Aragón. No debe hacerse distinción entre el fuero latino y el romance. La concesión a Uclés (1179), por ejemplo, no podría referirse al fuero latino: en primer lugar, porque dos de sus párrafos presentan esencialmente la misma formulación de otros dos fundamentales (y más desarrollados) de Cuenca (así, pues —comenta el autor—. Derecho formulado en Cuenca está ya documentado en 1179 en el círculo del Derecho de Sepúlveda): además, porque, cuando la cláusula final remite al fuero de Sepúlveda para concederlo como supietorio, excluye tres cosas (*iactada arrova et almudes in die de mercado et alcavara de carniceros*) que «eran derechos del rey en Sepúlveda, pero no se encuentran en el fuero latino: probablemente, en otro documento desconocido, o incluso sin fijación escrita» Tampoco podría referirse a él la concesión de Morella en 1233, *ad populum ad forum de Sepulveda et de Strematura*. «La carta de concesión se refiere como propios del fuero de Sepúlveda al pago de la décima y primicia (*sicut istud forum postulat et mandat*) que no aparece aludida en el fuero latino. Especial interés ofrece el que se conceda también la protección jurídica de *año y día*, a la que no se encuentra la menor alusión en el fuero latino, y que es desarrollada en el extenso.» E igualmente, se trata de un fuero amplio en dos concesiones tardías de la Orden de Santiago (1274, Segura de León; 1343, Puebla de Don Fadrique) que acuerdan —contra el anterior precedente de conceder el fuero de Uclés— directamente el mismo «buen fuero y usos a que fué poblada Sepúlveda», en el primer caso, y «el fuero de Sepúlveda con las mejoras», en el segundo, es decir, la totalidad del fuero.

El fuero de Sepúlveda vino a ser Derecho propio de los lugares pertenecientes al señorío de la Orden de Santiago. Cita GIBERT unas Ordenanzas aprobadas por el Capítulo general de la misma en 1440, que corrigen, declaran e interpretan varias disposiciones «del fuero de Sepúlveda». «Ahora bien, tres al menos de estas disposiciones, aunque en su fondo corresponden al Derecho de Sepúlveda, presentan una coincidencia textual con el de Cuenca», mientras contradicen la versión romanceada de 1300. «Que se designe fuero de Sepúlveda al que es, evidentemente, fuero de Cuenca, prueba que éste era la redacción del Derecho de Sepúlveda, y como tal era

empleada por lugares poblados a ese fuero, con preferencia a la imperfecta —aunque, por otra parte, más directa y genuina— redacción del mismo, contenida en el fuero extenso» (pág. 402). Lo mismo viene a demostrar —o, al menos, la extensión de las *mejoras*— la mención de un capítulo del amejoramiento del fuero de Cuenca (*que non laste padre por fijo*), al poblar lugares a fuero de Uclés-Sepúlveda (Chozas, 1321) o de Sepúlveda (Puebla de Don Fadrique, 1343).

Dentro del Derecho castellano —concluye Gibert— Sepúlveda es el centro creador de su especialidad de Extremadura, que modela la organización jurídica de toda Castilla, directamente o mediante el fuero de Cuenca... Cuando, a principios de la Edad Moderna, se revisa la historia del Derecho medieval, y las leyes de Toro armonizan las contradicciones surgidas en su seno, la nueva síntesis tiene como rasgo dominante la decisión del Derecho castellano. *Sepúlveda es la sede del Derecho civil común de España*» (pág. 548).

Ante la imposibilidad de dar una idea total del trabajo de Gibert, he preferido reseñar un punto concreto, como esta interesante hipótesis sobre la naturaleza, vicisitudes e importancia del Derecho sepulvedano. El autor ha realizado una buena labor, en la que ha puesto de relieve sus extraordinarias dotes de historiador y de jurista, y esta parte de su estudio ha de quedar como una aportación nueva de importancia a la historia de las fuentes del Derecho medieval.

Acaso, empero, la frase *Sepúlveda es la sede del Derecho civil común de España* sea un tanto excesiva. Sin duda, el Derecho sepulvedano se extendió a bastantes pueblos y ciudades, pero son infinitos los que no lo recibieron. Por otra parte, ni las leyes de Toro son la pieza más importante del Derecho vigente en su tiempo, ni el autor demuestra—y sí se limita a afirmar—la influencia decisiva, o al menos notable, del fuero de Sepúlveda sobre la legislación general. En todo caso la frase resulta algo anacrónica a principios de la Edad moderna, en que, por diversas causas, la fuerza del Derecho popular es cada vez más reducida.

En cambio, es un resultado indiscutible de la investigación de Gibert su constatación de que lo recibido en los lugares poblados a fuero de Sepúlveda no es sólo el fuero latino: así los casos que cita de Uclés y Morella. Ha de pensarse, por ende, que en Cuenca y Teruel se recibió más Derecho sepulvedano del escrito en 1076: lo que ya no podemos saber es exactamente cuánto. En todo caso, un Derecho más amplio que el del fuero latino y no coincidente con el recopilado en 1300. Ahora bien: mientras tal Derecho llegó a Uclés en forma relativamente pura, debió sufrir en aquellas ciudades, al formularse por escrito, una reelaboración profunda y la mezcla de otros elementos: sólo de esta manera se explican las contradicciones con el fuero extenso, expresión más genuina del ordenamiento de la antigua Extremadura castellana. Aparece así exacta al idea de Gibert de que la nueva *suma de las instituciones forales* es un producto erudito, y cabe pensar que construido con materiales de origen muy diversos.

Por eso, si el nuevo cuerpo legal conserva el nombre y una parte del contenido del Derecho de origen, en su conjunto reviste una individualidad distinta y representa también otras influencias. Su evolución posterior va

apartándole todavía más del Derecho propio de Sepúlveda: en Teruel le añaden decretos y provisiones los reyes aragoneses y en Cuenca lo *mejoran* los castellanos. Estas *mejorías* se extienden a diversos lugares, poblados (directamente o por intermedio de Uclés), a fuero de Sepúlveda, pero en los que, al parecer, regiría la compilación de Cuenca. No está probada—ni es de suponer—su extensión a la propia Sepúlveda.

En cambio, la versión sepulvedana de 1300 no parece haber tenido vigencia, como tal, fuera de la villa. Cuerpo tres o cuatro veces más corto que el prototipo Cuenca-Teruel, lleno de lagunas, y de inferior técnica, llegó además muy tarde para competir con su pariente. Esto no quiere decir que su publicación, realizada ahora con los máximos honores, no tenga un extraordinario interés: al contrario, la aparición, en los últimos veinte años, de dos ediciones magníficas de los Fueros de Cuenca (Ureña) y Teruel (Gorosch), exigía urgentemente ese material de contraste que representa el cuaderno romanceado.

El autor, tras el estudio de la estructura y vicisitudes del fuero, hace una completa exposición de las instituciones contenidas en él, con oportuna alusiones a otras fuentes. La excesiva extensión de esta nota no permite ya dar cuenta de esta parte del excelente trabajo del profesor Gibert, a quien en ningún aspecto cabe regatear elogios. En particular, la parte de Derecho privado será de gran utilidad para aquellos civilistas que comprenden la absoluta necesidad del estudio histórico de las instituciones.

Estudio lingüístico y vocabulario, por Manuel ALVAR, catedrático de Gramática histórica de la lengua española en la Universidad de Granada, págs. 571 a 871.

El trabajo de Manuel Alvar—dice el prologuista—es una destacada contribución para remediar la escasez de bibliografía lingüística sobre los fueros castellanos, escasez que el autor lamenta, con referencia también a los leoneses. En el estudio lingüístico del fuero extenso examina sucesivamente las características fonéticas, morfológicas y sintácticas y los elementos dialectales del texto sepulvedano, a través de cuyo examen se va perfilando el estado de la lengua, en el siglo XIII, de una región tan netamente castellana como Sepúlveda. En el vocabulario recoge Alvar exhaustivamente todas las palabras que figuran en el texto, las que comenta y estudia, acompañándolas de su equivalencia actual, de su etimología y de numerosas citas de su aparición en otros textos literarios, jurídicos y científicos. Por su valor léxicográfico, destacan los vocablos del portazgo incluido en el fuero extenso. Acaba Alvar su aportación a esta obra con un interesante Apéndice, dedicado al fuero latino y a la versión parcial romance del mismo, en el que se ocupa del romanceamiento de dicho fuero y ofrece un Glosario de las voces más destaeadas.»

He transcrito las palabras del prólogo porque indican, mucho mejor de como yo pudiera hacerlo, el contenido y valor de la importante monografía del profesor Alvar, a la cual la especialidad de esta Revista—como el desconocimiento de la materia en quien escribe la recensión—no permite dedicar mayor espacio.

Los términos antiguos de Sepúlveda. por Alitano G. RUIZ ZORRILLA, cronista oficial de Sepúlveda. págs. 873 a 913.

El autor analiza—sigue diciendo el prologuista—«las delimitaciones incluidas en los fueros, que le sirven para marcar el perímetro del alfoz sepulvedano en los siglos XI y XIII; señala la importancia estratégica de la villa, y añade un índice toponímico, en el que se identifican las referencias topográficas que figuran en los textos. Este trabajo tiene un valor mayor que el meramente local; es, en realidad, una notable aportación a los estudios de Geografía histórica medieval, tan abandonados en España».

José Luis LACRUZ BERDEJO

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALCALÁ ZAMORA Y TORRES, Niceto: *Misión pedagógica del Derecho romano*. RCA. septiembre-diciembre 1953: págs. 181-184.

Equipara el estudio del Derecho romano en la Facultad de Derecho al de disección en la de Medicina.

ANTONI, Jorge Sixto: «*Algunos aspectos del Código civil en la Constitución nacional de 1949*». RIDC. Tomo 3, número 1, 1954: págs. 111-127.

Ante la nueva Constitución argentina, de nuevo se ha puesto sobre el tapete la necesidad de reformar el Código civil.

El autor ofrece algunos puntos de vista personales sobre la reforma en materia de Derecho de familia, sucesorio, arrendaticio, etc. Después, con referencia al Libro I, alude al nombre, domicilio, capacidad, prodigalidad, extranjería, ausencia, personas jurídicas... Todo con vistas a la reforma.

ARCOZZI-MASINO, Vincenzo: «*L'idea del progresso legislativo in San Tomaso*». IE, Año VII, enero-abril 1954: págs. 22-32.

Glosa de la cuestión 97, I.^a, II.^a, de Santo Tomás, intitulada *De mutatione legum humanorum*, en la que se demuestra que en la mente del Santo el progreso legal es una exigencia de la unidad del orden jurídico.

ASCARELLI, Tullio: «*Función del Derecho Comparado en la Interpretación del Derecho y Metodología del Derecho Comparado*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953: págs. 19-37.

El profesor de Roma comienza destacando la importancia «creadora» de la interpretación y el mecanismo de ésta. El intérprete se sirve de distintas categorías de conceptos jurídicos y el Derecho comparado vale para él como «experiencia». Indica que este Derecho, más que tal, es un método, le rela-

(*) Vid. la clave de abreviaturas en el Anuario VII, 1, págs. 282-283.

ciona con la Historia, examina su finalidad y destaca su significación en la tarea unificadora.

AZARA, Antonio: «*La giustizia nel Vangelo e nel costume odierno*». *It.*, año VII, mayo-junio, 1954; págs. 140-151.

Pinza en el Evangelio unas líneas directrices de la justicia, tal como Jesús la entendió, y observa luego cómo esas ideas se han perdido en el mundo moderno.

BARANDIARÁN, José León: «*El movimiento jurídico europeo*». *RFL*, septiembre-diciembre 1953; págs. 421-430.

A partir del neokantismo, estudia los movimientos europeos de filosofía del Derecho y sus principales representantes. Ve que América adquiere en su comparación un grado de madurez intelectual que le permite concurrir en el progreso del saber jurídico.

BELTRÁN FUSTERO, Luis: «*Las dificultades profesionales de los juristas del siglo XX*». *RGLJ*, julio-agosto 1954; págs. 86-103.

Constituye este trabajo una lamentación del exceso de leyes, de la mutabilidad a que están sometidas, de su deficiente redacción, de la intromisión de autoridades gubernativas en el campo propio de las funciones legislativa y judicial y de la falta de conciencia de su misión en los juristas.

BETTIOL, Giuseppe: «*Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*». *IM*, Año V, fascículo 2.º, junio 1954; págs. 189-195.

La crisis del positivismo jurídico formalista lo deja reducido a mero recuerdo, sin vigencia en el pensamiento jurídico actual. Ha sido superado por dos corrientes: la marxista y la finalista. La primera se debate en la consecución de un sistema de contenido social y económico. La segunda mira hacia unas exigencias morales que han de informar la relación social.

BONET CORREA, José: «*La metamorfosis del Derecho privado europeo*». *RDN*, abril-junio 1954; págs. 111-167.

La crisis del mundo moderno, y concretamente la crisis jurídica privada, lleva a examinar sus fenómenos a través de la doctrina francesa, italiana, alemana y española. Terminando como conclusión con un visión rápida de los nuevos horizontes abiertos al Derecho civil.

CARNELUTTI, FRANCESCO: «*Ancora su Diritto e Amore*». IM, Año V, fascículo I, marzo 1954, págs. 21-22.

Breves indicaciones de Carnelutti en torno a su posición y a la de Olgiati sobre el binomio «Derecho-Amor», como opuesto al contrario «Derecho-Justicia».

CARRERAS, Jorge: «*Diritto Pubblico e Diritto Privato: attualità e fecondità della loro distinzione*». IM, Año V, fascículo I, marzo 1954; páginas 60-80.

El punto de partida de la distinción ha de ser doble: la norma y la vida jurídica. Alude a la distinción entre Derecho público y Derecho privado, desde el punto de vista normativo y desde el de la política legislativa, para fijarse luego en la «publicización» del Derecho privado y en su transformación publicística.

Para distinguir el Derecho público del privado, desde el punto de vista de la realidad jurídica, ha de tenerse en cuenta la estática y la dinámica del fenómeno jurídico, como doble criterio distintivo.

CASTÁN TOBEÑAS, José: «*La ordenación sistemática del Derecho civil*». RGLJ, Tomo XXVIII (196), número 4, abril 1954, págs. 409-460; número 5, marzo 1954, págs. 547-611.

Completísimo trabajo de conjunto sobre la distribución sistemática de materias en el Derecho civil. He aquí un resumen de su contenido:

I. *Introducción*.—Consideraciones sobre la importancia y valor de las clasificaciones en la ciencia y sobre la significación del sistema en el Derecho considerado a la luz de la Historia y de la crítica. El plan expositivo del Derecho puede ser o exegético o dogmático.

II. *Plan clásico o romano-francés*.—Alude al plan de Gayo y a otros que con él coexistieron, así como a su desnaturalización en los Códigos modernos. Crítica.

III. *Intentos de renovación sistemática del Derecho civil a partir del Renacimiento*.—Los «civilistas» no se preocupan del sistema; sí, en cambio, los filósofos (Domat, Leibnitz, Kant, Hegel, Stahl). Obras legislativas (Códigos francés, italiano, español, austriaco, argentino, chileno, portugués).

IV. *Plan moderno o alemán*.—Orígenes (Hugo, Thibaut, Heise), significación de Savigny y difusión doctrinal y legislativa del plan. Crítica.

V. *Tentativas últimas de sistematización y superación del plan de Savigny*.—Tras de aludir a algunos Códigos civiles (suizo, mejicano, venezolano, italiano, filipino y popular alemán), clasifica así los intentos doctrinales: a) Construcciones transaccionales (Girard, Sohn, Aubry y Rau, Jossierand); b) Construcciones de inspiración germánica (Ahrens); c) Construcciones basadas en el fin o carácter de los derechos (Ferrini, Ferrara, Dusì, Enneccerus); d) Construcciones basadas en el objeto o soporte de los derechos (Gier-

ke); e) Construcciones basadas en la naturaleza y contenido de las relaciones jurídicas (Eltzbacher, Brug); f) Construcciones basadas en la naturaleza de la institución (Careis, Windscheid, Burckhardt, Sternberg, Bonnacase); g) Construcciones mixtas (Messineo).

VI. *La sistemática del Derecho civil en la doctrina española.*—Estudia los autores anteriores y los posteriores al Código civil; entre éstos predomina el plan alemán.

VII. *Observaciones críticas.*—Son éstas: 1) El sistema legal no vincula al intérprete. 2) La Institución es la base de la ordenación del Derecho civil. 3) Desde el punto de vista interno, la actual sistemática puede mejorarse. 4) Desde el externo, deben incluirse nuevas materias. 5) Vivimos una época de transición, y no es adecuado el momento actual para revisar a fondo la sistemática. 6) Es censurable la tendencia disgregadora. 7) Debe mantenerse la parte general. 8) Se perfilan nuevos tratados en la parte especial. 9) En la sistemática del Derecho civil no debe partirse de la separación absoluta entre Derecho de las personas y Derecho del patrimonio.

CESSARI, Aldo: «*La Struttura della «fraus legi»*». RTDP, Año VII, número 4, diciembre 1953; págs. 1071-1092.

Examen de las teorías corrientes en torno al fraude de la ley: teoría subjetiva, objetiva y del abuso de la función del negocio.

Indicación de la esencia auténtica de la actuación en fraude de la Ley y su distinción de la actuación en contra de la Ley. El interés perseguido con el negocio fraudulento ha de ser idéntico al perseguido con el negocio prohibido.

CLARKE ADAMS, John: «*Un contributo americano alla teoria generale del diritto*». RTDP, Año VII, número 4, diciembre 1953; págs. 1093-1096.

Indicación de los que para el insigne jurista norteamericano Hohfeld († 1918) eran los conceptos jurídicos fundamentales, a los que llamó «mínimo común denominador» del Derecho: *right, duty, no-right, privilege (no-duty), power, liability, disability e immunity*.

COLOMBO, Leonardo A. «*El Derecho civil y el denominado Derecho social-económico*». L., 30, marzo 1954; págs. 1-4.

Prende acomodar a la legislación argentina el concepto Derecho social-económico, viendo si es autónomo y cuál es su contenido y latitud.

DAINOW, Joseph: «*Notas Introductorias al Código civil de Lousiana*». RJPR, Volumen XXIII, número 4, marzo-abril, 1954; págs. 307-323.

Hace el autor una rápida referencia a la Historia del Derecho civil en Louisiana, señalando como hitos de la evolución el año 1803, el Código civil de 1808 y el Código civil de 1825. Alude al problema que crean las numerosas leyes que quedan fuera del texto del Código y que hacen necesaria su revisión.

Se discute hoy si el Derecho de Louisiana debe aproximarse al «Common law». El autor entiende que, no obstante la influencia de éste, el Estado en cuestión siempre será un país de Derecho civil («Civil law»)

Aduce importantes pruebas en apoyo de esta afirmación.

DAVID, René: *«La Doctrina en el Derecho francés y en el Derecho comparado»*. RDP, Año XXXVIII, número 446, marzo 1954; págs. 361-369.

El ilustre profesor destaca la significación de la doctrina en el Derecho inglés y en el continental, manifestando cómo sus diferencias no son tan radicales como suele creerse.

Con respecto a la doctrina francesa, ve en ella un mayor sentido práctico que en la de otros países «continentales»: una cierta aproximación al sistema inglés.

DEL VECCHIO, Gioglio: *«Mutabilidad ed Eternita del Diritto»*. IM, Año V, fascículo I, marzo 1954; págs. 1-14.

El Derecho tiene un doble aspecto: idea ínsita en nuestra mente, por una parte; hecho histórico y positivo, por otra. Esto explica claramente el fenómeno de la coexistencia de la inmutabilidad con la mutabilidad del mismo. El Derecho positivo varía y evoluciona, pero ninguna ley «ab hominibus inventa» puede alterar o abolir las leyes naturales.

EDER, Phadon J.: *«El estudio del Derecho Angloamericano»*. CDA, número 1, julio-agosto 1953; págs. 33-41.

No se trata de un artículo doctrinal, sino de una serie de consejos del autor a los estudiosos españoles sobre la manera y medios para iniciar el conocimiento del Derecho angloamericano.

Se incluye una cierta información bibliográfica, especialmente en idioma español.

FRANKLIN, Mitchell: *«Los Fundamentos kantianos de la Escuela de Savigny»*. RJPR, Volumen XXIII, número 1, septiembre-octubre 1953; páginas 101-125.

Manifiesta el autor que la escuela histórica de Savigny, en su lucha contra los postulados del jusnaturalismo materialista, se apoyaba en principios de base netamente kantiana.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: «*Esperienze giuridiche recenti in rapporto all'ordinamento del Diritto statunitense*». IM, Año V, fascículo 2, junio 1954; págs. 244-258.

El autor ve en una perspectiva de conjunto la estructura y la dinámica del Derecho norteamericano, que sintetiza en unos rasgos esquemáticos. De ellos deduce la importancia del Derecho comparado y la relatividad de conceptos y reglas que a través de nuestro sistema parecen inmutables.

GALATI, Domingo: «*La naturaleza de la norma jurídica*». RFDBA, Año VIII, número 36, noviembre-diciembre 1953; págs. 1671-1675.

Examina dos caracteres de la norma: exterioridad, en cuanto se dirige a regular actos externos, y objetividad, por la preexistencia del Derecho que la norma determina.

GUTTERIDGE, H. C.: «*El porvenir del Derecho Comparado*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 7-12.

Breves sugerencias sobre el valor y significado del Derecho comparado y sobre su futuro. Es un error el ligar al estudio del Derecho comparado el intento de unificación del Derecho privado. Tal intento es prematuro.

