

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

Gráfica Administrativa.—Rodríguez San Pedro, 32. Madrid.

Invalidez e ineficacia del reconocimiento de la filiación natural

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Catedrático de Derecho civil
en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: *Invalidez e ineficacia del reconocimiento.*—I. *Insuficiente regulación legal de la invalidez del reconocimiento.*—II. *Naturaleza de la invalidez.*—III. *Modernas doctrinas y Códigos extranjeros:* 1. Doctrina francesa; 2. Doctrina italiana; 3. Código italiano de 1942.—IV. *Generalidades sobre los supuestos de invalidez en nuestro Derecho:* 1. Doctrina; 2. Base de nuestra posición.—V. *Los supuestos de invalidez en particular:* 1. Reconocimientos inválidos por no coincidir con la realidad; 2. Reconocimientos inválidos por razón de la declaración; A) Declaración con defecto de forma; B) Declaración obtenida mediante violencia; 3. Reconocimientos inválidos por falta o vicio de la voluntad de declarar la paternidad: A) Reconocimientos inválidos por falta de la voluntad de declarar la paternidad: a) Reconocimiento realizado por persona psíquicamente incapaz; a') Incapacidad psíquica; b') Incapacidad física; b) Reconocimiento realizado por error obstativo; a') Error obstativo que conduce al reconocimiento de quien es hijo natural del reconocedor; b') Error obstativo que provoca el reconocimiento de quien no es hijo natural del reconocedor; B) Reconocimientos inválidos por vicios de la voluntad de declarar la paternidad: a) La intimidación; b) El error vicio; c) El dolo.—VI. *Reserva mental, simulación y «animus jocandi» en el reconocimiento:* 1. Reserva mental; 2. Simulación; 3. Reconocimiento «jocandi causa»; 4. Observaciones comunes a todos ellos.—VII. *Reconocimientos nulos, reconocimientos impugnables y reconocimientos ineficaces.*—VIII. *La acción de impugnación:* 1. En caso de nulidad: A) Fin que persigue; B) A quienes se concede: a) Doctrina; b) Jurisprudencia; 2. En caso de impugnabilidad en sentido estricto; 3. Duración de la acción: A) General; B) En caso de nulidad; C) En caso de impugnabilidad.—IX. *Colisión entre la impugnabilidad y la prohibición de inversión de la paternidad no natural:* 1. El problema en general; 2. En

caso de impugnación por el reconocedor.—X. *Singulares supuestos de impugnación*: 1. Impugnación por el reconocedor; 2. Impugnación por el reconocido: A) Reconocido menor de edad: a) Puede impugnar «en todo caso»; b) Posibles interpretaciones en la frase «en todo caso»: a') Significa que el reconocimiento, aunque inatacable objetivamente, puede ser impugnado por el reconocido; b') Significa que el reconocimiento sólo puede ser impugnado por el reconocido si es inválido, pero que no es preciso que le perjudique; c') Nos inclinamos por la primera solución; c) Dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad; B) Reconocido mayor incapaz; C) Reconocido mayor capaz que consintió; D) Reconocido mayor capaz, que no consintió; E) ¿Puede impugnar el reconocimiento el reconocido menor o su representante legal a su nombre, o este representante legal a nombre del reconocido incapaz psíquico, antes de que dicho reconocido llegue a la mayor edad o recupere la capacidad?

INVALIDEZ E INEFICACIA DEL RECONOCIMIENTO

I. INSUFICIENTE REGULACIÓN LEGAL DE LA INVALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO

No es de extrañar que nuestro Código, después de llevar a cabo una incompleta regulación del reconocimiento, reglamente incompletamente también lo relativo a su invalidez.

Dedicados a dicho punto, sólo contiene nuestro primer cuerpo legal dos artículos, el 133 y el 138. Dice aquél en su párrafo tercero que «el menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad». Y dispone éste que «el reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del artículo 119, o en el cual se haya faltado a las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique».

Tan insuficiente regulación de la invalidez tiene como excusa la de que al fin y al cabo nuestro Código se limitó a seguir unos modelos, como el Código de Napoleón, el italiano de 1865 y el Proyecto de 1851, que tampoco eran en esto, como en tantas otras cosas, más perfectos que él.

Basta leer los dos artículos antedichos para no tener que advertir el sinnúmero de problemas que pueden plantearse por la deficiencia normativa de tales preceptos.

II. NATURALEZA DE LA INVALIDEZ

En primer término, en nuestros textos legales sólo se habla de *impugnabilidad*. Surge, pues, la duda de si ello es porque hay una sola categoría unitaria de reconocimientos impugnables en sentido estricto o si realmente impugnabilidad significa ataca-

bilidad y comprende tanto la impugnabilidad propiamente dicha como la nulidad.

Entre nosotros, Puig Peña (1) se pregunta cuál es la naturaleza de la invalidez, y advierte que «la doctrina y la jurisprudencia extranjeras sostienen que es necesario distinguir, en este respecto, una nulidad de pleno derecho y una simple anulabilidad. La primera existiría si se hace el reconocimiento por persona distinta del padre o de la madre o se ha faltado a las normas que *ad solemnitatem* prescribe la Ley. La segunda—que produce todos sus efectos mientras no se declare la nulidad—tendría lugar si existieren vicios en el consentimiento». Pero él entiende que en nuestro Derecho parece no haber términos hábiles para sostener esa distinción. Así, pues, para Puig Peña hay una sola categoría unitaria de reconocimientos impugnables (2).

Nosotros pensamos que, desde luego, procede distinguir en los reconocimientos inválidos entre reconocimientos nulos y reconocimientos impugnables. Y habida cuenta de que al reconocimiento como acto jurídico semejante a los negocios le son aplicables por analogía las disposiciones relativas a éstos, aunque dentro de ciertas condiciones y límites, creemos poder hallar en las normas relativas a la invalidez de los negocios jurídicos una pauta, al menos, que nos guíe en la búsqueda de una regulación positiva de la invalidez del reconocimiento.

Pero, además de las dificultades y discrepancias doctrinales que suscitan la teoría de la invalidez del negocio jurídico y las clases de la misma, y de la falta de firmeza de la terminología, dicha teoría es construída por nuestra doctrina—aprovechando los dispersos materiales que nuestro Código ofrece—fundamentalmente sobre el contrato y también sobre el testamento, y, por tanto, casi al margen del derecho de familia y de las peculiaridades que pueda ofrecer la invalidez del negocio jurídico de Derecho de familia. Con lo cual, carecemos de una doctrina segura sobre la invalidez de éste, doctrina que pudiéramos, con las debidas cautelas, aplicar al reconocimiento.

Mas sea como sea, es evidente que entre los distintos supuestos de invalidez del reconocimiento hay diferencias fundamentales. Así que es preciso intentar clasificarlos con arreglo a sus rasgos esenciales.

(1) Páginas 83 y 84.

(2) Página 84. En igual sentido COVIÁN, aunque distingue varias categorías de invalidez, piensa que según los términos en que están concebidos los códigos—tanto el nuestro como los extranjeros—parece que no se deberían admitir distinciones de ninguna clase (pág. 816).

III. MODERNAS DOCTRINAS Y CÓDIGOS EXTRANJEROS

Sería esfuerzo baldío el de recoger todas las posiciones de las doctrinas y Códigos extranjeros sobre las diferentes clases de invalidez del reconocimiento, posiciones diversas que responden a diversas concepciones del mismo. Por ello, nos limitaremos a dar una visión general de las categorías de invalidez preponderantemente admitidas, sobre todo en la doctrina italiana, que es la que más detenidamente ha tratado este punto.

1. *Doctrina francesa*

Recientemente en Francia, Planiol-Ripert-Boulanger (3) advierten que un reconocimiento puede ser impugnado por diferentes causas, y que la dualidad de su naturaleza jurídica impone la siguiente distinción: impugnabilidad como confesión (*contestation*) e impugnabilidad como acto jurídico (*anulación*). Aquélla es admisible siempre que se pruebe por un interesado que el reconocimiento atribuye una filiación que no corresponde a la realidad; es decir, que el reconocedor no es padre del reconocido. Esta se subdistingue, a su vez, en nulidad absoluta y nulidad relativa. Nulidad absoluta existe en el caso de inobservancia de los requisitos de forma (acto auténtico) o de fondo (que el hijo del reconocedor, salvo ciertas excepciones, sea adulterino o incestuoso), y puede ser promovida por cualquier interesado. Nulidad relativa existe cuando el reconocimiento adolece de un vicio del consentimiento (error, dolo o violencia) y puede ser invocada sólo por el reconocedor.

Otros (4) suelen clasificar así: 1.º Reconocimiento inexistente o absolutamente nulo (el realizado por un loco, o de un hijo adulterino o incestuoso, o con defecto de forma). 2.º Reconocimiento *contestable* (contrario a la verdad). Ambos son atacables siempre y por cualquier interesado. 3.º Reconocimiento anulable (por vicio del consentimiento). Atacable sólo por el que reconoció y durante cierto tiempo.

Savatier (5) señala impugnabilidad: 1.º Por defecto de forma. 2.º Por vicio del consentimiento. 3.º Por inexactitud del reconocimiento.

(3) Números 1457 y ss.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, núms. 897 y ss., págs. 438 y ss.; JOSSEBRAND, número 1199; BRUDANT, págs. 262 y ss, núms. 1058 y ss.; DEMOLOMBE, números 417 y ss., págs. 145 y ss.

(5) 1.º, núm. 446.

2. *Doctrina italiana*

En la doctrina italiana, Dusi (6) distingue entre reconocimiento inexistente y reconocimiento anulable (7). Inexistente: 1.º Si no procede de uno de los padres. 2.º Si falta por completo la voluntad. 3.º Cuando no se observa la forma *ad sustantiam* exigida por la ley. Lo cual sucede si el reconocimiento se realiza en documento no auténtico o autorizado por oficial incompetente por razón de la materia. 4.º Si se reconoce a un no concebido o nacido no viable o ya muerto. 5.º Si se reconoce a un hijo adulterino o incestuoso. 6.º Si el reconocimiento es contrario a la verdad. Anulable: 1.º El viciado por violencia, error o dolo. 2.º El realizado por un interdicto por enfermedad mental. 3.º El autorizado por oficial incompetente por razón del territorio.

La inexistencia puede alegarse siempre y por cualquier interesado. El vicio sólo por el reconocedor y sus herederos. Si reconoció un interdicto sólo puede impugnar éste (si llega a cesar su incapacidad), su tutor y sus herederos. En el caso de reconocimiento ante oficial incompetente por razón del territorio puede impugnar cualquier interesado. La acción de anulación en estos casos es prescriptible.

Cicu entiende que es un error hablar de diferentes clases de invalidez del reconocimiento a base de la aplicación de los principios propios de los negocios jurídicos privados. Para Cicu (8) es preferible distinguir entre reconocimientos atacables por impugnabilidad del estado y reconocimientos atacables por impugnabilidad del título (9).

Cosattini (10) cree que las causas de invalidez del reconocimiento se reducen a dos: O el reconocimiento es *inadmisibile*, y, consiguientemente, faltando la transcripción, el supuesto de hecho no puede completarse, o una vez que este supuesto de hecho se ha completado, puede el reconocimiento ser *anulable*. Anulabilidad que, a su vez, es bien absoluta, bien relativa.

Por inadmisibilidad designa algo distinto de la nulidad, pues mientras ésta supone un supuesto de hecho completo, íntegro, si bien de un modo ilegítimo, la inadmisibilidad de un acto es un hecho impeditivo de la integración de un procedimiento. Sólo si

(6) Páginas 648 y ss., núm. 141. En el mismo sentido, AZZARITI Y MARTÍNEZ, página 874; PACIFICI-MAZZONI, núm. 201, pág. 14.

(7) Realmente, según la doctrina tradicional, el reconocimiento puede ser nulo o anulable (aunque a veces esa doctrina utilice una terminología desigual). Así MASSONÉ, págs. 105 y ss.; ZACHARIAE-CROME, § 539, págs. 546 y ss.; RONGA, número 73, págs. 107 y ss.

(8) I*, pág. 160.

(9) Posición, en cierto modo, análoga, ya en BIANCHI, núm. 109, págs. 155 y ss. Siguen a Cicu, SANTORO-PASSARELLI, I*, núm. 3, págs. 5 y ss.; CARRE-SI, I*, págs. 147 y ss.

(10) Número 75.

no obstante el motivo de inadmisibilidad, el supuesto de hecho se completa, habrá lugar en el reconocimiento a la anulabilidad.

No hay nulidad verdadera y propia del reconocimiento (11). Cosattini (12) dice: «En línea lógica, un acto jurídico no conforme al modelo legislativo debería considerarse nulo sin más. Sin embargo, en determinadas hipótesis, en las que el legislador considera que el daño que deriva de una conminatoria general de nulidad sería más grave que la atribución al acto de su eficacia normal, se da la sanción menor de la anulabilidad: el acto es eficaz hasta que no sea impugnado victoriosamente. Ahora bien, el título de estado tiene la función de atribuir certeza al estado, por consiguiente, una vez que atestigüe la existencia del estado, el sujeto se considera eficazmente investido de ese estado, incluso en el caso de que haya alguna irregularidad en los hechos constitutivos, hasta que no se dicte una sentencia que destruya la eficacia de tal investidura.» De ello deriva que la nulidad del reconocimiento no puede darse, porque antes de la transcripción y anotación puede haber solamente un reconocimiento legítimo o ilegítimo y, por ello, *admisible o inadmisible*. Cuando una u otra cosa se rechacen, el reconocimiento queda convertido en un acto inútil. Cuando con la anotación se ha constituido el título de estado, el reconocimiento puede ser *válido o anulable*. Por tanto, sólo hay *anulabilidad*, que puede ser absoluta o relativa, según que la acción corresponda a cualquier interesado o a personas determinadas (13).

3. Código italiano de 1942

El Código italiano de 1942 distingue la impugnación: 1.º Por falta de veracidad (art. 263). 2.º Por violencia (art. 265). 3.º Por defecto de capacidad procedente de interdicción judicial (artículo 266) (14). Y especifica un supuesto de impugnación por el reconocido (art. 264).

El Proyecto preliminar (art. 294) consideraba como motivo de impugnación, junto a la violencia, el dolo y el error. El Ministro de Justicia—R. G. núm. 272—en el proyecto definitivo excluyó ambos últimos vicios, advirtiendo que si el reconocimiento corresponde a la verdad no es conveniente que sea atacable a causa del dolo o del error, y que si éstos provocan su falta de correspondencia con la realidad, la impugnación será posible por la vía del artículo 263.

(11) Véanse núms. 76 y 77.

(12) Número 76, pág. 234.

(13) Página 238.

(14) Algunos autores, sin hacer clasificaciones propias, se limitan a seguir al Código. Así BARASSI, I.º, pág. 208; RUGGIERO y MAROI, pág. 330; TRAVICCHI, pág. 243.

IV. GENERALIDADES SOBRE LOS SUPUESTOS DE INVALIDEZ EN NUESTRO DERECHO

1. *Doctrina española*

Covián (15) considera que el reconocimiento es impugnabile en los siguientes casos:

- 1.º Cuando el reconocido no es hijo natural del reconocedor.
- 2.º Por no constar en la forma exigida en el artículo 131.
- 3.º Cuando se quebranta la prohibición del artículo 132 ó se practique sin intervención y consentimiento del mayor que deba ser reconocido, o sin aprobación judicial, si es menor.

Advierte (16) que en la doctrina y jurisprudencia extranjeras se distingue entre reconocimiento nulo o inexistente y reconocimiento anulable. Añade que en algunos supuestos se discute, y es difícil resolver, si el reconocimiento es realmente nulo o anulable, «y en vista de ello, quizá se pensara por los legisladores (españoles) sólo en la anulabilidad».

Puig (17) entiende que la impugnación puede ser hecha en base a alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª No reunir el hijo las condiciones que la ley exige para considerarlo como natural.
- 2.ª Cuando se ha faltado a las prescripciones que la ley consigna en orden a la forma de realizarse el reconocimiento.
- 3.ª Cuando éste se halla afectado por un vicio del consentimiento.

2. *Base de nuestra posición*

Nosotros, recordando que el estado de hijo natural reconocido se basa en: 1.º, condición de natural del hijo; 2.º, reconocimiento del mismo, verificado debidamente por el padre o la madre, vamos a intentar una clasificación de los reconocimientos inválidos.

Aprovecharemos, en lo posible, lo recogido en las teorías expuestas, y no descuidaremos la pauta que nos puede marcar la doctrina de la invalidez del negocio jurídico.

Sin embargo, tanto una cosa como la otra no nos serán muy útiles, porque tal como concebimos el reconocimiento, juegan en lo referente a la construcción de la teoría de su invalidez tres elementos: 1.º La realidad de la filiación natural. 2.º La declaración de paternidad natural del reconocedor. 3.º La voluntad de declarar tal paternidad.

Es decir, un reconocimiento válido se basa en tres presupuestos: 1.º Que el reconocido sea hijo natural del reconocedor. 2.º Que

(15) Páginas 815 y 816.

(16) Página 816.

(17) Páginas 85 y ss.

el reconocedor quiera recta y libremente declarar que es su hijo natural (voluntad de declarar y no declaración de voluntad).

3.º Que lo declare debidamente.

Luego la invalidez del mismo puede provenir de la falta de uno de ellos (18).

Y como ni las diversas posiciones que vimos en torno a la invalidez del reconocimiento se basan en esta tripartición, ni tampoco el negocio jurídico la supone, es claro que no seguiremos, sino muy limitadamente, aquéllas o la teoría de la invalidez de éste.

El Derecho supone que se declara padre el que cree serlo y que lo cree el que lo es. Puede no ocurrir así, pero es lo normal.

Pero para que realmente se pueda presumir que se declara padre el que cree serlo, tiene que declararlo *libremente*, porque si no, además de lo antijurídico, que puede ser la admisión de la declaración no emitida libremente, nada garantiza la coincidencia de su creencia y su declaración. Por eso, la falta de libertad en la emisión de ésta invalida el reconocimiento.

Y la declaración tiene que provenir de una persona psíquicamente normal, es decir: 1.º En la que la creencia en la paternidad pueda haberse formado normalmente sobre los datos que deben formarla. 2.º En la que la libre emisión de la declaración de paternidad permita presumir que se emitió en base a lo creído, porque la operación psíquica, en cuya virtud el sujeto decide declarar lo que cree, se verifique normalmente.

En definitiva, el reconocimiento, acto jurídico, será inválido:

1. Si no coincide con la realidad.
2. Si falta una declaración de paternidad hecha en la debida forma:

- A) Reconocimiento con defecto de forma.
- B) Reconocimiento por violencia.

(18) Quizá alguien pueda pensar que los elementos con que habría que contar son los tres siguientes: 1.º, Realidad de la filiación natural. 2.º, Declaración de paternidad del reconocedor. 3.º, Convicción o creencia de éste referente a su paternidad.

Pero tal modo de ver creemos que es equivocado. El Derecho no toma en cuenta *aisladamente* la existencia o falta de la creencia del reconocedor sobre su paternidad. Esta, *por sí*, es jurídicamente irrelevante. El Derecho no penetra en el fuero interno del reconocedor para ponderar si cree o no ser padre. Sólo aprecia que la declaración de paternidad implica normalmente una voluntad libre y rectamente formada de declarar tal paternidad. Y que tal voluntad normalmente también se basa en la seguridad o creencia de la paternidad. Y sólo al demostrar que la declaración de paternidad no es producto de una voluntad de declararla o que tal voluntad se formó viciosamente, será cuando pueda entrar en juego la creencia del reconocedor, que, por tanto, no es relevante por sí (como lo sería, por ejemplo, si bastase al reconocedor, para impugnar el reconocimiento, probar que, cuando reconoció, creía, sin embargo, no ser padre), sino en relación con la realidad de la filiación natural o con la declaración de paternidad, externas ambas al reconocedor. Y entonces la creencia en la paternidad no tiene tampoco valor en sí sino, por ejemplo, como prueba de que hubo error, etc.

3. Si falta o está viciada la voluntad de declararse padre.
 - A) Falta la voluntad de declararse padre:
 - a) Reconocimiento realizado por un incapaz psíquico.
 - b) Reconocimiento por error obstativo.
 - B) Está violada la voluntad de declararse padre:
 - a) Reconocimiento mediante intimidación.
 - b) Reconocimiento por error vicio.
 - c) En cuanto al dolo, véase lo que decimos al tratar de él en particular.

V. LOS SUPUESTOS DE INVALIDEZ EN PARTICULAR

I. Reconocimientos inválidos por no coincidir con la realidad (19).

Tal sucede cuando entre reconocedor y reconocido falta el vínculo de filiación natural.

Abarca los siguientes supuestos:

- 1.º Falta del sujeto pasivo: (reconocimiento del no concebido).
- 2.º Sujeto pasivo que no es hijo del que lo reconoce (20).
- 3.º Sujeto pasivo que siendo hijo no lo es natural.

En estos casos nos encontramos ante reconocimientos nulos porque falta, repetimos, el vínculo de filiación o, existiendo, no es natural.

Por propia esencia de la institución sólo pueden ser reconocidos los hijos del reconocedor y, además, tales hijos han de ser naturales.

El artículo 129 dice que el hijo natural puede ser reconocido por el padre o por la madre. *A contrario sensu* no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo. Tal reconocimiento sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley (art. 4.º del C. c.), y atacable a tenor del artículo 138 (21).

La existencia del vínculo de filiación puede ser o no presumi-

(19) Son aquellos en que, según CICU—1 *, núm. 96, págs. 164 y ss.—hay “*coniestabilità*” del estado. Cfr. sobre ello SELLES, SAVATIER (J.), 3 *.

(20) La práctica puede presentar problemas realmente insolubles. Así, supóngase un reconocimiento conjunto de los presuntos padre y madre, y supóngase también una posterior impugnación del mismo hecha por cualquiera de ambos en base a que el reconocido no es su hijo, lo cual se pretende probar mediante la demostración de que no se tuvo relación carnal con el otro reconocedor durante la época de la concepción. ¿Qué solución dar al caso de que el otro padre intervenga y alegue que el reconocido es hijo del impugnante, pero no suyo? Si la paternidad o no paternidad de alguno de ellos no puede ser probada por otros medios, ¿habrá de subsistir un reconocimiento en el que es cierto que alguno de los reconocedores no es padre del reconocido?

(21) RENUZZATI—1 *, págs. 68 y ss.—pide una explícita sanción penal para los reconocimientos contrarios a la realidad hechos dolosamente. Verdaderamente nos hallamos frente a un delito contra el estado civil de las personas. Cfr. CICU. 11 *. especialmente pág. 154. Cfr. también TORRES AGUILAR, página 48.

ble. Aplicando las reglas expuestas al tratar de la capacidad física del reconocedor (A. D. C. 1951, pág. 536), se concluye que si según tales reglas se presume que el reconocedor no procreó al reconocido, bastará alegar ésto para que la nulidad se declare. Sin embargo, como las presunciones sobre capacidad para procrear admiten prueba en contrario, se podría probar que el reconocedor *pudo* engendrar al reconocido. Y entonces, para que la nulidad se declare será preciso que se pruebe no ser, a pesar de ello, padre. Para tal prueba puede utilizarse, en principio, cualquier medio, ya que no se trata de *investigar*, sino de *excluir* la paternidad.

Conviene también decir algunas cosas, en particular, sobre el reconocimiento del no concebido:

Evidentemente, no hay hijo si éste no está todavía ni concebido (22).

Hay, como vimos (A. D. C., 1951, págs. 534 ss.) unas presunciones sobre la época de la concepción. Para obtener la nulidad del reconocimiento bastará probar que, según ellas, el reconocido no estaba todavía concebido cuando el reconocimiento se verificó. Y, asimismo, será posible mantener su validez probando que lo estaba realmente.

Hemos dicho que si al reconocer no hay, al menos, un sujeto concebido, el reconocimiento es nulo por falta de sujeto pasivo. Ya se comprende que en la relación paternofilial la falta de hijo implica la falta de padre. Y, habida cuenta de que la nulidad se refiere a un reconocimiento que previamente se supone existente, sería también lo mismo decir que es nulo por falta de relación paternofilial, ya que no se puede ser padre de *nadie*.

También al tratar de la capacidad de los sujetos vimos cómo hay casos en los que se presume que determinada persona *no es* hijo de otro, o no es su hijo *natural* (A. D. C., 1951, págs. 554 ss.). En ellos, mientras que la presunción no se destruya, bastará alegarla para obtener la declaración de nulidad del reconocimiento.

2. Reconocimientos inválidos por razón de la declaración.

A) Declaración con defecto de forma.

Es también nulo el reconocimiento si la declaración no se realiza con la forma exigida por la ley. Así, por defecto de forma del acta de nacimiento, del testamento o del otro documento público. Ello porque, como sabemos, el reconocimiento es acto jurídico solemne.

(22) Respecto al caso de reconocimiento de hijo premuerto, ya advertimos (A. D. C., 1951, págs. 558 y ss.) que falta el sujeto pasivo. El reconocimiento, pues, no puede atribuirle un estado, y se limita a constatar un vínculo de filiación que existió *in natura*. Las posibles consecuencias a favor de los descendientes del premuerto se producen, pues, como si el reconocimiento hubiese existido normalmente.

B) *Declaración obtenida mediante violencia.*

Es igualmente nulo el reconocimiento realizado mediante violencia física (*vis absoluta*) (T. S., Sets. de 25-VI-1909 y 26-X-1927) (23).

Se precisa una declaración de ciencia del reconocedor, *verdaderamente existente*. Y no la hay si interviene la violencia.

Sería exacto afirmar que carece de toda trascendencia la mera apariencia de una declaración de ciencia que ha sido arrancada por la fuerza material, pues entonces no se da, en modo alguno, una declaración de ciencia y ni siquiera un acto del violentado al que, por ejemplo, se le hubiera hecho escribir llevándole la mano a la fuerza, ya que no es él el que ha creado el resultado exterior (24).

Realmente el que violenta lo que hace es sofocar la declaración del supuesto declarante (si éste pensaba emitir otra) y obligarle materialmente a una actuación que sólo inexactamente se puede calificar de declaración del violentado. El violentado no obra, sino que es instrumento de la actuación del otro.