HANSÓN, C. J.: «*El "Common law" y sus creadores*». CDA, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 7-16.

Reproducción de la conferencia dada por el autor en el Instituto de Derecho comparado de Barcelona, en agosto de 1953. Comienza diciendo que el «Common law» es un Derecho creado por el juez, y no un Derecho consuetudinario.

Añade a la significación del Tribunal Real en la creación de este Derecho como producto de la razón. Indica que este Tribunal Real se desglosó en tres, según los asuntos de que conocían. El «Common law» adquirió pronto más que «rigidez», «fijeza», y, como correctivo a ella, nace la Equity.

JULLIÉN, Andrea: «*Esortazione ai Giuristi Cattolici*». IR, Año VII, mayo-junio 1954; págs. 137-139.

Texto de la plática pronunciada por el decano de la Sagrada Rota Romana en la clausura del año social 1953-54 de la Unión Romana de Juristas Católicos. Su contenido se resume en su lema, tomado de unas palabras del Decreto de Graciano: *Sancta Romana Ecclesia mater iustitiae est*.

LEGAS LACAMPRA, Luis: «*Comparación jurídica y Filosofía del Derecho*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953, págs. 38-46.

El Derecho comparado se ha manifestado a veces como un sustitutivo de la filosofía jurídica. Dentro de una posición empirista y positivista ha tenido que reconocerse que en el Derecho hay algo más que lo particular derivado de su concreta positividad «hic et nunc», y se ha recurrido a la comparación como medio de establecer los elementos generales de la experiencia jurídica.

Ve en el Derecho comparado un complemento de la dogmática jurídica y de la filosofía del Derecho; pero ni debe ser ciencia autónoma ni elevarse a filosofía jurídica.

LIPSTEIN, K.: «*Las categorías fundamentales del Derecho Privado Inglés*». CDA, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 17-32.

El autor ofrece un rápido bosquejo de los aspectos más salientes del Derecho privado inglés en materia de personas, contratación, responsabilidad extracontractual, propiedad, compraventa, derecho sucesorio, matrimonio y divorcio.

En conjunto la regulación de todos estos aspectos es un complejo de «Common law», «Equity» y «Statute».

LÓPEZ NÚÑEZ, Carlos: «*Las divisiones romanas del ius*». ED. Volumen XV, número 44; págs. 281-307.

Definición y caracteres diferenciales de los siguientes términos: «*Ius publicum, Ius privatum, Ius gentium, Ius civile, Ius naturale, Ius honorarium, Ius commune, Ius singulare, privilegium; Ius scriptum, Ius non scriptum.*»

MIGUELÉZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo: «*El Concordato entre la Santa Sede y el Estado Español*». RDN, Año II, número 3, enero-marzo 1954; págs. 7-43.

Aclaración, desde el punto de vista del Derecho Canónico, de algunas cuestiones referentes al nuevo Concordato. El autor ha escogido tres puntos: I: Gobierno de la Iglesia; II: Régimen matrimonial; III: Personas jurídicas y bienes eclesiásticos.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «*Tópicos jurídicos*». RDN, abril-junio 1954; páginas 53-74

Tomando como base los «apuntes» de oposiciones a Notarías, va viendo las deficiencias que en el estudio del Derecho notarial y del Derecho civil e hipotecario desde el ángulo de vista notarial, existen todavía en la doctrina jurídica española.

RABEL, Ernst: *«Aportación española a los Estudios jurídicos comparativos»*. RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 15-18.

Elogia el autor la fundación en Barcelona del Instituto de Derecho comparado y de su Revista.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *«Hacia un Derecho Cristiano»*. RCDT. junio 1954; págs. 493-520.

Una larga introducción sobre la aconfesionalidad o confesionalidad del Derecho, desemboca en la clasificación de las instituciones civiles.

SÁNCHEZ MORENO, Julio Raúl: *«La interpretación de la Ley y el Código Civil»*. BFD. Año XVII, números 3-4, julio-diciembre 1953; págs. 143-163.

Hace el autor un estudio de la interpretación judicial, en base al artículo 16 del Código civil argentino.

Se fija especialmente en los límites dentro de los que debe moverse el intérprete.

TELL LAFONT, Guillermo Augusto: *«Notas sobre la teoría de los Estatutos en la antigua Jurisprudencia Catalana»*. RJC, mayo-junio y julio-agosto 1954; págs. 215-225 y 311-326.

Se reproduce este trabajo, publicado en 1887, por conservar todavía un estimable valor y por ser el único existente en materia estatutaria en los antiguos autores catalanes.

2. Derecho de la persona.

MINERVINI, Gustavo: *«Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private»*. RTDP, Año VII número 4, diciembre 1953; páginas 955-951.

Afirma el autor que la teoría de los órganos de la persona jurídica penetra en el Derecho privado procedente de nociones extrañas a la persona colectiva como ente jurídico.

Alude a la crítica de la doctrina sobre la aludida teoría, fijándose, sobre todo en Arangio-Ruiz. El problema de los órganos de la persona jurídica no puede resolverse de una manera general, sino sólo en base al Derecho positivo.

MORINEAU, Oscar: *«Il concetto di diritto soggettivo»*. IM. Año V, fascículo 2.º, junio 1954, págs. 157-188.

En primer lugar se analizan los elementos del Derecho subjetivo, tal como van surgiendo del punto de partida de que el Derecho es norma de la conducta humana. Esta previa depuración permite la aplicación de los elementos obtenidos a los dos grandes grupos de derechos subjetivos: derechos de obligación y derechos reales.

ROMANO, Salvatore: *«Contributo esegetico allo studio della simulazione»*. RTDP, Año VIII, número 1, marzo 1954; págs. 15-61.

Estudio exegético y analista del artículo 1.414 del Código civil italiano, referente a los efectos de la simulación, tanto absoluta como relativa.

RUSZKOWSKI, Andrés: *«Evolución de la teoría de las personas jurídicas en Europa»*. RFL, septiembre-diciembre, 1953; págs. 436-452.

Frente al Estado absorbente la persona moral constituye base eficaz para la defensa de la Sociedad. Hay que replantear la naturaleza de las personas jurídicas, lo que se hace revisando las principales teorías y optando por la que estima que existe la persona jurídica con existencia real.

3. Derechos Reales.

ALEADALEJO GARCÍA, Manuel: *«Usucapibilidad del Derecho de prenda»*. RND, abril-junio 1954; págs. 75-110.

Cuestión que no se plantearon los autores del Código civil, y que, según la letra del Código, llevaría a negar la usucapibilidad de la prenda, puede llegarse a la solución contraria a través de los fundamentos generales de la usucapión y de la posibilidad de que se extienda a todos los derechos reales y en los términos mismos del artículo 464 del Código.

ALMUNI, Carlos Alberto: *«La propiedad agraria familiar y la estabilidad social»*. BFD, Año XVII, números 3-4, julio-diciembre 1953; págs. 15-25

Se trata de un trabajo presentado por el autor al Segundo Congreso Latinoamericano de Sociología, celebrado en Río de Janeiro en julio de 1953.

Propugna en el establecimiento de una propiedad agraria al servicio de la familia, y con un régimen sucesorio específico.

ANGLES Y CIVIT, José María: *«La enfiteusis catalana y especialmente la del territorio de Barcelona ante el problema de la vivienda»*. RJC, mayo-junio 1954; pág. 269.

Defiende la existencia y cuantía del laudemio y la subenfiteusis prohibida por la Ley de 31 de diciembre de 1945, con los que se facilitaría el incremento de la propiedad urbana.

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «*Formazione, concetto e fini di un diritto agrario dell'impresa*». NRD volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 161-178.

Ofrece el autor una visión de conjunto del estado actual del Derecho agrario español. Analiza la situación en la época de la codificación, la evolución posterior, fijándose, sobre todo, en el Derecho del Nuevo Estado y la legislación de éste.

El último apartado del trabajo se dedica a la «Reconstrucción sistemática del Derecho agrario español».

DE BOOR, HANS O.: «*Interpretazione della legge e tecnica del diritto de autore*». NRD. Volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 147-158.

El derecho de publicar una obra presupone el derecho exclusivo de reproducirla como facultad independiente.

El autor estudia lo que, en base a la legislación alemana, debe entenderse por «reproducción», tomando en cuenta los puntos de vista de la jurisprudencia.

F. DE VILLAVICENCIO, FRANCISCO: «*Sobre usufructo (sustancia, materia, forma y destino económico de la cosa usufructuada)*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 114-117.

El Código italiano de 1942 impone al usufructuario la obligación de respetar el «destino económico» de la cosa. El profesor de Barcelona critica esta fórmula, prefiriendo la tradicional de «salva rerum substantia».

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «*Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*» RAP, número 13, enero-abril 1954; págs. 11-52.

El artículo delimita el alcance de la que académicamente viene llamándose imprescriptibilidad del dominio público, siendo una exigencia del mismo dominio abrir el camino a una usucapión.

GONZALEZ GÓMEZ, Eudoro: «*Legislación sobre baldíos*». ED, volumen XV, número 44, págs. 223-236.

Lo que son baldíos y su adjudicación por el Estado colombiano, así como su naturaleza jurídica y la de su adjudicación, constituyen este trabajo.

MASCAREÑAS, C. E.: «Resumen Legislativo (propiedad industrial) Año 1953». RDM, volumen XVII, número 49, enero-febrero 1954; págs. 129-140.

Como en el epígrafe se indica, el autor reseña las disposiciones legislativas referentes a la propiedad industrial dictadas en 1953.

MEDICI, Giuseppe: «Ragioni e prospettive economiche e sociali della riforma fondiaria». IR, Año VI, números 2-3, marzo-junio 1953; págs. 136-146.

Reproducción del discurso del senador Medici en torno a los aspectos económicos y sociales de la reforma de la propiedad de la tierra.

PUIG BRUTAU, José: «Los conceptos de "relaciones de vecindad", "responsabilidad por acto ilícito" y "abuso de derecho" vistos a través de Sentencias del Tribunal Supremo Español y de los Tribunales de los Estados Unidos». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 139-149.

Tomando por base sentencias españolas y norteamericanas en las materias indicadas, el autor manifiesta la forma en que el método comparativo debe aplicarse al estudio comparativo de sentencias.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Proprietà e lavoro in agricoltora». IR, Año VI, números 2-3, marzo-junio, 1953; págs. 171-176.

Disertación sobre el tema de referencia en vista de la reforma de la propiedad de la tierra.

Se fija en la «propiedad activa» de los bienes productivos y en la forma en que la Ley debe reglamentarla. Consideraciones sobre los contratos agrarios.

SCHULTE, Dr.: «Nachbarschutz gegen Immissionen». NJW, Año VII, cuaderno 13, abril 1954; págs. 495-498.

Estudio del parágrafo 906 BGB relativo a las inmisiones y su tolerancia. Consideración de la jurisprudencia del BGH.

SEGNI, Antonio: «Struttura giuridica della riforma fondiaria». IR, Año VI, número 2-3, marzo-junio 1953; págs. 198-217.

Disertación de Segni en torno a los aspectos jurídicos que lleva consigo la reforma de la propiedad de la tierra, especialmente en lo relativo a la estructura de la ordenación de la propiedad.

TILL, Ernest: «*La teoría del "Titulus" y del "modus" acquirendi*». RDN, Año II, número 3, enero-marzo 1954; págs. 49-66.

Señala el autor el motivo por el cual en Austria la teoría del título y el modo resistió los ataques de la Escuela Histórica. Indica cómo comenzó la crítica a la teoría (Unger, Randa, Exner) y al Código civil austriaco por aceptarla. Se refiere a la posición de Teiller, redactor del Código, y, sin mostrarse partidario del sistema del titular y del modus, encuentra en la exigencia de la entrega una cierta justificación.

4. Obligaciones y Contratos

AVEGNO ILLA, Jorge: «*Naturaleza del derecho emergente de la promesa de compraventa a plazos inscripta*». RFDM, Año IV, núm. 3, julio-septiembre 1953; págs. 651-679.

El autor hace un detenido estudio del artículo 15 de la Ley número 8.733 de 17 de julio de 1931, que dice así: «La promesa de enajenación de inmuebles a plazos, desde la inscripción en el Registro, confiere al adquirente derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior, y, cuando se haya pagado o se pague toda la prestación y se hayan cumplido las obligaciones estipuladas, le acuerda acción para exigir la transferencia y entrega del bien que constituye el objeto de la prestación. La fecha será la de la inscripción.»

BARCÍA LÓPEZ, Arturo: «*La causa ilícita en el Derecho de obligaciones*». RFDDBA, Año VIII, núm. 36, noviembre-diciembre 1953; págs. 1365-1421.

Valoración del concepto de causa en la jurisprudencia argentina, que exige previamente la construcción doctrinal del concepto de causa en Código civil argentino, obtenido, a su vez, por los antecedentes inmediatos al Código, especialmente las *notas* de Vélez Sarsfield y la doctrina posterior al mismo.

BAUKNECHT, O.: «*Einzelfragen des neuen Räumungsvollstreckungsschutzes, insbesondere des Räumungsvergleichs*». NJW, Año VII, cuaderno 2, 15 enero 1954; págs. 52-56.

Tratamiento de algunas cuestiones concretas de interés puramente práctico para la realidad jurídica germana, en materia de desahucio.

BERNAL MARTÍN, Salvador: «*Arrendamiento de local de negocio*». RDM, volumen XVII, número 50, marzo-abril 1954; págs. 239-248.

Reseña de la jurisprudencia dictada en el periodo enero a marzo de 1954.

BIGIAMI, Walter: «*Risoluzione per inadempimento e alienazioni de cosa litigiosa*». RTDP, Año VIII, número 1, marzo 1954; págs. 129-160.

Interpuesta una acción para resolver un contrato por incumplimiento, si la parte demandada enajena después a un tercero la cosa litigiosa, ¿cuál es la posición de tercer adquirente? Esta cuestión es tratada por el profesor Bigiami con referencia al actual Derecho italiano y en comentario a una Sentencia. Se trata de enajenación de «azienda».

BONET RAMÓN, Francisco: «*La resolución de la compraventa de inmuebles en los Derechos Español e Italianos*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 89-99.

Estudio paralelo comparativo del tema de referencia en el Código civil español y en el Nuevo italiano, con indicaciones de jurisprudencia.

BREITZKE, Or: «*Der Ban auf dem Mietgrundstück als Verwendung*». NJW, Año VII, cuaderno 5, 5 febrero 1954; págs. 171-174.

El autor comenta una interesante Sentencia del BGH de 10 de julio de 1953, en la que se trató un caso de indemnización al arrendatario por el arrendador a consecuencia de una construcción sobre la finca arrendada. El nudo de la cuestión estriba en si, a efectos del parágrafo 547 BGB, la construcción es un dispendio.

CARRESI, Franco: «*Concetto e natura giuridica della transazione*». RTDP, Año VIII, número 1, marzo 1954; págs. 62-104.

Estudiado el concepto de la transacción en un número anterior de la misma revista (1953, págs. 361 ss.), el autor se enfrenta ahora con el problema de su naturaleza jurídica. Analiza con detenimiento las diversas doctrinas y la relación entre transacción y negocio de «ascertamento». Compara la transacción con la sentencia y señala sus diferencias y puntos de contacto. Termina aludiendo a algunas figuras especiales de transacción.

CASTRO, Anselmo de: «*A verificação dos créditos como requisito comun de todos os meios suspensivos ou preventivos de falência, incluido o accordo de credores*». RDES, Año VII, número 2, abril-junio 1954; págs. 91-104.

Interpretación del artículo 1.288 del Código de Procedimiento civil portugués en el sentido de que no deja inaplicable el artículo 1.271 del Código de quiebras de donde resulta prácticamente que todas las medidas preventivas o suspensivas de la quiebra están sometidas a la comprobación de los créditos.

CATALÁ, Luis F.: «Cláusulas "como seña y a cuenta de precio", "como seña" y "a cuenta de precio"». RN, Año LVII, número 615 mayo-junio 1954, páginas 345-349.

Con referencia a la Jurisprudencia reciente estudia el autor los artículos 1.202 y 1.189 del Código civil argentino.

COELLO GALLARDO, Antonio: «El contrato de arrendamiento urbano y su terminación por necesidad del arrendador». RGLJ, junio 1954: páginas 689-730.

El autor comienza estudiando el concepto, elementos y naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento concluyendo, después de un examen comparativo, que en la ley de 1946 se acerca más a un derecho real enfiteútico que a un auténtico arrendamiento. Estudia luego la mecánica de la terminación del contrato por necesidad del propietario para concluir que debe restablecerse al arrendamiento urbano el elemento del tiempo determinado, la desaparición de los preceptos que rigen actualmente el contrato o la indemnización a los propietarios de la pérdida de valor que supone para su propiedad la existencia de un arrendamiento anterior a la Ley especial.

Finalmente postula una mayor libertad para satisfacer la justa necesidad del propietario y conseguir el desalojo del inquilino.

CURBELO URROZ, Habert: «Situación jurídica de la cuota social heredada por menores de edad». SA, números 93-94, febrero-marzo 1954: páginas 51-74 y 99-114, respectivamente.

Es de suma importancia establecer una cuidadosa reglamentación, previendo las situaciones que pueden plantearse no sólo cuando la sociedad se disuelve, sino cuando deba continuar entre los sobrevivientes o con los herederos. En relación con los menores hay que tener en cuenta en cada ordenamiento jurídico el carácter que en él tiene el menor.

ESPIN CÁNOVAS, Diego: «Apuntes sobre la obligación natural en nuestro Código Civil». AUM, volumen XI, número 4, curso 1952-1953; págs. 673-688.

Comienza refiriéndose al concepto en el Derecho Romano y a los supuestos concretos del mismo. Estudia luego la naturaleza de la obligación natural en la doctrina francesa e italiana y enlaza la cuestión con la distinción entre débito y responsabilidad.

Con referencia a nuestro Código cita los supuestos de posible obligación natural (arts. 1.798, 1.756, 1.901, 1.894 I.º, 1.935, 1.208 y 1.824). Falta un concepto genérico en el Derecho español. Cita los efectos de la Obligación Natural.

FORCIBELLI, Paolo: «Saggio sulla natura giuridica dei comitati». RTDP, Año VIII, número 1, marzo 1954; págs. 105-128.

En base a las disposiciones del nuevo Código civil italiano (arts. 39-42) hace el autor un estudio del contrato de «comitato», comparándole con figuras afines y señalando sus diferencias.

FUENTES LOJO, Juan V.: «La construcción de Viviendas protegidas por entidades públicas y empresas industriales: Su regulación y su desahucio». EG. Año XII, número 93, mayo-junio 1954.

El trabajo se divide en estos apartados: I. Antecedentes legislativos y distintos tipos de viviendas acogidas a preceptos especiales; II. Ley 19 abril 1939 y disposiciones complementarias; III. Viviendas construidas por Empresas para su personal; IV. Desahucio en estos tipos de viviendas; V. Viviendas de tipo social.

FUNAIOLI, G. B.: «Il contratto de mezzadria nella riforma agraria». NRD; volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 77-83.

Reproducción de la Introducción del autor al Convenio sobre el contrato de «mezzadria», elaborado por los juristas católicos de Toscana, en Pisa, el 1 y el 2 de mayo de 1954.

Referencia a los sujetos, duración, reparto de productos, mejoras, extinción, etc

GANGI, Calogero: «Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilita». NRD, volumen VII, fascículo 4-6, 1954; paginas 98-104.

En la «Teoría Generale delle Obbligazioni», de Betti (1953), mantiene éste puntos de vista que antes mantuvo Gangi y que después él mismo rebatió. En relación con este hecho el autor hace nuevas afirmaciones (mejor reafirmaciones) sobre el concepto de débito, sobre el débito sin responsabilidad, sobre la responsabilidad, sobre las relaciones entre ambos conceptos.

El concepto de la obligación no puede determinarse correctamente si se prescinde de sus elementos constitutivos: débito y responsabilidad.

GORIA, Gino: «Appunti sul contratto obbligatorio nel c. d. diritto continentale e nella common law (un po' di storia e di casistica)». RTDP, Año VII, número 4, diciembre 1953; págs. 989-1038.

Dividese el trabajo en dos partes: en la primera examina el autor el contrato consensual, en su formación histórica y con especial referencia a la doctrina de la causa. Todo ello con relación al Derecho continental (civil law).

La segunda parte, relativa al Common law, nos ofrece unas breves indicaciones sobre el desenvolvimiento del contrato. Compara después algunas figuras típicas del Derecho anglosajón con algunas del Derecho continental. Destaca el autor la significación de la «consideration».

GUALDA CEBRIÁN, José: *«Los fiscales municipales y comarcales ante las leyes arrendaticias»*. BT, número 280, 5 octubre 1954; págs. 3-7.

Intervención del Ministerio fiscal, municipal y comarcal, en la interposición de recursos por infracción de ley o de doctrina legal y por incompetencia de jurisdicción o infracción legal, contra las sentencias dictadas por los jueces de Primera Instancia en grado de apelación y en materia de arrendamientos urbanos y rústicos.

GAGGI, Peter: *«La nuova Giurisprudenza del Bundesgericht svizzero nel diritto internazionale dei contratti»*. NRD, volumen VII, fascículo 4-6. 1954; págs. 159-160.

Al no existir en Suiza normas de Derecho Internacional Privado en materia de derechos reales y de obligaciones, cobran especial interés las sentencias del Tribunal Federal Suizo.

La Jurisprudencia de este Tribunal en la materia aludida tiene un fuerte apoyo doctrinal.

MANCINI, Federico: *«La "consideration" nel diritto nordamericano dei contratti»*. RTDP. Año VII, número 4, diciembre 1953; págs. 1039-1070.

Comienza diciendo que el Derecho privado americano es, en una cierta medida, también un Derecho de elaboración doctrinal.

Alude a las polémicas «doctrinales» en torno a la «consideration» y a la contraposición entre ésta y el «seal» como elementos de la obligatoriedad del contrato.

Estudia la relación entre causa y consideration en el aspecto histórico y dogmático. Analiza los elementos de ésta, según la doctrina ortodoxa, y destaca después su función según los diversos tipos de obligaciones y su carácter.

MINOLI, Eugenio: *«Il fondamento dell'azione revocatoria»*. IM. Año V, fascículo 2.º, junio 1954; págs. 207-243.

En este trabajo vuelve el profesor Minoli a preocuparse de la acción revocatoria, no en el sentido de encontrar su naturaleza, sino de intentar encuadrar de tal modo la institución en el ordenamiento jurídico italiano que pueda existir un núcleo central común a los varios casos de acciones revocatorias.

RIVERO DE ANDREA, Fernando: «*La declaración de rentas a la Hacienda y la Novación del contrato por el inquilino*». RDP. Año XXXVIII, núm. 146, mayo 1954; págs. 403-413.

Estudia el autor el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943 en sus diversos aspectos, y su repercusión en el artículo 133 de la L.A.U., así como su relación con el 120.

ROQUETTE, Hermann: «*Der Anspruch auf Widerruf der Kündigung als Leistungsverweigerungsrecht*». NJW. Año VII, cuaderno 5, 5 febrero 1954; páginas 168-171.

La GRMG o Ley reguladora del arrendamiento de locales industriales estableció a favor del arrendatario, tratándose de relaciones arrendaticias anteriores al 1 de diciembre de 1951, una pretensión a que el arrendador revocase la denuncia si había hecho uso de ella. Tal pretensión es de naturaleza jurídico material y está dirigida a la emisión de una declaración de voluntad: el arrendador debe revocar su denuncia, equiparándose a la revocación «voluntaria» la sentencia que impone dicha revocación.

Presentada la demanda para que el arrendador revoque su denuncia, el arrendatario puede negar, hasta la sentencia, su prestación.

SARTORI, Romolo: «*Riforme in materia di contratti dello Stato*». IR. Año VII, enero-abril 1954; págs. 37-45.

Propone diversas modificaciones relativas al modo de adjudicación, entrega de las cosas y forma de pago en los contratos entre la Administración y los particulares que sitúan en una base más idónea y equitativa las relaciones patrimoniales entre las dos partes.

STAFFORINIE, Eduardo R.: «*Concepto y contenido del Derecho social*». RFDDBA, número 37, enero-abril 1954; págs. 45-74.

Se inclina por la autonomía en Derecho argentino del Derecho social, aun cuando no lo considera un Derecho consolidado, sino en un estado fluido de transformación jurídica.

TORRENT, Pedro Julio: «*El principio de independencia establecido en el artículo 1.096 del Código civil*». RIDC. Tomo III, número 1, 1954; páginas 129-140.

Manifiesta el autor que el artículo 1.096 del Código civil argentino instaura la independencia de la acción civil frente a la penal.

Estudia, partiendo de esta base, la acción civil, en sí misma y en relación con la penal.

TORRES AGUILAR, Juan: «*Algo sobre la convivencia de extraños*». RCDI. junio 1954; págs. 533-543.

Defiende la tesis de que la convivencia de extraños del artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es una figura híbrida entre el hospedaje familiar y el arrendamiento parcial.

URIBE HOLGUÍN, Ricardo y PÉREZ VIVES, Alvaro: «*La responsabilidad civil en el ejercicio de las actividades peligrosas*». DM Año XXVII, número 79, 1954; págs. 31-37.

Síntesis de una polémica expuesta por sus mismos mantenedores. La discordancia está en el fundamento legal a la presunción de la culpa objetiva en los accidentes del trabajo, que para cada uno de los autores está en una norma distinta del Código civil colombiano.

VÁSQUEZ DE VELASCO, Manuel A.: «*La responsabilidad "sin culpa"*». RFL. septiembre-diciembre 1953; págs. 431-435.

Trata de encajar la responsabilidad objetiva en el sistema del Código civil peruano.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: «*Remissão reconhecimiento negativo de dívida e contrato extintivo de relação obrigacional bilateral*». BMJ, números 41-43, julio 1954; págs. 5-98.

Análisis sistemático de estas formas de extinción de las obligaciones, realizado con vistas al nuevo articulado del Código civil portugués en gestación.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: «*Confusão*». BMJ, número 11, marzo 1954; páginas 17-55.

Estudio que abarca todos los aspectos de la confusión realizado como preámbulo doctrinal al proyecto de nuevo articulado del Código civil portugués. Destaca en él la idea de regular de un modo general en el nuevo Código, la confusión y la consolidación.

VELÁZQUEZ, Guaroa: «*El Derecho puertorriqueño de las obligaciones durante la primera mitad del siglo XX*». RJPR, volumen XXII, número 4, marzo-abril 1954; págs. 285-305.

El Código Civil Revisado de Puerto Rico, promulgado en 1902, no es otra cosa que el Código civil español con ciertos retoques y supresiones. El autor

dice que, a pesar de los embates del Common law en el terreno legislativo y jurisprudencial, en la actualidad el Derecho puertorriqueño conserva sus directrices fundamentales y tradicionales (españolas).

5. Derecho de familia.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: «*Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural*». RDN, Año I, números 1-2, julio-diciembre 1953; págs. 153-254.

Deslinda el reconocimiento-confesión del reconocimiento-admisión y entien-
de que el reconocimiento es una afirmación de paternidad.

Respecto a la naturaleza del reconocimiento examina las distintas teorías:
de la confesión, de la declaración, de la doble naturaleza, del acto de poder,
de negocio jurídico y del acto jurídico en sentido estricto. Por su parte consi-
dera el reconocimiento como un acto de poder.

Estudia después el profesor Albadalejo los caracteres del reconocimiento: vo-
luntario, expreso, personalísimo, unilateral, independiente y sustantivamente
aislado para cada padre, individual respecto al hijo, irrevocable, puro, gratuito
(el autor no emplea este término), solemne, constitutivo e irretroactivo.

BORDA, Guillermo A.: «*La teoría de los vicios del consentimiento y en par-
ticular el error, con relación al matrimonio*». L, tomo 74, 11 de marzo
de 1954; págs. 1-3.

Alude a la libertad y al discernimiento en el matrimonio, y después al error
y al dolo. El trabajo está referido al Derecho argentino.

FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido: «*Capitulaciones matrimoniales y régimen de
bienes en Marruecos*». BI, número 666, 15 mayo 1954 págs. 3-15.

Exégesis de los artículos 12 y 13 del Dahir sobre la Condición civil de los
españoles y extranjeros en el Protectorado Español en Marruecos.

GIACCHI, Orio: «*Volontà e Unione coniugale nella doctrina matrimoniale
di Pier Lombardo*». IM, Año V, fascículo I, marzo 1954: págs. 43-59.

Con motivo del octavo centenario de los «Libri Sententiarum» de Pier Lom-
bardo, el profesor Orio Giacchi destaca, en honor del ilustre jurista de Nòva-
ra, su doctrina respecto a la función de la voluntad en la formación del ma-
trimonio como vínculo.

Lombardo aclaró, en gran parte, las oscuridades reinantes en la doctrina
de su época. La fundamental aportación de Lombardo al Derecho matrimonial
canónico está en su distinción entre promesa de matrimonio y matrimonio ver-
dadero y propio y en la consiguiente solución del problema relativo a la for-

mación del vínculo en el sentido de la suficiencia de la sola voluntad matrimonial, sin que sea necesaria la consumación.

GOLDSCHMIDT, Werner: «Separación y disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado argentino». RIDC, tomo III, número 1, 1954; páginas 141-165.

El autor alude en primer lugar a la separación del matrimonio y luego a la disolución del mismo. Estudia ambos problemas en base al Derecho Internacional Privado argentino y en base al Tratado de Montevideo.

KIESSNER, Dr.: «Statusklage und Alimentationsprozesse». NJW, Año VII, cuaderno 9, 5 marzo 1954; págs. 329-332.

Desde que el BGH ha reconocido como «litigable» (klagbar) la relación formal de status de la paternidad ilegítima, son muchos los casos en que, después de zanjado un proceso en materia de alimentos, se interpone una acción para destruir, impugnando la aludida relación, el apoyo material de la obligación alimenticia.

LLAMBIAS, José Joaquín: «La igualdad jurídica de los cónyuges». RFDDBA, número 37, enero-abril 1954; págs. 107-138.

El objeto del estudio es el principio constitucional de equiparación de los cónyuges. Para llegar a él se comienza a estudiar la paridad del hombre y la mujer desde el génesis hasta la ley número 11.357 que modifica los artículos 398 y 990 del Código civil.

MOISSINAS-MASSÉNAT, Paul: «Estatuto Jurídico de la mujer casada». RDN, Año II, número 3, enero-marzo 1954; págs. 67-133.

Completo estudio de la posición jurídica de la mujer casada en la Historia (Roma, Cristianismo, antiguo Derecho francés, filósofos y Revolución) y en el Código civil francés. Alude después a las Leyes dictadas con posterioridad a éste y a la significación y alcance de éstas. Consideraciones de tipo jurídico, moral y social. Toda reforma en el estatuto de la mujer debe hacerse pensando en su repercusión en la organización general de la familia.

PAJOT, Georges: «La mujer casada en el Derecho Comparado». RDN, Año II, número 3, enero-marzo 1954; págs. 135-181.

Visión de conjunto de la situación de la mujer en Derecho Comparado en materia de esponsales, forma del matrimonio, capacidad de la mujer y tendencia a su emancipación, bienes del matrimonio y garantías.

Señala unas conclusiones para el Derecho francés.

ROCA, Eduardo A.: «Carácter propio o ganancial de las acciones y sus dividendos». L, 21 mayo 1954; págs. 1-2.

Después de agotar la clasificación de bienes propios y la de gananciales y la de bienes de la sociedad conyugal, estudia los diversos casos que pueden darse en cuanto a las acciones.

RESTREPO URIBE, Liborio: «El matrimonio cristiano». ED. volumen XV, número 44; págs. 237-266.

Define el matrimonio canónico y estudia sus notas y caracteres en cuanto son reflejo jurídico de su naturaleza sacramental.

SPOTA, Alberto G.: «Los cónyuges pueden constituir entre sí sociedades civiles y comerciales». RN, Año LVII, número 615, mayo-junio 1954; páginas 333-344.

Demuestra que en el Derecho argentino es posible que los cónyuges constituyan sociedades entre sí.

El problema es debatido en doctrina y jurisprudencia.

6. Derecho de sucesiones.

CARNEVALE, Vincenzo: «La Fattispecie costitutiva del diritto di accrescimento». DG, Año LXIX, serie III, A. x, número 3, mayo-junio 1954; págs. 161-169.

Breves sugerencias sobre el artículo 674 y 675 del Código italiano en materia de «acrecimiento». Los impuestos de hecho del mismo vienen dados por la circunstancia de que el heredero no pueda o no quiera aceptar la herencia.

Considera que el acrecimiento se liga con la teoría general de la vocación, la cual representa la «Fattispecie» constitutiva de aquél. Estudia el problema de si el acrecimiento es un efecto de la ley o de la autonomía del testador.

D'OLIVIER FARRÁN, C.: «La Ley de sucesión interada de 1952 (The Intestates Estates Act)». CDA, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 57-61.

Destaca el autor los principales aspectos y más importantes innovaciones de la nueva ley inglesa sobre la sucesión intestada.

La reforma aumenta considerablemente los derechos del cónyuge superviviente

GATTI, Hugo E.: «Modalidad de la voluntad testamentaria». RFDm, Año IV, número 4, octubre-diciembre 1953; págs. 849-1000.

Amplísimo estudio sobre la condición, el término y el modo en los testamentos, con especial referencia al Derecho uruguayo, pero con abundantes citas de otros ordenamientos jurídicos

GROSSO, Giuseppe: «*Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*». RDTP, Año VIII, número 1, marzo 1954; págs. 1-14.

Comienza con una breve indicación de los tipos de legados y de su evolución histórica en el Derecho romano colásico y justiniano. Afirma que legado tenía en éste y tiene en el Derecho actual italiano, eficacia directa y no meramente obligatoria. Aplica este punto de vista a ciertos tipos de legado, analiza la carga del mismo y alude a su eficacia obligatoria en concurso con la directa.

MUELLER, Ernst: «*Neuerungen im englischen Erbrecht*». NJW, Año VII, cuaderno 9, 5 marzo 1954; págs. 341-342.

Descripción a grandes rasgos de la nueva ley reguladora de la sucesión legítima en Inglaterra («The Intestates' Estates Act., 1952») que entró en vigor el 1 de enero de 1953.

PEREIRA, Antonio José de Sousa: «*Nota sobre um dos efeitos do ónus real da colação*». RDES, Año VII, número 2, abril-junio, 1954; págs. 105-113.

Defiende que, inscrita en el registro la calidad de colacionables de unos bienes donados inoficiosamente, al colacionar el exceso inoficioso de la donación, se han de cancelar en las inscripciones de los bienes que lo componen todas las cargas y derechos reales inscritos después de la condición de colacionables.

PUIG BRUTAU, José: «*Las cláusulas "ad cautelam" en Cataluña*». RJC, mayo-junio 1954; págs. 345-351.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1953 reconoció el valor en Cataluña de una cláusula *ad cautelam* para lo que hubo de razonar una solución en cierto modo opuesta a la de la sentencia del mismo Tribunal de 27 de febrero de 1914. Esto da ocasión al autor para hacer unas consideraciones sobre el valor de la jurisprudencia.

QUINTEROS, Federico D.: «*La responsabilidad "ultra vires hereditatis"*». RFDBA, Año VIII, número 36, noviembre diciembre 1953; págs. 1555-1566.

Defiende su existencia a base de rebatir uno a uno los argumentos en contra de la doctrina francesa y de la argentina.

ROCA SASTRE, Ramón: «*La adquisición hereditaria en el Derecho Comparado*». RIDCO, número 1, julio-diciembre 1953; págs. 61-88.

Exposición de los sistemas «institucionales» básicos en materia de adquisición de la herencia. Considera que son estos:

1. Régimen de adquisición directa, que tiene tres variantes, según se ad-

quiera la condición de heredero (propiedad de la herencia), la posesión del caudal relicto o la administración o gestión del mismo.

II. Régimen de adquisición fiduciaria o de adquisición indirecta a través de un «executor», «personal representative» o «administrator».

III. Régimen de adquisición directa por investidura o sistema austriaco.

SAPENA, Joaquín: «*La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*». RGLJ, julio-agosto 1954; págs. 7-51.

Se propone una nueva solución a la antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, recorriendo previamente los precedentes históricos, las opiniones doctrinales y la jurisprudencia. La antinomia se supera averiguando si la voluntad del testador era la de ordenar la condición como supuesto simple o como supuesto doble: que la condición se cumpla en vida del heredero o del legatario llamado.

En la condición simple es posible la transmisión. En la doble no lo es porque la condición no podía nunca cumplirse.

II. DERECHO HIPOTECARIO

VILLARES PICÓ, Manuel: «*El documento privado en el Registro de la Propiedad*» RCDI, mayo 1954; págs. 413-433.

Se trata de examinar hasta qué punto el documento privado en una fase de formación del contrato puede crear prioridad registral válida en el momento en que accede al Registro el documento público. La solución es distinta para los contratos consensuales y para los solemnes, a los efectos de que la elevación a documento público y su presentación tenga efecto retroactivo a la fecha de presentación del documento privado. El autor concluye, por tanto, que el documento privado puede ser muy útil para unir la fe pública a la prioridad registral.

RUIZ ARTACHO, Juan: «*La llamada calificación registral negativa. Breves consideraciones sobre su aspecto externo o formal. ¿Convendría sustituir la vigente terminología por otra más adecuada?*» RCDI, mayo 1954; páginas 434-449.

El desabrimento de las fórmulas de denegación utilizadas por los registradores de la propiedad aconseja la utilización de otros términos que se deben implantar con el uso, sin esperar a que sancione una nueva terminología la reforma de la Ley Hipotecaria.

WEISS, Egon: «*Contribución a la historia del folio real y del sistema registral del libro mayor en Austria*». RDN, abril-junio 1954; págs. 8-52.

Después de algunas precisiones técnicas diferencia el estudio de la estructura externa del registro en los países alpinos y en los antiguos países bohe-

mios, cuyos antecedentes expone. La introducción del folio real y del sistema registral del libro mayor las considera especialmente en las circunstancias relativas a la época en que aparece el Código civil austriaco.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

ALEXANDER-KATZ, G.: «*Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen*». NJW, Año VII, cuaderno 4, 29 enero 1954; páginas 129-1322.

Determinación de cuándo ciertos actos tienen carácter de competencia y cuándo finalidad de competencia. Toma el autor por base la ley sobre la competencia ilícita. Presupuesto de la finalidad de competencia es el de que el acto tenga objetivamente carácter de competencia.

ELCHLER, Hermann: «*La situazione della impresa secondo il Diritto Privato*». NRD, volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 104-116.

Tras unas cuestiones de tipo teórico y conceptual, y referidas al Derecho mercantil y al del trabajo, el autor se refiere a la salvaguardia jurídica de la empresa y a sus formas jurídicas. Termina aludiendo a las empresas públicas.

FAJEN GUILLÉN, Victor: «*Notas en torno a las Nuevas Ordenanzas del Consulado de Valencia*». RDM, volumen XVIII, número 49, enero-febrero 1954; págs. 7-38.

Las nuevas Ordenanzas del Consulado de Valencia entran en vigor por Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1952.

El autor ve en ellas descendencia directa del Consulado del Mar y estudia los rasgos fundamentales de la nueva regulación dividida en cuatro títulos, 17 capítulos y 137 artículos. En estas Ordenanzas del Consulado de la Lonja de Valencia se califica de «órgano arbitral de amigable composición».

HUECK, Alfred: «*Problemi della cogestione comune nelle imprese*». NRD, volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 136-147.

Esboza el autor los más salientes aspectos de la co-gestión en las empresas, pensando, sobre todo, en la futura regulación de esta co-gestión en el Derecho alemán.

Otrece referencias al problema en base a la Ley del Hierro y del Carbón de 21 de mayo de 1951 y a la Ley de Constitución de Empresas de 11 de octubre de 1952. El problema de la co-gestión, en ninguna de estas disposiciones está resuelto de modo satisfactorio.

JUAMBELTZ, Arturo: «El establecimiento comercial heredado por menores de edad». SA, número 95, abril de 1954; págs. 147-166.

Examina los efectos distintos en el caso de los menores sujetos a tutela, en el de los sometidos a patria potestad y el de los menores emancipados y habilitados.

LEHMANN, Werner: «Wann ist die Handelsvertreternovelle in Kraft getreten?». NJW, Año VII, cuaderno 4, 29 enero 1954; pág. 139.

Se discute en Alemania la fecha de entrada en vigor de la ley sobre la representación mercantil de 6 de agosto de 1953. Se señalan dos fechas: 8 de noviembre de 1953 y 1 de diciembre de 1953. El autor escoge esta última.

MASCAREÑAS, C. E.: «Las denominaciones de origen». RDM, volumen XVII, número 49, enero-febrero 1954; págs. 107-128.

Estudio de las «denominaciones de origen» en materia de propiedad industrial en general, y con referencia a la Legislación española.

Entiende el autor por denominación de origen «un nombre geográfico que se usa, de manera leal y constante en el mercado, para designar un producto fabricado, elaborado, cosechado o extraído en el lugar geográfico al cual corresponde el nombre usado como denominación y que reúne determinadas características y calidad».

MOSSA, Lorenzo: «Empresa y hacienda mercantil en el Código civil italiano y en el Derecho comparado». RJC, mayo-junio 1954; págs. 226-236.

El precedente francés y las vicisitudes del Código civil italiano de 1942 hacen que exista una diferencia legal entre empresa y hacienda mercantiles. Sin advertir este error, la doctrina conceptualista ha edificado una vana teoría diferencial, a la que el autor se opone.

MOSSA, Lorenzo: «I processi di nazionalizzazione e di gestione delle imprese nazionalizzate». NRD, volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 69-77.

La nacionalización no es un fenómeno nuevo, pero su desarrollo de forma es diversa en los países capitalistas y en los socialistas. Indica cómo una empresa nacionalizada puede ser «privada» por su forma de actuar; analiza las distintas formas de organizarse: la más frecuente la empresa mixta. Consideraciones sobre la cuestión en Rusia.

La empresa nacionalizada ha de tener personalidad jurídica y se mueve entre dos polos: la propiedad colectiva dependiente del Estado y la libertad de la empresa tiene vida interna propia. La nacionalización es una forma de socialización.

VON BRUNN, J. H.: «*Wet ere Zweifelsfragen zum neuen Recht der Handelsvertreter*». NJW, Año VII, cuaderno 2, 15 enero 1954; págs. 56-59.

Examen de ciertos puntos concretos de carácter dudoso surgidos por la nueva regulación de la representación mercantil, fijándose el autor en la nueva redacción de los parágrafos 84, 85, 86, 87 y otros del Código de Comercio. Se fija el autor en cuestiones de concepto y provisión del representante («*Delkredere-Provision*»).

2. Comerciantes y sociedades.

ABEL CARTAÑO, Ramón: «*La responsabilidad de las Sociedades Anónimas en el registro de traspaso de acciones nominativas*». DM, Año XXVII, número 79, 1954: págs. 31-37.