En la declaración mediante violencia, si se trata de un negocio jurídico faltan, desde luego, en cuanto a lo que aquí nos interesa, la voluntad de declarar y la declaración de voluntad del violentado. Si se trata del reconocimiento—en el que no hay declaración de voluntad, pero sí se precisa la voluntad de declarar—faltan la voluntad de declarar y la declaración de ciencia del reconocedor.

Ahora bien, en nuestro Código se equiparan los efectos de la violencia a los de la intimidación (arts. 102, 1.265). Ambas hacen el acto impugnabile.

De ahí se sigue que en nuestro Derecho positivo hay que decirse por que el reconocimiento mediante violencia no es nulo, sino impugnabile (25).

3. *Reconocimientos inválidos por falta o vicio de la voluntad de declarar la paternidad.*

Indicábamos que normalmente la declaración de ciencia del reconocimiento, declaración de paternidad, implica la voluntad del reconocedor de declararla. Pero puede suceder que no sea así.

(23) Ninguna de las dos anteriores sentencias se refiere a un caso del reconocimiento formal acogido en el Código, pues la primera recayó en un supuesto de reconocimiento por carta anterior al Código, y la segunda se refiere a un caso de escrito indubitado del art. 135-1.º Pero, no obstante ello, creemos que lo más correcto es pensar que—según la interpretación jurisprudencial de nuestra Ley—la tesis en ellas mantenida es aplicable, asimismo, al reconocimiento formal del Código.

Téngase en cuenta esta advertencia para cuando volvamos a aludir a esas sentencias.

(24) Análogamente ENNECERUS, § 160-I.

(25) Cfr. PÉREZ Y ALGUER, págs. 209 y 210.

Tal voluntad habrá, además, de ser libre y rectamente formada; es decir, formada sin vicio. Pero puede asimismo no reunir estos requisitos.

Por ello, cuando se reconoce a quien es hijo natural del reconocedor y se le reconoce porque éste cree—estando en lo cierto—ser su padre, y así libremente lo declara, tal reconocimiento es válido. Pero si se reconoce a alguien que nos intimida para que lo hagamos, o el reconocedor se halla en estado de demencia, o resulta reconocido Pedro en vez de Juan, por un *lapsus linguae*, o las circunstancias en base a las cuales se creyó en la paternidad resultan inexactas, habrá que dudar, por lo menos, de la validez de tales reconocimientos.

Ante ellos son posibles dos posturas: 1.ª, afirmar que sólo si resulta reconocido quien no es hijo natural del reconocedor serán atacables; 2.ª, sostener que lo son por el solo hecho de que el reconocedor no quiso libremente, o no hubiera querido, sin vicio, reconocer al que resultó reconocido.

Ya sabemos que, evidentemente, cuando se reconoce a quien no es hijo natural del reconocedor, el reconocimiento es nulo (apartado 1). Pero queremos llegar a aclarar si, además de tal motivo de nulidad, pueden afectar otros a los reconocimientos que examinamos. Pues en un caso el reconocimiento será vulnerable por un solo punto, y en el otro los puntos vulnerables serán más de uno.

El problema tiene importancia teórica y práctica.

Si se sostiene que no puede atacarse, por ejemplo, por intimidación, un reconocimiento sino cuando por tal causa haya recaído sobre quien no es hijo natural del reconocedor, no vemos demasiado sólidamente justificado cualquier otro ataque al reconocimiento, que no se basa en la ausencia de la filiación natural.

Si, por el contrario, se sostiene, por ejemplo, que por intimidación puede atacarse un reconocimiento, resultará: 1.º, que es atacable aunque hubiese recaído sobre un hijo natural del reconocedor; 2.º, que, en caso contrario (o sea cuando no es hijo natural de éste el reconocido), se dispone para atacarlo de más de un arma (atacabilidad por no ser hijo natural + atacabilidad por intimidación), lo cual facilita su destrucción.

A) *Reconocimientos inválidos por falta de la voluntad de declarar la paternidad.*

Son reconocimientos inválidos, porque falta la voluntad de declarar la paternidad, los dos siguientes: el reconocimiento realizado por una persona psíquicamente incapaz y el realizado por error obstativo.

a) *Reconocimiento realizado por persona psíquicamente incapaz.*

La incapacidad del reconocedor puede ser psíquica o física.

a') *Incapacidad psíquica.*

Es incapaz por incapacidad psíquica el que transitoria o habitualmente carece de aptitud para saber y discernir lo que hace, no pudiendo querer conscientemente por no hallarse en el uso de sus facultades mentales (26) (T. S., Sent. 11-X-1929, aunque propiamente esta Sentencia se refiere a un supuesto del art. 1935, 1.º).

Tal reconocimiento creemos que debe ser nulo.

Evidentemente, si reconoce un loco, no nos encontramos frente a un acto humano. Se puede pensar que no existe una declaración de ciencia, sino sólo una apariencia de la misma. Pero, desde luego, lo que es indiscutible es que no se puede admitir la existencia de una voluntad jurídicamente eficaz. Ni su formación es normal ni los motivos—creencia en la paternidad—que determinan normalmente la emisión de la declaración de paternidad es de estimar lógicamente que existan o sean rectamente apreciables por el perturbado. En definitiva, falta una voluntad de declarar a la que el Derecho deba conceder eficacia.

Así que, por lo menos, nos encontramos frente a una declaración nula como consecuencia de la irrelevancia jurídica de la voluntad que la provocó.

Ahora bien, conviene razonar, en orden a nuestro Derecho positivo, por qué estimamos que hay nulidad y no impugnabilidad.

Es difícil—como dicen Pérez y Alguer (27)—determinar si la capacidad es o no en nuestro Código un requisito esencial del negocio jurídico. Situándonos en la reglamentación de la capacidad contractual, vemos que el artículo 1.261 no menciona la capacidad entre los requisitos esenciales del contrato—esenciales porque sin ellos «no hay contrato»—; pero, en cambio, el artículo 1.263 enumera las personas que no pueden prestar consentimiento, y esto plantea esta interrogante: cuando presta consentimiento quien legalmente no puede prestarlo, ¿se entiende que no existe jurídicamente consentimiento? A tenor del artículo 4.º, 1.º, del Código civil, que sanciona la nulidad de los actos contra ley, debiera entenderse que el consentimiento dado por quien legalmente no puede darlo es consentimiento jurídicamente inexistente. Pero si se examinan y ponen en relación los artículos 1.300, 1.301 y 1.302, se obtiene el resultado de que el consentimiento del incapaz no deter-

(26) El Código italiano de 1942 permite impugnar si el reconocimiento lo realizó el interdicto judicial. Pero la doctrina advierte, aunque sobre todo en lo segundo hay gran discordancia, que será impugnabile el reconocimiento realizado por el no constituido en interdicción judicial, si al reconocer no estaba en grado de entender y querer; y que, igualmente, deberá rechazarse la impugnación aunque el reconocedor se encontrase en estado de interdicción, si se prueba que, no obstante ello, reconoció en el pleno uso de sus facultades mentales.

Lo único que habrá es que se presumirá su capacidad o su incapacidad psíquica, según esté o no declarado interdicto (V. CICU, 1.º, pág. 163; CARRESI, 1.º, 58 y ss.; COSSATINI, págs. 141 y ss.).

(27) Página 94.

mina la inexistencia del contrato, sino sólo una posibilidad de impugnarlo. De ahí que para los contratos no sea requisito esencial la capacidad, que sólo es requisito de la no impugnabilidad del negocio. En cambio, respecto a los testamentos debe entenderse que la capacidad es un requisito esencial, pues no tendría sentido la tesis contraria, no habiendo precepto en que poder apoyarla.

Y lo mismo que Pérez y Alguer piensan respecto del testamento, opinamos nosotros sobre el reconocimiento. La falta de capacidad del que reconoce dará lugar a la nulidad y no a la impugnabilidad.

Creemos que nuestra opinión tiene apoyo también (a pesar de que no hay precisamente unanimidad en la doctrina sobre la teoría de la invalidez del matrimonio) en el argumento construible sobre los artículos 83, 101 y 102.

Sin embargo, no hay acuerdo sobre si el reconocimiento, verificado por el incapaz es nulo o anulable. Unos (28) lo consideran nulo y otros (29) meramente impugnable.

b') *Incapacidad física.*

Para reconocer es incapaz, por incapacidad física, sólo el que no pudo haber procreado al reconocido.

Ya estudiamos lo referente a las presunciones sobre este punto (A. D. C., 1951, pág. 536). A ello nos remitimos. Mas, como si faltó la capacidad para procrear al reconocido, es evidente que faltará en la realidad un sujeto pasivo, puesto que no puede tener un hijo quien no pudo procrearlo, es claro que nos encontramos ante un reconocimiento inválido por no coincidir con la realidad.

Luego carece de autonomía, como causa de invalidez, este supuesto de incapacidad física.

b) *Reconocimiento realizado con error obstativo.*

Error obstativo es la discrepancia inconsciente entre declaración y lo querido declarar (ejemplo: quiero reconocer a Juan, pero por un lapsus digo Pedro en vez de Juan, y resulta reconocido Pedro).

Ahora bien, en definitiva, el reconocido puede ser o no hijo natural del reconocedor.

En ambos casos creemos impugnable por error el reconocimiento, según las reglas de la teoría general del error obstativo, porque el problema de éste se presenta en los mismos términos si se trata de una declaración de voluntad (negocio jurídico) que si se trata de una declaración de ciencia (como el reconocimiento) (30).

(28) BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 898, pág. 438; DEMOLOMBE, pág. 145. número 419; BEUDANT, pág. 263, núm. 1060.

(29) JOSSEAND, núm. 1199.

(30) En el mismo sentido, expresamente, COSSATINI, pág. 145.

Advierte éste también que prácticamente no se dará un procedimiento de anulación por error obstativo. Si el error produce el reconocimiento de quien

En nuestro Derecho la impugnabilidad puede tener como fundamentos legislativo y jurisprudencial los mismos que el error vicio, para el que piense que el reconocimiento es impugnabile por éste. El que lo niegue puede, no obstante, alegar las Sentencias de 23-V-1935 y 27-X-1951 (31).

a') *Error obstativo que conduce al reconocimiento de quien es hijo natural del reconocedor.*

Consideramos tal reconocimiento impugnabile.

En principio—por el reconocimiento—se presume que el reconocido es hijo natural del reconocedor; pero cuando éste aporte la prueba del error obstativo se debe admitir la impugnación, entre otras razones, porque: 1.º Al exterior sólo se descubre un reconocimiento que se realizó por error obstativo, y, al probar éste, debe desaparecer la presunción de que el reconocedor es padre natural del reconocido. 2.º Porque el reconocimiento requiere la voluntad de emitir la declaración de paternidad del reconocido, y evidentemente tal voluntad falta en el caso de error obstativo, ya que el reconocedor quiso emitir una declaración distinta.

Ahora bien, si se prueba la paternidad natural del impugnante (32), ¿podrá enervarse la impugnación?

De una interpretación rigurosa de las normas del Código se sigue una respuesta negativa, porque:

1.º Veda éste la investigación de la paternidad y rechaza la prueba de tal paternidad como medio de obtener la declaración judicial de la misma. Y en el caso que tratamos se obtendría realmente un reconocimiento—evitando su destrucción—en base a una prueba de la paternidad.

2.º El reconocimiento requiere la voluntad de declarar la paternidad, y evidentemente tal voluntad falta al que, en primer término, no quiso declararla; en segundo lugar sólo la declaró por error obstativo, y, finalmente, impugna el reconocimiento.

Pero aún cabe plantearse un segundo problema: ¿y si la prueba de la paternidad consiste en alguno de los supuestos que prevén los artículos 135 ó 136? Es decir, el hijo reconocido por error

no se quería reconocer, la impugnación se hará normalmente por falta de veracidad del reconocimiento, y la prueba del error servirá para demostrar esta no veracidad.

Para nosotros tal cosa prácticamente podrá ser posible, pero teóricamente es inadmisibile en cuanto que ni el error, por sí, prueba la no paternidad, ni es preciso probar ésta, una vez aprobado el error.

(31) Dicen ambas: «No obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el C. c. patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada...»

(32) Admitamos, aunque sólo sea a los efectos de plantear el problema, la no dificultad de hecho ni de Derecho de tal prueba.

obstativo tiene derecho a ser declarado judicialmente como tal hijo. ¿Tendrá el padre, en tal caso, interés en mantener la impugnación? ¿Prosperará, destruyendo el reconocimiento, a través de una declaración judicial, para que luego, a través de otra declaración judicial, se fije la paternidad?

Lo primero que se viene a las mientes es que, por lo menos, el padre que se encuentre en cualquiera de los casos de esos artículos y especialmente en los primero y segundo del artículo 135, difícilmente convencerá a nadie de que reconoció por error obstativo al hijo que ya había reconocido (reconocido en sentido impropio) expresamente (art. 135, 1.º) o al que poseía respecto de él el estado de hijo natural (art. 135, 2.º).

Por lo demás, no entramos más a fondo en la cuestión, ya que no lo consideramos útil.

Volvamos a la afirmación, que hicimos, de que el reconocimiento era impugnabile, porque conviene aclarar este punto.

Conceptualmente el error obstativo es perfectamente distinto del error vicio. Aquél determina una discrepancia entre lo querido declarar y la declaración. Mientras que éste no implica una falta de coincidencia entre ambas. Con arreglo a este canon conceptual, en el primer caso habría de proclamarse la nulidad y la impugnabilidad en el segundo (si se admite que el error vicio es causa de invalidez). Sin embargo, acogiendo las atinadas observaciones que hacen Pérez y Alguer (33) sobre el negocio jurídico, creemos que, a tenor de nuestro Derecho positivo, el reconocimiento por error obstativo será impugnabile, bien por recibir el mismo trato que el error vicio, bien por recibir el mismo trato que éste recibiría si fuese admitido como causa de impugnabilidad (art. 1.266).

Además, en pro de la tesis de la impugnabilidad, hay que alegar que el matrimonio por error en la persona—error que será obstativo—no es nulo, sino impugnabile (art. 102).

b') *Error obstativo que provoca el reconocimiento de quien no es hijo natural del reconocedor.*

En tal supuesto creemos el reconocimiento nulo, según el apartado 1, por no coincidir con la realidad.

Pero, además, es impugnabile por el reconocedor—a tenor de las razones antes expuestas—, el cual no tendrá que facilitar prueba de su no paternidad, sino que le bastará con probar el error obstativo.

Cabe aquí repetir lo que acabamos de decir sobre la diferencia conceptual entre error vicio y obstativo, y el trato que, por lo que a la invalidez respecta, se da a éste en nuestro Derecho positivo.

(33) Páginas 96 y ss.

B) *Reconocimientos inválidos por vicios de la voluntad de declarar la paternidad.*

a) *La intimidación.*

Impugnabile pensamos que debe ser el reconocimiento conseguido mediante intimidación (*vis compulsiva*) (34).

En este caso existe una declaración del reconocedor; pero éste no la emitió libremente, sino moralmente coaccionado. Y, aunque el reconocimiento no sea negocio jurídico; por ser acto jurídico y, como tal, voluntario, el Derecho no puede prescindir de la voluntariedad de la declaración.

La intimidación no afecta a la ciencia o convicción del reconocedor de ser o no padre. Se le podrá coaccionar para que declare serlo, pero no se le puede forzar a creerlo. De tal manera que en el reconocimiento la intimidación no lleva a formar una convicción—ciencia—distinta de la que se tuviera sin tal intimidación, sino sólo a declarar que se es padre.

Operando psicológicamente sobre el reconocedor, la intimidación le deja un margen de libertad—en cuanto puede escoger entre el mal con que se le amenaza o la emisión de la declaración que se le exige—, pero no se le deja la libertad completa que el Derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja en cuanto se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar y una declaración que jurídicamente tampoco se halla constreñido a realizar.

Si se reconoce, pues, mediante intimidación, nos encontramos frente a una declaración a cuya base existe una voluntad de declarar viciada por falta de libertad en su formación.

Ahora bien, esta declaración puede coincidir o no con la realidad y con la convicción del declarante (35). Pero ni la realidad ni la convicción de éste deben influir en lo que se refiere a la impugnabilidad del reconocimiento obtenido mediante intimidación.

Es absolutamente equivocado pensar como hacen COLIN y CAPITANT, para los que sobre vicios del consentimiento es equivocado admitir la impugnación, que dicen sería incompatible con el carácter declarativo del reconocimiento. Pues una de dos—afirman—, o la declaración arrancada por error, dolo o violencia es falsa, o es verdadera. «Si es verdadera, el reconocimiento es exacto e importa poco la manera en la que el autor de la filiación haya llegado a proclamar la verdad» (36).

(34) Sobre ello véase COSSATINI, núm. 41, págs. 132 y ss.; CICU, I*, página 162; CARRESI, I*, pág. 148; MASSONIÉ, pág. 22. La doctrina alemana admite la impugnación del reconocimiento por vicio del querer. Así KIPP, § 95-III y allí citas; GÜLDNER, § 4, págs. 33 y ss.

(35) Se puede forzar a declararse padre de quien realmente se es, aunque se crea no serlo, o de quien se es y se cree serlo, o de quien no se es, se crea o no se crea serlo.

(36) Página 560. Igualmente COLIN y CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, página 372, núm. 471; CARCIENTE, pág. 109.

Para nosotros, aunque el reconocedor declare intimidado ser padre de quien es realmente su hijo natural—hecho del que además se encuentra convencido—, el reconocimiento es impugnabile, por exigir la ley en el acto jurídico de reconocimiento una declaración *libre* de la verdad, y por la antijuridicidad, en sí, del método empleado, aunque lo haya sido para conseguir un fin legítimo, como tal fin.

Y así como, aunque en algún caso pueda haber una prueba indudable de la paternidad, no se admite la exigencia de la declaración judicial de ésta (sino en los casos de los artículos 135 y 136); tampoco, aunque haya una declaración de la *paternidad verdadera* hecha por el padre intimidado, hay reconocimiento válido, porque hay declaración verdadera, pero no libre. Ello porque lo que importa, además de la veracidad, es la voluntad libremente formada de declarar la paternidad.

En resumen, es inadmisibile que se trate de conseguir por la intimidación—e igualmente se puede decir de la violencia—el fin, justo en sí, del reconocimiento de quien es hijo natural. Pues de lo contrario, cualquier persona—intimidando al padre—podría obtener para todo hijo natural un reconocimiento válido, sin encontrarse el hijo en los supuestos en los que el artículo 135 permite exigir la declaración de paternidad.

Además, para rechazar la impugnabilidad del reconocimiento obtenido por intimidación, se suele argumentar pensando que el que reconoció es verdaderamente padre natural—en cuyo caso, se dice, no debe ser impugnabile tal reconocimiento—, y que si no es padre natural, no debe haber impugnabilidad, sino nulidad por no corresponder el reconocimiento a la realidad.

Y se olvida algo muy importante, como es que (37) el reconocedor puede no ser padre natural, o su paternidad ser dudosa, y si no se deja más camino para atacar el reconocimiento que el de la prueba de la no paternidad natural, se cargará sobre él esa prueba, difícil como todas las negativas, y se le cargará por el injusto proceder del que lo intimidó. Por lo que es, evidentemente, más acertado permitirle impugnar por intimidación. Así, si no es padre natural, tiene dos caminos, en vez de uno, para destruir el reconocimiento, y la posibilidad de la prueba, probablemente más fácil, de la intimidación.

Nuestro Tribunal Supremo ha declarado el reconocimiento impugnabile por intimidación (Sents. de 25-VI-1909 y 26-X-1927), aunque el Código no lo diga expresamente, como lo dice en los casos de los artículos 101, 102, 673 y 1.265).

Nada obsta a que se apliquen las normas del Código sobre la intimidación como vicio de los contratos. Así, para precisar su

(37) Aparte de que es inadmisibile un tal reconocimiento *forzoso*, pues nuestro Código no admite más reconocimientos forzosos que aquellos que no son reconocimientos forzosos (arts. 135 y 136), sino realmente declaraciones judiciales de paternidad.

concepto legal (art. 1.267, 2.º) o respecto a tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de la persona para calificar la intimidación y apreciar si realmente excluyó la libre decisión (artículo 1.267, 3.º) (38).

La intimidación, es jurídicamente relevante, sea provocada por el reconocido o por un tercero (art. 1.268).

La amenaza de obrar judicialmente para obtener la declaración judicial de la paternidad no puede considerarse, cuando es utilizada para obtener el reconocimiento, como intimidación que lo haga impugnabile (39).

b) *Error vicio.*

El error es falso conocimiento de la realidad, y el reconocimiento es la afirmación de un hecho: la paternidad natural. Luego en el reconocimiento el error debe versar sobre la realidad de tal paternidad. Y será erróneo el reconocimiento realizado por creerse padre natural sin serlo realmente. Y la única prueba del error será la prueba de la no paternidad natural.

Excluyendo el contenido del reconocimiento, y fijándonos sólo en la voluntad de declarar la paternidad natural, vemos que tal voluntad se forma, o se debe formar, sobre la creencia en dicha paternidad, y que para entenderla viciosamente formada, haría falta probar la existencia del vicio (error) consistente en haberse creído padre natural sin serlo.

Con lo cual se muestra que en este sentido sería ocioso tratar del error como causa de impugnación del reconocimiento, ya que, bastando la no paternidad natural y su prueba para destruirlo por no coincidir con la realidad (apartado 1), es inútil entrar a ver si la no coincidencia de reconocimiento y realidad proviene de error o de otra causa.

Pero lo que sucede es que, tanto gran parte de la doctrina como la jurisprudencia, consideran como error jurídicamente relevante, a los efectos del reconocimiento, no ya el consistente en creerse padre natural sin serlo, sino el que recae sobre un hecho que sin excluir la paternidad del reconocedor la hace, sin embargo, insegura. Y así cuando, por ejemplo, el reconocedor reconoce porque cree ser el único varón que tuvo trato carnal con la madre durante la época de la concepción, siendo así que ésta cohabitó con otros, se dice que el reconocimiento está viciado por error.

Ciertamente existe un error (el de creerse el único padre posible). Y, aunque tal error no sea suficiente para mostrar que existe otro error (no ser padre) en la declaración de paternidad, se esti-

(38) En el sentido del texto expresamente COSSATINI, pág. 134; CRU, 1.º, página 162 y nota 5.

(39) En el sentido del texto expresamente CARRESI, 1.º, pág. 148; COSSATINI, pág. 134. En Francia también en tal sentido MASSONÉ, pág. 23; AUBRY Y RAU, § 568, nota 13, pág. 222 y ss., con citas de doctrina y jurisprudencia.

ma, sin embargo, que aquel error es suficiente para impugnar el reconocimiento, en base a la consideración de que aunque no excluya la paternidad del reconocedor, sin embargo, la voluntad de declararla no se habría formado de haber sido conocida la realidad (cohabitación de la madre con varios varones).

Así, pues, en este sentido hay error (40) cuando se reconoce por creer que existe una circunstancia que realmente falta, o que falta una circunstancia que realmente existe, y de cuya ausencia o presencia puede seguirse la no paternidad del reconocedor. Pues si del error se siguiese fijamente la no paternidad, nos encontraríamos en el campo de la nulidad del reconocimiento por no coincidir con la realidad. Y si el error no afecta a la paternidad, es jurídicamente irrelevante (41).

Ahora bien, hay desacuerdo sobre la admisibilidad de tal error como causa de impugnación del reconocimiento.

En pro de la solución afirmativa la opinión italiana dominante bajo el Código de 1865 (42) y la francesa (43). En pro de la negativa ya se pronunciaron algunos autores franceses (44) e italianos antes del Código de 1942 (45) y se pronuncia hoy éste (46).

(40) Ejemplos de error pueden verse en MASSONÉ, pág. 125; DUSI, n.º 141 página 649, nota 1; CARRESI, 1.ª, págs. 150 y ss.; COSSATINI, núm. 42.

(41) Irrelevante como tal error, porque aunque puede afectar a la *naturalidad* (por ejemplo, si el que reconoció por creerse padre natural, después comprueba que es padre pero no natural; así si la mujer de la que tuvo el hijo, que el reconocedor creyó libre, era casada), tal error no se toma en cuenta como error, sino que la impugnación prosperaría *porque* aunque se es padre no se es natural (o sea, a tenor del apartado 1: falta de coincidencia del reconocimiento con la realidad). Exigiéndose la prueba de la no naturalidad, la cual importa *en sí* y no como prueba del error.

Véase también lo que decimos al tratar, en los singulares supuestos de impugnación, de la impugnación por el reconocedor.

(42) Véase por todos, DUSI, núm. 141; CARRESI, 1.ª, págs. 149 y ss., y allí citas de doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Brescia—4-VI-1907—dijo que la declaración de paternidad contenida en carta confidencial dirigida a la madre, puede ser impugnada por error sólo en el caso que el declarante pruebe la absoluta imposibilidad de ser él el padre de la criatura en cuestión. V. el comentario de APPIANI, 633 y ss., que se pronuncia contra la sentencia.

Esta sentencia no se refiere a error en el reconocimiento, sino en la carta que es base para la declaración judicial de paternidad, pero *mutatis mutandis* se puede aplicar al reconocimiento. Y la creemos inaceptable por las razones del texto.

(43) JOSSEAND, núm. 1199; SAVATIER (R.), 1.ª, núm. 446; ZACHARIAE CROME, § 538, pág. 536; BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 900; DEMOLOMBE, número 430, pág. 150; MASSONÉ, pág. 22; AUBRY Y RAU, § 568, pág. 233; PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1460; LAGARDE, 1939, pág. 137; BEUDANT, núm. 1060, página 263; DE PAGE, pág. 981, núm. 1147.

(44) COLIN, págs. 279 y ss.; COLIN Y CAPITANT, pág. 560; COLIN Y CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, pág. 372, núm. 471, CARCIENTE, pág. 109.

(45) CICU—2.ª, pág. 118 y 119—dice que aunque la errónea convicción de quien reconoce haya sido causa única y principal del reconocimiento, éste no debe perder su valor. Los motivos de carácter subjetivo que han podido inducir a reconocer carecen de importancia. El error se valora en relación con el fin para el que el poder de reconocer es concedido. Tendrá importancia solamente

Nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina se deciden por la impugnabilidad en caso de error (47).