Resuelve en sentido afirmativo la cuestión de si una Sociedad Anónima es responsable de los perjuicios sufridos por uno de sus accionistas, a causa del registro de un traspaso de acciones nominativas, con base en una carta de traspaso falsificada.

ALBIÑANA, Manuel: «*El beneficio y su distribución según la Ley de Sociedades Anónimas*». RDM, volumen XVII, número 50, marzo-abril 1954; páginas 165-216.

Comienza el autor delimitando el concepto de beneficio en general y en base a la Ley de Sociedades Anónimas, destacando la noción de beneficio repartible y su cálculo. Con gran amplitud se examina la distribución entre: A) Reservas; B) Fondos de regularización de partidas del activo; C) Participaciones; D) Dividendos. Termina aludiendo al beneficio no aplicado.

ANSELMO, Manuel: «*A "affectio societatis" nas sociedades comerciais irregulares*». RDES, Año VII, número 2, abril-junio 1954: págs. 82-90.

En las sociedades irregulares el elemento de la *affectio societatis*, como elemento intencional y necesario, es difícil de determinar. En qué consiste la *affectio* y cuales son sus elementos reveladores son cuestiones previas a considerar para poder determinar con exactitud cuando un determinado acto de un individuo dejó de ser personal para ser social.

BIGIARI, Walter: «*Fallimento degli azionisti sovrani della società*». RTDP, Año VII, número 4, diciembre 1953; págs. 951-968.

En base a la Legislación y a la reciente Jurisprudencia italiana, examina el autor el problema de la quiebra de los «*soci sovrani*», fijándose en el supuesto

de existencia de un solo accionista y en los problemas que plantea. Destaca su consideración de «*imprenditore occulto*».

GAY DE MONTELLA, Rafael: «*Aspectos de la nueva ley española de régimen jurídico de sociedades anónimas*». RFDBA, número 37, enero-abril 1954; págs. 279-289.

Después de una crítica conjunta de la oportunidad y alcance de la ley, estudia como aspectos concretos: las garantías en los aportes; la intervención en la administración; la institución de los censores de cuentas y del comisario y del Sindicato de obligacionistas.

GIRÓN TENA, José: «*Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho*». RDP, Año XXXVIII, número 446, mayo 1954; págs. 369-403.

Consta el trabajo de dos partes: en la primera el autor indica el elemento común unitario a todas las Sociedades, delimita las figuras de Derecho Público y de Derecho Privado, enuncia los conceptos amplio y estricto de la Sociedad y estudia su respectivo carácter, en el Derecho extranjero y en el español.

En la segunda parte, de matiz más mercantil, se examinan, en relación con las clases de Sociedades del tráfico mercantil, las consecuencias de la separación de los Códigos y la tipificación de las figuras adoptadas por el Código de Comercio.

PULCE, Dieter: «*Gli organi della società per azioni secondo il Diritto italiano e tedesco*». NRD, volumen VII, fascículo 4-6, 1954; págs. 119-136.

Estudio comparativo de Derecho italiano y alemán en materia de órganos de la Sociedad por acciones.

Considera cada uno de ellos e indica su reglamentación en los Derechos indicados de forma paralela.

RALHA, Eduardo: «*Da transmissibilidade dos direitos sociais*». RDES, Año VII, número 1, enero-marzo 1954; págs. 5-14.

Aun cuando por ley o por disposición estatutaria se prohíba la intromisión de extraños en una sociedad, como estas reglas son de mera conveniencia y no de orden público, ceden en determinados casos, que se analizan separadamente: por efecto del casamiento para evitar la alteración del régimen de sus bienes; por muerte del socio y por enajenación en beneficio de los acreedores, cuando se trate de garantizar los intereses de herederos y acreedores, respectivamente.

SIQUEIROS, José Luis: «*Las sociedades extranjeras en el Proyecto del nuevo Código de Comercio*». BIM, Año VI, número 18, septiembre-diciembre 1953; págs. 9-32.

Exégesis del anteproyecto, que insiste, sobre todo, en los siguientes extremos: reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras;

autorización para ejercer el comercio, requisitos para obtenerla; situación de las sociedades extranjeras que no cumplen los requisitos fijados; necesidad de publicación en México de un balance por el que los terceros de buena fe puedan conocer la potencia económica de la sociedad y revocación de la autorización para comerciar.

SORGIA, Sergio: *«La registrazione della società cooperativa ed i suoi effetti giuridici»*. NRD, volumen VII, fascículo 4-6. 1954; págs. 83-98.

La registración de las Sociedades cooperativas se somete igual que la registración de otros tipos de Sociedades. El autor estudia esta postura del Derecho italiano. Examina las diferencias que separan a esta clase de Sociedad de otras con las que está sometida al tratamiento unitario. Después estudia el mecanismo y efectos de la «registrazione».

STRATA, Osvaldo J.: *«Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad limitada en España»*. L, tomo 73, 9 marzo 1954; págs. 1-6.

Esbozo de los rasgos característicos de la Ley de 17 de julio de 1953, regula dora en España de las Sociedades de responsabilidad limitada.

3. Cosas mercantiles.

MALAGARRIGA, Carlos C.: *«El régimen legal de los protestos y su proyectada reforma»*. RN. Año LVII, número 616, julio-agosto 1954; pág. 419.

Breves sugerencias del autor sobre las proyectadas reformas en el sentido de suprimir o mantener la intervención del notario en los protestos.

MICHELSON, Guillermo y WESSELS, Everardo C.: *«El régimen de protestos»*. L, 4 mayo 1954; págs. 1-3.

Comentario al anteproyecto de reforma al sistema vigente de protestos de letras de cambio dado a conocer por el Instituto de Derecho Comercial de la Dirección General de Institutos Jurídicos del Ministerio de Justicia argentino.

OTERO PRÓN, Manuel: *«El protesto de letra de cambio con varios domicilios»*. RDM, mayo-junio 1954; págs. 293-370.

La letra de cambio no es un acto abstracto, contiene varios negocios jurídicos, cada uno de los cuales da lugar a una relación jurídica.

Para la plenitud de eficacia de la letra es necesario el protesto cuya función primordial es demostrar que se cumplió el requerimiento de pago al librado.

Para demostrar esto es necesario hacer el requerimiento en el lugar en que estaba previsto el libramiento. En otro caso, sólo se demuestra que se ha cumplido una obligación de modo diverso a como se debía cumplir.

Pero, además, el protesto puede cumplir otras funciones complementarias para las que es necesario, a veces, acudir a lugares distintos del de pago, según el libramiento. Por eso es necesario diligenciar estos actos en una misma acta, si es posible, o por medio de diversas actas, en caso contrario.

4. Obligaciones y contratos.

DE CAL, Manuel: «*Aplicación Bursátil (Construcción de su naturaleza jurídica en el Derecho Positivo Español)*». RDM, volumen XVII, número 49, enero-febrero 1954; págs. 141-148.

La aplicación bursátil (negocio que realiza el agente, sin necesidad de recurrir a otro, cuando ha recibido dos órdenes inversas de operar), tiene una naturaleza especial y constituye un autocontrato en su modalidad de «autoentrada con cúmulo de mandatos».

DIETER SCHNEIDER: «*Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen*». NJW. Año VII, cuaderno 4, 29 enero 1954; págs. 133-136.

La prestación de garantía en la compraventa sufre limitaciones por las condiciones generales con arreglo a las que se contrata en la industria. Los derechos del comprador resultan limitados. Relación de estas cláusulas con los principios del Código civil.

GUTIÉRREZ RESTREPO, Jorge: «*Responsabilidad del porteador en el transporte de mercaderías*». DM, Año XXVII, núm. 79, 1954; págs. 9 a 28.

Comienza por un breve examen de las obligaciones del porteador para exponer luego los principios en que basa la responsabilidad por hecho propio del porteador y por el de sus dependientes, las cláusulas limitativas de la responsabilidad, su extinción y aseguramiento y el modo de ejercitar la acción contra el responsable.

HERNANDO DE LARRAMENDI, Ignacio: «*El seguro español en 1953. Resumen legislativo*». RDM. Volumen XVII, núm. 49, enero-febrero 1954; páginas 79-106.

Reseña de las disposiciones aparecidas en materia de Seguros en el año 1953.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

HERNÁNDEZ IZAL, Santiago: «En torno a una nueva modalidad del concepto de equipaje». RDM, volumen XVII, núm. 50, marzo-abril 1954; páginas 221-226.

La concepción del equipaje en los viajes por mar a que responde el artículo 703 del Código de Comercio va resultando inadecuada al momento actual y el autor afirma que es necesaria la distinción entre equipaje de bodega y equipaje de camarote. En nuestra legislación hay pruebas de esta distinción.

LENA PAZ, Juan A.: «Sobre la denominación del Derecho aeronáutico». RFDBA, núm. 37, enero-abril 1954; págs. 167 a 199.

Acepta esta denominación después de experimentar sus ventajas sobre las de Derecho aéreo y Derecho de la navegación aérea, propuesta por Ambrosini.

LENA PAZ, Juan A.: «Locación de buques, fletamento y transporte». RFDBA, Año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1953; págs. 1437 a 1448.

Expone en líneas generales los conceptos de cada uno de estos contratos para, en base a ellos, establecer las recíprocas diferencias que los caracterizan y las conclusiones prácticas que estas diferencias tienen en el ordenamiento jurídico argentino.

MENÉNDEZ, Aurelio: «Contribución al estudio de las ventas marítimas». RDM, volumen XVII, núm. 49, enero-febrero 1954; págs. 39-65.

Generalidades sobre las ventas marítimas e indicación de los factores determinantes de su desarrollo. El autor se refiere después a algunas especies concretas de venta marítima, con particular referencia a la venta CIF y a su regulación internacional.

8. Derecho de quiebras.

NADELMANN, Kurt. H.: «El Derecho internacional privado norteamericano de la quiebra». RJC, mayo-junio 1954; págs. 255-257.

Resolución de un caso práctico puesto como examen en el curso sobre derecho de la quiebra desarrollado en el Instituto Interamericano de la Universidad de Nueva York.

IV. DERECHO NOTARIAL

ABBATE, Hugo: «*Relación sobre la Escuela Notarial y saneamiento de una venta*». R.N, Año LVII, núm. 614, marzo-abril 1954; págs. 217-238.

Reproducción de las conferencias del notario italiano Hugo Abbate sobre los temas de referencia.

BARBADILLO, Julio R.: **CARAMBULA, Adhemar H.:** «*El Notariado latino en las resoluciones de los Congresos de Buenos Aires y Madrid*». RIN. Año VI, número 21, enero-marzo 1954; págs. 7-44.

En forma articulada se recogen las resoluciones de los Congresos aludidos, con la siguiente distribución: I. El agente de la función notarial; II. Organización notarial; III. Función notarial y IV. Documento notarial.

CASTÁN TOBEÑAS, José: «*Hacia la constitución científica del Derecho Notarial (Notas para un esquema doctrinal)*». RDN, Año I, núms. 1-2, julio-noviembre 1953; págs. 25-48.

Comienza con un esbozo de las principales obras escritas sobre el Derecho notarial. Analiza luego las diversas direcciones que se han seguido en su concepción: legalista o enciclopédica, administrativista, procesalista y funcionalista o instrumentarista.

Dice el profesor Castán que el Derecho notarial camina con paso firme hacia su autonomía.

GONZÁLEZ, Carlos E.: «*Existencia y límites del Derecho Notarial en formación*». RIN, Año VI, núm. 21, enero-marzo 1954; págs. 71-99.

La época actual es la de investigación científica del Derecho notarial. Se refiere al Derecho notarial contemporáneo, a sus fuentes y a los fundamentos que justifican su existencia. Alude después a su objeto y límites.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Manuel: «*La unificación de la práctica notarial en España*». R.N, Año LVII, núm. 614, marzo-abril 1954; págs. 224-216.

Alude el autor a algunos intentos de unificar las prácticas notariales en España.

LESER, Paul-Emile: «*La función social del notariado*». RIN, octubre-diciembre 1953. págs. 315-320.

El notariado exige la práctica de grandes virtudes: amor a la justicia, prudencia, firmeza y desinterés. Si así hubiese sido desde el principio, la profesión del notario hubiese desplazado la de otros profesionales del Derecho.

MAIGRET, Henri: «*Concepto del Derecho Notarial*». RIN, Año VI, núm. 21, enero-marzo 1954; págs. 45-63.

Se refiere al Derecho notarial como Derecho de la forma y como conjunto de reglas que rigen la función notarial.

MAAS SCHAUMBURGER, Max: «*Apuntes sobre la historia y desarrollo del Notariado en el Estado de Luisiana*». RIN, octubre-diciembre 1953; páginas 341-346.

Exposición bosquejada de los antecedentes del Notariado en la Luisiana, único Estado de Norteamérica en donde se conserva el Notariado en su sistema latino, como un legado de Francia y España.

MUSTAPICH, José María: «*Fe de conocimiento*». RN, Año LVII, núm. 614, marzo-abril 1954; págs. 193-213.

Con referencia al Derecho argentino hace el autor un estudio de la fe de conocimiento que el notario ha de dar de que conoce a los intervinientes en un acto.

Alude al proyecto de reformas al Código civil.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «*Los esquemas conceptuales del instrumento público*». RDN, Año I, núms. 1-2, julio-diciembre 1953; págs. 49-152.

Considera el Derecho notarial «puro» como conjunto más o menos clasificado de preceptos positivos referentes al notario y al instrumento público. Sobre estos dos pilares ha de apoyarse la autonomía del Derecho notarial.

Deslinda el «negocio» del «instrumento»: concepto de Derecho civil y concepto de Derecho notarial, respectivamente.

Hace después un estudio del «instrumentum»: sujetos, comparencia, «intervencion», «audencia» como objeto de la comparencia, documentación de ésta y sus formas. Indica que el objeto del instrumento público está constituido por hechos y actos.

OLIVA SOAJE, Manuel A.: «*El documento notarial y su eficacia jurídica extraterritorial*». RIN, Año VI, núm. 21, enero-marzo 1954; págs. 111-119.

Consideraciones en torno del documento notarial en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

THEORENS, Jean Jacques: «*El Notariado neuchatelense*». RIN, Año VI, enero-marzo 1954, núm. 21; págs. 100-111.

Antecedentes, evolución y estado actual del Derecho notarial en el Cantón de Neuchatel.

V. DERECHO PROCESAL**1. Introducción.**

ARUMI DEL GAR, JUAN, y MARTÍNEZ DE CARDEÑOSO, JOSÉ M.: *«El intrusismo profesional en la Abogacía»*. RJC, mayo-junio 1954; págs. 237-244.

Definen qué se debe entender por intrusismo y las formas actuales de intrusismo jurídico en el campo profesional del abogado, para proponer las medidas represivas que se ven como necesarias.

BRUNS, RUDOLF: *«Legame e libertà del giudice nel Diritto processuale civile»*. IM, Año V, fascículo 2.º, junio 1954; págs. 196-206.

Disquisiciones en torno a la dependencia del juez con respecto a la ley y al objeto del proceso y a su independencia de apreciación y juicio.

CORONAS, JUAN ENRIQUE: *«El nuevo Código civil procesal de Mendoza»*. RFDBA, Año VIII, núm. 37, enero-abril 1954; págs. 75 a 109.

Exposición minuciosa del Código del proceso civil de Mendoza, haciendo hincapié en determinados puntos: procesos de derecho de familia, ejecuciones aceleradas y actos procesales en general.

COUDERT, ALEXIS C.: *«Algunas consideraciones sobre la competencia de los Tribunales americanos e ingleses»*. CDA, núm. 1, julio-diciembre 1953; páginas 42-55.

Tras de analizar la distinción angloamericana entre acciones «in rem e in personam» (que nada tiene que ver con la continental), estudia los principios básicos que fundamentan la competencia de los Tribunales angloamericanos para dictar una sentencia de valor ejecutivo general («actio in personam»). Se refiere a cuestiones de Derecho interestatal en los Estados Unidos y a ciertas diferencias que separan al Derecho inglés del americano.

OGAYAR AILLON, TOMÁS: *«El III Congreso Nacional de la Abogacía»*. RGLJ, junio 1954; págs. 731-743.

Reseña de los actos, temario y conclusiones del Congreso celebrado en Valencia del 3 al 9 de junio de este año.

SARTORIO, JOSÉ: *«¿Qué es el proceso? Ensayo de una definición fenomenológica»*. RFDBA, núm. 37, enero-abril 1954; págs. 139 a 156.

Después de impugnar la idea del proceso como relación jurídica, como situación jurídica procesal, como institución jurídica y como entidad jurídica com-

pleja, además de otros conceptos menos importantes, llega por una vía crítica a una definición funcional con la que cree agotar todos sus atributos: el proceso es la actuación del método jurisdiccional para llegar al conocimiento y declaración de la verdad jurídica concreta y sancionar sus infracciones.

SEONI, Antonio: «*Il processo civile nello Stato contemporaneo*». IM, Año V, fascículo I, marzo 1954; págs. 23-42.

El Estado moderno ha sufrido y sigue sufriendo una constante transformación. Cada vez más el individuo es fundido en el Estado. Analiza el fondo de este fenómeno y lo que tiene de real y de aparente.

Se refiere después a la función que, como órgano jurisdiccional, desempeña la Corte constitucional italiana en materia de legitimidad de las leyes.

TORRES, José A.: «*Necesidad de una nueva legislación para la asistencia judicial gratuita en el proceso civil*». RFDBA, núm. 37, enero-abril; páginas 259-278.

Falta la legislación argentina de una normación de carácter orgánico y suficiente, en breves trazos propone el autor diversas ideas acerca de la naturaleza y elementos de la asistencia gratuita.

2. Parte general.

GABALDÓN LÓPEZ, José: «*Sobre el régimen de gastos en los juzgados*». BI, número 270, 25 junio 1954; págs. 3-7.

Da unas ideas que puedan servir en su día para reglamentar las dietas de los funcionarios judiciales en sus desplazamientos por motivo de delito y la de los testigos sumariales.

LÓPEZ ORTIZ, Luis: «*Los contratos procesales*». RGLJ, julio-agosto 1954; páginas 52-85.

Por el examen concreto de algunos contratos procesales puede advertirse, contra la doctrina que los niega, no sólo su existencia, sino también el que son susceptibles de un estudio y una regulación sistemáticas. Sin embargo, hay muchas situaciones en las leyes procesales que si bien suponen una derogación de la legislación procesal civil, son en sí mismos actos procesales. El trabajo estudia separadamente varios casos de contratos procesales y otros de estas situaciones que sólo tienen apariencia contractual.

PALLARÉS, Eduardo: «*Esfera de acción de la sentencia meramente declarativa*». BIM, Año VI, núm. 18, septiembre-diciembre 1953; págs. 33-48.

Con unos breves precedentes históricos, determina la naturaleza de las sentencias meramente declarativas y con arreglo a las conclusiones de este estudio

fija la esfera de acción de estas sentencias. Ve comparativamente esta esfera en otros ordenamientos jurídicos europeos y americanos y finalmente concreta los resultados al Derecho constitucional y familiar mexicano.

PUIG BRUTAU, José: *«Una sentencia del juez Cardoso»*. CDA, núm. 1, julio-diciembre 1953; págs. 62-65.

El señor Puig Brutau recoge una sentencia del año 1921 en la que el juez norteamericano Cardoso falló en contra de quien pretendía considerar como incumplido un contrato por haberse separado el deudor, al realizar la prestación, de lo convenido y haber cumplido en forma «sustancialmente igual», pero no conforme a lo estipulado. Triunfo de la equidad y la buena fe sobre la interpretación estricta.

RIVAS SACCONI, Jesús Medardo: *«Acumulación de acciones y de autos»*. ED, volumen XV, núm. 44; págs. 267-277.

Exégesis de los artículos del Código de Procedimiento Civil colombiano que van contra el principio general de dicho ordenamiento, según el cual cada acción debe dar origen a un juicio.

THURMAYR, Alois, Dr.: *«Das Verfahren über die Anerkennung ausländischer Urteile, insbesondere von Scheidungsurteilen nach italienischen Recht»*. NJW. Año VII, cuaderno 9, 5 marzo 1954; págs. 340-341.

Brevísimas consideraciones del autor sobre el reconocimiento en Italia de sentencias extranjeras, sobre todo en materia de divorcio. No hay que olvidar que Italia no admite la disolución del matrimonio más que por muerte de un conyuge.

VALCAVI, Giovanni: *«Il giudice competente per l'opposizione a precetto per irregolarità formale»*. RTDP, Año VIII, núm. 1, marzo 1954; págs. 173-185.

Antes de iniciarse la expropiación forzosa, cabe, por vicios de forma, oponerse al «precetto». Se estudia el juez competente para la oposición en el Derecho italiano.

3. Procesos especiales.

CARRERAS, Jorge: *«Contribución al estudio del arbitraje»*. RIDCO, núm. 1, julio-diciembre 1953; págs. 116-136.

Cada vez es mayor la abundancia de cláusulas compromisorias y ello decide al autor a un examen general de sus distintos aspectos: fundamento y límites,

compromiso y cláusula compromisoria, proceso arbitral, recursos y garantías y ejecución de sentencias.

FERNÁNDEZ SERRA, Antonio: «Sobre los arbitrajes de Derecho privado». RJC, julio-agosto 1954; págs. 327-344.

Breve exégesis general de la Ley de arbitrajes de Derecho privado como antecedente a un estudio más concreto sobre el recurso extraordinario de nulidad en los arbitrajes de equidad.

NAVARRO VILARROCHA, Pedro: «Allanamiento y desistimiento en el proceso de cognición». RJC, mayo-junio 1954; pág. 258.

Estudia los distintos efectos de estas dos instituciones en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 que desarrolla la Base X de la Ley de 19 de julio de 1944.

PÖSCHL, Erich: «Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke auf Grund der Massnahmengesetzes vom 20-8-1953». NJW, Año VII, cuaderno 4, 29 enero 1954; págs. 136-138.

Examen de la ejecución forzosa sobre fincas en base a la nueva ley sobre la materia de 20 de agosto de 1953.

4. Jurisdicción voluntaria.

BOLLINI, Jorge A.: «Jurisdicción voluntaria». RN, Año LVII, núm. 614, marzo-abril 1954, págs. 155-192.

Estudio completo de la función notarial considerándola como encuadrada en la esfera de la jurisdicción voluntaria. El autor entiende que la competencia jurisdiccional del notario debería fijarse con arreglo a bases objetiva, subjetiva y legislativa.

En este número han sido reseñadas por primera vez algunas revistas cuya abreviatura damos a continuación:

- C D A = Cuadernos de Derecho angloamericano. (Barcelona.)
- C D F = Cuadernos de Derecho francés. (Barcelona.)
- D M = Derecho. (Medellín, Colombia.)
- R A P = Revista de Admón. Pública. (Madrid.)
- R C A = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- R D E S = Revista de Direito e de Estudos Sociais. (Coimbra.)
- R D N = Revista de Derecho Notarial. (Madrid.)
- R I D C O = Revista del Instituto de Derecho Comparado. (Barcelona.)
- R J P R = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 28 DE JULIO DE 1954

Albaceas

En testamento eficaz, instituyó el causante a su esposa heredera universal en usufructo vitalicio con facultad de disposición y la nombró también albacea y heredera propietaria en el remanente a determinada menor, sustitutos al padre de ésta y a los hermanos del propio testador; legatarias de una renta vitalicia a dos de los referidos hermanos, y contadores-partidores solidarios, al otro hermano y dos personas más. Las legatarias tendrían derecho a que se garantizase con hipoteca su derecho, al fallecimiento de la heredera usufructuaria.

Hechas las operaciones particionales y presentado el documento en el Registro, fué denegada la inscripción por falta de personalidad de los solicitantes y otros defectos. Interpuesto recurso gubernativo, el Registrador se limitó a sostener la falta de personalidad de las legatarias de pensión en asegurar los efectos del asiento que solicitaban a nombre de la heredera, y que el contador-partidor que no pidió en su día la inscripción, hoy no tiene personalidad para hacerlo, terminada su misión.

Reconocida la personalidad discutida en el auto presidencial, la Dirección confirma éste en virtud de la siguiente doctrina:

A) Los albaceas contadores-partidores designados por el testador, están facultados para pedir la inscripción de los títulos correspondientes en el Registro de la Propiedad, y, por consiguiente, tienen interés legítimo en defender la legalidad y validez de las operaciones sucesorias realizadas, aunque haya transcurrido el plazo legal de su actuación; tienen asimismo personalidad para recurrir contra la calificación del Registrador.

B) Condicionado el derecho de las legatarias de pensión al fallecimiento de la heredera usufructuaria, ocurrido éste, pueden ejercitarlo y pedir la constitución de hipoteca.

C) El artículo 130 del Reglamento Hipotecario ha de ser interpretado en el sentido de que sólo procede la imposición de costas al Registrador cuando procedió con ignorancia inexcusable, que no concurre en el presente caso.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Antonio IPIENS, Domingo IRURZUN, Sebastián MORO SERRANO, Manuel PEÑA y José Antonio PRIETO

DERECHO CIVIL

I. Parte General

1. INTERPRETACIÓN DE DECLARACIONES DE DERECHO: DEFINICIONES DE DICCIONARIOS: *Las definiciones de los diccionarios de la lengua redactadas en términos generales, si bien tienen una autoridad directiva y de enseñanza para el mejor uso y conocimiento de la misma, no la tienen siempre para determinar declaraciones de derecho en los casos particulares en que las palabras pueden emplearse en distintos sentidos.* [Sentencia 4 marzo 1952.]

En la sentencia recurrida se condena al recurrente a abonar a los actores el cinco por ciento anual del *capital* del negocio, mientras que en la ejecución se le condena a abonar el cinco por ciento del *valor* del negocio. El recurrente impugna esta identificación de conceptos y, basándose en las definiciones de los diccionarios de la lengua, dice que capital es lo que cuesta un negocio cuando a un negocio se refiere, el conjunto de las sumas invertidas en él, y valor es lo que presumiblemente se daría o pagaría por adquirir, por comprar ese negocio. El T. S. afirma:

«Lo que constituye el capital de un negocio tiene un valor en cambio en cuanto puede enajenarse por precio y recíprocamente todo valor destinado a la producción es un capital y ha podido el Juzgado llamar valor a lo que la sentencia llamó capital considerando ambos términos intercambiables en este caso, sin que por ello haya provisto en contradicción con lo ejecutoriado.» (Considerando 4.º)

«No obsta a lo expuesto que el mencionado diccionario al definir el capital en una de sus acepciones emplee las palabras valor permanente, porque permanente no quiere decir que en este caso invariable o inmutable, sino que es término empleado en oposición a intereses o frutos que no permanecen formando parte del capital, sino que se separan de él para el consumo u otros fines mientras que el capital, aunque crezca y se desarrolle o decaiga o sufra alteración su valor en cambio permanece en su propio ser productivo, y en cuanto a la segunda acepción en que se define el capital como hacienda, caudal, patrimonio, no hay que esforzarse en demostrar que designa un valor real de conjunto que no puede restringirse como hace el recurrente a las sumas invertidas en un negocio.» (Considerando 6.º)

2. ACTOS PROPIOS: ARRENDAMIENTO URBANO: *Sólo son actos propios aquellos que como expresión del consentimiento se llevan a efecto con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, y tales finalidades no pueden atribuirse a los realizados por el demandado con el exclusivo fin de dar a conocer sus actividades mercantiles y destacar la importancia de las mismas.* [Sentencia 29 mayo 1954.]

3. LA PERTENENCIA: DESTINO DE BIENES MUEBLES POR EL ARRENDATARIO: *Pasan a ser inmuebles, por aplicación del artículo 334, número 5.º del C. c., los bienes muebles que un arrendatario destina a un inmueble que ocupa, cuando dicho destino se pactó en el contrato de arrendamiento y se previó en el mismo, que los referidos muebles quedarían en la propiedad del arrendador.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

El dueño de una industria la arrendó, pactándose en el contrato que a la terminación del arrendamiento quedarían en la propiedad del arrendador los bienes muebles que el arrendatario destinara al objeto arrendado. Expirado el plazo del arrendamiento, el dueño de la industria, siguiendo el procedimiento del juicio de desahucio, solicita la devolución del objeto arrendado y de los bienes muebles destinados a él por el arrendatario. La demanda es acogida en instancia, y el arrendatario recurre en casación. Estima, en efecto, que la adquisición por el arrendador de los bienes muebles afectados a la industria deriva del contrato con el arrendatario; por ello habrá de reclamarlos pidiendo la efectividad de dicho contrato, y no podrán serle concedidos en un simple procedimiento de desahucio.

El T. S. *no da lugar* al recurso:

«En el único motivo del recurso se alega ha sido indebidamente aplicado el artículo 1.569 del Código civil, sosteniendo que las obras realizadas por el arrendatario en la fábrica de harinas y en el salto de aguas utilizados en su explotación, que según lo pactado en el contrato... deben quedar a la terminación del arrendamiento en beneficio del dueño, por tratarse de bienes que no se encontraban en la fábrica cuando se arrendó, no pueden ser objeto de desahucio porque «la cesión pactada constituye un vínculo jurídico, aunque lícito, distinto, y aun opuesto a los previstos en la norma como propiamente arrendaticios, vínculo jurídico gobernado por otras normas»; sin que esos bienes hayan llegado a alcanzar por su destino la consideración de inmuebles por haber sido incorporados por el arrendatario y no por el arrendador; vindicándose sin duda por el recurrente, al decir que la cesión de estos bienes constituye un vínculo jurídico, aunque lícito, distinto y aun opuesto a lo previsto en las normas por que se rigen los arrendamientos, a lo dispuesto en el artículo 1.573 en relación con el 487, ambos del Código civil en virtud de cuyo precepto los arrendatarios al cesar el contrato pueden retirar los mejores útiles o de recreo que hubieran hecho en la cosa arrendada, si lo realiza sin detrimento de los bienes de que se trate; pero como ni ese artículo ni ningún otro prohíben que los interesados estipulen lo contrario, como en este arrendamiento ha ocurrido, ese precepto no es aplicable al presente caso, porque esas mejoras en la explotación de la industria se hicieron por convenio entre las partes a que se refiere la cláusula quinta del mencionado contrato de arrendamiento, y desde que se realizaron las obras o se adquirieron las máquinas o demás efectos utilizados en la explotación se integraron en ella transfiriéndose en virtud de lo acordado su propiedad a los demandantes al cesar el arriendo por el cumplimiento del término señalado al mismo; sin que se pueda aceptar tampoco la afirmación de que los bienes muebles de ese modo aportados que se utilizan en la fábrica o sus dependencias no están comprendidos en el número 5.º del artículo 334 del Código civil ni tienen por ello la consideración de inmuebles, al haber sido adquiridos por el arrendatario y no por el arrendador, pues de las propias manifesta-

ciones de la parte recurrente se deduce que en estos bienes concurren los dos requisitos exigidos en ese precepto, que son: el estar destinados por el propietario a su industria y que se utilicen en los inmuebles dedicados a ella; careciendo de trascendencia el que fueren aportados por el arrendatario desde que lo hizo en cumplimiento de lo convenido con el dueño de la industria; y en su consecuencia, al incluirlos el Tribunal de instancia entre los que se deban dejar a la libre disposición de los demandantes por haber terminado el arrendamiento y proceder al desahucio, no se ha infringido por aplicación indebida el indicado artículo 1.549 del Código civil.» (Considerando 2.º)

4. PRUEBA. CONFESIÓN EN JUICIO: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: «*La confesión en juicio es un acto personalísimo que ha de realizarse respondiendo el declarante por sí mismo y de palabra sin que quepa la delegación ni aun con poder especial, en persona distinta a la que se haya exigido la confesión.*» [Sentencia 12 junio 1954.]

A. EXPOSICIÓN: Incoado juicio de precario por la Comunidad X de Religiosas, la parte demandada propuso en el período de prueba la práctica de la confesión judicial de la Madre Abadesa de dicha Comunidad, y otorgada por ésta poder notarial a favor del Letrado que la representaba, a fin de que contestase en su nombre, se opuso a que se realizase en tal forma la parte contraria, quien además se reservó las acciones y recursos que pudieran corresponderle. Decretado el desahucio, y apelada la sentencia, la Audiencia confirma el fallo, tras denegar la práctica de la prueba en la forma solicitada por el recurrente, conforme al artículo 859 de la Ley de Enjuiciamiento civil. E interpuesto recurso de casación, al amparo del número 5 del artículo 1.693 de la misma Ley por denegación de diligencias de prueba legales admisibles que han llegado a producir indefensión de la parte recurrente, el Tribunal Supremo da lugar al recurso sentando la doctrina antes dicha y reponiendo los autos en el estado en que se hallaban al cometerse la infracción procesal.

Conforme a esta Sentencia, establece nuestro más Alto Tribunal «que el juzgador de instancia al admitir al Letrado, aun con poder especial, en lugar de la Rvda. Madre Abadesa, infringió lo prevenido en el citado artículo 585 de la Ley ritual civil, como igualmente la Sala sentenciadora incurrió en error cuando denegó la petición formulada por la parte apelante con arreglo a lo prevenido en el artículo 859 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que se subsanase la falta acusada y se practicase la confesión judicial». (Considerando 2.º)

B. OBSERVACIONES: En relación a la cuestión objeto de este recurso, hay que hacer constar que la ley 1.ª tit. XIII, partida 3.ª, y la ley 2.ª, título 9, libro 14, de la Novísima Recopilación, permitía que pudiera absolverse posiciones por un tercero, siempre que el confesante estuviese ausente, y aquél tuviese poder especial, así como las instrucciones necesarias para ello. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 no dispuso nada sobre este punto. Y la actual, dada la forma en que se encuentra redactado el artículo 585, inclinaba a la doctrina a adoptar una postura negativa. Así puede verse en Manresa: *Coment. a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo I,

pág. 219, en donde abona por la prohibición, añadiendo que «la justicia, la moral y la conveniencia de los litigantes exigen que éstos absuelvan por sí mismos las posiciones, por referirse a hechos personales de los que sólo ellos pueden dar razón directa». En idéntico sentido puede consultarse Guasp: *Coment. a la L. E. C.*, tomo II pág. 495.

5. DOCUMENTOS PRIVADOS: VALOR PROBATORIO: CUANDO UNO DE LOS OTORGANTES RECONOCE SU FIRMA: *El reconocimiento de su firma por uno de los otorgantes de un documento hace pesar sobre él la carga de la prueba de la inexistencia o ineficacia de la obligación que dicha firma autoriza* [Sentencia 12 julio 1952.]

6. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y EL PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS: *Los contratos absolutamente simulados y, por lo mismo, inexistentes ante el Derecho, carecen de virtualidad para fundar en ellos la aplicación del principio, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.* [Sentencia 6 abril 1954.]

7. NULIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE. (V. Sentencia 10 julio 1954. V. 2.)

II. Derechos reales

1. TRADICIÓN INSTRUMENTAL.—*No se infringe por inaplicación el artículo 1.462 del Código civil cuando en una sentencia se alude al mismo al examinar la prueba, aunque del examen del documento el Tribunal de instancia haya deducido la inexistencia de la tradición, pues si bien, conforme a dicho artículo, el otorgamiento de la escritura equivaldrá a la entrega de la cosa, el mismo precepto prevé el caso de que, por tratarse de una entrega simbólica, de la misma manera se deduzca que no se ha realizado tal entrega.* [Sentencia 6 julio 1954.]

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: IMPUGNACIÓN DEL TÍTULO DEL POSEEDOR: *La doctrina, reiteradamente proclamada por la jurisprudencia, de la necesidad de solicitar y obtener previa y concretamente la nulidad de dicho título, admite excepciones cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando se deriven de documentos independientes entre sí, o se discuten cuestiones de preferencia o no son contradictorios los títulos.* [Sentencia 8 julio 1954.]

CONCORDANCIAS: V. Sentencias 20 mayo 1929. 1 diciembre 1947 y 12 marzo 1951.

3. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: OBLIGACIÓN DE FORMALIZAR EN ESCRITURA LA ENAJENACIÓN: NO ES PERSONALÍSIMA: TRANSMISIÓN A LOS HEREDEROS DEL USUFRUCTUARIO: *La obligación de formalizar en escritura pública una venta verificada por el titular de un usufructuario de disposición no es personalísima, ni se extingue por la muerte del usufructuario, por lo que es exigible a sus herederos.* [Sentencia 28 mayo 1954.]

«... infracción que no existe, en primer lugar, porque sólo se trata de otorgar la escritura pública necesaria para que pueda surtir determinados efectos el contrato válidamente otorgado por su causante y esta obligación no es personalísima de las que únicamente el contratante podía llevar a cabo, y en segundo, porque no se trata de un usufructo puro, sino de una institución más compleja, que al conferir al usufructuario el derecho de disponer de los bienes pudiendo gravarlos y enajenarlos, le otorga esa facultad dominical de la que ha hecho uso al vender las dos fincas, y, por lo tanto, a sus herederos se les exige el otorgamiento de la escritura como sucesores de quien dispuso de ellas ejercitando un acto de dominio, distinto de los derechos que le asistían como usufructuario, pero coexistentes con ellos por concesión especial y expresa de su causante, procediendo por lo expuesto desestimar este primer motivo.» (Considerando 1.º)

4. SERVIDUMBRE DE PASO: DETERMINACIÓN DEL LUGAR CON IGUAL COMODIDAD PARA EL PREDIO DOMINANTE: *Concedido al dueño del fundo sirviente el derecho a variar a su costa el punto por donde ha de verificarse el paso en forma que resulte igualmente cómodo para el servicio, se infringió la ejecutoria en que esto se dispone cuando el lugar señalado para el paso en ejecución de sentencia, permite la entrada y salida de carros; pero con espacio suficiente para maniobrar con ellos y dar la vuelta, lo cual hace mucho más incómodo el uso de la servidumbre, tanto si la carga y descarga se verifican sin aproximar el carro a la cuadra-pajar, como si para aproximarlo se entra desde la carretera con marcha atrás.* [Sentencia 4 mayo 1954.]

5. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO AUSENTE DEL LITIGIO EN QUE SE DECLARA LA NULIDAD DE UNA VENTA SIMULADA. (Véase Sentencia 10 julio 1954, V, 2.)

6. ACTA DE NOTORIEDAD PARA INSCRIBIR UN EXCESO DE CABIDA: OPOSICIÓN A LA MISMA: *No cabe en esta materia recurso de casación contra el auto de la Audiencia porque los recursos de esta clase sólo se dan y pueden ser viables contra las resoluciones para las que de manera expresa se hallen concedidas por la Ley, y en esta materia no se otorgan más recursos que los de apelación en ambos efectos.* [Sentencia 4 febrero 1954.]

HECHOS.—Instruida acta de notoriedad al objeto de poder inscribir un exceso de cabida, conforme al artículo 203 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, hubo oposición a su tramitación, acordando el Juzgado la suspensión de la misma por no estimar suficientemente probados los hechos. Apelada su decisión por el Instructor del acta, fué confirmada por la Audiencia. Y el Tribunal Supremo sienta la anterior doctrina.

OBSERVACIONES: A fin de conseguir la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral, la Ley Hipotecaria dedica su título IV a esta materia. Esta falta de paralelismo entre ambos puede pro-

venir o bien por no estar inmatriculada la finca, o bien porque estando inmatriculada se dejó de hacer constar alguna transmisión, o bien porque el inmueble figure escrito con menos extensión de la que realmente tiene. Sobre este último caso es sobre el que se encuentra centrado el recurso. Estos excesos de cabida pueden tener acceso al Registro ya mediante expediente de dominio (art. 201 L. H.), ya mediante acta de notoriedad extitico 203 L. H.) o bien mediante título público de adquisición unido a otras circunstancias (art. 205 L. H. y 298, 5.º, R. H.). En el caso que se comenta se pretendió obtener la inscripción del exceso mediante el segundo de los procedimientos señalados. Las actas de notoriedad fueron introducidas por el Reglamento Notarial de 1935, siendo su objeto y alcance «comprobar y fijar hechos notorios, con presunción de verdaderos y eficaces, mientras judicialmente no se demostrara que no lo eran para que sobre ellos pudieran ser fundados y declarados derechos y calidades con trascendencia jurídica». (Considerando 1.º)

En vista de su favorable difusión, la Ley Hipotecaria de 1946 las recogió, siendo una de sus aplicaciones la inscripción de los excesos de cabida. En caso de que surja oposición, el oponente sólo puede pretender que se impugne el contenido del acta, pero no que se declare su derecho sobre el inmueble, ya que para ello tendría que acudir al juicio ordinario adecuado. Y contra la decisión del Juez no cabe más recurso que el de apelación ante la Audiencia. De ahí que el Tribunal Supremo rechace el recurso y no entre en el fondo del asunto, ya que «como la sentencia que el recurrente pretende impugnar no vea la promoción de un juicio declarativo en el que el recurrente ejercite las acciones que con base en los hechos cuya notoriedad pretendía acreditar en el expediente puedan asistirle, el recurso interpuesto sería igualmente inadmisibile como comprendido en el número 3.º del art. 1.729 en relación con el 1.694 de la Ley Procesal». (Considerando 4.º)

7. ANOTACIONES PREVENTIVAS: SU CONVERSIÓN: DEBE TRATARSE DE ANOTACIONES DE DERECHO REAL: ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LA QUE SE RECLAMA LA CUARTA MARITAL DE DERECHO FORAL CATALÁN: *El artículo 70 de la Ley Hipotecaria no puede entenderse referido más que a la anotación de un derecho real. La anotación de demanda no es asimilable a la de un derecho real a los efectos del artículo 70, si la acción que se ejercita no se deriva de un derecho en bienes determinados, y no tiene este carácter la reclamación de la cuarta marital en Derecho foral catalán.*

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: SUS EFECTOS RESPECTO A TERCEROS QUE INSCRIBIERON CON POSTERIORIDAD A ELLO TÍTULOS ANTERIORES: RÉGIMEN ANTERIOR AL VIGENTE REGLAMENTO HIPOTECARIO: *La anotación preventiva de una demanda no produce efectos contra los terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación aunque no hayan sido registrados antes de ella. [Sentencia 18 febrero 1954.]*

OBSERVACIONES: Reafirma el Tribunal Supremo en materia de conversión de anotaciones preventivas, la doctrina común. Afirma Roca («Instituciones», 1954, tomo III, pág. 601) que para que exista conversión en sentido estricto, y así parece presuponerlo el artículo 70, es preciso que se trate de un mismo derecho, el cual de registrado en anotación pase a serlo en inscripción. De aquí que, en forma más tajante que la recogida en la sentencia de 18 de febrero de 1954, diga el mismo autor que en las anotaciones de demanda se requiere cierto esfuerzo para poder hablar en ellas de conversión, y en la práctica niega que exista porque en la anotación de

demanda, aunque se refiera a una acción o derecho real, no figura anotado éste, sino la instancia judicial, o sea, la vertencia del juicio, una entidad procesal. (Conf. Feced, «La anotación preventiva de demanda», Colegio Notarial de Valencia, 1947, págs. 26 y sgs.)