La sentencia de 25-VI-1909 (la más expresiva a este respecto) dice que «es preciso que el error... se compruebe y derive de hechos trascendentales que afecten directa y notoriamente a la creencia equivocada en que pudo estar el padre de que la madre sólo de él pudo concebir».

Nosotros, aceptada *lege data* esa doctrina legal, creemos que *lege ferenda* es más acertada la postura del Código italiano de 1942, ya que el estado de las personas debe asegurarse lo más posible. Y a semejanza del artículo 108, el que reconoce al hijo que tuvo una mujer debe quedar ligado por su acto como el marido por la presunción *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant* (aunque uno y otro pueden no ser padres) (48), ya que, en todo caso, el reconocimiento es acto libre y el que lo realice sin la seguridad, al menos moral, de ser padre debe soportar su *posible* (y nunca *segura*) no paternidad, porque por la materia de que se trata es preferible que adquiriera un estado uno que pueda no ser hijo del reconocedor a que sea impugnabile el reconocimiento de quien, en definitiva, puede ser hijo del que lo reconoció.

Sin embargo, pensamos que la solución de nuestra jurisprudencia no se debe aceptar sin la salvedad de que el que por una creencia equivocada (así, suponer que la madre cohabitó exclusivamente con él durante la época de la concepción) se creyese padre, re-

el error que afecte a ese fin y, por tanto, solamente el error que objetivamente excluya la paternidad» (caso de error que, como hemos visto antes, no nos interesa aquí, por entrar en el ámbito de la nulidad por falta de coincidencia entre reconocimiento y realidad).

(46) La postura del legislador de 1942—excluyendo como causa de impugnación el error—no parece dudosa, sea o no acertada, ya que—si no fuese suficientemente significativo que admita expresamente sólo la impugnación por violencia, estando viva la discusión para el caso del error—, como ya hemos visto, el proyecto preliminar (art. 294) consideraba como motivos de impugnación, junto a la violencia, el dolo y el error. El Ministro de Justicia—R. G. núm. 272—en el proyecto definitivo excluyó ambos últimos vicios, advirtiendo que si el reconocimiento corresponde a la verdad no es conveniente que sea atacable a causa del dolo o del error, y que si éstos provocan su falta de correspondencia con la realidad, la impugnación será posible por la vía del artículo 263.

Así lo entiende la doctrina. Cfr. por todos CICU I*, págs. 161-162; COSATTI, núm. 42. Discrepa de tal doctrina dominante CARRERI, I*, pág. 149 ss., que defiende, a pesar de todo, la impugnabilidad del reconocimiento en caso de error.

(47) Sents. de 12-VI-1885, 25-VI-1909, 26-X-1927 (de las tres sentencias anteriores ninguna se refiere propiamente al reconocimiento formal acogido en el Código. Las dos últimas por la que ya sabemos—v. nota 23—. La primera por ser anterior al Código. Pero creemos aplicable su doctrina, como ya indicamos, al tratar de aquéllas). DE BUEN, pág. 604; PUIG PEÑA, pág. 86; CASTÁN I^o, IV, pág. 20; JAÉN, pág. 645; BURÓN, núms. 361 y 362; MANRESA, I, pág. 651; ROYO, pág. 285; GARCÍA GOYENA, pág. 144.

(48) Expresamente declaró el T. S.—sent. 25-VI-1909—que el reconocimiento que de un hijo hace su padre natural produce análogos efectos a la presunción de legitimidad de los hijos habidos de matrimonio legalmente celebrado.

conoce e impugna luego por error, puede ver enervada su acción de impugnación por la prueba de su paternidad (así, por ejemplo, se demuestra que, a pesar de que la madre cohabitó con otros durante tal época de la concepción, el padre es el reconocedor). Pues—habida cuenta de la naturaleza y papel del reconocimiento—es inadmisibles que, aun admitiéndose la impugnación por un error que no excluye objetivamente la paternidad del reconocedor, prospere tal impugnación si se demuestra que el reconocedor es realmente padre del reconocido (49).

c) *Dolo.*

Como causa de impugnación del reconocimiento para el Código italiano de 1942 el dolo es irrelevante (50).

(49) Cuando tratamos del error obstativo—y lo mismo se puede afirmar de la intimidación—dijimos que el reconocimiento era impugnables y no podía evitarse su destrucción ni siquiera por la prueba de que el reconocedor es realmente padre. Además, afirmábamos que, en cierto modo, admitir que se defendiese el reconocimiento impugnado, probando la paternidad, era semejante a la investigación de ésta, ya que por ello viviría un reconocimiento que de no admitirse la prueba de la paternidad sería anulado.

Y ahora, al tratar de error vicio, hemos afirmado que se admite, en defensa del reconocimiento impugnado, la prueba de que el reconocedor es realmente padre.

Afirmación que, a primera vista, puede parecer contradictoria con los principios de que partimos al hacer la anterior.

Sin embargo, no es así, porque entre un caso y otro hay una radical diferencia. En aquél faltaba la voluntad de reconocer al reconocido (error obstativo), o esta voluntad no fué libre (intimidación). En éste existió una voluntad libre de reconocer al reconocido. Y evidentemente si en éste se alega la existencia del vicio—error—, la licitud de la prueba de la paternidad está justificada como afirmación de que el error no existe realmente. Mientras que en los otros casos la prueba de la paternidad no probaría que no hay vicio (error obstativo o intimidación), sino que mantendría el reconocimiento a pesar de existir el vicio.

La peculiaridad de la admisión de la prueba de la paternidad en el caso de error vicio se debe a la propia excepcionalidad de la admisión de esta causa de impugnación, ya que no exigiéndose la prueba de que realmente se erró los otros casos la prueba de la paternidad no probaría que no hay vicio (error que hace sólo posible el no ser padre: así creencia en la cohabitación exclusiva, mientras que realmente la madre cohabitó con varios varones durante la época de la concepción), no se puede sostener, sin embargo, que no es posible probar que no hay *error verdadero* (prueba de que a pesar de la pluricohabitación de la madre, es padre el reconocedor).

En el caso de error vicio la prueba de la paternidad es prueba de que el reconocedor consiguió el fin que se propuso: reconocer a su hijo.

Mientras que en los casos de error obstativo o intimidación la prueba de la paternidad no demuestra sino que el reconocedor es padre, ya que ni se propuso reconocer al reconocido por error obstativo, ni tampoco quiso libremente reconocer en el caso de intimidación.

Por eso en un caso debe admitirse, y en los otros no, la prueba de la paternidad.

(50) *Argumentum a contrario*, art. 265. Y véase lo que ya dijimos al hablar del error.

En pro de la impugnabilidad en caso de dolo, a pesar de todo, CARRESI, I.º, pág. 153 y ss.

También hay doctrina que sostenía su irrelevancia para el Código italiano de 1865 o que la propugna para el francés, Códigos semejantes en este punto al nuestro (51). Pero bajo estos Códigos la opinión casi unánime es la que admite el dolo como causa de impugnación del reconocimiento (52).

Para nuestro Derecho habría un reconocimiento conseguido dolosamente cuando con palabras o maquinaciones insidiosas sea inducida una persona a verificar un reconocimiento que sin ellas no hubiese realizado (art. 1.269).

Ahora bien, la inducción mediante las palabras o maquinaciones insidiosas puede tener lugar de infinitas maneras. Así, bien facilitando al padre informaciones inexactas sobre la posición social o económica del hijo, atraído por lo cual aquél reconozca; bien con falsas promesas de un reconocimiento y matrimonio posteriores hechas al padre que reconoce por el otro; bien convenciéndolo de que va a morir al reconocedor que sólo quiere reconocer al momento de su muerte; bien ofreciendo, en general, al reconocedor ventajas o conveniencias ilusorias que para él se seguirán del reconocimiento; bien haciendo creerse padre a un reconocedor que realmente no lo es, etc.

Cualquier procedimiento para inducir dolosamente a reconocer es evidente que sólo puede perseguir tres cosas: o que se reconozca a un no hijo natural del reconocedor, o que se reconozca a quien es inseguro que sea o deje de ser hijo natural del mismo, o que el realmente padre natural reconozca a su hijo, reconocimiento que, a pesar de ser padre natural, no habría realizado sin la inducción dolosa.

Partimos de la base de que moralmente debe reconocer el padre natural, sólo el padre natural, y precisamente *por ser* padre natural. Y ante lo anterior, cabe afirmar: cuando el dolo induce a error al reconocedor y un Derecho positivo admite—como hace el nuestro, según la interpretación acogida por doctrina y jurisprudencia—el error como causa de impugnación, es evidente que a lo menos el reconocimiento será impugnabile por error. Pero ¿es aceptable que el dolo sea en sí causa de impugnación? Es decir, ¿es aceptable que prospere una impugnación basada en haber sido dolosamente inducido a reconocer, aun cuando la inducción no

(51) Así, CICU, 2.º, pág. 119; CARCIENTE, pág. 109; COLIN, pág. 281; COLIN y CAPITANT, pág. 560; COLIN y CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, pág. 372, número 471 (téngase en cuenta, sin embargo, que estos asuntos—salvo CICU—no admiten impugnación, ni siquiera por violencia, cuando el reconocimiento coincide con la realidad).

(52) CARRESI, 1.º, pág. 149 y ss., en particular pág. 153, y allí citas en nota 2. V. también DUSI, núm. 141, pág. 649. Además, JOSSERAND, núm. 1199; ZACHARIAE CROME, § 538, pág. 536; DEMOLOMBE, núm. 430, pág. 150; BEUDANT, págs. 263 y 264, núm. 1060; AUBRY y RAU, § 568, pág. 232; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1460; BAUDRY-LACANTINIERE, núm. 900; etc.

haya consistido en hacer creer en una paternidad natural inexistente o al menos dudosa? (53).

De cualquier manera, la cuestión ha sido resuelta apodicticamente por el T. S., afirmando, sin límite literal alguno, que el reconocimiento es susceptible de ser impugnado por dolo (sentencias de 12-VI-1885; 25-VI-1909; 26-X-1927). Y nuestra doctrina ha acogido como buena tal solución (54) en vez de entender que, como para el matrimonio, es inadmisibile el dolo como causa de impugnación (55).

VI. RESERVA MENTAL, SIMULACIÓN Y «ANIMUS JOCANDI» EN EL RECONOCIMIENTO

1. *Reserva mental.*

No siendo, para nosotros, negocio jurídico el reconocimiento, no se puede hablar de discrepancia consciente entre voluntad interna y voluntad declarada.

Por ello no creemos posible la reserva mental.

Pero para quien piense que tal reserva mental puede llamarse a la que entre en juego entre lo sabido (ciencia) y la declaración de ciencia y que requiere igual tratamiento que en el caso del negocio jurídico, baste recordar aquí el principio de la irrelevancia del *propositum mente retentum* frente a la declaración.

2. *Simulación.*

En cuanto a la simulación, partimos de la base de que la declaración de reconocimiento no es recepticia y que, por tanto, aun para el que el reconocimiento sea un negocio jurídico, o incluso sin serlo, reciban en él aplicación las reglas de éste, la simulación no es posible porque se trataría de un negocio jurídico unilateral con declaración no recepticia (56).

3. *Animus jocandi.*

Parece imposible la existencia de un reconocimiento realizado *jocandi causa*, no ya por el fondo a que se refiere el mismo, que hará muy improbable la broma, sino por los requisitos y solemnidades que rodean el acto.

(53) Aparte de que un Derecho positivo admita o no el error como causa de impugnación, advierte CICU—I*, pág. 162—que en esta materia de que tratamos, el dolo no puede ser considerado como vicio *a se stante* del acto, sino en cuanto determina un error.

(54) DE BUEN, pág. 604; JAÉN, pág. 645; BUROK, núms. 361 y 362; CASTÁN, I*, IV, pág. 20; ROYO, pág. 285; PUIG PEÑA, págs. 86 y 87; MANRESA, I, pág. 651; GARCÍA GOYENA, pág. 144.

(55) Iguales principios que regulan la materia matrimonial cree CICU—I*, pág. 162—que hay que sostener para el dolo en el reconocimiento. En el mismo sentido BUTERA, pág. 355, nota 1.

(56) Sobre ello, en particular, cfr. últimamente PUGLIATTI, pág. 538 y ss.

Los funcionarios públicos encargados del registro civil, cuando se reconoce en acta de nacimiento, los que autoricen los documentos públicos expresamente hechos para reconocer o ante los que se otorgue testamento que contenga un reconocimiento o que intervengan en su protocolización, o a los que se pida—para el que admita el llamado reconocimiento no solemne—la declaración judicial de reconocimiento, o que concedan la aprobación del artículo 133-2.º, o el hijo que consienta, según el artículo 133-1.º, etcétera; es evidente que impedirán que llegue a existir ni siquiera una apariencia exterior—realizada *jocandi causa*—de reconocimiento válido y eficaz.

Si se emite una declaración de reconocimiento en tales términos que deba considerarse hecha en broma, o al menos espere razonablemente el reconocedor que sea advertida su falta de seriedad, parece poco dudoso que no llegará a ser ni aparentemente reconocimiento, pues los antes indicados impedirán que prospere.

Si llega la declaración a ser reconocimiento, parece igualmente que no se podrá hablar de que debió considerarse hecha en broma, o de que existió fundamento razonable para esperar que se advirtiese su falta de seriedad.

Si, a pesar de todo lo que acabamos de decir sobre el *animus jocandi* en el reconocimiento, alguien cree posible, por cualquier circunstancia, realizarlo sin que la intervención de nadie de los antes indicados (57) haya podido ser suficiente para apreciar, antes de su perfección y eficacia, que debió tomarse en broma, creemos que se aceptará que tal acto, realmente nulo porque falta una voluntad seria de emitir la declaración de reconocimiento, debe valer como reconocimiento y será inatacable en base al *animus jocandi* (58).

4. Observaciones comunes a todos los anteriores supuestos.

Quien, de cualquier manera, crea posible—por considerar el reconocimiento negocio jurídico—cualesquiera supuestos de discre-

(57) Adviértase que si la declaración de reconocimiento falta de seriedad se omite para engañar, es decir, en tales términos que deba ser tomada en serio, nos encontramos, no frente a un reconocimiento realizado *jocandi causa*, sino frente a un reconocimiento realizado con reserva mental. Esto por lo que se refiere a la emisión de la declaración, porque cuando la broma no se refiera a esta emisión, sino que tenga por base la supuesta realización anterior de un reconocimiento (por ejemplo, se presenta a un interesado una falsa escritura pública de reconocimiento, asegurando haberlo realizado), no nos encontraremos frente a un reconocimiento *jocandi causa*, sino frente a una mera apariencia material de reconocimiento (como pueda haberla del matrimonio *celebrado* ante una persona disfrazada de sacerdote) que se supone otorgado con anterioridad.

(58) COSATTINI, pág. 145, piensa que la falta de seriedad que se deduce del documento hace que no exista una declaración de reconocimiento, pero que si tal falta no se deduce del documento y la declaración se realizó de la manera prevista por la Ley, el reconocimiento es válido.

pancia consciente entre declaración y voluntad interna, o bien aplicables al reconocimiento las normas sobre tal discrepancia en el negocio jurídico, creemos que admitirá:

1.º Que en el Derecho patrimonial la declaración debe prevalecer, al menos, cuando así lo exijan la buena fe y la seguridad del comercio jurídico.

2.º Que con mayor razón (59) debe prevalecer en el Derecho de familia, ya que en éste el triunfo de la voluntad interna no puede ser entendido como lo entiende en el Derecho privado (patrimonial) la teoría de la voluntad, y de cualquier manera, encuentra un límite en las exigencias del interés superior del Estado y del estado de las personas, los cuales postulan la prevalencia de la declaración.

Y a todo ello aún se puede añadir que, incluso admitiendo —a los efectos de razonamiento— la equiparación por un lado entre voluntad interna en el negocio jurídico y creencia (ciencia) en el reconocimiento, y por otro entre declaración de voluntad en el negocio jurídico y declaración de paternidad en el reconocimiento, en la aplicación a éste de las reglas sobre discrepancia consciente entre voluntad y declaración no podría prescindirse del importante papel que jugaría la existencia o falta de la relación paterno-filial biológica, aparte e independientemente de lo que sobre ella se creyese o se declarase.

De forma que ésta sería otra razón más sobre las anteriores en pro de que hecha debidamente una declaración de reconocimiento aun con reserva mental, simulación o *animus jocandi* (si se piensan posibles), sólo se debe tener en cuenta si corresponde o no a la realidad de la filiación declarada, y poco debe importar que la declaración voluntaria muestre o no lo creído por el declarante, sino que la seguridad del estado de las personas y el interés superior que preside esta materia exigen que prevalezca en tanto no se pruebe su discrepancia con la realidad.

VII. RECONOCIMIENTOS NULOS, RECONOCIMIENTOS IMPUGNABLES Y RECONOCIMIENTOS INEFICACES

Hemos agrupado hasta ahora los reconocimientos inválidos en torno a las causas de su invalidez. Agrupémoslos ahora según la clase de esa invalidez.

En definitiva, el reconocimiento es nulo:

- 1.º Si el reconocido no es hijo natural del que lo reconoció.
- 2.º Por defecto de forma.
- 3.º Por incapacidad psíquica del reconocedor.

El reconocimiento es impugnabile:

- 1.º Por error obstativo.
- 2.º Por error vicio.

(59) Asi, CICU, 4.º, pág. 249; COSATTINI, pág. 143, nota 29.

- 3.º Por intimidación.
- 4.º Por violencia (60).
- 5.º Por dolo (61).

El reconocimiento, aunque válido, es ineficaz:

- 1.º Por no haberlo consentido el hijo reconocido mayor de edad (133-1.º).
- 2.º Por no haberlo aprobado el Juez en los casos de aplicación del artículo 133-2.º

Finalmente, el reconocimiento, aunque sea válido en sí, es impugnable, no obstante, por el reconocido, en los términos que veremos al tratar en particular de la impugnación verificada por éste.

VIII. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

1. En caso de nulidad.

A) *Fin que persigue.*

En los casos de nulidad se podrá atacar la apariencia de reconocimiento que existe. La acción no tiende propiamente a anular un reconocimiento, sino a destruir esa apariencia de validez (Confróntese Sent. del T. S. de 3-1-1947).

Si el reconocimiento se declara nulo por no ser el reconocido hijo natural del reconocedor, éste no podrá reconocer de nuevo a aquél. Si con posterioridad logra probar que realmente es padre natural, habrá probado que el reconocimiento anterior era realmente válido (62).

B) *A quiénes se concede.*

Tal acción corresponde a cualquier perjudicado (art. 138). Pero ¿a quiénes perjudica el reconocimiento y qué clase de perjuicio ha de producir?

a) *Doctrina.*

Algunos (63) creen que tal perjuicio se refiere exclusivamente a derechos sucesorios; pero, desde luego, a tenor de las palabras del Código es admisible la impugnación basada en cualquier clase de perjuicios, tanto en derechos sucesorios como en otros, y lo mismo en el perjuicio patrimonial que en el no patrimonial (64).

(60) Ya que a tenor de nuestro Derecho positivo la violencia recibe el mismo trato jurídico que la intimidación.

(61) Según ha resuelto nuestro T. S., creemos que equivocadamente.

(62) Decimos esto porque podría pensarse que, probada la paternidad, lo que sucedería es que el, hasta tal prueba, presumido no padre natural, podría reconocer de nuevo.

(63) SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1040; SCAEVOLA, pág. 425.

(64) En el sentido del texto la doctrina prácticamente unánime. V. por todos CICU, Iº, pág. 169; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1463. Entre otros, COVIÁN, pág. 817; PUIG PEÑA, pág. 82; DE CASTRO, pág. 97.

El círculo de los posibles perjudicados es amplio (65). A primera vista cabe señalar como posibles perjudicados:

- 1.º El que reconoce.
- 2.º El reconocido.
- 3.º Los verdaderos padres (hayan o no reconocido anteriormente, porque puede haber reconocido el padre del otro sexo).
- 4.º Los padres, hijos y cónyuges del autor del reconocimiento. El cónyuge y los hijos del reconocido (66).

5.º En general, los herederos, sean o no forzosos, testamentarios o abintestato (por disminución de sus porciones hereditarias) o que lo serían de invalidarse el reconocimiento, o los legatarios o donatarios (por reducción de donaciones o legados) de cualquiera de los anteriores.

6.º El Estado. Así, por ejemplo, si con el reconocimiento se realiza un fraude a las leyes del servicio militar o se persigue burlar los impuestos sucesorios (ya que éstos serían más reducidos si el causante es padre natural del reconocedor que si es un extraño).

Rebuttati (67) piensa que se debería conceder al Ministerio Público el poder de atacar reconocimientos contrarios a la verdad. Pero, aun en teoría, parece exagerado pensar que en cualquier caso pueda el público ministerio atacar el reconocimiento sobre la base de que siempre que no coincide con la realidad se deriva un perjuicio social (delito contra el estado civil de las personas).

b) *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

En cuanto a la posición del Tribunal Supremo sobre el particular, ha dicho este Tribunal (Sent. de 28-4-1915) que la acción sólo se concede a los perjudicados y que no es pública.

Antes había ya declarado (Sent. de 24-12-1913) que «pueden impugnar el reconocimiento los que se crean perjudicados por el mismo o realmente lo hayan sido en sus derechos» (naturalmente, si se demuestra que no hubo perjuicio, sino simplemente la creencia de haberlo sufrido, no prosperará la acción).

En esta última Sentencia (24-12-1913) negó el Tribunal Supremo el derecho a impugnar por no ser el impugnante heredero forzoso del reconocedor. Y, posteriormente, en Sentencia de 10-2-1942,

(65) Cfr. sobre este punto DUST, núm. 142, pág. 651 y ss.; CICU, I^o, página 168 y ss.; CARRESI, I^o, pág. 166 y ss.; PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, número 1463; MASSONÉ, pág. 139 y ss.; MOTIN, pág. 177; JOSSERAND, número 1199; ZACHARIAE CROME, § 538, pág. 547 y nota 6; BAUDRY-LACANTINERIE, número 900; BEUDANT, núm. 1064, pág. 265 y ss.; DE DIEGO, pág. 518; CASCIENTE, pág. 110 y ss.

(66) Se habla también, en general, de los parientes del reconocedor y del reconocido. Pero, al menos, es pensable que si éstos pueden sufrir perjuicio económico, no siempre se podrá decir que todos ellos sufran necesariamente perjuicio moral por el reconocimiento.

(67) I^o, pág. 887 y ss.

ha reiterado no haber derecho a impugnar por no ser el impugnante ni heredero forzoso del reconocedor ni pariente del mismo en que hubieran recaído los bienes del caudal relicto en caso de invalidez del reconocimiento (68).

2. En caso de impugnabilidad en sentido estricto.

La impugnabilidad en sentido estricto se establece como medida de protección a favor del que ha sido víctima del vicio (error vicio u obstativo, dolo, intimidación o violencia). Por eso la acción corresponde sólo al que reconoció (argumento artículos 1.302 y 102-2.º). Tal acción, como es obvio, pretende destruir el reconocimiento existente, pero viciado.

3. Duración de la acción

El problema de la duración de las acciones tiene como vértice la consideración de que por un lado su larga duración deja inseguro el estado civil de las personas, y por otro, la duración corta puede provocar la consolidación de un estado que discrepe de la realidad.

A) General

Nuestro Tribunal Supremo ha decidido la cuestión en términos generales en Sentencias de 18-1-1929 y 11-12-1943, sosteniendo que no señalando el artículo 138 plazo especial, siendo personal la acción para atacar el reconocimiento, y disponiendo sin excepción el artículo 1.932 que los derechos y acciones se extinguen por prescripción contra toda clase de personas, su duración será, a tenor del artículo 1.964, la de quince años (69).

Solución criticada desfavorablemente por Castán (70) y favorablemente por Bonet (71).

Contra la prescriptibilidad se alega ser la prescripción extintiva institución no aplicable al estado de las personas, en cuya materia sólo debe entrar en juego la caducidad (72). Pero, sin embargo, según otra opinión, no es admisible la exclusión de la prescriptibilidad de las acciones de estado (73).

Nuestro Tribunal Supremo, mientras que en las Sentencias an-

(68) Hablamos, en este momento, de *impugnar*—porque lo mismo el artículo 138 del C. c. que el T. S. utilizan tal terminología—, en sentido amplio, es decir, de pedir la declaración de nulidad.

(69) En igual sentido Covián, pág. 817.

(70) 2.º, 1931, págs. 90 y 91, propugnando la imprescriptibilidad.

(71) 2.º, 1944, pág. 143.

(72) Así, por ejemplo, Cicu, 4.º, pág. 307 y ss., afirmando de la extintiva que se puede decir que si no excluida del todo sufre por lo menos muchas excepciones en Derecho de familia, y afirma la imprescriptibilidad de las acciones de estado. CASTÁN, 2.º, 1931, págs. 90 y 91; ROYO, pág. 284; DE CASTRO, págs. 92 y 93.

(73) PUGLIESE, núm. 38 y ss.; en particular negando la imprescriptibilidad de las acciones de estado, núm. 46, pág. 76.

tes citadas, y en otras como las de 22-10-1918 y 10-1-1919 (referentes al artículo 137), etc., se decidió por la prescriptibilidad de las acciones de estado (74) en Sentencia de 24-1-1947 (referente a filiación legítima) ha sostenido que «comprendidos notoriamente los derechos de familia en los que están fuera del comercio de los hombres, bien cabe entender, conforme al artículo 1.936 del Código civil, que el de impugnar la filiación es imprescriptible», y que si existen términos, como los del artículo 113, para evitar indefinida incertidumbre, tales términos «no son ciertamente de prescripción, sino de caducidad».

B) *En caso de nulidad.*

De cualquier manera, creemos que en el caso de reconocimiento nulo la acción debe ser imprescriptible (y no caducable), aunque sea por la consideración que la inexistencia (nulidad), como tiene reiteradamente dicho el propio Tribunal Supremo, con referencia a los contratos, es perpetua e insubsanable (Sents. de 6-3-1909, 11-1-1928, 24-2-1927, 9-1-1933, 10-4-1933, etc.) en base al principio *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*.