La otra materia importante abordada por el Tribunal Supremo en esta sentencia es la de la eficacia de la anotación preventiva en demanda frente a terceros.

La solución era clara, en cuanto a la preferencia de la anotación frente a actos dispositivos realizados por el titular con posterioridad a ella. Pero la doctrina se dividía (V. Feced, loc. cit., págs. 45 y sgs.) al tratar de la eficacia de la anotación preventiva respecto de terceros que inscribieron después en virtud de títulos otorgados en fecha anterior a la de la anotación.

Predominaba, sin embargo, la tesis de la no afección de la anotación a los títulos anteriores, defendida por Morell, Bérnago, Roan y Roca Sastre, que es la misma adoptada por esta sentencia.

Los reparos que formularon algunos autores, y en especial la tesis de Feced, han tenido acogida con la publicación del vigente Reglamento Hipotecario de 1947, en cuyo artículo 198 se establece una solución menos radical.

Después de la vigencia del Reglamento Hipotecario, pierde importancia la doctrina expuesta por la sentencia que nos ocupa. Y en cuanto al citado artículo 198, en cuyo detalle no podemos entrar, es sabido que la doctrina no lo ha acogido con excesivo entusiasmo (así La Rica y Roca), porque si bien se hace eco de la distinción de los títulos de fecha anterior o posterior a la anotación, no resuelve el problema de los efectos de la anotación respecto a los títulos otorgados con anterioridad a la anotación e inscritos después. Como dice Roca Sastre («Instituciones», 1945, tomo III, pág. 465), «este artículo 198 del Reglamento obliga a discriminar o a establecer diferencias respecto de la prelación de la anotación de demanda en relación con los actos dispositivos otorgados con anterioridad a ella, pero no nos suministra criterio material o substantivo alguno para efectuar aquella diferenciación». (D. I.)

III. Obligaciones

1. DERECHO DE RETENCIÓN: RESTITUCIÓN DE DOTE CATALANA. (Véase 28 mayo 1954. IV. 5.)

2. INTERESES DE DEMORA: DERECHO FORAL CATALÁN: *A tenor de lo dispuesto en la Constitución cuarta, Título cuarenta y nueve, Libro sexto del Código de Justiniano, los intereses, como los frutos, sólo se deben, en principio, desde que se contesta a la demanda en que se reclaman.* [Sentencia 11 octubre 1954.]

3. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: NEGLIGENCIA DEL VENDEDOR: VENTA DE AUTOMÓVILES: *Vendido como libre de cargas un automóvil que se hallaba inscrito todavía en el Registro de Obras Públicas a nombre de su anterior propietario, incumbe la indemnización de daños y perjuicios al vendedor que, por omitir negligentemente el cumplimiento de su obligación de inscribir previamente a su nombre la propiedad del coche, dió lugar a que dos días después de la venta se trabaran sobre el mismo un embargo y después otros, decretados todos ellos en procedimientos seguidos*

contra el anterior propietario, responsabilidades económicas a que hubo de atender el comprador para evitar la venta judicial. [Sentencia 7 abril 1954.]

OBSERVACIONES: El Registro de Obras Públicas no es un Registro como el de la Propiedad (1); su inscripción no presume ni propiedad ni posesión. La presunción de propiedad está en favor del poseedor (art. 448 C. c.). En caso de embargo procede la tercería de domicilio (art. 1.532 LEC). Parece dudoso que, entre los daños que sufrió el comprador y la negligencia del vendedor, existiera la exigida relación de causalidad. (Por la nota M. P.)

4. CESIÓN DE DERECHOS; REMATE EN UNA SUBASTA A CALIDAD DE CEDERLA A UN TERCERO: SU CAUSA: *Pactada la obligación de ceder la mitad de los derechos derivados de la subasta después de la adjudicación provisional y antes de la definitiva, la cantidad que, como precio, había de representar la causa del contrato era determinable fuera de toda duda para ambas partes contratantes, por ser la que resultase del remate. [Sentencia 27 febrero 1954.]*

«... el Tribunal «a quo»... lo ha calificado (el contrato) como un compromiso de ceder la mitad de los derechos derivados de la subasta después de la adjudicación provisional y antes de la definitiva, pacto cuya licitud se deduce del último párrafo del artículo 1.499 de la LEC, que autoriza que en las subastas pueda hacerse el remate a calidad de cederlo a un tercero, y ha afirmado que la cantidad que como precio había de representar la causa del contrato era determinable fuera de toda duda para ambas partes contratantes, por ser la que resultase del remate a que se había de concurrir, sin que ninguno de estos extremos y principalmente este último (haya sido) contradicho con eficacia por el recurrente, el cual lo que parece insinuar con su reiterada insistencia en el tema de falta de contraprestación, es que no se fijó cuál fuera la remuneración del cedente de los derechos por el hecho de cederlos, esto es, la ganancia que obtendría por ello, y esta circunstancia... no puede ser considerada como motivo anulatorio del contrato, pues con este criterio serían nulos todos los contratos de compraventa que no incluyeran lucro en el precio estipulado, lo que es inadmisibles jurídicamente... (Considerando 2.º)

OBSERVACIONES: Con todos los respetos que nuestro Tribunal Supremo merece, hay que señalar que no parece atinada su doctrina en esta Sentencia y que aún resulta pueril la asimilación que al final del Considerando transcrito se hace entre el contrato del caso de autos y la compraventa, en cuanto a la existencia de un lucro.

No hay que olvidar que se trataba de una cesión de derechos (de los derechos que un rematante había adquirido en la adjudicación provisional de la subasta de un solar) y que son inconfundibles el negocio jurídico de cesión de esos derechos y el de compraventa de la mitad indivisa del solar en la adjudicación definitiva. El precio de la compraventa—tanto para el cedente como para los cesionarios cada una de las partes en sus respectiva mitad indivisa—es, sin duda, el del remate. Pero el negocio jurídico en virtud del cual los cesionarios adquirieron el derecho a la adjudicación definitiva (compraventa del solar) es un negocio de cesión de derechos, previo e independiente de la compraventa. (D. I)

(1) Vid. MARÍN PÉREZ: *Introducción al D. Registral*, Madrid, págs. 147 y ss.

5. **ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS: CONCEPTO DE CAUSA Y SU RELACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO:** *Por ser la causa la razón jurídica que determina la voluntad de cada uno de los contratantes a obligarse para que a su vez quede la otra parte obligada del modo convenido, en ella están la razón y la finalidad fundamentales del consentimiento que los contratantes prestan, y así no es dudoso que el error que vicia la causa ha de viciar también el consentimiento que sin aquél no se hubiera manifestado.*

VICIOS DE LOS CONTRATOS: FALSEDAD DE LA CAUSA Y ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: *Se dió causa falsa y consentimiento por error en las obligaciones contraídas por una viuda que renunció a unos derechos bajo la creencia equivocada de que tal consentimiento era necesario para ajustarse a todo lo dispuesto en el testamento de su marido y causante, y no incidir en la sanción establecida en el mismo para los favorecidos en él que no acataran escrupulosamente la voluntad del testador, supuesto de hecho fáite de realidad, cuando los derechos que, en su amplitud, comprendía la renuncia, no dependían de la liberalidad del testador, sino que se derivaban la Ley en su especialidad foral catalana. [Sentencia 27 febrero 1954.]*

OBSERVACIONES: En la amplia polémica suscitada sobre el error «in substancia», nuestro Tribunal Supremo ha rechazado implícitamente la teoría de la base del negocio (defendida por el Código civil suizo en la legislación comparada, y en la doctrina por Bonnecasa), y de modo explícito la teoría objetiva, admitida al parecer por el Derecho Romano según textos de Ulpiano y Juliano, y que fué recogida por el B. G. B. y numerosos autores franceses. La Sentencia de 14 de junio de 1943 se inclina por la teoría subjetiva y, dentro de ésta, por la de la causa, al sostener que la determinación de lo que puede constituir la substancia del objeto contractual requiere la investigación de los elementos que matizan cada caso particular y sobre todo el fin perseguido por las partes. En la Sentencia de 28 de octubre de 1946 parece ratificar tal tesis al distinguir entre error en los motivos y error en la causa, considerando ésta como motivo objetivado.

Es sabido que Capitant («La causa de las obligaciones», pág. 216), afirma que el error en los contratos es causa de nulidad—anulabilidad en nuestro Derecho—, cuando vicia el acto de voluntad que genera la obligación. «Será siempre y necesariamente un error sobre el fin pretendido, es decir, un error sobre la causa de la obligación, porque el fin o la causa es un elemento esencial del acto de voluntad creador de la obligación.» Pero antes mantiene que «esto tiene lugar... cuando las partes no están de acuerdo sobre la naturaleza del contrato. Para él (y en el mismo sentido Celice, «El error en los contratos»), «el error no vicia el contrato, a no ser que recaiga sobre la causa misma de la obligación».

La presente Sentencia de 27 de febrero de 1954 destaca al vínculo de estrecha relación que une la teoría de la causa con la del error, sin incurrir en las exageraciones de Capitant o Celice.

La tesis, por otra parte, no puede extrañar, pues sí, conforme al artículo 1.262, el consentimiento debe recaer sobre el objeto y la causa del contrato, el error vicio del consentimiento podrá orientarse en la misma doble duración. (D. I.)

6. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *Discutido el alcance que se debe dar a la estipulación de un convenio, de contenido dudoso, debe rechazarse toda interpretación absurda y aceptar la que se adapta mejor a la intención de los contratantes y resulte corroborada por los hechos probados.*

CARGA DE LA PRUEBA: *La parte demandante es la que viene obligada a justificar los hechos en virtud de los cuales pretende un cambio en la situación jurídica existente al formular la demanda. [Sentencia 2 junio 1954.]*

4. **ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO: LA ACEPTACIÓN:** *No determinándose en el artículo 1.257, 2.º, medio específico alguno por el que el tercero haga saber su aceptación al obligado, y afirmado en la sentencia recurrida que éste sabía por actos de aquél la aceptación de lo estipulado en su favor, es exigible su cumplimiento, y se impone la desestimación del recurso cuando en él no se impugnan, de modo eficaz tales hechos. [Sentencia 13 julio 1954.]*

8. **COMPRAVENTA: PROHIBICIONES DEL ART. 1.459, 3.º: ALBACEA.** (V. Sentencia 10 julio 1954. V. 2.)

9. **VENTA SIMULADA: NULIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE.** (V. Sentencia 10 julio 1954. V. 2.)

10. **RETRACTO DE COLINDANTES: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO:** *No hay infracción de los artículos 1.518 del Código civil y 1.618, 2.º de la LEC por parte del retrayente que ha consignado el precio conocido de la compraventa, y además ofrece reembolsar al demandado todos los gastos legítimos, por lo que, en consecuencia, procede el ejercicio del derecho de retracto. [Sentencia 8 julio 1954.]*

ANTECEDENTES: *Vendida la nuda propiedad de una finca el comprador se opone al ejercicio de la acción de retracto por parte de un colindante, alegando que la consignación efectuada por éste es insuficiente, ya que al haber fallecido la usufructuaria ha habido un aumento de valor en el precio de la finca, por lo que se incumplen los artículos 1.518 del Código civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La demanda interpuesta por el propietario colindante es desestimada en ambas instancias. El Tribunal Supremo dió lugar al recurso, sentando la siguiente doctrina:*

... era diferencia de valor, aunque es cantidad abonable al hacerse efectivo el retracto no es precio pagado en la venta origen de este retracto, que es lo único que exige el número 2.º del artículo 1.618 de la LEC, que se consigne o se afiance. (Considerando único.)

OBSERVACIONES: *El Tribunal Supremo acepta la tesis del recurrente, ya que, en efecto, el mayor valor que adquiere la finca como consecuencia del fallecimiento de la usufructuaria no puede considerarse como parte del precio. Se entiende por precio el que figura en la escritura de compraventa. El aumento de valor de la finca al extinguirse el usufructo debe ser incluido por analogía con los gastos a que hace referencia el artículo 1.518 del Código civil.*

11. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: EJECUCIÓN EN PERÍODO MORATORIO:** *Procede la indemnización de daños y perjuicios causados por unas peticiones, diligencias y resoluciones que conculcan la moratoria del año 1938, transgresión que, por no pasar inadvertida al Juzgado, libera de culpa al entonces actor, quien más que utilizar un de-*

recho lo infringía abiertamente, causando manifiestos perjuicios que requieren adecuada y equitativa reparación, pues ser parte en un procedimiento judicial no excluye, en principio, la responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil. [Sentencia 20 octubre 1954.]

12. DAÑOS Y PERJUICIOS: CAUSA DE LOS MISMOS: *Causa eficiente de los daños es la condición necesaria para que se produzca el hecho que origina el daño, y tratándose de varias condiciones concurrentes, la preeminente.* [Sentencia 30 enero 1954.]

13. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: *No ha de tenerse en cuenta el lucro cesante que se produce sin guardar la debida relación de causa a efecto con el acto ilícito realizado por ser el hecho de la elevación del precio de las cosas, y subsiguiente disminución del poder adquisitivo de la moneda, circunstancial y aleatorio entre los años 1937 y 1947, y obedece el daño por lucro cesante a causas ajenas.* [Sentencia 23 marzo 1954.]

Se trataba de la indemnización exigida por la tala de unos árboles. La parte demandante exigía una gran cantidad en concepto de lucro cesante, debido al aumento excepcional del precio de la madera. El T. S. no accede a esta pretensión...

«... El primer motivo del recurso acusa la infracción del artículo 1.902 del C. c. declarado aplicable por la sentencia recurrida, porque la indemnización habla de comprender, no sólo el valor de los árboles en el momento de su corta, pérdida o daño en sentido estricto, sino además agregar, para formar el total de la indemnización, el lucro dejado de obtener para de este modo lograr las dos vertientes del artículo 1.106 del C. c.; mas como la Sala sentenciadora al fijar la cuantía de la indemnización se atuvo para señalar el valor de los árboles al momento de la tala, aplicó correctamente el aludido precepto, toda vez que el daño del supuesto lucro cesante que se alega ha sido motivado por el considerable aumento en el precio de la madera, sin guardar la debida relación de causa a efecto con el acto ilícito realizado por el recurrente, por ser el hecho de la elevación del precio de las cosas y la subsiguiente disminución del poder adquisitivo de la moneda circunstancial y aleatorio entre los años 1937 y 1947, fecha de la corta y de la presentación de la demanda y obedecer el daño por lucro cesante a causas ajenas a la obligación de reparar los perjuicios con lo cual queda demostrada la improcedencia de las infracciones invocadas.» (Considerando 2.º.)

14. ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO DE COCHERA: *La cochera o garaje, cuyo uso se cede tan sólo para que el arrendatario pueda guardar sus propios vehículos, no tiene el carácter de arrendamiento de local de negocio ni el de arrendamiento de depósito o almacén, siendo regulado, por tanto, por el C. c.*

CALIFICACIÓN: *La naturaleza de un contrato no depende de la calificación que le otorguen las partes ni del acto de notificación para preparar un expediente de derribo, que no llegó a efectuarse, constituye una convención ni causa estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor. [Sentencia 13 febrero 1954.]*

15. **ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA:** *Está excluido de la LAU conforme a su artículo 2.º, el arrendamiento de local situado en un lugar en que el arrendatario no tiene su residencia habitual limitado al tiempo de la campaña naranjera. [Sentencia 6 julio 1954.]*

16. **ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO COMPLEJO:** *Si bien al no prever la LAU los arrendamientos complejos cualquier duda respecto a su aplicación o la del C. c. tendría que ser resuelta a favor de éste por su carácter general y atrayente, este criterio deberá aplicarse con la máxima cautela para evitar el peligro que, por viciosas y mal meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la Ley especial persigue. [Sentencia 10 junio 1953.]*

17. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CONCEPTO:** *La unidad patrimonial con vida propia a que se refiere el artículo 4.º de la LAU es un complejo de elementos materiales coordinados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento. [Sentencia 24 mayo 1952.]*

El T. S., declarando haber lugar al recurso planteado ante él, formula la siguiente doctrina:

«Por el contrato se hizo constar que se daba en arrendamiento un molino harinero compuesto de la maquinaria cuyos elementos se enuncian, todo ello en regular uso, a excepción de lo que se expresaba, y funcionando al objeto a que era destinado, comprometiéndose el arrendatario a dejarlo a la terminación del contrato en iguales condiciones en que lo recibió y funcionando como lo estaba al recibirlo, y esto establecido no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, que el objeto del contrato de arrendamiento fué únicamente un local de negocio para establecer en él el de harinas, y que en el contrato no figuraba para nada ningún elemento integrante de la empresa u organización de la industria harinera, pues la simple lectura del documento demuestra que el objeto del contrato fué un complejo de elementos materiales coordinados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, lo cual constituye la unidad patrimonial con vida propia, a que se refiere el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo precepto, así como la jurisprudencia de esta Sala, infringe la sentencia recurrida resultando también infringido el artículo 5.º de la propia Ley, relativo al arrendamiento de locales de negocio, que se aplica por dicha sentencia indebidamente...»

18. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: REQUISITOS: INDUSTRIA PARALIZADA: ADICIÓN DE ELEMENTOS POR EL ARRENDATARIO: *Existe arrendamiento de industria cuando además de un local se entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el mismo de una actividad industrial determinada aunque se halle inactiva y pendiente de lo que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos que se le entregan, sin que la sustitución o adición de algunos, por razones de utilidad o conveniencia, pueda modificar el concepto expresado.* [Sentencia 12 julio 1952.]

El Considerando 1.º del fallo sienta literalmente la anterior doctrina y, dando lugar al recurso, la aplica a un supuesto en que lo arrendado era un hotel.

19. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DIFERENCIAS: *La nota diferencial más destacada la ofrece el hecho de que el arrendatario reciba en uso y disfrute una industria ya creada, como unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente en su puesta en marcha de meras formalidades administrativas (caso constitutivo de relación arrendaticia industrial a que se refiere el artículo 4.º de la Ley especial y que se regula por la legislación común) o reciba solamente del arrendador el local desnudo o con elementos inertes o desarticulados no aptos por sí solos para obtener una finalidad industrial, pero susceptibles de ser utilizados en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para instalar en el local arrendado un negocio o industria que él crea (lo que constituye el arrendamiento de local de negocio a que se refiere el artículo 5.º y regula la Ley especial de Arrendamientos Urbanos.)* [Sentencia 2 julio 1951.]

20. ARRENDAMIENTO URBANO: LEY DE SOLARES: *La Ley de Ordenación de solares de 15 mayo 1945 tiene un carácter administrativo y, en consecuencia, los particulares no pueden acudir a la autoridad judicial pretendiendo que declare que una finca tiene conforme a ella la consideración de solar, ni que sobre tal base acuerde el desalojo de la finca.* [Sentencia 29 mayo 1954.]

Por las siguientes razones:

Considerando 2.º: «Considerando que hallándose comprendido tal contrato dentro del ámbito de la expresada ley, su resolución no puede ser decretada sino cuando se dé alguna de las causas que dicha ley exige para que tal efecto se produzca, pero en la demanda no se invocó ninguna de dichas causas ni el recurso se funda en la infracción de ningún precepto de la LAU, sino que se alegan únicamente como infringidos determinados artículos de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945, dirigiéndose los argumentos del recurrente a demostrar que con arreglo a dichos preceptos la finca en cuestión merece la calificación de solar y que por ello procede el desahucio del local arrendado, pero al razonar en tales términos no se tiene en cuenta que esta ley, destinada a estimular la construcción para contribuir con ello a la resolución del problema de la escasez de vivienda, tiene un carácter fundamentalmente público y atribuye con su reglamento de 23 de mayo de 1947 a las autoridades administrativas

la facultad de declarar cuáles fincas merecen la calificación de solares para los efectos de la ley, cuáles son las consecuencias que tal declaración haya de producir en orden a los derechos que sobre las fincas así calificadas comprenden a los propietarios, titulares de derechos reales, arrendatarios u ocupantes de las mismas y, por lo tanto, a la extinción de tales derechos, y cuáles son los recursos, de carácter administrativo también, que a tales interesados corresponde, los cuales no pueden acudir a la autoridad judicial pretendiendo que declare que una finca tiene la consideración de solar conforme a dicha ley ni que sobre tal base acuerde el desalojamiento de la misma, que está regulado por dicho reglamento, ni cabe, por lo tanto, fundar un recurso de injusticia notoria en la infracción de determinados artículos de la ley citada, como se hace en el presente, procediendo por todo lo expuesto la desestimación de tal recurso.»

21. ARRENDAMIENTO URBANO: CONCEPTO DE EDIFICACIÓN HABITABLE: *Comprende las habitaciones cercadas y con techumbre en las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir las condiciones de su destino cuando al propio tiempo sirven para resguardar a las personas que en ella se dedican a la actividad industrial, comercial o de enseñanza de los accidentes atmosféricos y condicionadas adecuadamente para el desenvolvimiento de las faenas durante su permanencia en los locales.* [Sentencia 17 mayo 1954.]

22. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTAS: FALTA DE DECLARACIÓN A LA HACIENDA: *Toda elevación de renta, sin distinción alguna, debe ser declarada dentro de los tres meses siguientes al convenio y comienzo de su percepción, por lo que, dejados transcurrir doce por el propietario sin hacer la declaración, no ofrece duda que al inquilino le asiste la acción de revisión para exigir que se someta la renta que debe pagar a la declaración vigente, sin que ello obste que, por la finca de nueva construcción, la estipulación de la renta sea libre, porque de lo que se trata es de impedir la defraudación.* [Sentencia 28 junio 1954.]

23. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTAS: ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE OTROS ELEMENTOS DE UNA FÁBRICA: *No existen términos hábiles para acordar la revisión de rentas pretendida, cuando el contrato de arrendamiento no afecta sólo al local de negocio, sino a otra porción de elementos de la fábrica, por todo lo cual se paga una renta global sin discriminación del precio de arriendo que corresponda a uno y otro concepto; pues la renta susceptible de revisión es sólo la estipulada para los locales.* [Sentencia 1 julio 1954.]

24. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO DE RENTAS: *Entre el caso previsto en el párrafo último del artículo 126 LAU y el del aumento de la renta por laudo existe la suficiente analogía para que se aplique al último la prohibición del primero.* [Sentencia 29 mayo 1954.]

25. ARRENDAMIENTO URBANO: REPERCUSIÓN DE CONTRIBUCIÓN: *La condición impuesta al arrendador por el Decreto-ley de 11 de enero de 1946 de*

declarar la verdadera riqueza imponible antes del 1 de marzo de 1946 para poder repercutir el exceso de contribución originante de la aplicación de la Ley de R. Local ha de entenderse literalmente, sin que quepa interpretar la disposición como si hubiera condicionado el derecho de repercusión al mero hecho de la declaración sin precisar fecha alguna para hacerla. [Sentencia 22 febrero 1954.]

26. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 64: DERECHO DE RETRACTO: NOTIFICACIÓN DE LA VENTA: *En todos los casos del art. 64 es inexcusable la notificación de la venta consumada. Y ello no sólo para seguridad de los derechos de adquisición de los inquilinos, sino como punto de partida para el ejercicio de la acción de retracto.* [Sentencia 24 junio 1954.]

27. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIVIENDA: *Arrendado un local «para destinarlo a cochera de carros, cuadra de caballerías y almacén de mercancías», y probado que el público no podía tener acceso material al local y que éste carecía de comunicación interior con otro ocupado por el mismo arrendatario que merezca la conceptualización de local de negocio, es obligado reputarlo como vivienda.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL O CESIÓN PROHIBIDA: ACCIÓN RESOLUTORIA: SU CADUCIDAD: «DIES A QUO»: *El plazo de caducidad de la acción resolutoria concedida al arrendador en caso de cesión prohibida, comienza a correr, según el artículo 36 de la LAU, desde que se produce el hecho ostensible de la ocupación de la vivienda por el cesionario cuando éste es persona distinta del arrendatario cedente; pero si, como ocurre en el caso de autos, continúan ininterrumpidamente en el goce y uso del local (traspasado a una Cooperativa) las mismas personas naturales que primero la ocupaban, no es posible para el arrendador conocer la cesión por el hecho ostensible de la ocupación, único medio que señala la ley; y ante su falta debe considerarse si se probó en el pleito que el actor conoció por otros medios la existencia de la cesión.*

Y si por defecto en esta prueba no es posible fijar la fecha en que el arrendador conoció la existencia de la cesión, «dies a quo» para el cómputo del plazo de seis meses, no será posible tampoco estimar la excepción de caducidad alegada. [Sentencia 16 octubre 1954.]

28. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DEROGADA: DERRIBO DE FINCA POR RUINA INMINENTE, SIN EXPEDIENTE CONTRADICTORIO: FUERZA MAYOR: RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO: *Ordenado por la autoridad municipal el derribo de una finca en inminente peligro de ruina, y, por justificada urgencia, realizado sin expediente contradictorio, no está el caso comprendido en la letra g) del art. 4 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, ni en los artículos 7.º y 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, por lo cual es forzoso acudir a las normas del Código civil sobre pérdida de la cosa debida, y concluir que deben resolverse los contratos de arrendamiento existentes sobre dicha finca derribada, por fuerza mayor.* [Sentencia 26 noviembre 1951.]

CONCORDANCIAS: Véase Sentencias de 28 junio 1948, 21 octubre 1949 y 3 marzo 1951.

29. ARRENDAMIENTO URBANO; EXPROPIACIÓN PARCIAL: Cuando ésta afecte vitalmente al inmueble y haga imposible su adaptación a los fines a que viene destinándose, se considerará incluida en la causa 8 del artículo 149 de resolución del contrato.

RESERVA DE LOCALES EN EL NUEVO EDIFICIO: Este derecho es reconocido por la ley a los inquilinos y arrendatarios de locales de negocio en el caso de derribo de la finca debido a la voluntad del propietario, pero no cuando tal derribo sea producido como consecuencia de una expropiación forzosa por causa de utilidad pública. [Sentencia 17 mayo 1954.]

30. ARRENDAMIENTO URBANO; OBRAS: La autorización municipal para realizar unas obras nada prejuzga respecto a su licitud o ilicitud en relación con el contrato de arrendamiento. [Sentencia 6 abril 1954.]

31. ARRENDAMIENTO URBANO; CONCEPTO DE LOCAL DE NEGOCIO: Un local de negocio puede tener también el destino de vivienda siempre que éste no sea primordial. La LAU actual al haber suprimido el requisito de estar abiertos al público los establecimientos a considerar como locales de negocio, requisito exigido por el primitivo proyecto, lo ha hecho para incluir en su concepto a los establecimientos industriales.

DOCTRINA LEGAL: Una sola sentencia no basta para constituir jurisprudencia. [Sentencia 14 marzo 1953.]

HECHOS: A arrendó a B un local en el que éste instaló su negocio utilizando también para vivienda. Posteriormente trasladó ambos a otra casa de su propiedad, dejando en el local de B un escaparate y dedicando el resto a almacén.

El T. S. no accedió a las peticiones de A por:

«Pero es lo cierto que la Ley de Arrendamientos Urbanos desde el momento que califica como locales de negocio aquellos cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse con establecimiento abierto una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo da a entender implícitamente con toda claridad que puede tener también el destino de vivienda siempre que éste no sea primordial, como sin duda ocurrió en el caso de autos, y en cuanto a la presunción del ejercicio habitual del comercio nada tiene que ver con el concepto de local de negocio dentro de la LAU, y aun admitiendo que en la primitiva redacción del proyecto de ley se hablase de establecimientos abiertos al público y posteriormente se suprimiera esta última expresión, ello fué sin duda debido al propósito de la ley de englobar los establecimientos industriales; pero no quiere decir que para apreciar un cambio de destino tratándose de un establecimiento comercial que necesariamente requiere el contacto con el público, no se exija la realidad de que éste se halla abierto a todos los compradores que a él puedan acudir, diferencia precisamente que separa

la tienda propiamente dicha del almacén propiamente dicho.» (Considerando 5.º)

«Otra interpretación llevaría claramente en este caso a consagrar el propósito de sostener, a pretexto de la existencia de un contrato anterior de arrendamiento de local de negocio, un local utilizado por el arrendatario con fines tan extraños a aquel para el que fué contratado como tener en él conejos y aves para su servicio, sustrayéndolo a la libre contratación con perjuicio para el propietario y para los que en él pudieran establecerse.» (Considerando 6.º)

32. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 73: SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RAZÓN LEGAL: *La razón legal del derecho de los herederos del arrendatario a advenir, a su vez, arrendatarios, por el mero hecho de la muerte de aquél, se halla en la protección del que por su iniciativa y esfuerzo ha creado o continuado una industria o un comercio establecido en local ajeno. Falta el motivo de la protección y debe resolverse el contrato, sin dar lugar a la sucesión en el arrendamiento, cuando es firme el hecho de que el arrendatario había cesado años antes de su muerte en toda actividad mercantil en los locales objeto de este arrendamiento, subarrendándolos a empresas ajenas y utilizando una de las plantas como simple vivienda.* [Sentencia 28 junio 1954.]

33. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: ARTÍCULO 149: INDUSTRIA NOTORIAMENTE INCÓMODA: *La calificación de «notoriamente incómoda» que de la industria hace la sentencia recurrida, no se desvirtúa porque con posterioridad la denomine «desagradable», pues es evidente que lo incómodo no ha de ser agradable a quien lo padece.* [Sentencia 28 junio 1954.]

34. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 181 DE LA LAU: SU SENTIDO Y ALCANCE: *Los términos del indicado precepto no se refieren a la jurisdicción de los Tribunales que hayan de entender en el asunto, sino al procedimiento que haya de seguirse.*

«Que en el primer motivo del recurso, amparado en la causa primera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se alega la incompetencia de jurisdicción que el recurrente funda en la falta de aplicación del artículo 181 de dicha ley, según cuyo texto cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana no se funde en derechos reconocidos en la expresada ley, el litigio se sustanciará conforme a las leyes procesales comunes, pero prescindiendo de que tal cuestión se plantea por vez primera en el recurso y tiene, por lo tanto, los caracteres de una cuestión nueva, y ello impide su discusión en este trámite, los términos del indicado precepto no se refieren a la jurisdicción de los Tribunales que hayan de entender en el asunto, sino al procedimiento que haya de seguirse en la hipótesis a que se refiere, y ello podría dar lugar, en el caso de que hubiera mediado indefensión, al recurso de injusticia notoria al amparo de la causa segunda del citado artículo 173 de la LAU, pero no a recurso fundado en

la causa primera de dicho precepto invocado por el recurrente, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.» (Considerando 1.º)

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO CONSENTIDO POR EL ARRENDADOR: RENUNCIA DE DERECHOS QUE IMPLICA: *Al consentir el traspaso el arrendador, renunció no sólo a los derechos sustantivos —tanteo, retracto, participación en el precio del traspaso—, sino también a los requisitos que para la validez del acto establece el artículo 45. [Sentencia 3 julio 1954.]*

«Que la facultad de traspasar los locales de negocio ha sido reconocida al arrendatario como un derecho derivado de su carácter de tal, para cuyo ejercicio no necesita el consentimiento del arrendador, sino que le basta para hacerlo efectivo con que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 45 de la LAU, la falta de cualquiera de los cuales faculta al arrendador para no reconocer el traspaso, por lo cual si el arrendatario hubiera traspasado el local de negocio arrendado por sí propio y sin contar para ello con el arrendador, el traspaso hubiera carecido de eficacia y el arrendador hubiera podido no reconocerlo si los requisitos establecidos por el citado precepto legal no se hubieran cumplido; pero como en el caso presente la cesión en que el traspaso consiste no se llevó a efecto exclusivamente entre el arrendatario y el cesionario, sino que *fué consentida por el arrendador, mediante tal consentimiento se renunció* por éste no solamente a los derechos sustantivos que la ley establece en su favor, tanteo, retracto y participación en el precio del traspaso, sino también a los requisitos que para la validez del acto exige el citado artículo 45, uno de los cuales es que el traspaso sea otorgado mediante escritura pública, y tal requisito, establecido, como los demás a que el expresado artículo se refiere, en beneficio del arrendador, puede ser renunciado por éste por virtud de lo prevenido en el artículo 11 de la expresada ley, siendo aplicables estas consideraciones al requisito exigido por el artículo 53 de la misma para que el traspaso obligue al arrendador, en cuanto previene que tanto en la preceptiva oferta que a éste se haga como en la escritura que solemnice la cesión, se consigne el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos, ya que tal formalidad se halla establecida también en beneficio del arrendador, y, por lo tanto, puede ser renunciada por él, procediendo por lo expuesto la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso» (Considerando 2.º)

35. ARRENDAMIENTO URBANO: CESIÓN PROHIBIDA: *El local arrendado por un gestor de cuentas en participación no puede ser cedido por él a la sociedad regular colectiva en que más tarde éstas se transformaron.*

PRUEBA: *La escritura de constitución de sociedad en la que no conste la aportación del arrendamiento en nada contradice la afirmación jurisprudencial de haber cedido uno de los socios el local por él arrendado. [Sentencia 10 abril 1954.]*

36. LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: FACULTADES PARA DESAHUCIAR: HEREDERA USUFRUCTUARIA UNIVERSAL: *La heredera usufructuaria universal sucede*

al causante desde el momento de la muerte en los derechos que a favor del mismo se derivaban como arrendador, del contrato de arrendamiento pactado, y tiene, en consecuencia, facultades para desahuciar. [Sentencia 28 junio 1954.]

37. ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO POR FUERZA MAYOR: *Al quedar en ruinas la casa por efecto de la guerra se entiende perdida la cosa arrendada sin culpa del arrendador, aplicándose el C. c. y no la legislación especial de la época. [Sentencia 23 marzo 1954.]*

HECHOS: La casa en la que A tenía arrendado un local de negocio es destruida durante la guerra. Reconstruida, pretende tener derecho a ocupar en ella un local equivalente. El T. S. no satisface esta pretensión. Razona así:

«Considerando que para examinar el primer problema traído ante este Tribunal hay que dejar bien sentado como cuestión de hecho declarado sin impugnación en este recurso por los Considerandos 4.º y 5.º de la sentencia de la Audiencia, que la casa repetida quedó en estado de ruina por los bombardeos e incendios producidos en guerra, y así se declaró en expediente contradictorio por la autoridad municipal en 1940, requiriendo a los propietarios para su demolición, cuya orden fué cumplida, con lo cual ya es evidente que el desahucio de la actora para poder llevar a cabo el derribo y éste mismo no fueron debidos a voluntad del dueño para obtener un mayor lucro con perjuicio de los inquilinos, sino obligado por circunstancias de fuerza mayor que produjeron grandes perjuicios al propietario, supuestos que están regulados de distinta manera, como es natural, en nuestra legislación de la época en que tuvieron lugar el siniestro y el desahucio y como declara la jurisprudencia, especialmente en las sentencias de 30 de marzo de 1948 y 8 y 14 de junio de 1942, y así el caso presente de desahucio y demolición por fuerza mayor, y por disposición de la autoridad competente no está comprendido en el artículo 8.º del Decreto de 26 de enero de 1936, que estableció el derecho del arrendatario a ocupar en la casa de nueva construcción un local equivalente al que tenía en la destruida únicamente en los casos en que el propietario procede a las obras para su mayor lucro, ni tampoco en la Ley de 9 de junio de 1939, que regula exclusivamente el pago de alquileres y subsistencia de los arrendamientos sobre el mismo edificio primitivamente ocupado, y por no estar el presente caso regulado por la legislación especial hay que atenerse a la común en los artículos 1.182 y 1.568 del C. c., que determina la extinción del arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada sin culpa del obligado y resuelven en el sentido que propugnan los recurrentes y contrarios a las pretensiones de la actora, según doctrinas de las sentencias de 28 de junio de 1948, 25 de octubre de 1949, no siendo aplicables al caso actual las de 7 de abril de 1948 y 24 de junio de 1950, que invoca la demandante recurrida por ser esencialmente distintos los supuestos de hecho.» (Considerando 2.º)

38. ARRENDAMIENTO URBANO: RECONVENCIÓN: *Quando la reconvencción no se base en materia propia de la LAU, el litigio se sustentará conforme a las Leyes procesales comunes. [Sentencia 22 abril 1954.]*

39. SUBARRIENDO: *La disposición transitoria segunda sólo puede ser aplicada cuando subsiste el contrato de arrendamiento de que dimana el subarriendo, pero no cuando aquél ha sido resuelto, aunque sea por la voluntad de las partes contratantes.* [Sentencia 27 abril 1954.]

40. ARRENDAMIENTO URBANO: PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: *No es necesaria la prueba directa sobre el subarriendo y la precisión de todos los elementos que integran el contrato para afirmar su existencia, que sólo puede declararse en la mayoría de los casos por meras presunciones dado el interés de las partes interesadas en ocultarlo.* [Sentencia 25 mayo 1954.]

41. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO DISIMULADO: *La satisfacción por el arrendatario de los consumos de lujo y el impuesto del 5 por 100 en favor de la Junta de Protección de Menores, correspondientes a una pista de baile, no contradicen el hecho de que la haya subarrendado.* [Sentencia 29 mayo 1954.]

42. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: PRÓRROGA TÁCITA: *La disposición adicional 2.ª de la Ley de 23 de julio de 1942 concede al arrendador los derechos de poder explotar la finca directamente al terminar los años agrícolas que fija según las rentas y por un tiempo mínimo de tres años, y el de poder arrendar libremente el inmueble transcurrido ese plazo, sin sancionar con la terminación del contrato ni con su prórroga el no uso que de cualquiera de ambos derechos hiciera el arrendador.* [Sentencia 17 junio 1953.]

43. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: REVISIÓN DE RENTA: *Según el artículo 7.º de la LAU, el fallo revisionista de la renta ha de producir su natural efecto a partir del día de la presentación de la demanda y nunca desde el momento de ser dictado.* [Sentencia 26 junio 1953.]

44. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: APARCERÍA: *Considerada improrrogable la aparcería, tiene, sin embargo el cultivador derecho a la conversión en arrendamiento de una parte de la finca proporcional a su participación en aquélla, entendiéndose que a esta nueva modalidad de disfrute la alcanzan las prescripciones legales que protegen la permanencia del cultivador, como si desde su comienzo en el disfrute parciario rigiera el arrendamiento.* [Sentencia 26 junio 1953.]

IV. Familia.

1. SOCIEDAD DE GANANCIALES: BIENES DE LA MISMA Y BIENES DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES: *Son gananciales los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, y son de la propiedad de cada uno de los cónyuges los comprados con dinero exclusivo del marido o de la mujer, sin que en estos supuestos de subrogación real se tomen en consideración las personas de los cónyuges que realizan la adquisición ni el carácter en que interponga el marido.* [Sentencia 28 noviembre 1953.]

2. BIENES GANANCIALES Y PRIVATIVOS: *Siendo la participación social privativa, el incremento de la misma por revalorización de los elementos del activo o por actuación de las reservas producidas con anterioridad al matrimonio, es también capital privativo aunque se le haya dado forma contable por ampliación del capital, después de celebrado aquél.*

CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: *No son de cargo de esta sociedad los alimentos del hijo legítimo de uno solo de los cónyuges, mayor de edad, que vive con independencia.*

RESCISIÓN: CAUSA IMPEDITIVA: *No puede extenderse lo prescrito en el artículo 1.078 a otros supuestos en que el heredero no es adjudicatario de inmuebles, sino de numerario.—VALORACIÓN DE LA LESIÓN: Al valorar una participación social hay que estar al valor real en el mercado y no a aquel con que, a otros efectos, figura en el balance de la sociedad («obiter dictum»).* [Sentencia 20 diciembre 1952, ha lugar.]

3. ENAJENACIÓN DE BIENES GANANCIALES: FRAUDE: *El derecho concedido a la mujer por el artículo 1.413, de no ser perjudicada por las enajenaciones fraudulentas, podrá resolverse adecuadamente en el juicio declarativo, con las consecuencias que procedan, pero no enervará la demanda de desahucio deducida en juicio de esta clase.* [Sentencia 11 mayo 1954.]

4. DONACIÓN POR RAZÓN DE MATRIMONIO DEL TERCIO DE MEJORA: *La escritura en que unos cónyuges otorgan en favor de su hijo con ocasión del próximo matrimonio de éste, «que le mejoran en el tercio destinado por la Ley a este objeto», con obligación de convivencia por parte del mejorado, constituye un acto «inter vivos», por razón de matrimonio y no en consideración a la muerte; y una donación, cuya cualidad no se altera por el hecho de que de momento no se haga entrega de bienes, ni por la expresión de los donantes de que los bienes a entregar se detrajeran del tercio de mejora, lo cual tiene virtualidad a los efectos del artículo 825. Y en cuanto donación por razón de matrimonio, sólo es revocable en los casos del artículo 1.333.*

MEJORA HECHA EN CONTRATO: ACCIÓN DE NULIDAD: *No es transmisible a los herederos del donante, que pudo ejercitarla en vida y no lo hizo.* [Sentencia 6 febrero 1954.]

5. DOTE: SU FINALIDAD: RESTITUCIÓN DE LA DOTE INMOBILIARIA: *Si viendo de fundamento a la dote romana, vigente en Cataluña, la finalidad de ayudar al sostenimiento de las cargas del matrimonio, tan pronto como éste quede disuelto surge la obligación de restituirle al donante, con los frutos percibidos, siempre que el objeto de la dote sean bienes inmuebles, que es el supuesto contemplado en este litigio.*

NOTE CATALANA: DERECHO DE RETENCIÓN: PRUEBA DE LAS IMPENSAS Y MEJORAS: *Para que surja el derecho de retención es necesario probar la realidad de*

las impensas o mejoras que le dan vida; pero en materia de restitución de dote catalana no se da, en general, el derecho de retención.

HEREDERO DISTRIBUTARIO: SUS FACULTADES DISPOSITIVAS: *Autorizada en capitulaciones matrimoniales una heredera distributaria para favorecer a sus hijas, carece de facultad dispositiva para favorecer a futuros esposos de éstas. [Sentencia 28 mayo 1954.]*

6. LITIS EXPENSAS: CUÁNDO EXISTE EL DERECHO A RECLAMARLAS: *No sólo cuando la mujer carezca de bienes, sino también cuando, teniéndolos, sean insuficientes para su vida.*

LITIS EXPENSAS: RAZÓN EN QUE SE APOYAN: CON CARGO A QUÉ BIENES SE PRESTAN: *Al reconocer este derecho, la Jurisprudencia se apoya en una razón de justicia y de equidad, cual es que, si la mujer por la escasez de los bienes propios, correspondiera litigar como pobre y no puede, sin embargo, obtener ese beneficio por ser un obstáculo para ello la estimación de los bienes del marido, se produciría en ella un estado de indefensión que debe evitarse otorgándole las litis expensas con cargo a los bienes gananciales y aun a otros que no lo sean, pues con todos ha de entenderse el levantamiento de las cargas del matrimonio. [Sentencia 22 octubre 1951.]*

V. Sucesiones.

1. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS: CUÁNDO ES REVISABLE EN CASACIÓN LA DADA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. (V. Sentencia 10 julio 1954, V. 2.)

2. EL LLAMADO FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UNA INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE RESIDUO: *El llamado fideicomiso de residuo no es tal fideicomiso, sino una institución condicional de heredero en la que la condición consiste en que a la muerte del primer instituido queden bienes hereditarios por no haber dispuesto de la totalidad.*

INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE RESIDUO: NATURALEZA: DERECHOS DE LOS INSTITUIDOS: *Afectando la condición a la institución misma al fallecimiento del testador, no surge a favor de los instituidos herederos condicionales de residuo más que una simple expectativa de derecho a adquirir el concepto de herederos. Y en cuanto tales instituidos, en tanto la condición no se cumple, no tienen derecho a intervenir en la partición, por lo que su ausencia en el otorgamiento de la escritura no origina la nulidad de ésta.*

INSTITUCIÓN CONDICIONAL DE RESIDUO: ENAJENACIONES VERIFICADAS POR EL LLAMADO EN PRIMER LUGAR: NO SE DA EN ELLAS LA SUBROGACIÓN REAL: *Es errónea la doctrina de la sentencia recurrida al sostener que el importe de las ventas realizadas por el heredero debe sustituir a los inmuebles vendidos en el*

acervo hereditario, suponiendo una obligación de conservar y entregar los bienes o su producto.

INSTITUIDOS HEREDEROS CONDICIONALES DE RESIDUO: SU LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL HEREDERO QUE SE CONSIDEREN SIMULADOS: *Es indiscutible su legitimación activa para tal impugnación, ya que la facultad de disponer de que goza el heredero no puede dar validez a actos ilegales o aparentes y debe concederse acción a aquéllos para impedir que desaparezca la titularidad del actual heredero sobre bienes que no hayan salido de su patrimonio por actos de verdadera y legítima disposición.*

INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS: CUÁNDO ES REVISABLE EN CASACIÓN LA DADA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA: *Cuando es equivocada por contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador, o vulnera las normas de interpretación establecidas por la Ley.*

PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE PROMOVER RECLAMACIONES JUDICIALES: *La ilegitimidad de los actos simulados o meramente aparentes puede combatirse, no obstante la prohibición del testador.*

COMPRAVENTA: PROHIBICIONES DEL ARTÍCULO 1.459: ALBACEA: *Una vez hecha la entrega formal de los bienes a los herederos, puede el albacea comprar bienes hereditarios, pues el albaceazgo terminó por aquella entrega.*

ALBACEAZGO: SU TERMINACIÓN: *Conforme a la doctrina interpretativa del artículo 910 del C. c., es aceptable la tesis de que el albaceazgo termina por la entrega formal hecha a los herederos de los bienes de la herencia.*

NULIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE: VENTA SIMULADA: DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO AUSENTE DEL LITIGIO: *Puede decretarse la nulidad de una escritura de venta por simulación, aunque el acreedor hipotecario del comprador no haya intervenido en el litigio, pues la nulidad decretada no afecta a la validez de la hipoteca constituida ya que el titular de ese derecho real no fué parte en el negocio simulado y su derecho de garantía subsiste con arreglo al artículo 37 (y 34) de la Ley Hipotecaria, por cuanto la simulación no es causa que constara en el Registro. [Sentencia 10 julio 1954.]*

OBSERVACIONES: La importancia de las materias sobre que se produce la Sentencia de 10 de julio de 1954, exigirá un amplio estudio que excede de los límites de esta sección. Ello no obstante, daremos, con su resumen, un breve comentario sobre los puntos de mayor interés.

La cláusula séptima de un testamento decía: «Si su dicha mujer (instituida en la cláusula anterior), hubiera fallecido, no llegare a heredar o no hubiera dispuesto expresa y especialmente de todos los bienes del otorgante, adquirirán todos los bienes del testador, o aquellos de los cuales no hubiera dispuesto su mujer doña... las sobrinas carnales del otorgante, doña... y doña ..., que viven actualmente en su compañía, hijas de su hermano don en concepto de herederas en la forma expuesta, por partes iguales y con derecho de acrecer entre sí».

El primer problema es el de la naturaleza jurídica de la figura estable-

cida y su calificación. Tradicionalmente se ha visto en ella un fideicomiso de residuo o «de eo quod supererit».

Pues bien; sentencia de la Sala de Instancia es casada por seguir esta orientación, «porque al declarar el fallo recurrido en su parte dispositiva que... son herederas fideicomisarias «de eo quod supererit», infringe los artículos 781, 784, 785, 657 y 661 del Código civil».

El Tribunal Supremo ve en la figura «una institución condicional de residuo», que contrapone al fideicomiso. Sin necesidad de insistir en la existencia teórica y práctica en la historia de fideicomisos sin sustitución y de sustituciones sin fideicomiso, debe notarse que toda sustitución es una institución condicional y que si en algún caso se manifiesta con especial vigor la «fe», la «confianza» y la «fiducia» que caracteriza al fideicomiso, es precisamente en esta sustitución de residuo. Lo característico en ella es que el testador que desea que determinados bienes se conserven dentro de la familia, no da a tal voluntad matiz coactivo alguno ni limita las facultades dispositivas del heredero, pues «confía» en que éste no dispondrá de los bienes más que en caso de necesidad y que, por tanto, aquéllos que no consuma jurídicamente tendrán el destino querido por el testador. No parece, por tanto, acertada la postura jurisprudencial, negativa de la existencia del fideicomiso.

En lugar de emplear la palabra fideicomiso, habla insistentemente de «institución condicional de residuo», aunque sin demasiada confianza en el acierto de su innovación institucional y terminológica, ya que a pesar de su reiterado empleo de la frase, en el Considerando segundo, después de afirmar que al fallecimiento del testador sólo surge a favor de ... una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero (?), afirma que «en esa situación de incertidumbre podrán ejercitar las acciones precisas para que no se malogre su posible y eventual titularidad, de modo análogo a lo que ocurre a los herederos instituidos bajo condición, a cuya figura jurídica puede equipararse en principio la institución condicional de residuo». No es difícil hallar en la frase una fuerte inseguridad, y el temor de que una decidida y rotunda equiparación—por otra parte inevitable en lógica—llevarse a consecuencias imprevistas.

Concretando la condicionalidad de la institución, afirma el Tribunal Supremo en su segunda sentencia «que las actoras tan sólo son herederas condicionales de residuo de dicha causante, en el caso de que al fallecimiento de la heredera instituida en primer término queden bienes de la procedencia de aquél (causante), de que ésta no haya dispuesto expresa y especialmente». La frecuencia con que la tesis se ha referido al fideicomiso de residuo no excluye el reparo de una posible confusión entre «condición» y «objeto». Es evidente que no hay relación jurídica ni titularidad, sin objeto.

Por otra parte, parece demasiado radical la negativa de una intervención de los instituidos en segundo lugar en las operaciones particionales, al hacer su posición menos fuerte que la de un acreedor de la herencia o de un acreedor del heredero (arts. 1.082 y 1.083 del C. c.), y contradictoria, si se tiene en cuenta que después se les reconoce legitimación activa para impugnar actos del heredero que puedan considerarse fraudulentos, como si dicho fraude no pudiera gestarse en la misma partición.

Otro punto discutible, aunque de innegable dificultad, es el de la procedencia de la subrogación real, que el Tribunal Supremo niega rotundamente, de cuya inaplicación deriva la negativa del carácter de fideicomiso a la institución. Por el contrario, y en base de la distinción entre enajenaciones de consumo (necesidad) y de producción (conveniencia y utilidad), parece preferible admitir la procedencia de la subrogación real en el fideicomiso de residuo, para evitar que operaciones de simple inversión de bienes o valores, dirigidas por el fiduciario a fines de mayor productividad (y acaso orientadas en beneficio de los fideicomisarios), acarreen automáticamente la exclusión del fideicomiso de los bienes invertidos. (D. I.)

3. **HEREDERO DISTRIBUTARIO EN CATALUÑA: SUS FACULTADES DISPOSITIVAS.** (Véase Sentencia 28 mayo 1954, IV, 5.)

4. **MEJORA HECHA EN CONTRATO: ACCIÓN DE NULIDAD.** (Véase Sentencia 6 febrero 1954, IV, 4.)

5. **LEGADO DE USUFRUCTO:** *Actuando conjuntamente los titulares del usufructo y de la nuda propiedad pueden enajenar con pleno dominio para el adquirente el bien sobre el cual recaen sus concurrentes derechos, siempre que por continuar atribuidos en la misma forma que anteriormente lo estaban los respectivos derechos sobre el nuevo bien, que la contraprestación del adquirente ha proporcionado, ni desaparezca la institución testamentaria condicional preestablecida, ni sufran perjuicio los instituidos, tanto presentes como futuros.* [Sentencia 17 abril 1953.]

«Considerando que es principio general de todo ordenamiento jurídico que los derechos no pueden existir sin que recaigan o sean atribuidos a una persona natural o jurídica que al ostentarlos, según los casos y circunstancias, promueva su ejercicio y exija los correlativos deberes, y así acontece en cuanto al derecho de propiedad, lo mismo en pleno dominio que al dividirse éste en nuda propiedad y usufructo, tiene declarado la jurisprudencia, la cual al enseñar que no puede haber un titular de usufructo sin el correlativo nudo propietario, también ha declarado que si designada una persona como titular de un usufructo no se indicase el titular de la nuda propiedad por omisión o por condición establecida, éste lo sería o quien en aquel momento tuviera causa directa del anterior propietario o los sujetos a los cuales hubieran de ir a parar los bienes usufructuados para reconstituirse en aquellos el dominio pleno, y si se aplica esta doctrina al caso de autoş se ve claramente que el legado de mejora por la cantidad de un millón de pesetas instituido en la tantas veces repetida cláusula 13 al testamento de la señora condesa de S. M. de la S. aparece con el pleno dominio dividido: por un lado el usufructo adscrito a un titular nominalmente expresado, la señora marquesa de E., y por otro, la nuda propiedad atribuida a los descendientes de ésta en primer lugar, quienes aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si bien no determinado, del fallecimiento de su madre, tienen al nacer a la vida jurídica la expresada nuda propiedad «in stirpe», la cual, como antes se afirma, no puede quedar en el aire y, por tanto, se hallan capacitados para ejercitar los derechos que corresponden a la misma durante esta situación de facto, situaciones jurídicas que también fueron contempladas por diversas Resoluciones de la Dirección de los Registros, entre ellas la de 29 de diciembre de 1906 y 12 de enero de 1944, y si además, como en el caso presente acontece, una parte de ese legado se halla, mediante la partición testamentaria, constituida por una porción indivisa de un bien inmueble, que representa una cantidad dineraria concreta, y tanto la usufructuaria como los nudos propietarios convienen, por actuales razones autorizadas de utilidad y necesidad, en sustituir aquella porción indivisa adjudicada por

otra base económica de igual valor pero de carácter más permanente que la indivisión ya que, según el espíritu del C. c., las situaciones de comunidad son provisionales puesto que estima inválido el pacto de conservar indefinidamente la cosa en común y deja libre la acción para pedir en cualquier tiempo la terminación de la comunidad, no es antijurídico estimar que puede, si conjuntamente actúan los titulares del usufructo y la nuda propiedad, enajenar con pleno dominio para el adquirente el bien sobre el cual recaen sus concurrentes derechos, siempre que por continuar atribuidos en la misma forma que anteriormente lo estaban sus respectivos derechos sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente en el negocio jurídico realizado ha proporcionado ni desaparezca institución testamentaria condicional preestablecida ni sufran perjuicios los instituidos, tanto presentes como futuros, en aquellos derechos que, respectivamente, les otorgó la aludida institución, y sentada esta doctrina no puede considerarse que la Sala de instancia, en su resolución, incurrió en las infracciones que se imputan en el primer motivo del recurso, que por ello debe ser desestimado.» (Considerando 3.º)

DERECHO MERCANTIL

1. **EL BALANCE: PRUEBA:** *El balance que se limita a hacer constar las mercaderías que existían en determinada fecha en el almacén del demandante será un medio de prueba de mayor o menor eficacia, pero no integra un contrato ni documento que precise de una interpretación respecto al verdadero sentido de sus cláusulas o estipulaciones de las que se deriven consecuencias en orden a la definición de un concepto jurídico.* [Sentencia 11 mayo 1954.]

2. **LETRA DE CAMBIO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA:** *El plazo de tres años de prescripción de la acción de reembolso que el artículo 519 del Código de Comercio concede al endosante, se empieza a contar a partir del momento en que éste, sabedor de que el tenedor le elegía entre los deudores para reclamar el pago y requerido para que lo verificase, pudo cumplir la obligación de pagar y recuperar la letra.* [Sentencia 16 junio 1954.]

OBSERVACIONES: Hay que hacer notar que si bien el artículo 950 del Código de Comercio ordena la extinción de las sanciones procedentes de letras de cambio, háyanse o no protestado a los tres años de su vencimiento, el artículo 1.969 del Código civil, aplicable como derecho supletorio a las relaciones mercantiles, establece que para que una acción prescriba es preciso que haya podido ser ejercitada. El endosante sostenía que no pudo ejercitar su derecho hasta que se terminó el juicio ejecutivo que contra él seguía el Banco tenedor ya que le era indispensable la tenencia de la letra para poder ejercitar los derechos que de ella se derivan, y que al no haber transcurrido desde entonces hasta la interposición de la demanda el plazo de prescripción, continúa viva su acción. El Tribunal Supremo sienta la doctrina que antecede y da lugar al recurso interpuesto por el aceptante del efecto, estimando que había pasado con exceso el plazo de prescripción que debe empezarse a contar desde el momento en que el endosante fué requerido por el tenedor reclamándole el pago. Hay que alabar la postura del Supremo, ya que de prosperar la tesis del Juzgado que

recoge los argumentos del endosante, no sería difícil desvirtuar el alcance del artículo 950 del Código de Comercio, pues bastaría un «acuerdo» entre aquél y el tenedor de la letra por el que se dilatase el juicio correspondiente para que quedara interrumpido el plazo sin fundamento en precepto legal alguno. El titular de la acción de regreso tiene salvaguardado su derecho pidiendo testimonio de la letra, en el caso de que haya sido entablado un juicio ejecutivo contra él.

3. CUENTAS DE PARTICIPACIÓN: LIQUIDACIÓN: *En el tracto sucesivo de la vida de los contratos, y al llegar a su terminación, lo primero es que se den las condiciones legales o contractuales o concierto de voluntades para su extinción y después vendrá como consecuencia, y no como requisito de ella, la liquidación.* [Sentencia 6 mayo 1954.]

DERECHO PROCESAL

1. Parte general.

1. SUMISIÓN: COMPETENCIA: *El artículo 56 de la Ley de E. c. acoge el principio de sumisión como norma preferente de competencia.* (Considerando 1.º)

Com arreglo al artículo 62 de la misma Ley, al ejercitarse una acción personal para reclamar el pago del precio de una compraventa mercantil, será competente el Juzgado del lugar en que debe cumplirse la obligación, y si éste no ha sido señalado se entenderá de acuerdo con el artículo 1.500 del Código civil, que es aquel en que se haya hecho entrega de la cosa vendida (Considerando 2.º). [Sentencia 31 mayo 1954.]

2. COMPETENCIA: *Cuando la cuestión litigiosa del juicio ordinario y del ejecutivo es la misma, fundada en la única relación jurídica existente entre las partes la competencia aceptada para el ejecutivo es la que debe regir para el ordinario, aunque la sentencia con que finalizara aquél determinara su nulidad.* [Sentencia 2 junio 1954.]

3. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: COMPETENCIA: *El Juez del lugar donde se prestaron parte de los servicios y se satisfizo parte del precio es competente para conocer de la demanda dirigida a reclamar la parte de precio no pagado de la obra efectuada.* [Sentencia 2 julio 1954.]

4. CONCESIÓN MERCANTIL: COMPETENCIA: *Es Juez competente, a falta de sumisión o pacto en contrario, y de acuerdo con el artículo 62-1 de la Ley de Enjuiciamiento civil el del lugar en el que fueron prestados los servicios remanerable.* [Sentencia 13 julio 1954.]

5. PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA. V. Sentencia 2 junio 1954, III, 6.)

6. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA PUEDE SER INCONGRUENTE: Aunque por regla general la Sentencia en*

que se absuelve de la demanda no puede tacharse de incongruente, hay ocasiones en que la indole de las resoluciones que se interesan en la demanda y en la reconvención, en su caso, pueden hacer imprescindibles determinados pronunciamientos e inadecuada la mera absolución del demandado. [Sentencia 2 junio 1954.]

7. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: SENTENCIAS ABSOLUTORIAS: *Las sentencias absolutorias pueden ser incongruentes cuando han resuelto el problema litigioso transmutándolo en otro distinto del planteado.* [Sentencia 12 julio 1952.]

El demandante solicitó se declarara extinguido un contrato de «arrendamiento de industria», a lo cual la Audiencia Territorial había contestado absolviendo al demandado de la «acción reivindicatoria (sic) que se ejercitaba contra él». El demandante interpone recurso de casación por incongruencia.

El T. S. *da lugar* al mismo, declarando en su Considerando quinto:

«Es fácil advertir que la sentencia recurrida peca de incongruencia con la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se acusa en el tercero de los motivos del recurso, puesto al amparo de los números primero y segundo del artículo 1.692 de la misma Ley, porque «si es cierto que por lo general no inciden en incongruencia, según la doctrina de esta Sala, los fallos absolutorios, por haberse de entender que resuelven todas las cuestiones propuestas, también lo es que la generalidad de esta regla ha de quebrar en cuantos casos, como en el que se examina sucede, se funda la absolución, por la que se alude con exceso de poder un pronunciamiento expreso sobre las declaraciones pedidas, en una configuración que tienda a resolver el problema litigioso transmutándolo en otro distinto del planteado».

8. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: CUÁNDO SE DA, EXCEPCIONALMENTE, EN LOS JUICIOS DE DESAHUCIO: *Las sentencias pronunciadas en los juicios de desahucio no tienen eficacia de cosa juzgada y si se les ha reconocido por excepción en algunos casos (como en las Sentencias de 30 de diciembre de 1903 y 4 de octubre de 1911), ha sido porque en los juicios declarativos se plantearon las mismas cuestiones que habían sido resueltas en las Sentencias de desahucio.* [Sentencia 6 julio 1954.]

OBSERVACIONES: Parece claro que la doctrina de la sentencia es contradictoria.

II. Procesos en especial.

9. ESCRITO DE RÉPLICA: PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 548 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *No hay alteración del objeto principal del pleito cuando, ejercitada en la demanda la acción real reivindicatoria, se solicita en el escrito de réplica la resolución del contrato que el demandado poseedor alegaba como título pues al obrar así se limitaba a combatir dicho título*

acompañado con la contestación, para lograr su inejecución a los efectos de la reivindicación; es decir, no obró por propio impulso, sino que impugnaba la eficacia de la excepción esgrimida al contestar. [Sentencia 8 julio 1954.]

10. PROCESO DE DESAHUCIO: APLICABILIDAD AL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *El procedimiento del juicio de desahucio es aplicable al arrendamiento de industria, siempre que las características del arrendamiento de que se trate lo permitan.* [Sentencia 29 mayo 1952.]

En el caso de áutos, la acción de desahucio ejercitada se refería a un salto de agua y fábrica de harinas.

El T. S., desestimando el recurso, formula la anterior doctrina en el Considerando primero.

11. OPOSICIÓN JUICIO UNIVERSAL AB-INTESTATO: *El juicio universal de ab-intestato no es el adecuado para resolver sobre la validez o nulidad de la disposición testamentaria, ya que rebasan el ámbito propio del mismo, y sólo pueden ser planteadas estas cuestiones en el juicio declarativo correspondiente, conforme al artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento civil.* [Sentencia 15 junio 1954.]

III. Recursos.

12. CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: OPERACIONES MATEMÁTICAS: *La demostración del error no puede hacerse con una serie de operaciones matemáticas, como pretende el recurrente, porque éstas constituyen un proceso lógico que no está protegido por el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, que, según su texto y la constante jurisprudencia, sólo permite oponer a la apreciación de prueba de la Sala lo que por sí solo y sin proceso lógico o deductivo revele unos actos o documentos auténticos.* [Sentencia 29 abril 1954.]

13. CASACIÓN: CAUCE PROCESAL PARA DENUNCIAR EL VICIO DE INCONGRUENCIA: *No es el del número segundo, sino el del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.* [Sentencia 11 octubre 1954.]

14. INJUSTICIA NOTORIA: INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 181 DE LA LAU: CAUCE PROCESAL DEL RECURSO: *Si en la hipótesis del artículo 181 se produce indefensión el recurso de injusticia notoria debe ampararse en la causa segunda del artículo 173 y no en la causa primera.* [Sentencia 3 julio 1954.]

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIONES PROCESALES EN QUE PUEDE FUNDARSE: *Cualquier infracción no es suficiente para fundar este recurso sino sólo aquellas que originen la indefensión del recurrente.* [Sentencia 8 julio 1954.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GIRÓN TENA, José: *Concepto del Derecho Mercantil en el Derecho español.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho Sucesorio. Atribución de la legítima por actos intervivos. Parte II.*

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos.*

CERRILLO QUÍLEZ, F.: *Consignación judicial de rentas de fincas rústicas.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El Pacto Compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje.*

PIÑAR LÓPEZ, Blas: *La adopción en el nuevo Código Civil filipino.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.