En tal caso, la imprescriptibilidad, lo mismo que la no caducidad, es admitida incluso por quienes no excluyen la prescripción del campo de las acciones de estado (75).

Y el Código italiano de 1942 dispone expresamente la imprescriptibilidad de la acción para el caso de reconocimiento, contrario a la realidad (art. 263, párrafo último) (76).

(74) DE CASTRO—pág. 93, núm. 2—cree que la sent. de 18-1-1929 no es que admita la *prescriptibilidad* de la acción, sino que aplica por analogía el plazo del art. 1.964 del C. c. Lo cual quiere decir que la acción *caducaría* a los quince años.

(75) Ad exemplum MASSONÉ, pág. 164; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, número 1.465; GIANTURCO, pág. 71; RICCI, núm. 102, pág. 144; DUSI, núm. 141, pág. 650; CARRESI, 1^o, pág. 162; CARCIENTE, pág. 108. Se observa que ciertamente en los casos de reconocimiento del no hijo natural el acto choca con una prohibición legal, ya que sólo se pueden reconocer los naturales, y que tal acto no puede devenir válido por el transcurso del tiempo. Sin embargo, alguno, como SAVATIER, J.—2^o—, cree que hay razones no sólo *lege ferenda*, sino también *lege data* en el Código francés para admitir la prescripción y evitar así los inconvenientes de las impugnaciones tardías. Otros, como DE CASTRO—pág. 93—, piensan que la acción *caduca* por el transcurso de quince años, aplicado por analogía el plazo del art. 1.964.

(76) La acción pensamos que es imprescriptible. Sin embargo, la cosa no es tan clara que no haya hecho dudar. El Proyecto preliminar del Libro I, art. 297, la declaraba imprescriptible respecto al reconocido, al reconocedor y al autor de otro reconocimiento que chocase con el impugnado, pero también decía que «respecto a cualquier otro que tenga interés, la acción de impugnación del reconocimiento se extingue por el transcurso de cinco años a partir de la fecha de la anotación del reconocimiento en el Registro del estado civil».

Tal limitación se abolió y el Ministro de Justicia observaba exactamente que la prescriptibilidad no estaba justificada bien por la propia naturaleza de la acción que tiende a destruir una apariencia de estado, bien porque la pres-

C) *En caso de impugnabilidad*

Pero en el caso de reconocimiento no nulo, sino impugnabile, el problema se plantea de nuevo.

En este supuesto, existiendo un reconocimiento, aunque impugnabile, debe admitirse que la acción es o prescriptible o caducable.

Los más admiten la prescripción (77). Y, en tal caso, en nuestro Derecho la acción, como personal sin plazo especial de prescripción, prescribiría a los quince años (art. 1.964). Plazo excesivamente largo sin duda.

Pero acogiendo que es la caducidad la institución que cuadra a la acción para impugnar el reconocimiento (78), podría aplicarse por analogía el plazo del artículo 133-3.º (79).

El tiempo comienza a correr desde que la intimidación o violencia cesaron o desde que se desvanezca el error o se aperciba el reconecedor de que fué objeto de una maquinación dolosa (80) (argumento artículos 102-2.º y 1.301-3.º y 4.º; en este último caso el tiempo se cuenta a partir de la consumación del contrato porque entonces debe desvanecerse el error o caerse en la cuenta de la existencia del dolo.

criptibilidad choca con las normas dictadas en materia de acciones de impugnación de la legitimidad, que se declaran imprescriptibles, bien porque servía (la prescriptibilidad) prácticamente para hacer imposible el que accionasen aquellos que después de transcurrir los cinco años adquirieron el interés necesario para poder impugnar el reconocimiento (por ejemplo, por apertura de la sucesión del reconecedor con posterioridad al cumplimiento de los cinco años del reconocimiento). AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 875, núm. 462; D'AGUI, pág. 560; CARRESI, I º, pág. 162; CICU, I º, pág. 171; COSATTINI, pág. 239, etc., acogen favorablemente el criterio seguido por el Código.

(77) V. por todos CARRESI, I º, págs. 160 y ss., y allí citas; DUSI, número 141.

(78) Asi ROYO, pág. 284; DE CASTRO, págs. 92 y 93. Para el Código italiano de 1942, arts. 264 y ss., en tal sentido expresamente CICU, I º, pág. 171.

(79) Creemos que la aplicación por analogía de ese plazo puede apoyarse en ser otro plazo de caducidad que el Código también establece para acción de impugnación del reconocimiento, y en que las acciones de impugnación de contratos por vicio del consentimiento tienen de vida otro plazo de igual duración (1301). La analogía en aquel caso se apoya en la igualdad de la materia regulada y en éste en la igualdad del vicio.

Pensamos que ello es preferible a aplicar por analogía el art. 113 (en lo que sea aplicable) que, aunque se piense que es propiamente el indicado, por tratarse de un caso de impugnación de un estado de filiación, regula en realidad las cosas sobre la base de unas circunstancias radicalmente distintas de las del caso del reconocimiento impugnabile por vicio de la voluntad.

DE CASTRO, pág. 94, piensa también que la acción caduca a los cuatro años en base a la analogía entre los contratos y las declaraciones negociales que afectan al estado civil, y a la tendencia de la ley a acortar los plazos de caducidad en los supuestos de impugnación por vicios de la voluntad (art. 102).

(80) ROYO entiende, pág. 284, que el tiempo se debe contar en principio desde la inscripción o anotación marginal expresivas del reconocimiento en el Registro civil, o, por excepción, desde que se conozca la causa de impugnación o se adquiera capacidad para el ejercicio de la acción.

Y, en todo caso, si el reconocimiento, además de haber sido realizado con vicio de la voluntad es nulo, podrá siempre atacarse con arreglo a las normas sobre la nulidad.

IX. COLISIÓN ENTRE LA IMPUGNABILIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE INVESTIGAR LA PATERNIDAD NO NATURAL

Hay que resolver otra cuestión, la de si en el caso de que reconozca la madre, puede ser impugnado (advertimos que visto ya cuando hay nulidad y cuando impugnabilidad, hablaremos en adelante de *impugnar* en ambos sentidos por seguir la terminología del Código) el reconocimiento basándose en que el hijo no es natural porque el padre, que no ha reconocido, no pudo casarse con la madre reconocedora en la época de la concepción.

1. El problema en general

La cuestión surge porque parece que la fijación de la paternidad del padre que no reconoció va contra la prohibición general de investigación de la paternidad (81) de los hijos ilegítimos no naturales (art. 141), ya que precisamente la impugnación del reconocimiento se basa en el hecho de que el hijo no es natural.

El dilema es, pues: ¿encierra el artículo 130 una presunción *invis tantum* o *iuris et de iure*, porque el artículo 141 cierra el paso a la prueba en contrario?

Por esta solución se han decidido unos (82) y por aquélla otros (83). De Diego opina que de pensar lo primero se haría decir al artículo 138 lo que no dice, pues claramente proclama que se puede impugnar el reconocimiento si el hijo no es verdaderamente natural (84).

Nosotros nos decidimos también por la impugnabilidad porque el artículo 130 no rechaza la prueba contraria a su presunción y, por tanto, debe aplicarse el artículo 1.251: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

Además, el artículo 141 impide admitir que directa o indirectamente *tenga por objeto* investigar la paternidad de los hijos

(81). Si el que reconoció fué el padre es indudable que el reconocimiento se puede impugnar en base a ser el hijo no natural *a matre*, pues la investigación de la maternidad no está prohibida. La Sent. de 23-IV-1904 dice, refiriéndose al art. 141: «Como el precepto de este artículo no se refiere al núm. 3 del anterior, sino únicamente al 1.º y 2.º, no puede rechazarse la demanda en que haya de investigarse la maternidad como medio de impugnar el reconocimiento hecho por el padre de un hijo en quien no concurre la condición legal de natural».

(82) MANRESA, I, pág. 650; NAVARRO AMANDI, pág. 222.

(83) FALCÓN, pág. 324; VALVERDE, pág. 440; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1021; ROYO, pág. 285.

(84) Pág. 514.

ilegítimos no naturales. Tal investigación ha de ser, pues, el *fin* que se persiga. Es decir, ha de ser el *fin*, aunque sea perseguido indirectamente. Y hay que tener en cuenta que, en el supuesto que estudiamos, el *fin* es la invalidación del reconocimiento, y que la constatación de la paternidad ilegítima no natural es un mero *medio* para ello (85).

Sobre lo anterior, podemos alegar que la jurisprudencia ha opinado que la presunción del artículo 130 es *iuris iantum*, y que se puede destruir probando que el hijo reconocido no es natural por razón del padre que no reconoció (Sent. de 9-6-1893).

2. En caso de impugnación por el reconocedor

Cuando el que pretenda impugnar sea el que reconoció, quizá se pudiese entender que era alegable el artículo 132 en pro de la no impugnabilidad, ya que dicho artículo dice que cuando el padre o la madre hiciere el reconocimiento separadamente no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Desde luego, este artículo está dictado para vedar tal revelación o expresión de circunstancias individualizadoras en el acto del reconocimiento, pero quizá alguno entiende (86) que lo veda también una vez realizado éste, y, por tanto, que impide impugnar al que reconoció, cuando para que su impugnación prospere haya de declarar con quién tuvo el hijo.

Mas a tal exégesis extensiva del artículo 132, se opone probablemente la Sentencia de 9-6-1893, que dice: «La prohibición de revelar el nombre del padre o madre que no concurriese al reconocimiento de un hijo natural hecho separadamente por cualquiera de los dos, se refiere a todas luces a *dicho acto* (reconocimiento); mas dicha prohibición contenida en el artículo 132, *no envuelve la de que ese nombre se revele en cualquier otro caso de los previstos por la ley*, porque esto pugnaría con el ejercicio de las acciones que ella otorga al mismo hijo, reconocido por uno solo de los padres para serlo también por el que no concurrió al reconocimiento y a cualquier tercero perjudicado por este acto para impugnarlo...»

El que no se diga en esta Sentencia que entender que la prohibición del artículo 132 se extiende más allá del acto del reconocimiento pugnaría con el ejercicio de la acción *por el reconocedor*,

(85) Sin embargo, DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, pág. 339, dicen: «Se dirá, y al parecer con fundamento, que han de ser rechazadas las demandas que tengan por objeto investigar la paternidad, y que en las de impugnación el objeto es rechazar el reconocimiento ilegal. Esa distinción resolvería toda duda si el Código no hubiera antepuesto el adverbio *indirectamente*; pero existiendo esta frase la duda subsiste, puesto que, como queda dicho, al impugnar, indirectamente, se investiga en la mayoría de los casos.»

(86) DÍAZ BUEN, pág. 604; COVIAN, pág. 815.

no proviene seguramente de que pensase el Tribunal Supremo que a éste sí le alcanzaba tal prohibición, sino de que no se tuvo presente tal supuesto (87).

X. SINGULARES SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN

Conviene referirse ahora, en particular, a algunos discutidos supuestos de impugnación.

1. *Impugnación por el reconocedor*

Aunque no le conceda expresamente el Código al reconocedor el poder de impugnar el reconocimiento, cabe—como ya hemos visto—, sin lugar a dudas, bajo el amplio marco del «aquéllos a quienes perjudique» del artículo 138. Sin embargo, no hay acuerdo sobre si el reconocedor puede impugnar en todos los supuestos en que el reconocimiento es atacable.

Según el punto de vista del Derecho material, creemos que desde que se es capaz de reconocer se puede impugnar el reconocimiento por el reconocedor. Ello, no obstante, sometido procesalmente, si tal reconocedor es menor, a las reglas generales sobre la comparecencia en juicio de los menores.

Cuando un incapaz (por edad o incapacidad psíquica) haya, no obstante, verificado un reconocimiento, éste podrá ser impugnado por el propio incapaz (así, una vez cesada la locura) o por el representante legal del incapaz en nombre de éste.

El problema que más ha llamado la atención es el de si puede impugnar el reconocimiento el que reconoció sabiendo que reconocía a quien no era su hijo natural.

En pro de la respuesta negativa, se alega fundamentalmente que el reconocimiento es irrevocable y que nadie puede ir contra sus propios actos.

La cuestión ha sido debatida en Francia e Italia. La doctrina de este último país se pronunció abundantemente por la afirmativa. Juristas con Bianchi (F.), Bianchi (F. S.), Cogliolo (89), Coviello (L.) (90). De Meis (91), Gabba (92), Mirabelli (93), Gian-

(87) DE BUEN, pág. 604, critica esta tendencia y afirma que su criterio de permitir impugnar el reconocimiento porque el hijo no sea natural sino ilegítimo no natural del padre que no lo ha reconocido, no se conforma con el espíritu del art. 132. También COVIAN, pág. 815, cree que «la impugnación que autoriza el art. 138 ha de subordinarse siempre a la prohibición terminante del artículo 132, y, de consiguiente, la paternidad o maternidad ilegítima no natural sólo podrá inferirse de uno de los medios que menciona el art. 140».

(88) Núm. 125 bis, I, págs. 248 y ss.

(89) Principalmente pág. 148.

(90) 1.ª y 2.ª.

(91) 853 ss.

(92) Principalmente, págs. 5 y ss.

(93) Principalmente, págs. 9 y ss.

turco (94), Dusi (95), Cicu (96), Azara (97), Venzi, Franco (98) y Verneti (99), le dieron su apoyo (100).

El motivo de que tal punto llamase tan poderosamente la atención de los autores, fué principalmente el célebre caso D'Avalos, en el que el Tribunal de Nápoles rechazó la impugnación hecha por la reconocedora. Esta, ciertamente, no era madre del reconocido, pero no ignoraba tal circunstancia cuando lo reconoció.

En Francia ha prosperado también la opinión afirmativa (101).

El Código italiano de 1942 ha venido expresamente a hacerse eco de ella, diciendo—como sabemos—en su artículo 263: «El reconocimiento puede ser impugnado por su autor por falta de veracidad...»

Estamos firmemente convencidos de que esta es la postura acertada.

La irrevocabilidad del reconocimiento no impide que pueda ser impugnado por el reconocedor. Una cosa es la irrevocabilidad y otra la impugnabilidad. La revocación, como dice Stolfi, N. (102), supone un acto válido y perfecto en principio, pero que se invalida por una causa sobrevenida: el cambio de voluntad del autor. Por el contrario, la impugnación tiende a demostrar que el acto era inválido *ab initio*. La irrevocabilidad —como advierte Degni (103)—presupone que el reconocimiento esté conforme con la filiación del reconocido. Si las cosas no son así, la impugnabilidad no afecta a la irrevocabilidad porque la verdad debe prevalecer. Por ello, permitiendo impugnar el reconocimiento al que lo realizó, aun consciente de su falsedad, no se deroga el principio de irrevocabilidad, sino que—como añade Degni (104)—sólo se permite aclarar una situación de hecho que no responde a la realidad. Porque no se puede olvidar que el reconocimiento debe basarse sobre la verdad de un hecho: la filiación natural.

El artículo 4.º del C. c. dispone que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley. De los artículos 119, 2.º, y 129

(94) Pág. 71.

(95) Núm. 142. págs. 653 y ss.

(96) 2.º, pág. 122; 1.º, pág. 167, aquí en nota 1 del núm. 97, v. jurisprudencia.

(97) Pág. 282.

(98) Págs. 79 y ss.

(99) Págs. 3 y 4.

(100) En contra CHIRONJ, § 410, pág. 332; LUZZATTO, 502.

(101) JOSSEKAND, núm. 1.199, donde dice: «Se rechaza la impugnación hecha por el autor del reconocimiento diciendo que éste es una confesión y, por tanto, irrevocable. Pero la verdad es que la confesión de un hecho imaginario no es una confesión verdadera. Por definición o una confesión es sincera o no es confesión.» Igualmente COLIN y CAPITANT, pág. 559; PLANIOL-RIPERT-BOU-LANGER, núm. 1.463; BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 900; SAVATIER, J., 1.º; BRU-DANT, pág. 266, núm. 1.064.

(102) Núm. 1.072, pág. 702.

(103) Pág. 559.

(104) Pág. 559.

se desprende que la ley prohíbe reconocer a los hijos ilegítimos no naturales. Su reconocimiento va, pues, contra lo dispuesto en la ley. En tales condiciones, negar al que reconoció a quien sabía no ser su hijo natural la facultad de impugnar el reconocimiento, es hacer prevalecer un acto contra ley, no permitiendo ni siquiera la posterior corrección de lo mal hecho. La denegación, a título de pena, de tal facultad de impugnar, es una medida, en contra de los principios jurídicos-legales, demasiado fuerte para que se admita sin un texto expreso que la acoja.

Ahora bien, el reconocimiento es irrevocable y el que reconoce se presume padre natural del reconocido. Y, naturalmente, no bastará que después afirme no serlo para destruir el reconocimiento. El que reconoce no se puede posteriormente limitar, sin más, a desconocer. Esto sería permitir la revocación. Será preciso, por tanto, para que la impugnación del reconocimiento prospere, que pruebe no ser padre natural del por él reconocido. El reconocimiento, pues, habrá tenido el efecto de cargar sobre el que reconoció la prueba de su no paternidad natural.

Quizá el caso más corriente—dentro de lo poco ordinario—sea el de que se impugne, por el que reconoció, el reconocimiento de quien no es hijo suyo. Pero cabe pensar que siendo hijo no lo sea, sin embargo, natural, sino ilegítimo no natural. En este supuesto parece más fuerte admitir la impugnación del reconocimiento por el que lo hizo, pues incluso pudo, y es lo normal, haber sabido que su hijo no era natural. Es muy duro pensar que el propio padre impugne el reconocimiento que hizo de su hijo, aunque no sea natural.

En tal supuesto, posiblemente sería más equitativo no admitir la impugnación. Para negarla es dudosamente alegable en los términos que ya vimos—el art. 132—. Sin embargo, este sólo podría, en todo caso, impedir la impugnación cuando para hacerla sea preciso revelar el nombre del padre que no reconoció; es decir, de aquel con quien se tuvo el hijo. Pero el artículo 132 no impide que se pueda impugnar el reconocimiento por el reconocedor cuando el hijo no sea natural porque dicho reconocedor no tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Puede creerse que este último supuesto es imposible, porque el artículo 130 habría impedido tal reconocimiento. Pero tal creencia sería equivocada, porque la concepción se presume posible por la ley en un espacio de ciento veinte días, durante alguno de los cuales el que reconoció pudo tener capacidad legal para contraer matrimonio, por lo cual pudo reconocer al hijo concebido en esos ciento veinte días. Ahora bien, como—aunque sea difícilísimo—es posible probar que el hijo, aunque concebido durante esos ciento veinte días, lo fué en cualquier período de ellos en el que el que reconoció no pudo casarse, es claro que el reconocimiento realiza-

do, apoyándose en que el reconocedor fué capaz de casarse en alguno de esos ciento veinte días, puede impugnarlo ese reconocedor si prueba que aquellos en que fué capaz de casarse no coinciden con el de la concepción.

2. *Impugnación por el reconocido.*

Aparte de los supuestos en que el artículo 138 permite impugnar a aquellos a quienes perjudique el reconocimiento (entre los cuales se encuentra siempre el reconocido, en algunos casos, ya que puede entenderse que hay para él perjuicio, al menos moral, siempre que, por ejemplo, el reconocedor no sea su padre), dice, como vimos, el artículo 133, 3.º, que «el menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad».

Distingamos los siguientes posibles casos:

A) *Reconocido menor de edad.*

a) *Puede impugnar «en todo caso».*

Puede impugnar *en todo caso* dentro de los cuatro años siguientes a su mayor edad, dice, como acabamos de ver, el Código.

Algunos (105) advierten que éste «en todo caso» no quiere, sin embargo, decir que pueda impugnarse el reconocimiento, aunque esté bien hecho y el reconocido sea hijo natural del que reconoció.

Por el contrario, otros (106) creen que el «en todo caso» del artículo 133 quiere decir que el reconocido puede impugnar, sin más, su reconocimiento.

b) *Posibles interpretaciones de la frase «en todo caso».*

La frase «en todo caso» ¿es susceptible de diversas interpretaciones?

(105) SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1039; PÉREZ y CASTÁN, pág. 211; DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, pág. 240 (creen que «impugnar no puede tener otra acepción en el caso del párrafo 3.º del art. 133, que la de contradicción con prueba»).

Aunque SÁNCHEZ ROMÁN se inclina porque para impugnar será precisa la aportación de la prueba que justifique la impugnación, no deja tal autor de observar, pág. 1039, que «de todos modos resulta de carácter incierto en el Código la significación jurídica de la impugnación concedida al hijo reconocido siendo menor; y a su vista no es fácil precisar si bastará simplemente oponerse al reconocimiento para que éste dejara de ser eficaz, o si podrán o deberán aducirse alegaciones y justificaciones que prueben la inexactitud del hecho en que el reconocimiento se funde, y si estas pruebas que hayan de utilizarse será preciso que se encaminen a la demostración de que tal relación paterno-filial no es cierta o bastará que se dirijan a acreditar el perjuicio o la mera falta de voluntad del hijo respecto del reconocimiento».

(106) Covián, pág. 817; OVUELOS, pág. 205.

a') *Significa que el reconocimiento, aunque inatacable objetivamente, puede ser impugnado por el reconocido.*

¿Significa que aunque el reconocimiento esté ajustado por completo a Derecho, el reconocido podrá, no obstante, impugnarlo?

La interpretación que conduce a la respuesta afirmativa la abonan:

1.º El mismo artículo 133, que en su párrafo primero permite que el hijo mayor de edad no consienta el reconocimiento. Esto quiere decir que, aun siendo hijo natural de quien quiere reconocerlo, puede no consentir. Luego es lógico entender que el «en todo caso» del párrafo tercero permite impugnar el reconocimiento aunque esté bien hecho y el reconocido sea hijo natural del reconocedor. Tal tesis la refuerza lo que decía García Goyena (107) de los artículos 128 y 129 del proyecto de 1851, equivalentes al 133 del Código: «Los motivos del artículo anterior—128—justifican éste—129—: el menor no puede ser de peor condición que el mayor de edad», afirmaba el susodicho García Goyena.

2.º Si el «en todo caso» no comprende la facultad de impugnar aunque se sea hijo natural de reconocedor, habrá de cargar el impugnante—cuando impugne basándose en no ser hijo natural—con la prueba de la no paternidad natural. Y tal carga no es justo que pese sobre él por el solo hecho de que quien no es su padre natural haya realizado un reconocimiento arbitrario.

3.º El hecho de que, siendo la acción para declarar la nulidad (porque ya sabemos que salvo los casos en que únicamente puede impugnar el reconocedor, en los que hay impugnabilidad en sentido estricto, en los demás hay nulidad) imprescriptible o no caducable, se dé un plazo de cuatro años para que impugne el reconocido.

Si tal impugnación se concediese sólo contra los reconocimientos objetivamente impugnables, resultaría que el reconocido incluso tendría para interponer la acción el límite de un corto plazo; plazo que no existiría para cualquier otro interesado.

Este argumento es íntegramente válido, aunque se entienda que en los casos de reconocimiento nulo la acción no es imprescriptible o no caducable, sino que dura quince años.

4.º Para conceder al reconocido el derecho de impugnar el reconocimiento objetivamente impugnable, no hacía falta disposición especial alguna, como el artículo 133, 3.º, ya que bastaba con el artículo 138.

5.º La Sentencia de 22-III-1928.

Todo ello induce a pensar que cuando el reconocimiento sea objetivamente impugnable podrá el reconocido atacarlo como otro perjudicado cualquiera, y que, aunque sea válido, tiene un plazo de cuatro años para destruirlo asimismo.

b') *Significa que el reconocimiento sólo puede ser impugnado por el reconocido si es inválido, pero que no es preciso que le perjudique.*

¿Significa que el reconocido puede impugnar el reconocimiento, no por su mera voluntad, sino cuando sea objetivamente impugnabile, pero que para ello no es preciso, como lo es cuando impugnan otras personas, que le perjudique?

Es decir, los demás pueden impugnarlo cuando les perjudique, y el reconocido, además, «en todo caso», dentro de esos cuatro años.

c') *Nos inclinamos por la primera interpretación.*

La anterior interpretación, más o menos aceptable, aunque, desde luego, prácticamente anuladora del artículo 133, 3.º (habida cuenta de que siempre que el reconocimiento no corresponde a la realidad hay para el hijo impugnabilidad por *perjuicio moral*), la creemos menos acorde que la primera, con el sentido de nuestro Derecho en este punto del reconocimiento. Por eso pensamos que debe prevalecer aquélla.

c) *Dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad.*

La impugnación puede verificarla dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad.

«Mayoría de edad», creemos, con la doctrina dominante (108), que ha de tomarse en sentido estricto. Por tanto, el plazo se cuenta a partir de los veintiún años, y no desde la emancipación o habilitación de edad.

Oyuelos (109) dice que si el reconocido desconoce el reconocimiento, el término se contará—a tenor del art. 1 969—a partir de que lo conozca.

Nosotros consideramos el plazo del artículo 133, 3.º, de caducidad. Y pensamos que comienza a correr a partir de la mayoría de edad, aun desconociendo el hijo el reconocimiento. No ignoramos las razones que abonan la opinión de Oyuelos, pero creemos que nuestra solución, siendo admisible a tenor del artículo 133, 3.º, tiene la ventaja, quizá, de limitar prácticamente el poder excesivo concedido al hijo.

La Sentencia de 27-VI-1950 afirma, asimismo, que «la acción de impugnación *caducó* con arreglo al último párrafo del artículo 133 a los cuatro años de cumplir la mayoría de edad el reconocido».

(108) SCAEVOLA, págs. 381 y 382; MANRESA, I, pág. 626; SÁNCHEZ ROMÁN, páginas 1035 y 1038.

(109) Pág. 205.

B) *Reconocido mayor incapaz.*

Cuando se reconozca a un mayor incapaz, pensamos, con Manresa (110) que es razonable suponer que será aplicable el artículo 133, 3.º, y también podrá «en todo caso» impugnar el reconocimiento durante los cuatro años siguientes a la cesación de su incapacidad.

C) *Reconocido mayor capaz, que consintió.*

Algunos, como Sánchez Román (111), afirman que el mayor que consintió el reconocimiento no puede después impugnarlo.

No pensamos nosotros así. Nos parece que, desde luego, podrá impugnarlo aunque lo haya consentido.

Piénsese que, por ejemplo, puede llegar a conocer después del reconocimiento que no es hijo natural de quien lo reconoció, y que, por otro lado, es posible aplicar a este caso lo dicho sobre la posibilidad de que impugne el propio reconocedor aunque hubiese sabido al reconocer que aquel a quien reconocía no era su hijo natural.

Claro que en este supuesto la impugnación no podrá tener lugar «en todo caso», como en los anteriores.

D) *Reconocido mayor capaz, que no consintió.*

Por la propia naturaleza de las cosas hemos concebido el consentimiento del reconocido como condición de eficacia del reconocimiento, que, por tanto, faltando, no destruye éste, sino que sólo impide sus efectos.

Por otro lado, el artículo 133, 3.º, concede al menor que llegue a la mayoría de edad el poder de impugnar el reconocimiento «en todo caso».

Creemos que, ante ello, es razonable entender concedido también al mayor, que reciba noticia de haber sido reconocido y no preste su consentimiento, el poder de impugnar, durante los cuatro años siguientes, dicho reconocimiento. Dándole así la posibilidad, no sólo de mantenerlo en la ineficacia, sino de destruirlo, ya que incluso puede ser para él ofensiva la sola afirmación de ser su padre que el reconocedor hace.

E) *¿Puede impugnar el reconocimiento el reconocido menor o su representante legal en su nombre, o este representante legal en nombre del reconocido incapaz psíquico, antes de que dicho reconocido llegue a la mayor edad o recupere la capacidad?*

Nuestro Código calla. El italiano de 1942 contiene respecto de aquéllo el artículo 264 (112).

(110) I. pág. 627.

(111) Pág. 1038.

(112) Cfr. especialmente sobre el particular Cicu, 1.º, págs. 168 y 169; DRAGO, págs. 539 y ss. También «Giurisprudenza italiana», 1950, I. 2. 195.

Lege ferenda hay razones en pro de la postura negativa lo mismo que de la afirmativa (113).

Nosotros creemos aplicables las normas generales sobre la capacidad de los menores o incapaces y su representación legal. Y con arreglo a ellas, impugnabile el reconocimiento, no «en todo caso», sino cuando haya causa de impugnación.

Contra tal solución no se puede objetar que la acción sea personalísima, ya que puede impugnarse el reconocimiento cualquier perjudicado (art. 138). Ni se puede objetar tampoco que el artículo 133, 3.º, al conceder al reconocido el poder de impugnar en los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, parte de la base de que durante la minoridad no podía hacerlo ni él ni su representante legal a su nombre (114). Porque el artículo 133, 3.º, tiene por fin permitir impugnar «en todo caso», lo cual no excluye, *a contrario sensu*, la posibilidad de la impugnación durante la minoridad, si el reconocimiento es objetivamente impugnabile.

El Código no exige el consentimiento del menor o de su representante legal para el reconocimiento durante la minoridad, pero lo suple—aunque limitadamente—con la autorización judicial (artículo 133, 2.º). Autorización que ya sabemos cómo deberá verse influida por el menor y su representante legal. Luego tampoco la necesidad del consentimiento del menor o de su representante legal justifica que se piense que lo mismo que hasta la mayor edad no se le pide el consentimiento para ser reconocido tampoco se le permite hasta tal mayoría impugnar el reconocimiento verificado.

En pro de nuestra tesis de que el reconocimiento sea impugnabile, se puede alegar que como, en definitiva, sólo la falta de filiación natural impedirá repetirlo (salvo que el reconocedor haya premuerto), y como, probada tal falta, el reconocimiento no debe subsistir, no es lógico exigir que tal impugnación haya de esperar hasta la mayoría de edad del reconocido o la recuperación de su capacidad.

En cualquier caso, no podrá impugnarse a nombre del menor el representante legal que tenga en tal impugnación interés contrario al de aquél (C. c., art. 236, 2.º, y 165).

Excluido queda que el propio autor del reconocimiento pueda impugnarlo en nombre del hijo.

Si el representante legal es, asimismo, un interesado a quien

(113) Lo mismo se puede pensar en C. c., 1.º, pág. 169, «que el autor no puede obrar en nombre propio porque la acción, en caso de que prospere, privaría al hijo de la persona que provee a su mantenimiento, educación e instrucción; y en esta situación, frente al interés superior de la verdad de la relación paterno-filial, puede el legislador haber considerado prevalente provisionalmente hasta que el mismo hijo se halle en grado de juzgar cuál sea su propio interés, el interés del menor que es también el interés social.» Que suponer injusta la espera hasta la mayoría de edad o recuperación de la capacidad para atacar un reconocimiento falso y que, además no beneficie prácticamente al reconocido.

(114) Cfr. Covián, pág. 817.

el reconocimiento perjudique, podrá impugnar en su propio nombre a tenor del artículo 138 (por ejemplo, si es el otro padre).

Cuando el reconocimiento haya cambiado la representación legal del reconocido (así si estaba sometido a tutela y al reconocer el reconocedor adquiriera la patria potestad) no se verificará por el nuevo representante legal, en nombre del reconocido, la impugnación del reconocimiento (prácticamente no será, además, el nuevo representante legal el que desee promover la impugnación).

Parece preferible el nombramiento de un defensor judicial a suponer existente todavía la antigua representación legal a los efectos de impugnar el acto, que de ser realmente impugnable no la debería haber hecho cesar.

No parece que el tutor como tal, al cesar la tutela por el reconocimiento, pueda comprenderse entre los perjudicados por tal reconocimiento, y, sobre el artículo 138, impugnarlo en su propio nombre. Salvo que se entienda que en el ejercicio de su cargo, aunque en beneficio del pupilo, tiene un interés propio, el perjuicio del cual puede derivarse del reconocimiento.

AUTORES Y OBRAS CITADOS (*)

APPIANI: *Sul riconoscimento e sulla dichiarazione di paternità dei figli naturali*, en «Giurisprudenza italiana», 1907, 1, 2, 633 ss.

AUBRY Y RAU: *Cours de droit civil français*, 5.^a ed., tomo IX, rev. por BARTIN.

AZARA: *Diritto delle persone e diritto di famiglia nel progetto di riforma del C. c.*, Roma, 1935.

(*) Lo a continuación inserto no es ni una nota o referencia bibliográfica ni una lista de obras consultadas. Por un lado conocemos la existencia de monografías que no estuvo a nuestro alcance manejar (como ALLARD: *De la condition et des droits de les enfants naturels*, París, 1896; DECOPPET, *L'enfant naturel et son père. Reconnaissance et action en paternité en Droits autrichien, allemand, française et suisse*, Lausanne, 1917; GRIVEAUD: *De la reconnaissance volontaire des enfants naturels en Droit et en Droit comparé*, Dijon, 1909; DABIN: *De la nature juridique de la reconnaissance d'un enfant naturel*, Bruxelles, 1947; etc.). Por otro, hemos consultado más obras, que no creímos útil citar.

Con lo anterior no tratamos de excusar cualquier omisión que pueda pensarse existe o que exista realmente entre los materiales que hemos utilizado. Únicamente queremos advertir que la lista que incluimos es sólo, como su nombre indica, una lista de autores que hemos consultado y aparecen citados en el libro, con indicación del lugar donde emiten las opiniones que recogemos. Su fin es hacer las listas más breves.

Para simplificar éstas las hacemos solamente con el nombre del autor y la página, número o columna, salvo en el caso de que las obras de uno mismo sean varias, en el cual caso, a continuación del nombre de aquél, se inserta, además, un número seguido de un asterisco, correspondiendo el número a la obra indicada con él en esta lista de autores y obras.

- AZZARITTI y MARTÍNEZ: *Diritto civile italiano, secondo il Nuovo Codice*, 2.ª edición, II, Padova, 1943.
- BARASSI: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed. Milano, 1948 (1 *).
- BAUDRY-LACANTINIERIE: *Precis de Droit civil*, 13.ª ed., I, Paris, 1922.
- BEUDANT: *Cours de Droit civil*, 2.ª ed., III, parte II, Paris, 1936.
- BIANCHI (FERNANDINO): *Questioni sul riconoscimento e sulla legittimazione di figli naturali*, Napoli, 1891, separata de *Critica forense*, año I, fascículo VI.
- BIANCHI: *Corso di Codice civile italiano*, 2.ª ed., VI, parte II, Torino, 1908.
- BONET: «Derecho civil», II (Familia y Sucesiones), Madrid, 1940 (1 *).
- BONET: *Comentarios a la jurisprudencia del T. S.*, en «Rev. de Dro. Priv.»; 1943, pág. 453; 1945, pág. 190; 1944, pág. 143, y 1947, pág. 403 (2 *).
- BURON: «Derecho civil español», I, Valladolid, 1898.
- BUTERA: *Il C. C. commentato secondo l'ordine degli articoli*, Libro I, Torino, año 1939.
- CARCIENTE: *De la condition juridique de l'enfant naturel simple en Droit comparé*, 3.ª ed., Paris, 1951.
- CARRESI: *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940 (1 *).
- CASTÁN: «Derecho civil (Notarias)», I, 7.ª ed., Madrid, 1949; IV, 6.ª ed., Madrid, 1944 (1 *).
- CASTÁN: *Comentarios a la jurisprudencia del T. S.*, en «Rev. de Dro. Priv.», 1920, pág. 270; 1925, pág. 71; 1927, pág. 139; 1928, pág. 26; 1930, página 225, y 1931, págs. 90 y 167 (2 *).
- CHIROMI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Torino, 1912, II.
- CICU: *La filiazione*, 2.ª ed., Torino, 1951 (1 *).
- CICU: *La filiazione*, Torino, 1939 (2 *).
- CICU: *In difesa del titolo di stato*, en «Riv. trim. di Dir. e proc. civile», 1950, páginas 285 y ss. (3 *).
- CICU: *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1914 (4 *).
- CICU: *Sui delitti contro lo stato di famiglia*, en «Riv. di Dir. penale», 1934, páginas 149 y ss. (11 *).
- COGLIOLO: *L'azione di disconoscimento della maternità*, en «Scritti varii di Diritto privato», I, 6.ª ed., Torino, 1925, págs. 145 y ss.
- COLIN: *De la protection de la descendance illegitime au point de vue de la preuve de la filiation*, en «Rev. trim. de Droit civil», 1902, págs. 257 y ss.
- COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. I, Madrid, 1922.
- COLIN y CAPITANT: *Cours elementaire de Droit civil française*, 11.ª ed. *refondue et mise au jour par Julliot de la Morandière*, I, Paris, 1947.
- COSATTINI: *Il riconoscimento di figlio naturale*, Padova, 1947.
- COVIÁN: *Hijos naturales*, en «Enciclopedia jurídica española», Seix, tomo XVII.
- COVIELLO LEONARDO: En «Giurisprudenza Italiana», 1893, I, 2, 53 ss. (1 *).
- COVIELLO, LEONARDO: *L'impugnativa del non veridice riconoscimento dei figli naturali*, Napoli, 1891 (2 *).
- DE BUEN: Notas a la trad. esp. del Curso cit. de COLIN y CAPITANT.
- DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II, 1, Madrid, 1952.
- DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, II, Madrid, 1930.
- DEGNI: en *Commentario al C. c.*, dirigido por D'AMELIO, libro I, Firenze, 1940.
- DE MEIS: *Sulla impugnativa del riconoscimento mendace di figlio da parte dell'autore*, en «Foro italiano», 1900, I, 853 ss.

- DEMOLOMBE: *Cours de Code civil*, III, Bruxelles, 1850.
- DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, I, Bruxelles, 1933.
- DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ: *El C. c. interpretado por el T. S.*, II.
- DRAGO: *Legittimazione all'impugnazione per difette di veridicità del riconoscimento di figlio naturale del minore affiliato*, en «Rev. trim. di Dir. e proc. civile», 1950, págs. 539 y ss.
- DUSSI: *Della filiazione e dell'adozione*, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1924.
- ENNECERUS: *Allgemeiner Teil*, I, 1950.
- FALCÓN: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., I, Barcelona, 1901.
- GABRA: *Parere per la verità nella causa D'Avalos*, Napoli, 1891.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, I, Madrid, 1852.
- GIANTURCO: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 2.ª ed., revisada por LESSONA Firenze, 1915. ...
- GÜLDNER: *Die durch arglistige Täuschung bewirkte Anerkennung der unehelichen Vaterschaft*, Marburg, 1934.
- JAÉN: *Derecho civil*, Madrid, 1928.
- JOSSERAND: *Cours de Droit civil positif français*, 2.ª ed., I, París, 1932.
- KIPP: EN ENNECERUS KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., IV, 2.º
- LAGARDE: EN *Comentario a la jurisprudencia francesa*, en «Rev. trim. de Droit civil», 1939, pág. 137, y 1938, pág. 449.
- LUZZATO: *La revoca del riconoscimento di filiazione naturale e la confessione stragiudiziale*, en «Foro Veneto», 1914, 502.
- MANRESA: *Comentarios al C. c. español*, 6.ª ed., I, Madrid, 1943, y II, Madrid, 1945.
- MASSONIE: *De la reconnaissance des enfants illegitimes*, Aix, 1890.
- MIRABELLI: *Parere nella causa della marchesa Del Vaste*, Napoli, 1891.
- MOTIN: *Essai d'une théorie nouvelle sur la nature juridique de la reconnaissance volontaire des enfants naturels*, París, 1934.
- NAVARRO AANDI: *Cuestionario del C. c. reformado*, I, Madrid 1889.
- OYUELOS: *Digesto*, tomo I.
- PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.ª ed. Firenze, 1924, vol. VII, parte II.
- PÉREZ y ALGUER: *Notas a la trad. esp. del Tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF*, I, 2.º
- PÉREZ y CASTÁN: *Notas al Derecho de familia del Tratado*, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, IV, 2.º
- PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil de PLANIOL*, I, 5.ª ed. París, 1950.
- PUGLIATTI: *La simulazione dei negozi giuridici unilaterali*, en «Diritto civile: Metodo, teoria pratica». Saggi. Milano, 1951. Págs. 538 y ss.
- PUGLIESE: *La prescrizione estintiva*, 4.ª ed., Torino, 1924.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. II.
- REBUTTATI: *Di alcune questioni in materia di filiazione e di adozione Forti 1927 (I*)*.
- RICCI: *Corso teorico pratico di Diritto civile*, 2.ª ed., vol. I, parte 2.ª. Torino, 1886.

- RONGA: *Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio*. Torino, 1873.
- RUGGIERO y MAROI: *Istituzioni di Diritto privato*, 8.ª ed. Milano, 1950, vol. II.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., vol. II del tomo V. Madrid, 1898.
- SANTORO-PASSARELLI: *La filiazione naturale nel progetto di C. c.*, en «Studi urbinati», IV, 1930, págs. 5 y ss (1 *).
- SAVATIER (J.): *Comentario*, en *Juris-casseur periodique*. «La Semaine juridique», 1950, 5572 (1 *).
- SAVATIER (J.): *Comentario*, en *Juris-classeur periodique*, «La Semaine juridique», 1950, 5853 (2 *).
- SAVATIER (J.): *Les legitimations de complaisance*, en Dalloz. «Recueil de doctrine, de jurisprudence et de legislation». 1950, págs. 9 y ss. (3 *).
- SAVATIER (R.): *Cours de Droit civil*, 2.ª ed., tomo I. Paris, 1947 (1 *).
- SCAEVOLA: *C. c. comentado y concordado*, tomo III, 5.ª ed. revisada. Madrid, 1943.
- SELLES: *De la contestation pour inexactitude de la reconnaissance des enfants naturels*, Alger, 1945.
- STOLFI (N.): *Diritto civile*, V, Torino, 1921.
- TORRES AGUIAR: *La anotación de reconocimiento de hijo natural*, en «R. Crit. Derecho Inmobiliario», 1952. Págs. 47 y ss.
- TRABUCCHI: *Istituzione di Diritto civile*, 5.ª ed. Padova, 1950.
- VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed. Valladolid, 1926, tomo IV.
- VENZI y FRANCO: *Notas a las Instituciones de PACIFICI-MAZZONI*.
- VERNETTI: *La impugnabilità del disconoscimento di paternità in base alla exceptio plurimum concumbentium*, en «Il Nuovo Diritto», 1941. Págs. 2 y ss.
- ZACHARIAE-CROME: *Manuale di Diritto civile francese*. Trad. italiana, vol. III. Milano, 1908.

Notas sobre los albaceas y contadores partidores

Analogías y diferencias

IGNACIO SAENZ DE SANTA MARIA TINTURE

Notario

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Independencia de los cargos de albacea y de contador partidor. 2. No puede hablarse del cargo de comisario como "tertium genus". 3. Objeto de este trabajo.—II. *La ejecución testamentaria en la Historia*: 4. Derecho romano. 5. Derecho germánico. 6. Influencia de la Iglesia. 7. Derecho español.—III. *Naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria*: 8. Teoría que considera al albacea como sucesor «mortis causa» del causante. 9. Teoría del cuasi-contrato. 10. Teoría del arbitraje. 11. Teoría de la tutela. 12. Teoría del oficio. 13. Teoría de la representación: a) Representante del testador. b) Representante de los legatarios. c) Representante de los herederos. d) Representante de la herencia. e) Representante múltiple. f) Representante legal. 14. Teoría del órgano. 15. Teoría de la delegación. 16. Teoría del mandato.—IV. *Capacidad para desempeñar los cargos de albacea y de contador partidor*: 17. Capacidad para ser albacea. 18. Capacidad para ser contador partidor.—V. *Facultades de los albaceas y de los contadores partidores*: 19. Carácter testamentario de estos cargos. 20. Facultades de los albaceas según el Código civil. 21. Facultades de los contadores partidores según el Código civil: a) Adjudicaciones por razón de deudas. b) Liquidación de la sociedad de gananciales. c) Colación-adjudicación de bienes a un heredero con la obligación de abonar diferencias en metálico.—VI. *Analogías y diferencias entre los cargos de albacea y de contador partidor*: 22. Posición de la Jurisprudencia. 23. Nuestra opinión.

I

INTRODUCCIÓN

1. *Independencia de los cargos de albacea y de contador partidor.*

Tanto los cargos de albacea como de contador partidor, a que se refiere nuestro Código civil, son cargos que, basados en la *fiducia* o confianza, tienen por finalidad la ejecución de las disposiciones testamentarias. De aquí la denominación de *ejecutores testa-*

mentarios con que suelen designarse las personas que ejercen dichos cargos, denominación que, aunque casi siempre aplicable a los albaceas, no vemos inconveniente en admitirla también para los contadores partidores.

Nuestro Código civil vigente regula el cargo de *albacea* en los artículos 892 y siguientes que constituyen la sección undécima del Capítulo II del Título LII del Libro III, sección que figura bajo la rúbrica general «De los albaceas o testamentarios», y que se inicia con el artículo 892, a cuyo tenor:

«El testador podrá nombrar uno o más albaceas.»

No es solamente en esa sección en donde trata el Código civil de los ejecutores testamentarios, sino que en el artículo 1.057 aparece recogida otra manifestación de la *fiducia* testamentaria. En efecto, según dicho artículo:

«El testador podrá encomendar por acto *intervivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.»

La Jurisprudencia y la doctrina (1) dan la denominación de *contador-partidor* a la persona designada por el testador para hacer la partición conforme al artículo antes transcrito.

A pesar de la separación con que el Código civil regula ambas clases de cargos, la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General, los ha equiparado con frecuencia, considerándolos de naturaleza semejante y a veces idéntica.

Expresión de este criterio es la Resolución de 5 de febrero de 1908, confirmada por otra de 1917, en las que se declara que el cargo de contador *no es esencialmente diferente del de albacea*, ni se distingue de éstos más que por razón del trabajo especial que se les encomienda, pero sin que esto modifique el carácter único que les presta la confianza del testador, por lo cual se aplican a los contadores las mismas normas de funcionamiento que a los albaceas.

En el mismo sentido, la sentencia de 23 de octubre de 1923 declara que «si bien los cargos de albaceas testamentarios y de contador-partidor pueden ser análogos en cuanto a su especial funcionamiento, pueden ser distintos en lo que se refiere a la especialidad de los trabajos que a éstos se encomiendan».

(1) CASTÁN. *Derecho civil. Notarías*, t. IV, pág. 207.

La sentencia de 7 de enero de 1942 llega a una *total equiparación* entre ambos cargos, ya que en uno de sus considerandos habla de que «los albaceas o partidores testamentarios reciben sus facultades del testador con arreglo al artículo 1.057 del Código civil»

Y la sentencia de 5 de julio de 1947, siguiendo esta misma orientación, considera que, «cuando a los albaceas universales está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, *no por ello ostentan dos cargos*, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al artículo 901 del Código civil, cuantas facultades conducentes al cumplimiento de las disposiciones testamentarias no sean contrarias a las leyes, y aun en el caso de que el testador encomiende la simple facultad de la partición a personas distintas, el cargo de éstas no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, distinguiéndose sólo por la especialidad del trabajo que se les encomienda».

Pudiera parecer, a la vista de este criterio jurisprudencial, que los cargos de albacea y contador-partidor son en realidad uno solo. Pero su regulación separada en el Código civil nos obliga a pensar que esta equiparación no puede ser tan absoluta que ambos vengan a refundirse, como parecen indicar las últimas sentencias citadas. Por eso creemos que aunque entre ambos cargos haya grandes analogías, no puede pensarse que sean idénticos. A señalar sus analogías y diferencias va encaminado este trabajo, ya que aunque es muy frecuente—y acaso ello haya dado lugar a la orientación jurisprudencial indicada—que los testadores refundan ambos cargos en una sola persona, tienen los mismos, a nuestro juicio, la suficiente individualidad para poder distinguirlos.

2. *No puede hablarse del cargo de comisario como «tertium genus».*

Frente a este criterio de equiparar los cargos de albacea y de contador-partidor, la misma Jurisprudencia y aun parte de la doctrina *tratan de dar autonomía propia a otro cargo distinto* de aquéllos, basándose en la terminología que emplea el artículo 1.057 del Código civil en su segundo párrafo. Y así se habla del cargo de *comisario*, como existente con independencia de los de albacea y contador-partidor.

Así Taullet (2), comentando la sentencia de 3 de diciembre de 1931, parece mostrarse partidario de la diferenciación entre los tres cargos de *albacea, contador-partidor y comisario*, sosteniendo que cada una de estas instituciones tiene su función propia y su cometido especial, y que el emplear tales conceptos como sinónimos puede dar lugar a confusiones y hasta a hacer nula la institución.

El Tribunal Supremo ha reconocido trascendencia a la distin-

(2) *Rev. Crítica*, 1932, pág. 629.

ción entre el cargo de contador-partidor y el de comisario en la sentencia de 24 de marzo de 1928, en la que se declara que "dicho artículo 1.057 tiene dos párrafos, el segundo de los cuales es inducible que se refiere *únicamente al comisario* y no a todos los albaceas o contadores-partidores (de nuevo vemos aquí la equiparación a que aludimos), a los que alude el primero, siendo las funciones de aquél especiales y diferentes de las de éstos, siquiera tengan mucho de común entre uno y otros». Pero a pesar de apuntar que existen estas diferencias no nos dice cuáles sean éstas.

Nosotros, coincidiendo en este punto con Castán (3), no acertamos a ver clara la distinción que la sentencia citada pretende establecer entre los contadores-partidores y los comisarios, suponiendo que se refieran, respectivamente, a cada uno de estos cargos los párrafos primero y segundo del citado artículo 1.057.

Para nosotros *no hay tal distinción*, y los contadores-partidores de que habla en el uso corriente *no son otra cosa que los comisarios a que se refiere el artículo 1.057*.

La cuestión en este punto aparece oscurecida porque se ha querido interpretar la referencia al comisario que hace el citado párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, basándose en una regulación jurídica hoy derogada.

En efecto, el Código civil emplea la palabra *comisario* en dos artículos, el 670 y el 1.057. Ello responde a las dos acepciones en que puede entenderse el concepto de comisario:

- a) Como «facedor» del testamento.
- b) Como simple autor de la partición de la herencia.

La primera acepción es la que recoge el artículo 670. Este artículo, con la palabra *comisario*, se refiere al antiguo «facedor» del testamento. Y en esta acepción no puede entenderse hoy día el cargo de comisario, toda vez que el citado artículo, al disponer que:

«El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de *comisario* o mandatario.»

impide la existencia del testamento por comisario, y, por tanto, que la referencia al comisario que hace el párrafo segundo del artículo 1.057 pueda ser entendida en este sentido.

En la segunda acepción aparece empleada la palabra *comisario* en el segundo párrafo del artículo 1.057. Aquí el *comisario* ha perdido toda facultad para ordenar el testamento y sólo tiene «la simple facultad de hacer la partición». Queda así reducido a un simple *contador-partidor* de atribuciones estrictamente limitadas a las operaciones particionales, como claramente subraya el adjetivo *simple* anteponesto a la facultad de hacer la partición.

El concepto queda, por otra parte, perfectamente aclarado si

(3) *Rev. Der. Priv.*, 1930, pág. 228.

nos fijamos en la redacción del párrafo segundo del citado artículo 1.057 en sus comienzos. Comienza dicho párrafo diciendo que:

«Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará...»

Y tanto este artículo (es decir, el art. 1.057, en su párrafo primero) como el anterior—el art. 1.056—están destinados a *permitir que se haga la partición de la herencia*, bien por el propio testador (artículo 1.056), bien por otra persona que éste designe (párrafo primero del art. 1.057). Esta persona es precisamente el comisario y la única diferencia entre ambas clases de partición—y ésta es la razón de ser del famoso segundo párrafo—está en que en la realizada por el comisario cuando existe algún menor o sujeto a tutela, y como una mayor garantía, se requiere el inventario con citación de las personas que el precepto indica (4).

Por tanto, podemos decir que los cargos de contador y de comisario *son uno solo y el mismo* y no hay ninguna diferencia entre ellos. Y es digno de tener en cuenta, para resolver acertadamente esta cuestión, que no es el Código civil el que emplea dos denominaciones distintas, sino que sólo *emplea una, la de comisario*. Para nada habla de contador-partidor, porque para él *el contador-partidor es el comisario*. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han creado esta última denominación, como antes dijimos, y las que se han creído en la necesidad de diferenciar dichos dos cargos, que para nada diferencia el Código civil (5).

Y no cabe alegar contra lo que venimos sosteniendo que el comisario, aunque hoy no sea el «facedor» del testamento, «tiene plenas facultades de ejecución testamentaria» (6), porque cuando esto ocurre es porque al cargo de comisario, cuya única misión, como

(4) Esta garantía que el precepto quiso establecer ha quedado en la actualidad reducida a un mero formulismo que nada garantiza. En efecto, antes se estimaba (Res. 18 agosto y 21 diciembre 1909 y 22 julio 1912) que la práctica de esta citación debía justificarse en forma auténtica o fehaciente, pero en la actualidad (Res. 7 marzo 1914 y 30 abril 1917) se considera que es suficiente que conste verificada, aunque sea por mera confesión de los interesados (lo que puede ser aceptable) o por mera afirmación del mismo Comisario (lo que es totalmente inaceptable si es que se quiere que dicha citación e inventario sirvan para algo).

(5) Creemos que acaso sea preferible seguir empleando la dicción del Código civil y hablar solamente de *comisario*, pero, dado lo arraigado que está en el uso corriente la denominación de contador partidor, y para evitar confusiones, empleamos en los testamentos que autorizamos la denominación conjunta de comisario-contador-partidor, aunque ello suponga hacer perder su sabor a la castiza expresión de comisario, de tanto arraigo en nuestro Derecho histórico; pero, en cambio, nos sirva para aclarar la función de éste en nuestro Derecho actual, que es la de «contar y partir» y no la de hacer el testamento.

(6) ROCA SASTRE, *Estudios*, t. II, pág. 405.

veremos y ya dijimos, es la de hacer la partición, se le ha unido el de albacea.

3. Objeto de este trabajo.

En el presente trabajo trataremos de indicar cuáles son las analogías y diferencias que existen entre los cargos de albacea y de contador-partidor, únicos existentes, a nuestro juicio, una vez que no hay base, como hemos dicho, para mantener la autonomía del cargo de comisario.

Para el estudio de estas analogías y diferencias vamos a referirnos, aunque sea someramente, a las siguientes materias:

- a) La ejecución testamentaria en la historia.
- b) Naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria.
- c) Capacidad para el desempeño de los cargos de albacea y de contador-partidor.
- d) Facultades que con arreglo al Código civil tienen unos y otros.

Estudiadas estas materias, ya tendremos una base para señalar cuáles son esas analogías y diferencias, porque es indudable que para señalar las semejanzas y las diferencias que pueden existir entre dos cosas (dos cargos en nuestro caso), hay que saber primero cuáles y cómo son estas cosas para después establecer la comparación.

Pondremos punto final al trabajo indicando esas analogías y diferencias.

II

LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA EN LA HISTORIA

4. Derecho romano.

Al estudiar los orígenes de la ejecución testamentaria, es corriente afirmar que la misma fué desconocida en el Derecho romano. Así, por ejemplo, Castán (7) afirma rotundamente que «el Derecho romano no conoció la institución de los ejecutores testamentarios».

Sin embargo, cabe encontrar en dicho derecho ciertas instituciones que pueden considerarse como precedentes de la ejecución testamentaria.

Así, May (8) atribuye el albaceazgo al Derecho romano, encontrando su origen en el «familiae emptor». Dicho autor explica esta institución de la siguiente forma: En previsión de una muerte inminente un ciudadano podía adoptar sobre el campo sus últimas voluntades. Para ello recurría a un expediente, «la mancipatio familiae». El que quería disponer de sus bienes mancipaba éstos a un amigo: la «mancipatio fiducia», y el designado no

(7) Obra citada, pág. 578.

(8) *Derecho romano*, pág. 523.

adquiría los bienes para él, sino para entregarlos a las personas nombradas por el testador. El «familiae emptor» no era, por tanto, un heredero, sino que se limitaba a ocupar el puesto de éste *en tanto fuere preciso para la ejecución de la voluntad del causante* de quien era mandatario, o en otros términos: *ejecutor testamentario*.

A igual consecuencia llega Petit (9) estudiando la evolución del testamento «per aes et libram» y del papel que en el mismo desempeñaba el mencionado «familiae emptor». Así, en un principio, la «mancipatio» de los bienes de la herencia hecha por el causante a su favor suponía la transmisión de la propiedad (10), pero como consecuencia del fin concreto que mediante tal acto se perseguía, el «emptor», aun con el carácter de heredero, ante al ley *contraía la obligación moral de entregar los bienes de la sucesión al verdadero heredero*, cuyo nombre le era comunicado por el testador.

No hay duda de que existen analogías entre las funciones del «emptor» y las del albacea, puesto que ambos cargos responden al mismo concepto (la confianza que el designado inspira al testador) y obedecen a un mismo fin, cual es el de servir para asegurar el tránsito de los bienes que integran la sucesión al heredero.

En el Derecho clásico, al quedar reducida la «mancipatio» a una simple formalidad, el «familiae emptor» queda a su vez reducido al papel de simple testigo, no siendo ya posible asimilarle a la figura de un ejecutor testamentario.

Otra institución en la que pueden encontrarse precedentes de la ejecución testamentaria es la de los *fideicomisos*, como apunta Genuard (11).

Sin entrar en el estudio de la interesante figura del fideicomiso romano, hemos de limitarnos a indicar que la existencia de la misma fué debida, como dicen Jors y Kunkel (12), al propósito del testador de favorecer con alguna liberalidad mortis causa a personas incapaces de recibirlas. Haciendo la institución a favor de estos incapaces por medio del fideicomiso, el testador lograba sus propósitos sirviendo los instituidos fiduciarios de personas interpuestas, que aseguraban el tránsito de los bienes del causante al verdadero heredero o legatario a través del designado nominalmente en el testamento.

Si bien, en principio, el fideicomiso estaba totalmente desprovisto de protección jurídica, basándose únicamente en razones de orden moral, más tarde, sobre todo a partir de Augusto, fué adquiriendo fuerza y efectividad jurídica, hasta llegar a confundirse totalmente con los legados a partir del Senadoconsulto Neroniano.

Llegada a este estado de la evolución, se comprende cómo el

(9) *Tratado elemental de Derecho romano*, pág. 515.

(10) Según VISMARA, primero, incluso antes de morir el causante, y después, a la muerte de éste.

(11) *Historia del Derecho italiano*, t. II, pág. 551.

(12) *Derecho privado romano*, pág. 501.

heredero queda, en cuanto a los legados, en una posición jurídica semejante a la del fiduciario, y éste a la del albacea autorizado para el pago de mandas.

Estas someras indicaciones nos ponen de manifiesto, como dice Pacifici, que si bien el nombre de ejecutor testamentario es extraño al Derecho romano, existen en este Derecho instituciones jurídicas que pueden considerarse como precedentes de los ejecutores testamentarios conocidos en los derechos modernos, y que en cierto modo venían a cumplir finalidades análogas a las de éstos.

5. *Derecho germánico.*

En el Derecho germánico, la institución de la ejecución testamentaria parece encontrar su origen en la figura del fiduciario (*Salmann*). Primitivamente la institución respondió a la finalidad de disponer de los bienes para después de la muerte, imposible en el Derecho germánico, habida cuenta la inexistencia del testamento y la existencia del principio de la devolución total de la herencia a los herederos de sangre.

Para conseguir la indicada finalidad no había otro recurso que el de acudir a una verdadera enajenación entre vivos, reservándose el disponente el goce de los bienes hereditarios, y aplazándose la efectiva transferencia al momento de la muerte. Por esto, que era sencillo tratándose de una sola persona a la que se quería beneficiar, suponía una mayor complicación cuando en vez de una eran varias las personas, y, por lo tanto, varias las disposiciones que querían otorgarse.

Ante la dificultad de llevar a cabo un acto especial (con sus rigurosos formalismos) con cada beneficiario, se acudió al expediente de transmitir todos los bienes a persona de confianza (*Salmann*), quien después de muerto el disponente se encargaba de distribuir el patrimonio ficticiamente adquirido en el modo y entre las personas designadas por el disponente.

En fase más adelantada de su evolución el *Salmann* ya no es un medio absolutamente necesario al que hay que recurrir para disponer de la herencia, sino que más simplemente *es un ejecutor de la voluntad del difunto*. La investidura no es necesaria, y en cuanto a sus facultades son las determinadas por el disponente. Los destinatarios de los bienes son protegidos por medios jurídicos especiales (13). El *Salmann* adquiere entonces la fisonomía de un ejecutor testamentario a través de instituciones típicas, como la «*affatomia*» de la Ley Sállica, cuyo funcionamiento está dividido en tres etapas: una previa de disposición ante el «*mallus*», asamblea del pueblo; otra, intermedia, una vez muerto el disponente («*sessio triduana*»), y otra final, de nuevo ante la asam-

(13) Como también lo fueron los fideicomisarios en el Derecho romano, según indicamos.

blea, durante la cual el *Salmann* declara solemnemente quiénes son los destinatarios de los bienes, y les hace entrega de la «festa», transmitiéndoles así simbólicamente la herencia.

6. *Influencia de la Iglesia.*

A juicio de Caillemer (14), si bien fué producto la institución del albaceazgo de la influencia de algunas ideas germánicas y de ciertos recuerdos del Derecho romano (el *Salmann* y el fiduciario, a los que ya nos hemos referido), obedeció la misma, más que nada, a la influencia cristiana y fué una creación de la Iglesia.

En la época intermedia, la Iglesia apoya fuertemente todas las instituciones que tienden a garantizar el cumplimiento de la ejecución testamentaria, admitiendo, por una parte, la eficacia de encargos secretos, y, por otra, encomendando a los órganos eclesiásticos, especialmente a los Obispos, funciones fiscalizadoras en orden al cumplimiento de las disposiciones piadosas.

Es precisamente merced a la influencia del Derecho canónico, y ya en plena época medieval, cuando el instituto de la ejecución testamentaria adquiere perfiles propios e independientes. Roguin (15) llega a decir que el ejecutor testamentario «es una invención de la Iglesia».

La función práctica de los ejecutores testamentarios a través de las formas jurídicas indicadas era muy amplia. Tomaban posesión de la herencia, la liquidaban, cobraban los créditos, pagaban las deudas y *distribuían los bienes entre los herederos*, constituyéndose (una vez revelada la voluntad que les había confiado el testador) en un verdadero Tribunal, ante el cual los herederos, legatarios y acreedores hacían valer sus derechos.

7. *Derecho español.*

En nuestra Patria, aparte de las breves referencias que hacen al albacea el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla, es en el Código de las Partidas donde la institución adquiere caracteres propios.

Las funciones de los albaceas en Las Partidas quedan circunscritas, casi principalmente, a la entrega de mandas y legados, *apareciendo separados de la práctica de la partición*.

Pero con la finalidad de evitar, como dice Roca Sastre (16), que el caudal de los pupilos y huérfanos se disipase en costas judiciales causadas por los padres generales de menores y defensores de ausentes, una Real Provisión de Carlos IV, de 4 de noviembre de 1791, completada por otra de 20 de enero de 1792,

(14) *Origines et developpements de l'exécution testamentaire.*

(15) *Tratado de Derecho civil comparado*, t. IV, pág. 181.

(16) *Tratado de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 623.

concedió permiso a los testadores para que facultasen para la formación de los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes a los albaceas que señalasen como sujetos imparciales. Estas particiones debían ser presentadas al Juzgado para su aprobación y protocolización, siempre que no se hubiesen presentado reclamaciones.

Estos *contadores-partidores* no eran considerados como cosa distinta de los *albaceas*, pues se entendía que entre las facultades que el testador podía atribuirles una era la de enajenar bienes hereditarios, y así, a base de la confusión, tan corriente, entre la enajenación y la partición, se estimaba que la facultad de partir no era más que una prolongación de la facultad de enajenar.

Y así llegamos al Código civil, que, como indicamos, recoge la figura del albacea, que regula en los artículos 892 y siguientes, y, además, en precepto aparte, la figura del contador-partidor, al que dedica el artículo 1.057.

Después de la breve ojeada histórica que hemos hecho, vemos cómo los cargos de albaceas y contadores-partidores aparecieron unidos y sin que existiese distinción entre ellos. Fué el Código civil quien primeramente los separó en la forma que indicamos.

III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA.

El problema de cuál sea la naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria es uno de los más discutidos en la dogmática del Derecho civil.

Las teorías que acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria se han formulado por los autores son múltiples; lo que nos revela que ninguna de ellas ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál sea esa naturaleza jurídica.

Vamos a exponerlas a continuación, haciendo al mismo tiempo su crítica; para tratar de llegar así a la teoría que, a nuestro juicio, debe ser admitida, por ser la que de modo más satisfactorio resuelve la cuestión.

8. Teoría que considera al albacea como un sucesor «*mortis causa*» del causante.

Esta teoría atribuye al ejecutor testamentario el rango de *fideuciario* (en sentido técnico), bien remitiéndose a la teoría romana del fideicomiso (17) o bien con referencia a la figura germánica del *Salmann* (tesis de Kohler).

Sin desconocer el valor de esta teoría, desde el punto de vista histórico, como hemos visto, hoy se debe considerar como inca-

(17) Asi. DURANTON, en «*Speculum iuris*».

paz para construir, en el terreno del Derecho positivo, la figura del albacea actual. El fideicomiso romano degeneró en la sustitución fideicomisaria medieval (18), que es la institución que las legislaciones modernas han recogido, bien para admitirla dentro de ciertos límites (19), bien para rechazarla. Y es evidente que el ejecutor testamentario no puede, a diferencia del fiduciario, *disfrutar para sí los bienes de la herencia* durante un período de tiempo determinado, pues aunque tenga facultad para posesionarse de los bienes, si así lo ordenó el testador (20), ha de *rendir cuentas de sugestión* al terminar la misma (21), no pudiendo quedarse con los beneficios que de dichos bienes se obtengan.

Bonfiglio (22) piensa en la posibilidad de *equiparar el albacea a un heredero o legatario sobre el que pesase la carga (obligación personal) de restituir los bienes a un tercero*. Como dice dicho autor, la semejanza es grande en algunos casos, en cuanto que si el albacea está facultado para entrar en posesión de los bienes de la herencia, y entre ellos figura dinero, es evidente que dicho dinero se confundirá con los demás elementos de su propio patrimonio, viniendo obligado dicho albacea a restituir solamente el sobrante después de haber atendido a las órdenes del testador. Es, además, posible—añade—que las cargas que se impongan a un heredero o legatario sean de tal índole que absorban totalmente el valor de lo por él adquirido.

En el derecho moderno, sin embargo, no cabe, como el mismo Bonfiglio indica, considerar al ejecutor testamentario como a un sucesor a título universal o particular, gravado por una carga. Aun cuando en principio el valor de la carga impuesta a un heredero o legatario modal absorba totalmente el beneficio que aquél haya de obtener de la sucesión, cabe siempre que obtenga una ventaja, si, por ejemplo, la carga resulta de hecho inferior al valor de los bienes adquiridos o si la obligación modal se extingue por cualquier causa. Esta es así porque a su favor, en todo caso, *hay ordenada una efectiva atribución patrimonial*.

En cambio, el ejecutor testamentario sólo tiene derecho a aprehender los bienes hereditarios *en cuanto que sirvan para la ejecución del encargo*, estando en cualquier caso prohibido apropiarse un mínimo de valor patrimonial. Por eso debe rendir cuentas de las sumas o de los bienes de que se hizo cargo, siendo en todo caso deudor del residuo. Paralelamente el albacea no responde en ningún caso, frente a terceros, de las deudas y cargas de la herencia. Es principio fundamental en esta materia que el desempeño

(18) Ver sobre distinciones entre los fideicomisos y la sustitución fideicomisaria a GONZÁLEZ PALOMINO en *Enajenación de bienes pseudosufructuaria*, Anales, t. V., pág. 858.

(19) Que es lo que hace nuestro Código civil en sus arts. 981 y sigs.

(20) Art. 901 del Código civil.

(21) Art. 907 del Código civil.

(22) *La ejecución testamentaria*.

de su cargo debe dejarle *patrimonialmente indemne*, salva su obligación de indemnizar los daños y perjuicios que hubieren podido derivarse de su conducta dolosa o negligente.

Gluck opina que la tesis de Bonfiglio cuando considera al ejecutor testamentario, cuando digo como un sucesor, puede resultar cierta para el caso de que el albacea sea al propio tiempo heredero y existan también otras personas con derecho a la sucesión en forma de legatarios.

Pero en este caso si el albacea es un sucesor *no es por ser albacea, sino porque es heredero al mismo tiempo*. Nada impide en nuestro derecho positivo nombrar heredero al albacea, o si se prefiriere, albacea al heredero.

Todos los razonamientos indicados para negar al albacea el carácter de sucesor del causante son aplicables, y aun con mayor razón, al *contador partidador*, ya que éste no ha de tomar posesión de los bienes, sino que ha de limitarse a la «simple facultad» de hacer la partición.

Y, además, tampoco cabe en este supuesto la hipótesis que Gluck plantea, ya que, conforme a lo que dispone el artículo 1.057 del Código civil, *no cabe que un heredero sea al mismo tiempo contador-partidador*.

9. Teoría del cuasi-contrato.

Sostenida por Vitali (23), se advierte en seguida su inadmisibilidad.

No sólo porque la figura del cuasi contrato es en sí misma anticientífica (24) y poco clara, por lo que no resulta muy adecuado acudir a ella para explicar otra institución diferente, sino, además, porque el cuasi contrato de gestión de negocios, único con el que pueden guardar semejanza los cargos de albacea y de contador-partidador, se caracteriza porque en él las obligaciones del gestor *surgen directamente*, como consecuencia de su iniciativa y en *virtud de la ley* (25), mientras que en dichos cargos es de *la iniciativa del testador y de sus disposiciones* de donde brota la eficacia de los mismos.

10. Teoría del arbitraje.

Siguen esta teoría Leyser, Koshurt y Hellerbeldel, entre otros.

Consideran los partidarios de esta teoría que *el albacea es un árbitro* encargado de dirimir las diferencias que en el cumplimiento del testamento pueden suscitarse entre herederos y legatarios.

Se objeta a esta teoría, con acierto a nuestro juicio, que las atribuciones que en mayor o menor medida pudieran equipararse

(23) *De la ejecución testamentaria en el Derecho civil italiano*.

(24) Ver lo que sobre el particular dice CASTRÓN CIL., pág. 417. t. IV.

(25) Art. 1.888 Código civil.

a las arbitrales, no son las que forman parte del cometido habitual de los albaceas. Además, esta teoría no puede tener más que valor metafórico, porque sólo por una ficción puede pensarse que en la sucesión existe una colisión de derechos que requiera a la intervención conciliadora o dirimente del albacea, porque, o esa hipótesis no se da, por existir acuerdo entre los herederos, o si se da la colisión, los albaceas resultan incapaces para resolver nada con carácter *definitivo*, ya que no ostentan poderes jurisdiccionales propiamente dichos, y siempre quedará a los instituidos expedita la acción para reclamar contra los agravios que se les hayan podido inferir, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.073 y siguientes del Código civil.

Por otra parte, y dado lo dispuesto en el artículo 1.809 del Código civil y siguientes, el contrato de arbitraje, como apunta Gómez Morán (26), y en el caso de los albaceas, se ignora entre quiénes puede suponerse establecido. En efecto, cabe preguntarse si es entre el testador y los herederos; si lo es entre el testador y el albacea, y, finalmente, si lo es entre el albacea y los herederos.

El albacea no actúa como árbitro entre el testador y los herederos, porque no hace otra cosa que cumplir y hacer que se cumpla la voluntad del primero, ley fundamental de la sucesión; tampoco interviene en las diferencias que pudieran existir entre él y el "de cuius", que por hipótesis no pueden existir; ni, finalmente, cabe la posibilidad de una discordia entre el albacea y los herederos, pues los intereses de aquél quedan al margen de la sucesión, y, además, no iba a ser al mismo tiempo juez y parte.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, tal equiparación no es posible, y el Tribunal Supremo (27) se ha mostrado contrario a la misma.

Con relación al *contador partidor* parece que la Resolución de 28 de marzo de 1944 (28) acepta la teoría que aquí exponemos, ya que habla de conferir al contador «la facultad de dictar resoluciones de tipo arbitral».

Con Roca Sastre (29) creemos que si con ello se entiende referirse a la facultad *interpretativa*, que en el fondo es de carácter *declarativo*, nada hay que objetar. Esta facultad interpretativa tanto puede comprenderse en la facultad de hacer la partición que se confiere al contador-partidor, como a una persona no encargada de hacer la partición; es decir, al albacea, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 901 del Código civil.

Pero si el concepto de *función arbitral* se toma en el sentido que quiere esta teoría que estamos criticando; es decir, como una facultad de *determinación o decisión*, con la fuerza propia de un

(26) *El ejecutor testamentario en el Derecho comparado*, pág. 108.

(27) La Sent. de 27 de mayo de 1915 niega terminantemente el carácter de árbitro asignado a los albaceas.

(28) *Anuario de la Dirección*, pág. 435.

(29) En sus citados *Estudios de Derecho privado*, t. II, pág. 411.

laudo dictado por amigables componedores, no creemos posible ni admisible tal función de arbitraje.

Dentro de la facultad interpretativa—bien aislada, bien conectada con la facultad de hacer la partición—va insita una facultad de decisión de tipo declarativo, como se desprende de la Resolución de 23 de julio de 1925, pues interpretar *es resolver o decidir sobre una cuestión dudosa*. Pero en todo caso, y como límite, es indudable que la decisión del contador-partidor o del albacea *no ha de causar estado*, o, como dice el artículo 733 del novísimo Código italiano, *no ha de vincular a los herederos o interesados en la herencia*, quienes, como ya hemos dicho, siempre tienen la posibilidad de acudir a los Tribunales, impugnando la partición o la interpretación dada por el contador partidor o por el albacea.

No es posible, por tanto, asignar el carácter de árbitros ni a los albaceas ni a los contadores partidores. En nuestro sistema el albacea o el contador partidor podrá ser un *arbitrarius familiae eriscundae*; pero con un poder interpretativo o declarativo subordinado siempre a la reclamación impugnativa ante los Tribunales, ante quienes tal reclamación habría de ventilarse. Es decir, que la decisión de dichos albaceas y contadores *no equivaldrá nunca a una sentencia firme*. Que es precisamente lo que los partidarios de esta teoría creen resulta de la actuación de los ejecutores testamentarios (30).

11. Teoría de la tutela.

Algunos autores antiguos, y entre los modernos Windscheid, han equiparado el albaceazgo a la tutela, fundándose en que el ejecutor, lo mismo que el tutor, está encargado del cuidado de bienes de quienes no pueden actuar su voluntad por sí mismos.

(30) ROCA SASTRE, en sus citados *Estudios*, t. II, pág. 412, cree que debe considerarse ilícita, y por lo tanto como no puesta, la condición que impusiera inapelablemente la aceptación de la decisión de un ejecutor testamentario para la efectividad de una adquisición sucesoria.

A nuestro juicio, en esta materia hay que hacer la distinción que el T. S. ha señalado con reiteración tratándose de la cláusula testamentaria que impone la prohibición de promover la intervención judicial en una testamentaria. Esta cláusula, según la Jurisprudencia de dicho Tribunal, «obliga sólo a los herederos voluntarios y a los legatarios de parte alicuota, pero no obsta a que los herederos forzosos promuevan el juicio voluntario de testamentaria» (Sent. 11 julio 1905, entre otras). Nosotros creemos que, con un criterio análogo, la cláusula de que habla ROCA no produciría efecto tratándose de herederos forzosos, pero sí tratándose de herederos voluntarios. La razón es sencilla. Si el testador impone esa cláusula a los herederos voluntarios, éstos han de pasar por la misma y aquél puede perfectamente imponerla, toda vez que el que dichos herederos lo sean o no depende únicamente del arbitrio del testador, quien, por lo tanto, puede imponer a su adquisición hereditaria las limitaciones o condiciones que estime. Otra cosa sucede tratándose de herederos forzosos, ya que aquí el testador no puede imponerles condiciones que ocasionen limitaciones o gravámenes a su legítima, que es una institución de derecho necesario, coactiva e inderogable. (Ver PORPETA, *Naturaliza jurídica de la legítima*. Conf. Colegio Notarial de Barcelona, 1046, pág. 151.)

Esta teoría estuvo en boga en los siglos XVI y XVII, en cuya época era corriente la frase: «executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur». Se consideraba al albacea como a una especie de «curator bonorum».

Esta equiparación no puede sostenerse no sólo en cuanto se refiere al albacea, sino también en lo referente a los contadores-partidores, ya que puede ocurrir que aquéllos tengan meramente funciones de tipo piadoso, y estando estos últimos limitados a la simple facultad de hacer la partición, *no existen facultades de administración* que pudieran hacernos pensar en tal analogía.

Y además, si bien es cierto que la Jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General de los Registros, ha dicho con reiteración que mientras subsistan las facultades de los albaceas o de los contadores, no pueden actuar los herederos en la materia a aquellos asignada por el testador (31), esta limitación no está basada en una incapacidad, sino que se trata meramente de una prohibición impuesta en interés de dichos herederos.

Por lo que a nuestro derecho se refiere, el Tribunal Supremo ha dicho terminantemente que no hay tal analogía entre la tutela y el albaceazgo (32).

12. Teoría del oficio.

Esta doctrina ha alcanzado gran difusión en Italia y es patrocinada principalmente por Messineo.

Para este autor el concepto técnico de «oficio» se integra por las siguientes características:

1.º Actuación *en interés ajeno*, que generalmente se traduce en una función de gestión referida a un patrimonio.

2.º Actuación *vinculada*, en el sentido de que el titular del oficio tiene el deber de actuar en orden al cumplimiento del fin que constituye la «ratio» de su existencia.

3.º Atribución de un *poder sobre una esfera de derecho ajena*, poder que no emana de la voluntad del sujeto a que directamente se refiere la actividad del titular del oficio, sino que deriva directamente de la ley, de una voluntad superior o de una orden de los órganos jurisdiccionales.

4.º Actuación *en nombre propio*. La actuación en nombre ajeno es propia del representante, en sentido estricto, que actúa facultades que derivan directamente de la voluntad del representado. No obstante, se admite que la actuación del titular del oficio se

(31) Ver para la crítica de esta jurisprudencia de la Dirección a GONZÁLEZ PALOMINO, en *Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar*. Anales, t. II, pág. 581 y sigs.

(32) La sent. de 4 de febrero de 1902 declara expresamente que la tutela es una institución que ni por la causa que le sirve de fundamento, ni por su peculiar organismo, ni por la finalidad a que responde, tiene analogía con el albaceazgo.

realice con ese carácter, precisamente con el fin de que los actos que realice afecten totalmente a la esfera jurídica de otro.

Aunque a primera vista esta teoría parece sugestiva y que se pliega bien a la figura del ejecutor testamentario, en realidad con ella se establece un círculo vicioso o una petición de principio, pues como acertadamente apunta Gómez Morán (33), lo que interesa no es saber si el cargo de ejecutor testamentario (tanto el del albacea como el del contador-partidor) integra o no un oficio, sino cuál sea en verdad su naturaleza jurídica, es decir, el tipo concreto a que ese oficio pertenece.

13. Teoría de la representación.

La aplicación del concepto de la representación al campo de la ejecución testamentaria ha sido la posición predilecta de los autores alemanes. Dentro de la misma línea de pensamiento las variantes de esta teoría han sido muchas. Trataremos de resumirlas y criticarlas a continuación.

a) *El ejecutor testamentario como representante del testador.*

Alegan los defensores de esta tesis (Kipp, Koepen, etc.) que no es esencial a la representación la permanencia de la voluntad del representado, ni la representación, a diferencia del mandato, tiene que fundarse en un acuerdo de voluntades (34), sino que *deriva de un acto unilateral de voluntad.*

Dando un especial matiz a dicha teoría y recordando la opinión, que ve en el heredero romano un representante del "de cuius" en todas sus relaciones jurídicas, Beseler estima que puede considerarse tal representación atribuyéndose la *representación formal* del testador a los ejecutores testamentarios y la *representación material* a los herederos (35).

En nuestra doctrina, Bonet (36) cree que el albaceazgo es una institución especial (lo que no es decir nada), o a lo más, que se trata de un caso de *representación del testador que tiene su origen en un negocio jurídico unilateral*, nunca en un mandato, si se admite que la representación del difunto tiene analogía con la del «nasciturus» reconocida por la Ley, hipótesis en la cual, según nuestro Código, tampoco existe personalidad.

Aparte de las múltiples objeciones que se pueden hacer a la variante de la teoría sustentada por Beseler, fundada en una viciosa concepción del fenómeno sucesorio en general, la teoría de la representación del testador no es fácilmente aceptable.

En primer lugar no hay duda de que lo característico de la

(33) Obra citada, pág. 106.

(34) Ver la Sent. de 1.º febrero 1941.

(35) Ver para la crítica de esta distinción entre «lo formal» y «lo material» en el Derecho a GONZÁLEZ PALOMINO, en *La adjudicación para pago de deudas*. Anales, t. I, pág. 238 y sigs.

(36) *Rev. Der. Priv.*, 1947, pág. 887.

representación (37) es que el representante actúe *en nombre* del representado y es absurdo actuar en nombre de una persona que ya no existe.

Y en segundo lugar, y ésta es a nuestro juicio una objeción de gran peso, es esencial de la representación (38) que los actos del representante *repercutan directamente en la esfera jurídica del representado*, lo que es totalmente imposible tratándose del testador difunto. No puede, por lo tanto, ser admitida esta teoría ni para el albacea ni para el contador partidior.

b) *El ejecutor como representante de los legatarios.*

Se inspira esta teoría (39) en el hecho de que en muchos casos la finalidad que el testador persigue al nombrar un albacea es la de asegurarse que las cargas que impone a sus herederos (entre las que destacan los legados) serán cumplidas fielmente. El temor a que por perjudicar ello al heredero éste no cumpla u obstaculice el cumplimiento (40) de aquellas disposiciones, mueve al testador, según los sostenedores de esta tesis, a nombrar una persona de su confianza que se encargue de defender los intereses de los legatarios.

Sin desconocer que la finalidad concreta que ha creado ciertas figuras de ejecutores testamentarios ha sido, como vimos al estudiar la evolución histórica, la indicada, en la actualidad no cabe sostener que el albacea desempeñe un cargo cuya única misión sea velar por los intereses de los legatarios. Y, por otra parte, no hay que olvidar que el albacea no actúa en nombre de los legatarios cuando, usando de las facultades que le han sido conferidas conforme al artículo 885 del Código civil, hace entrega de los bienes legados a dichos legatarios, lo que de admitirse sería un contrasentido.

Mucho menos puede aplicarse esta teoría al contador-partidior que al practicar la partición no actúa en nombre de los legatarios,

(37) Para un estudio de la representación ver HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Edit. Rev. Der. Priv., 1930.

(38) Según la teoría de IHERING, que es la que cuenta con mayor número de partidarios.

(39) La siguen, entre otros, SENFERT, PACIFICI-MAZONI, etc.

(40) No hay que olvidar que, según nuestro Código civil, art. 885, el legatario «no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla». No es necesario este requisito de la «traditio» cuando, según el art. 891 del Código civil, toda la herencia está distribuida en legados, pues entonces no existe heredero (Res. 30 diciembre 1916).

Este requisito de la tradición de la cosa legada es lógico, pues en virtud de la «successio» los herederos poseen todos los bienes de la herencia, incluso los especialmente legados, teniendo, respecto de éstos, la obligación («damnatio») de entregarlos a los legatarios. Además, estos legados pueden resultar ineficaces o reducibles, bien por inoficiosidad legitimaria o por exceso de pasivo en herencia aceptada a beneficio de inventario.

Ver sobre esta materia a MARIO DÍAZ CRUZ, *Los Legados*, pág. 577 y sigs.

Ver la Res. de 19 mayo 1947, *Anuario de la Dirección General*, pág. 129.

sino que se limita a partir la herencia según lo dispuesto en el testamento.

c) *El ejecutor como representante de los herederos.*

Esta tesis, que entre otros sostiene Hupka, no es posible admitirla, ya que como muy bien dice Schreiber, la designación del albacea y del contador partidador es completamente extraña a los mismos, siéndoles impuesta por el testador *incluso contra su voluntad*, o mejor dicho, por encima de ella. Históricamente, y aun en la actualidad, el ejecutor testamentario funciona como freno a los intereses egoístas de los herederos.

Y, además, no hay que olvidar, por lo que a nuestro derecho se refiere (41), que puede haber testamento *sin institución de heredero* (art. 764 C. c.), y que el albacea y el contador actúan «ex se» y no en nombre de los herederos, y como dice Roguín, el albacea incluso puede tener la misión de obligar a dichos herederos al cumplimiento de lo dispuesto en el testamento actuando aun en contra del interés de éstos.

d) *El ejecutor como representante de la herencia.*

Con objeto de evitar los inconvenientes acumulados contra las otras manifestaciones de la teoría representacional, se ha sostenido que el ejecutor testamentario es un representante del patrimonio hereditario.

La articulación técnica de esta tesis tropieza con grandes dificultades, ya que es sabido que toda relación de representación exige la concurrencia de dos sujetos: representante y representado. Esto supuesto, de representado solamente puede hablarse siguiendo la línea de pensamiento de esta teoría a base de *personificar la herencia*, es decir, el patrimonio hereditario.

No es nueva la teoría que pretende personificar el patrimonio hereditario en estado de yacencia. Es sabido que una de las explicaciones que se han dado en relación con la naturaleza de la herencia yacente ha sido la de la supervivencia a través de ella de la personalidad jurídica del difunto, por virtud de la fórmula «hereditas personam defuncti sustinet».

Esta teoría está hoy desechada (42), pero aun aceptando que durante la fase de yacencia de la herencia sea esta elevada a la dignidad de sujeto jurídico, ¿cómo sostener que persista la personalidad independiente del patrimonio hereditario, una vez que

(41) A diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano.

(42) Los romanistas y civilistas modernos impugnan la teoría de la personalidad de la herencia yacente, considerándola como un artificio inútil. Dicha herencia es reputada como un patrimonio sin sujeto, mantenido por el Derecho objetivo como un complejo unitario en interés del titular futuro. Así, FERRARA, *Teoría de la persona jurídica*, pág. 98. En España, ATARD, *Ensayo de construcción sistemática de las titularidades cob rem.* Rev. Der. Priv., 1924, pág. 273 y sigs., construye la herencia yacente como una entidad patrimonial sin persona.

el heredero o herederos *han aceptado la herencia*? Cuando tal evento ocurre, ¿a quién representa el ejecutor testamentario? ¿Al heredero o herederos? Si ello es así, la tesis que ve en el ejecutor testamentario un representante de la herencia sólo puede servir de explicación transitoria y provisional.

e) *El ejecutor testamentario como representante múltiple.*

Algunos autores atribuyen al ejecutor testamentario una representación promiscua referida al testador, a los herederos y a los legatarios.

Como suele ocurrir siempre con esta clase de soluciones, en ella se acumulan todos los inconvenientes indicados para las anteriores.

f) *El ejecutor testamentario como representante legal.*

Impugnadas en la forma que hemos visto las teorías de la representación voluntaria, un autor, Schreiber, sostiene que el ejecutor testamentario es un *representante legal*, opinión en la que coincide con Von Thur. A juicio de estos autores ocurre aquí lo mismo que con los padres respecto a los hijos menores, o con el tutor en cuanto a los incapacitados sometidos a su custodia.

Esta teoría tampoco nos sirve para solucionar satisfactoriamente el problema, puesto que, sea legal o voluntaria esa representación, lo que es necesario saber es *a quién representa el ejecutor testamentario*, problema que esta teoría no nos aclara.

14. *Teoría del órgano.*

Endeman y Seckt, considerando insuperables las dificultades que hemos visto, se oponen a la teoría de la representación y llegan a la conclusión de que el ejecutor testamentario *es órgano de los intereses del difunto*. El ejecutor—dicen—es órgano portador de intereses no subjetivos a los que presta la personalidad necesaria para su ejercicio y defensa.

Aun aceptando que órgano y representante sean conceptos distintos (43), la idea misma de órgano *presupone la existencia*

(43) PORPETA, en *Sustitución de poder*, Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. I, pág. 143 y sigs., distingue dos clases de representación: la representación que llama *orgánica* o *necesaria* y la *inorgánica, voluntaria o eventual*. Incluye en la primera la que comúnmente es llamada representación legal (padres, tutores, etc.) y la representación de las personas jurídicas.

Para dicho autor son órganos en sentido amplio aquellas personas o grupos de personas físicas *sin cuya declaración de voluntad no se reputa jurídicamente expresada la voluntad de otro sujeto de derecho*.

Y una vez dado dicho concepto de órgano, distingue ambas clases de representación en que:

a) La representación eventual es la que otorga el *puro arbitrio* del sujeto representado, pudiendo éste jurídicamente prescindir de ella. Puede dimanar de modo inmediato de una persona individual dotada de capacidad de obrar, o bien derivarse de un incapacitado o de una persona jurídica, en cuyo caso serán sus órganos idóneos quienes la otorguen. Por eso, los incapaces y las

de un sujeto del que el órgano sea una parte. La idea de órgano encierra la de un complejo y vasto organismo del que el órgano es parte para ejecutar una función. El órgano como noción técnico-jurídica requiere una persona moral y, por consiguiente, aplicada a la ejecución testamentaria, o queda privada del significado preciso o se ha de proceder a personificar el patrimonio hereditario (del que sería órgano el ejecutor), incidiendo así en los defectos de la teoría ya criticada, que ve en el ejecutor testamentario un representante de la herencia.

15. Teoría de la delegación.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de enero de 1942 (44) parece sostener esta teoría al decir que «...los albaceas o partidores testamentarios actúan en virtud de una delegación sin restricciones de la facultad que al testador compete por virtud del artículo 1.056».

Aunque nuestra doctrina está huérfana, como dice Ossorio Morales, de todo intento de construcción acerca del concepto de delegación (45), podemos considerar con dicho autor a la delegación como «una autorización o una orden conferida a una persona para hacer algo que el propio delegante podría realizar por sí».

Y dado este concepto, la idea de delegación acaso pudiera ser aplicada a los contadores partidores, ya que el testador goza de la facultad de hacer la partición (46), facultad que podría delegar, pero en modo alguno nos sirve para los albaceas, ya que las facultades que normalmente se les confieren (cuidar de que la voluntad del testador se cumpla, como luego veremos) no puede realizarlas el propio testador ni por consiguiente puede delegarlas.

16. Teoría del mandato.

Y llegamos así a la teoría del mandato que a nuestro juicio es la que mejor nos sirve para explicar cuál sea la naturaleza jurídica de los cargos de albacea y contador-partidor.

personas jurídicas, a diferencia de las personas individuales capaces, son susceptibles de una doble representación: orgánica y eventual.

b) La representación orgánica tiene carácter immanente. Es decir, que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo.

Aunque la noción de órgano que da dicho autor es más amplia que la que sostenemos en el texto, también para él el órgano actúa expresando la voluntad de otro sujeto de derecho. Y esto no es posible sostenerlo tratándose de los ejecutores testamentarios.

(44) Ver el comentario a dicha Sent. por OSSORIO MORALES en «Rev. Leg. y Jurisp.», mayo 1942, pág. 552 y sigs.

(45) Sobre el concepto de delegación ver HUPKA, obra citada, pág. 77 y siguientes, quien la diferencia del mandato y del poder.

(46) Cfr. art. 1.056 Código civil.

Es esta la tesis que tiene gran raigambre en la doctrina moderna y que sostienen, entre otros, Losana, Lomonaco y Borsari en Italia; Colin y Capitant y Planiol en Francia; Sánchez Román y Manresa en España. Es la tesis que también acepta, como veremos, la jurisprudencia.

Pero esto no quiere decir, ni mucho menos, que esta teoría no tenga impugnadores. Por el contrario; hay otra serie de autores que no creen sea esta teoría la adecuada y oponen a su admisibilidad una serie de inconvenientes y objeciones.

Vamos a examinar las principales de estas últimas y, a continuación, a hacer su examen crítico para ver si efectivamente son tales y de tal entidad que impidan la admisión de la teoría.

a) Se dice que no es posible admitir la existencia de tal mandato conferido a los ejecutores testamentarios, teniendo en cuenta que *no coinciden en el tiempo la voluntad del testador y la del ejecutor testamentario por éste designado*, por lo que no siendo posible el acuerdo de voluntades no puede existir el consentimiento, base del mandato (47).

Creemos que esta objeción puede ser rechazada porque cabe en este caso como en el de todos los contratos en general, y dado que está admitida la contratación entre ausentes (48), acudir a la teoría de la *adhesión* que permite que la voluntad del oferente y la del aceptante *se manifiesten en distintos momentos cronológicos*. Las voluntades de las partes (testador y ejecutor testamentario) no confluyen hasta que, muerto aquél, este último acepta el cargo para el que fué nombrado. Es entonces cuando se da la concurrencia indispensable para que exista el consentimiento, pues hasta ese momento de la muerte el causante puede retirar el nombramiento sin más que revocar el testamento en el que lo hizo, y, asimismo, el albacea, digo el ejecutor testamentario, antes de aceptar puede excusarse del cargo para el que fué nombrado o rechazar el nombramiento negándose a aceptarlo.

Pero una vez ocurridos dichos hechos (muerte del testador y aceptación del cargo por el ejecutor), ya se ha producido el concurso de voluntades necesario para dar vida al contrato de mandato.

Por otra parte, y con relación concretamente con el contador-partidor, esta objeción desaparece si se toma en su sentido literal la redacción del artículo 1.057 del Código civil, ya que al hablar este precepto de que el testador «podrá encomendar por acto inter vivos... la simple facultad de hacer la partición», cabe que tal nombramiento de contador se haga en vida del testador, no existiendo entonces ningún obstáculo a que la concurrencia de las voluntades de ambos *tenga lugar en el mismo momento y en el mis-*

(47) Recuérdese que, conforme indica la Sent. de 1.º febrero 1941, ya citada, el mandato es fruto necesario de un acuerdo de voluntades.

(48) Art. 1.262 Código civil, párrafo 2.º

mo documento. A nuestro juicio, sin embargo, y como más adelante diremos, existen dudas acerca de cómo debe ser interpretado dicho artículo, pero ello no destruye el razonamiento que acabamos de hacer.

b) Se objeta también en contra de la admisión de la teoría del mandato, que así como éste *se extingue por la muerte del mandante*, el albaceazgo y, en general, los cargos de executor testamentario *nacen precisamente a la muerte del testador*, no siendo posible admitir en nuestro derecho la figura del mandato «*post mortem*».

En primer lugar hemos de decir que *no es rigurosamente exacto* que la muerte del mandante ponga siempre fin al mandato. Así, por ejemplo, en el mandato mercantil (49) el mandatario, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 290 del Código de comercio, continúa ejerciendo sus funciones después de la defunción del mandante, en tanto no le sea expresamente revocado dicho mandato. Y el mismo Código civil, como dice Castán (50), pone restricciones al principio de extinción del mandato por muerte del mandante, como lo prueba el artículo 1.738 e incluso el artículo 1.718.

Pero es que, además, creemos posible la admisión del mandato «*post mortem*» en los casos de los executores testamentarios. Para nosotros cabe admitir dicha clase de mandato, que es aquel que *ha de surtir efectos precisamente a la muerte del mandante*, ya que es a partir de este momento cuando debe el mandatario cumplir el encargo que se le ha conferido.

Esta figura del mandato «*post mortem*» admitida en el Derecho romano no ha llamado excesivamente la atención de nuestros autores. Así, por ejemplo, Castán (51) se limita a decir, de pasada, que el problema de la validez o nulidad del mandato «*post mortem*» ha sido objeto de contradictorias opiniones y que en nuestro derecho predomina la de considerar inadmisibles dicho pacto.

La doctrina extranjera, como por ejemplo Bonfante (52), suele distinguir dos especies de este mandato, según se celebre por *via contractual* o el causante *lo otorgue en testamento* aceptándole el mandatario después de la muerte de aquél (que es precisamente lo que ocurre en el caso de los executores testamentarios).

Por eso, para estudiar el problema de la validez de dicho mandato hay que referirse a estas dos clases del mismo separadamente.

Con relación a la validez de la primera variedad, es decir, la

(49) Que es la comisión mercantil, ya que, como dice la Sent. de 26 de enero de 1943, «la naturaleza jurídica del contrato de comisión mercantil no aparece distinta de la del contrato de mandato mercantiles».

(50) Cit. pág. 244 del tomo III.

(51) Cit. pág. 244 de dicho tomo III.

(52) *Mandato post mortem*, en «*Scritti giuridici vari*». T. III, pág. 262 y siguientes, citada por CÁMARA en *Anales*. T. IV, pág. 633, nota.

hecha por vía contractual, creemos con dicho Bonfante que hay que negársela para el derecho moderno. En primer lugar, y aun prescindiendo de que la muerte del mandante extinga el mandato, se plantea en este caso el siguiente dilema: Si se estima que la relación creada entre mandante y mandatario subsiste a la muerte del primero y su posición jurídica pasa en este punto a sus herederos (53), *quedan éstos convertidos en «domini negotii»* y, por lo tanto, gozarán, como su causante (mandante), de la facultad de revocar «ad nutum» el mandato. Si se pretende que en estos casos el mandato no puede ser revocado «ad nutum» por los herederos del mandante, tenemos establecida una verdadera carga impuesta a aquéllos por un medio (el contrato) no apto para que la misma tenga eficacia.

Con relación al mandato «post mortem», otorgado en testamento, cabe sostener con Coviello (54) que el nombramiento de mandatario es en *principio eficaz*. Hay que considerar como un «modus» la obligación del heredero o del legatario de respetar la disposición de última voluntad que contiene aquel nombramiento. En tales casos vienen limitadas las facultades de los herederos de gozar o disponer a placer de los bienes hereditarios.

Si esto es así, como creemos, es perfectamente aplicable a los ejecutores testamentarios la tesis de Coviello, con lo que desaparece la objeción de la imposibilidad de admitir el mandato «post mortem» con relación a los mismos.

De lo que antecede, se desprende que la validez del mandato «post mortem» sólo cabe predicarla cuando éste se otorga en testamento. Vamos a ver, a continuación, cómo se verifica el nombramiento de los ejecutores testamentarios en nuestro derecho a efectos de la atribución a los mismos de tal carácter de mandatarios «post mortem».

Con relación a los *albaceas*, nuestro Código civil dispone que su nombramiento se haga en testamento, ya que el artículo 892 declara que:

«El testador podrá nombrar uno o más albaceas.»

No cabe, por lo tanto, que se nombren tales albaceas fuera del testamento. Manresa, ocupándose del problema, se inclinó por la negativa, y ante el silencio del Código respecto a la posibilidad

(53) Por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.257 del Código civil, que dispone que «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». Por ello y no estando el mandato comprendido en ninguna de las tres excepciones que señala el precepto, no hay duda de su transmisión a los herederos al fallecimiento de alguna de las partes.

(54) *Mandato «post mortem»*. «Riv. Dir. Civile», 1930, pág. 55, citado por CÁMARA en la obra citada.

de nombramiento por acto inter vivos, no hay más remedio que seguir su opinión.

Por lo tanto, el mandato «post mortem» conferido a los albaceas, como ha de hacerse en testamento, es perfectamente válido, conforme a la tesis de Coviello que antes hemos indicado.

Con relación a los *contadores partidores*, parece surgir un obstáculo de lo dispuesto en el artículo 1.057 del Código, a cuyo tenor:

«El *testador* podrá encomendar por acto inter vivos o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición...»

Si el nombramiento se hace en testamento, no hay problema y será de aplicación lo que respecto a los albaceas hemos dicho.

Pero cuando el nombramiento se ha hecho en acto inter vivos, parece que nos encontramos con un caso de mandato con efectos «post mortem» originado por un contrato, con lo que caemos en la nulidad que respecto a esta clase de mandatos hemos proclamado siguiendo a Bonfante.

En nuestra opinión, la redacción del artículo 1.057 plantea el siguiente problema: ¿El nombramiento de contador-partidor por acto inter vivos es válido sin otro requisito o requiere siempre el complemento de un testamento en el que el testador se refiera a dicho nombramiento?

El Código civil no está claro sobre el particular, ya que si bien habla de acto inter vivos, comienza refiriéndose *al testador*, lo que parece indicar que debe de haber un testamento, ya que de lo contrario no existiría *tal testador*.

Roca Sastre (55), al tratar de la cuestión, dice que «aunque el artículo 1.057 del Código civil, interpretado literalmente, sólo faculta al *testador* para designar comisario, no obstante debe entenderse aquella palabra en el sentido genérico de causante, pues si según el propio precepto puede el testador nombrar comisario no sólo en testamento, sino también en acto inter vivos, y *hasta en testamento otorgado a este único objeto*, cabe que exista comisario en caso de sucesión intestada».

No hay cuestión en cuanto a este último supuesto, ya que aunque se abra la sucesión intestada no hay duda de que *existe un testamento* en el que se nombró al contador. Pero en los demás supuestos de nombramiento en acto inter vivos, ¿es o no necesario el testamento?

El carácter sucesorio de la materia lo reconoce el mismo Roca Sastre, cuando dice que aun hecho el nombramiento en acto inter vivos bastará que el que lo haga tenga la *testamentifacción activa*.

Pues bien: dado el carácter sucesorio de la materia, creemos

(55) *Tratado de Derecho hipotecario*. T. II, pág. 626.

que la solución del problema debe ser la misma que la que la jurisprudencia ha dado al que de modo análogo plantea el artículo 1.056 del Código civil. Según este artículo:

«Cuando el testador hiciera por acto intervivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.»

La dición que emplea este artículo es muy parecida a la del artículo 1.057, ya que los dos hablan de *testador* y de actos *intervivos* y *mortis causa*. Por eso se ha planteado la cuestión en relación con este artículo 1.056 de si basta la partición por acto intervivos o *se requiere además un testamento previo o posterior*.

La jurisprudencia ha resuelto la cuestión en el sentido de que *siempre es necesaria la existencia de un testamento*. Así, la importante Sentencia de 6 de marzo de 1945 (56), siguiendo la doctrina sustentada con anterioridad, dice que «la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (Sentencias de 12 junio 1903 (57) y 6 marzo 1917); que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada (Senten-

(56) Ver comentario por BONET RAMÓN, «Rev. Der. Priv.», 1945, página 446 y sigs.

(57) El texto del art. 1.056—dice esta sentencia—no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto intervivos la partición de sus bienes a que se refiere la sección en que figura dicho artículo *sin que exista la norma de un testamento* que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla o la norma de la Ley, pues que de otra suerte equivaldría la partición hecha *sin dicha norma* a un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos y, en especial, de la forma de los mismos.

CASTÁN (cit. pág. 206 del Tomo IV, de donde hemos tomado dicha sentencia) dice, refiriéndose a la tendencia del Tribunal Supremo, que la Jurisprudencia atendiendo a que el art. 1.056 atribuye únicamente la facultad de hacer la partición al testador y no al causante, entiende que *únicamente cuando existe testamento* está autorizada la partición por actos intervivos, y en apoyo de esta tesis cita la sentencia que antes hemos transcrito.

No hay duda de que a la vista de dicha sentencia no cabe sostener otra opinión, por eso no comprendemos la posición de ROCA SASTRE (*Tratado de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 618), cuando, refiriéndose también a la citada sentencia, dice que la misma «en rigor viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partición de su herencia tanto el testador *como el que fallece intestado*, añadiendo que «es necesario, caso de fallecer el causante sin testamento», *que manifieste su voluntad de aceptar la norma legal de distribución intestada*, sin que esa manifestación implique forma alguna de testamento (?) no reconocida por la ley, pues precisamente la implicaría no sólo el no ajustarse la partición al ordenamiento intestado, sino el omitir aquella manifestación.

cias 9 junio 1903 y 9 julio 1940), y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos (Sent. 6 marzo 1917).

Si esta es la solución que debe aplicarse tratándose de la partición de herencia hecha por el testador en acto intervivos, *la misma debe regir tratándose de nombramiento de contador-partidor también por acto intervivos*. A nuestro juicio, la analogía entre ambos artículos (1.056 y 1.057), referentes los dos a la partición, la dicción semejante que emplean refiriéndose en ambos «al testador», el carácter sucesorio de la materia, etc., nos hacen afirmar la necesidad de que para la validez del nombramiento de contador-partidor hecho por acto intervivos *exista un testamento en el que el testador se refiera a dicho nombramiento*. Queda de esta forma aclarada la frase «El testador...» con la que empieza el precepto.

Mario Armero (58) dice, refiriéndose a esta cuestión, que se inclina a la opinión de que no es precisa la existencia de testamento para la validez del nombramiento de contador-partidor en acto intervivos, porque—dice—«resulta aceptable tal designación *que no implica disposición o distribución de los bienes* y se limita a designar una persona como árbitro independientemente de quienes sean, y por qué título los llamados a la herencia, supuesto completamente distinto del regulado en el artículo 1.056 en que el testador haga por sí mismo la partición, que necesariamente tiene que referirse a la atribución de bienes a favor de heredero o personas determinadas».

No creemos esté en lo cierto dicho autor, ya que a pesar de lo que dice no hay duda de que el nombramiento de contador-partidor *implica distribución de los bienes*. Es cierto que dicho contador-partidor no designa los herederos (cosa imposible por la prohibición del artículo 670 del Código civil), pero también lo es que el nombramiento se hace para que el nombrado *distribuya los bienes entre los herederos designados en el testamento*.

Pues bien, con la interpretación que propugnamos acerca de cómo ser hecho el nombramiento de contador-partidor y de cuál debe ser el sentido del artículo 1.057, desaparece el obstáculo que el que dicho nombramiento pudiese hacerse *sólo por acto intervivos* podía suponer para la validez del mandato «post mortem» conofirme a lo que hemos expuesto.

La jurisprudencia acepta esta tesis del mandato «post mortem» no sólo refiriéndose al albacea, sino también al contador-partidor. Así la Sentencia de 3 de junio de 1950 (59) dice que si bien en nuestro derecho no se admite la validez del mandato «post mortem», como regla general, existen excepciones como «la im-

(58) *Testamentos y particiones*, pág. 508.

(59) Tomada del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950-3.º, pág. 971.

plícitamente comprendida en los artículos 892 y 1.057 del Código civil.»

c) Se objeta también que así como el mandato puede ser expreso o tácito, el albacea y el contador-partidor han de ser nombrados *en la forma solemne que supone un testamento* (60).

Esta objeción no puede ser considerada como tal y su refutación es fácil. La forma solemne en que ha de hacerse el nombramiento de los ejecutores testamentarios es exigida como *garantía* de que el nombramiento ha sido hecho, ya que dado que estos cargos empiezan a tener virtualidad cuando el que los designó ha fallecido, el admitir el nombramiento tácito daría lugar a grandes riesgos.

Por otra parte, cuando se trata del mandato ordinario, el artículo 1.713 del Código civil dispone que:

«Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso.»

Y no por ello se nos ocurre pensar que en esos casos no se trata de un verdadero mandato.

d) Se alega, asimismo, como obstáculo que se opone a la tesis del mandato, el que así como éste es *esencialmente revocable*, no ocurre lo mismo con los cargos de los ejecutores testamentarios.

A esta objeción puede oponerse el que ya no es un postulado absoluto el de considerar la revocabilidad como una característica esencial del mandato. La doctrina más reciente (61) admite sin dificultad la existencia de *mandatos irrevocables* y afirma que el principio de la revocabilidad deja de aplicarse en algunos casos, citando, por vía de ejemplo, aquéllos en que el mandato concierne al interés no sólo del mandante, sino del mandatario o de los terceros, y aquellos otros en los que el mandato constituya una de las cláusulas de un contrato sinalagmático, llegando a admitir, inclusive, el pacto de irrevocabilidad del mandato (62).

No siendo, por lo tanto, una característica esencial del mandato la de la revocabilidad, toda vez que en los casos antes citados

(60) Recuérdese lo que respecto al nombramiento de contador partidor he mos dicho en el apartado anterior.

(61) Ver CÁMARA, *La revocación del mandato y del poder*. «Anales», t. IV, páginas 551 y sigs.

(62) La Jurisprudencia del T. S. se había mostrado opuesta a admitir la eficacia de los pactos de irrevocabilidad del mandato. Las sents. de 31 diciembre 1930 y 28 junio 1934 declaran la nulidad de tales pactos (expresos o tácitos). Supone un cambio de orientación la Sent. de 1.º de diciembre de 1941. Este fallo habla de los diversos intereses que en el mandato tengan mandante, mandatario y terceros, lo que puede en muchos casos justificar la oportunidad de un pacto de irrevocabilidad siempre que dicho pacto sea conforme con la finalidad práctica perseguida y no esté en oposición con la moral.

se sigue hablando de mandato aunque esta revocabilidad haya desaparecido o esté limitada, pierde su fuerza la objeción, y por ello no hay inconveniente en admitir que los cargos de ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, a pesar de su irrevocabilidad. Porque es que además los casos que hemos citado de mandatos irrevocables, no son taxativos y siempre serán susceptibles de ampliación.

En los casos de nombramiento de ejecutores testamentarios la irrevocabilidad no se produce por un capricho, es conforme con la finalidad práctica perseguida por el que los nombró y no puede decirse que sea contraria a la moral. Dichos cargos suponen mandatos conferidos en interés no sólo del mandante (testador), sino también de los herederos o legatarios (63). Y por otro lado, formando parte del nombramiento del negocio testamento, éste ha de subsistir en su totalidad; y como dice Enneccerus, cabe que el fundamento de la irrevocabilidad *esté en el querer del dador del mandato* de procurar un mandato irrevocable, querer que en el caso de los ejecutores testamentarios se produce para conseguir un fin de interés general.

Y como además los cargos de ejecutores testamentarios no son perpetuos, sino temporales (64), y cabe que los herederos insten la remoción del cargo (65) en los casos de actuación dolosa o perjudicial, no cabe hablar de que esta irrevocabilidad del mandato sea perjudicial a sus intereses.

Rechazadas en la forma expuesta las objeciones formuladas contra la tesis que considera que los cargos de los ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, creemos que es esta teoría la que mejor nos puede explicar cuál sea dicha naturaleza jurídica, tanto por lo que se refiere a los cargos de albaceas como de contadores-partidores. Y como dice Bonfiglio, su admisión ofrece un doble atractivo:

a) Por una parte permite recurrir a la analogía para aplicar a los ejecutores testamentarios las normas referentes al mandato en aquellas cuestiones oscuras o deficientemente reguladas por el derecho positivo al abordar la materia de la ejecución testamentaria.

b) Por otra parte, ambas instituciones tienen el evidente punto de contacto de ser el nervio de ambas el *encargo* que una persona hace a otra de su confianza.

Se han hecho muchos intentos para desentrañar *cuál sea la esencia* del contrato de mandato (66). Sin entrar en el estudio de

(63) Piénsese, por ejemplo, en el caso de herederos ausentes que concurren a la sucesión con otros presentes y se verá el interés de éstos en que el contador dé fin a la partición que de otra forma se dilataría enormemente.

(64) Véase lo dispuesto en el art. 904 del Código civil.

(65) Ver art. 910 de dicho Código.

(66) En nuestro Derecho pueden verse como estudios más recientes el de GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en «Revista de Derecho Privado», octubre 1944 y el de CÁMARA, citado anteriormente.

las diferentes construcciones, hemos de decir que el artículo 1.709 del Código civil (67), en el que hay una semidefinición del mandato, acoge, como dice Cámara (68), los tres elementos que sirven para caracterizar el mandato, y que son:

- a) Obligación inicial a cargo del mandatario.
- b) Obligación que consiste en hacer alguna cosa o prestar algún servicio.
- c) Servicio a realizar por cuenta o encargo de otro.

Aunque no en toda su pureza, se dan en los casos de los ejecutores testamentarios estos tres elementos. En efecto:

a) En primer lugar, tanto el albacea como el contador, una vez que han aceptado dichos cargos *quedan obligados a cumplirlos* con arreglo a lo dispuesto por el testador que los nombró y a las disposiciones del Código civil (69).

b) Por otra parte, no hay duda de que la obligación de los mismos consiste en *hacer alguna cosa*. En uno y otro de dichos cargos, los designados tienen que cumplir una obligación de hacer: ejecutar disposiciones piadosas, velar por la ejecución del testamento, practicar la partición de la herencia, etc.

c) Y, finalmente, el servicio que estos ejecutores han de realizar, aunque lo hagan en nombre propio *lo hacen actuando por encargo de otro* (el testador). Es muy significativa en este particular la redacción del artículo 1.057 del Código civil, que habla de que el testador *podrá encomendar...*; palabra de sentido equivalente a *encargar*.

Ahora bien, el que sostengamos que los cargos de ejecutores testamentarios participan de la naturaleza jurídica del mandato, no quiere decir que consideremos que son aplicables a los mismos todas las normas que el Código civil dedica a este último. Se trata en dichos casos de un *mandato especial* que si presenta identidad en cuanto a su esencia, supone al mismo tiempo diferencias con relación al mandato ordinario.

Así nos encontramos con que el mandato ordinario tiene carácter *inter vivos*, mientras que el de los ejecutores testamentarios es *mortis causa*; el primero *termina por fallecimiento* del mandante (70), mientras que el segundo comienza en dicho momento; el mandato ordinario es siempre revocable (71), mientras que los cargos de ejecutores testamentarios se hacen irrevocables al morir el testador y los herederos tienen que respetarlos; el mandatario *puede delegar o sustituir* su encargo siempre que no se le haya

(67) Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

(68) Trabajo citado, pág. 557.

(69) El albacea que acepta este cargo, dice el art. 899 del Código civil, *se constituye en la obligación de desempeñarlo*.

(70) Art. 1.732 del Código civil. Ya dijimos que esto no era rigurosamente exacto.

(71) Art. 1.733 del Código civil, con las excepciones que ya indicamos.

prohibido (72), en cambio el albacea sólo puede delegarlo cuando esté expresamente autorizado (73); el mandatario en general no tiene señalado plazo de caducidad, en cambio sí tiene marcado plazo el albacea (74), etc.

Pero estas diferencias (algunas de las cuales no son tales, conforme hemos visto al tratar de las objeciones que se hacen a la teoría del mandato, o al menos no lo son de modo absoluto) no impiden que pueda sostenerse la aplicación a los ejecutores testamentarios de la naturaleza jurídica del mandato. El mandato mercantil, no por ser mercantil deja de ser mandato, y de todos son sabidas las diferencias que le separan del mandato civil.

En lo que se refiere a nuestro Derecho, la jurisprudencia, aunque con fluctuaciones, se inclina a considerar los cargos de ejecutores testamentarios como participando de la naturaleza jurídica del mandato.

Con relación a los *albaceas*, las sentencias de 4 de julio de 1895 y 17 de abril de 1900 sostienen que los mismos *tienen el carácter de mandatarios del testador* y no de los herederos, por lo cual la oposición de éstos a sus actos no les priva de las facultades recibidas. La sentencia de 24 de febrero de 1905 declara que el cargo de albacea constituye por su naturaleza un *verdadero mandato*, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle especialmente regulado.

De esta dirección parece separarse en otras sentencias, ya que en la de 16 de noviembre de 1904 declara que el cumplimiento de las obligaciones y derechos del albaceazgo se rigen por las disposiciones contenidas en el título correspondiente, sin que tengan aplicación a esta materia los artículos 1.728 y 1.730 del Código civil, porque las relaciones entre el testador y los albaceas no son más que las derivadas del testamento, ni cabe por la *naturaleza especial de este mandato* establecer otras posteriores distintas entre ellos. Y en la sentencia de 2 de marzo de 1935 se declara que la tesis de que el albacea sea un mandatario del testador no es rigurosamente exacta y está hoy abandonada o muy atenuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia (75).

Pero no debía estar «tan abandonada y atenuada» dicha tesis cuando en la reciente sentencia de 5 de julio de 1947 (76), úl-

(72) Art. 1.721 del Código civil. Ver el trabajo de PORPETA, citado.

(73) Art. 909 del Código civil.

(74) Art. 904 del Código civil.

(75) En realidad en estas sentencias lo que viene a querer decirse, aunque no se diga claramente, es que los albaceas son mandatarios del testador, pero *mandatarios especiales* a los que no pueden aplicarse todas las normas que el Código establece para el contrato de mandato. De aquí que en la Sent. de 16 de noviembre de 1904 se hable de la *naturaleza especial de este mandato*. Pero no por ser mandatos especiales dejan de ser mandatos, como ya hemos dicho en el texto.

(76) Ver el comentario por BOWEN, en «Rev. Der. Privado», 1947, página 887. Para este autor no es admisible la atribución al cargo de albacea de la

tima que conocemos sobre el particular, se afirma categóricamente que «atribuído a los ejecutores testamentarios el cumplimiento de la voluntad del testador, tiene el albaceazgo su justificación y fundamento en la *confianza* que aquél deposita en los albaceas y en la lealtad y rectitud con que a ella han de corresponder éstos al ejercitar sus facultades, y si bien por acusadas notas distintivas la expresada institución se diferencia del mandato, *tanto a él se asemeja*, según lo define el artículo 1.709 del Código civil, que no puede desconocerse que el concepto jurídico del cargo de albacea es, como ya tiene reconocido esta Sala, *el de ser mandatario del testador*».

Con relación al contador-partidor viene a sustentarse el mismo criterio. Así, la Resolución de 22 de enero de 1898, con doctrina confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 1905, dice que «los actos ejecutados por el comisario tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el *comitente* y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicados por éste».

Y la ya citada sentencia de 5 de julio de 1947 declara que «aunque el testador encomiende la simple facultad de hacer la partición a personas distintas (de los albaceas), el cargo de éstas (que son los contadores partidores de que habla el art. 1.057) *no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas*. Y siendo idéntica la función, idéntica ha de ser también la naturaleza jurídica de la misma.

IV

CAPACIDAD PARA DESEMPEÑAR LOS CARGOS DE ALBACEA Y DE CONTADOR PARTIDOR

Vamos a referirnos separadamente a dichos dos cargos.

17. *Capacidad para ser albacea.*

El antiguo Derecho español, como dice Castán (77), establecía una larga serie de incapacidades para ser albacea, en las que estaban comprendidas las de los siervos, religiosos, mujeres, menores, locos, herejes, moros, judíos, sordomudos por naturaleza, alevosos, traidores y condenados a muerte o extrañamiento. (Fuero Real, ley 7.ª, tít. V, lib. III.)

naturaleza jurídica del mandato y prefiere considerarlo como *una institución especial* o a lo más como un caso de *representación del testador*, que tiene su origen en un negocio jurídico unilateral, nunca en un mandato.

No creemos admisible esta última posición por las razones que expusimos al criticar la teoría de la representación. Y en cuanto a lo de «institución especial», es una manera cómoda de salirse de la cuestión sin resolverla.

(77) Obra citada, pág. 585.

El Código civil ha simplificado mucho la materia, y al tratar de su regulación se limita a establecer una regla general negativa en el artículo 893, párrafo primero, a cuyo tenor:

«No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.»

estableciendo a continuación como reglas o incapacidades especiales las dos siguientes:

a) La del *menor de edad*, que «no podrá serlo ni aún con la autorización del padre o del tutor» (art. 893, párrafo tercero).

Se plantea el problema, con relación a esta incapacidad, de si se refiere a *toda clase de menores* o de si, por el contrario, *quedan excluidos los emancipados*, que por tanto podrán ser albaceas.

Algunos autores sostienen esta última interpretación basándose, en primer lugar, en que el artículo 317, como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia (78), es de interpretación restrictiva, y en él no aparece la prohibición de que el menor emancipado sea albacea, y además, en segundo lugar, en que el menor emancipado tiene capacidad para obligarse, como se desprende del artículo 1.263 del Código civil a «sensu contrario».

Así opina, por ejemplo, Mario Armero (79), quien dice que para ser albacea «tendrá suficiente capacidad el menor de edad emancipado por matrimonio, por concesión del padre o de la madre o habilitado de edad, porque puede obligarse sin necesidad de autorización o consentimiento del padre, madre o tutor» (artículos 59, 317 y 324 C. c).

A pesar de que dichas objeciones parecen de peso, nosotros creemos que el artículo 893 *no permite a los menores ser albaceas ni aun estando emancipados*, pues no hace distinción alguno. A nuestro juicio, si no fuese la intención del precepto la de prohibir el ejercer el cargo de albacea a toda clase de menores (emancipados o no), *sobraba por superfluo*, ya que estableciendo el párrafo primero del mismo artículo que pueden ser albaceas los que tengan capacidad para obligarse, y disponiendo el artículo 1.263 que pueden obligarse los emancipados, pero no los menores que no ostenten tal carácter, *se sobreentendía que los menores no emancipados no podían ostentar dicho cargo*.

b) La de la *mujer casada*, que sólo puede ser albacea con licencia de su marido, que no será necesaria cuando está separada legalmente de él (80).

(78) Ver Res. 15 marzo de 1902 que sostiene sobre el particular que «dado el carácter restrictivo de las disposiciones contenidas en los arts. 317 y 324 del Código civil, no deben interpretarse extensivamente, pues de prevalecer el criterio contrario quedarían sumamente mermadas y frecuentemente ilusorias las ventajas de la emancipación».

(79) Obra citada, pág. 507.

(80) Art. 893, párrafo 2.º, concordante con los arts. 60 y 61 del Código, que impide a la mujer contraer obligaciones sin licencia del marido.

Hay autores que creen que aunque el Código no lo prevea especialmente deben considerarse como capaces para ser albaceas a las mujeres casadas *bajo el régimen de separación; sea éste preceptivo o se establezca convencionalmente*, porque no comunicándose—dicen—los patrimonios de los conyúges, según acreditan los artículos 50 y 1.432 y siguientes e indirectamente el artículo 1.548 del Código civil, no puede haber perjuicio para la jefatura del marido, la cual tiene caracteres harto precarios en estos casos (81).

No compartimos esta opinión. A nuestro juicio, el artículo 893, párrafo segundo, *se refiere solamente a los casos de separación judicial*, aunque en vez de decirlo claramente hable incorrectamente de que la mujer «esté separada legalmente del marido». Y nos fundamos para sostener dicha tesis en el argumento siguiente:

El artículo 893 dispone que la mujer podrá ser albacea *con licencia de su marido*. Pues bien: mientras esta licencia *pueda obtenerse* no hay razones para sostener que puede ser albacea la mujer sin ella. Y así, mientras los casos de separación *convencional* o *legal* no afectan para nada al régimen de subordinación de la mujer al marido, por lo que en ellos dicha licencia puede fácilmente ser prestada por el marido (por lo que será de aplicación dicho artículo 893), en los casos de *separación judicial* (82) se produce una anormalidad en el matrimonio, y en ellos la licencia marital no puede ser prestada ni por el interdicto por *imposibilidad jurídica*, ni por el ausente *por imposibilidad física*, ni por el marido culpable del divorcio *por imposibilidad moral*. De aquí la razón de ser del precepto que comentamos, que queda así centrado en sus justos límites.

Se suele decir que el único caso en que la mujer casada *no necesita* licencia de su marido para ser albacea *es cuando sea su propio esposo el que la nombra*.

En realidad, ésta es una excepción sólo aparente, ya que precisamente cuando la mujer entra en el desempeño del cargo de albacea *habrá dejado de ser casada*, pues precisamente el ejercicio de dicho cargo comenzará en el momento en que el marido fallezca.

Además de estas dos incapacidades especiales la concordancia del artículo 893 con el 1.263 nos lleva a considerar como incapaces para el cargo de albacea a los *locos o dementes* y a los *sordomudos que no sepan escribir*.

Pero cabe preguntarse si además de las que se han indicado existen otras incapacidades para el desempeño del cargo de albacea.

En primer lugar surge el problema con relación a los *pródigos*.

(81) GÓMEZ MORÁN, obra citada, pág. 143.

(82) Interdicción civil, ausencia y divorcio. Art. 1.433 Código civil.

Sin entrar en el estudio detenido de la prodigalidad, sobre la que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo (83), no hay duda de que es una circunstancia que afecta de modo esencial y directo a la aptitud jurídica del individuo *para administrar*. Y si como consecuencia de ella se prueba su incapacidad para tales efectos, ¿podrá confiarse al pródigo la administración del patrimonio ajeno con facultades que no puede ejercer respecto del patrimonio propio?

En esta cuestión creemos que deben hacerse distinciones.

No hay duda de que cuando al pródigo se le declare incapaz para ser albacea en la sentencia en que se declare la prodigalidad (84), no podrá, evidentemente, desempeñar dicho cargo. Pero por otra parte pueden darse casos en los que el albaceazgo *no suponga funciones administrativas*, por lo que, y dado que la prodigalidad no supone perturbación alguna de las facultades intelectuales, no parece exista inconveniente para que los pródigos puedan ser albaceas en estos casos.

Creemos, pues, que habrá que atender para solucionar esta cuestión *a cada caso concreto*, teniendo para ello en cuenta las facultades que se hayan señalado al albacea en el testamento en el que se le nombre.

Otro problema surge con relación a los sujetos a *interdicción civil*.

Tampoco en el Código civil hay referencias a si los que se hallen sujetos a interdicción civil pueden ser o no albaceas. Pero dado que, según el Código penal, la interdicción civil es una pena accesoria (art. 27) de la de reclusión mayor (veinte años y un día a treinta años) y de la de muerte no ejecutada (atrs. 45 y 72), y como estas penas suponen la *privación de libertad*, ¿cómo, cuándo y con qué elementos y medios podrá el interdicto nombrado albacea ejecutar su cometido?

Por eso creemos que la interdicción civil supone *incapacidad absoluta* para el desempeño del albaceazgo.

Pueden surgir dudas, asimismo, acerca de si es incapaz para ejercer el cargo de albacea *el sacerdote que haya confesado al testador en su última enfermedad*, duda que puede surgir por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 752 del Código.

La cuestión está resuelta por la Jurisprudencia, ya que, como dice la sentencia de 8 de enero de 1896, el artículo 752 debe in-

(83) Sentencia de 25 marzo 1942. En esta sentencia se señala con acierto cuál es la razón de ser de la prodigalidad según la regula el Código civil al decir que «en dichas disposiciones (las que el Código civil dedica a la prodigalidad) la prodigalidad aparece virtual, pero claramente conceptuada como manifestación o expresión, no de perturbación alguna de las facultades intelectuales, sino de un *desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico...*»

(84) Lo que es perfectamente posible, ya que el art. 222 del Código civil en su párrafo 2.º dispone que «La sentencia (en que se declare la prodigalidad) determinará los actos que queden prohibidos al incapacitado.»

terpretarse restrictivamente, por lo que si bien incapacitará al sacerdote para recibir algún legado del testador, no obstará ello al ejercicio del cargo de albacea, ya que el hecho de ser sacerdote ni está previsto en el artículo 893 como causa de inhabilidad, ni se registra en el artículo 1.263, ni en ninguno de sus concordantes, como motivo que incapacita al sujeto para obligarse.

18. *Capacidad para ser contador-partidor.*

El Código civil no dedica más que un artículo—el 1.057—a la regulación del cargo de contador partidor, y en dicho artículo señala una restricción para el ejercicio del cargo; restricción que más que un caso de incapacidad en sentido técnico, supone una *prohibición* que obsta al desempeño del mismo.

Esta prohibición se refiere a los herederos, ya que el artículo habla de que puede encomendarse la simple facultad de hacer la partición «a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.»

La razón de ser de esta prohibición está plenamente justificada, ya que por tener los herederos un interés personal en la partición ello podría inducirles a obrar con parcialidad en la práctica de la misma.

Esta restricción creemos, con Roca (85), que desaparece cuando el coheredero designado *renuncie a la herencia*. Así lo entendió la sentencia de 13 de junio de 1898, relativa al caso de un cónyuge viudo designado contador. Pero la Resolución de 12 de noviembre de 1895 adoptó criterio contrario, por entender que la incapacidad en cuestión ha de ser referida *al momento del nombramiento*, y que por ser establecida por razones de interés público no puede desaparecer por actos personales del incapaz.

Esto supone, a nuestro juicio, un rigor exagerado, porque el argumento de la citada Resolución actúa perfectamente si se trata de un caso de incapacidad en sentido técnico, pero no tratándose de una prohibición como ésta, que debe desaparecer cuando su motivación finalista no exista.

Surgen también problemas tratándose de los contadores partidores cuando se estudia su capacidad para el desempeño del cargo. Así, por ejemplo, se plantea la cuestión de si pueden serlo los *legatarios*, sobre todo si son *de parte alicuota*.

Tratándose de legatarios *de cosa específica y determinada* propia del testador, parece que no ha de haber obstáculo para que sean contadores partidores, ya que siendo la cosa objeto del legado perfectamente determinada y señalada por el testador, no cabe que los legatarios contadores puedan causar perjuicio a los demás interesados en la partición.

Con relación, en cambio, a los *legatarios de parte alicuota*, el

(85) *Tratado de Derecho Hipotecario*, t. II, pág. 626.

problema es más complejo. Escobar de la Riva (86) se inclina por la opinión que niega la posibilidad de ser contadores partidores tales legatarios por las siguientes razones:

a) Que si conforme al artículo 768 del Código civil el heredero instituido en cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, parece, según expresa Castán, que, a la inversa, el legatario de parte alicuota debe ser considerado como heredero, hallándose así dentro de la prohibición del artículo 1.057.

b) Que siendo el legatario de parte alicuota, máxime si concurre con otros legatarios, pueden alcanzarle, dada la índole de su participación en la herencia, las propias razones que hacen al heredero incompatible para desempeñar la función de contador partididor.

No podemos entrar en el estudio de esta interesante figura de legatario de parte alicuota (87); pero sí hemos de decir, con re-

(86) *Partición por comisario*, «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», 1940, pág. 392.

(87) La determinación de la verdadera naturaleza del legado de parte alicuota lleva a determinar cuál sea la verdadera distinción entre los conceptos de heredero y de legatario, es decir, entre los casos de sucesión a título universal o a título singular.

Sabido es que son dos los criterios para resolver la cuestión: el *subjetivo*, que atiende a la mera intención del testador manifestada en los términos del llamamiento (arts. 675 y 668 del Código civil) y el *objetivo*, que atiende a la determinación o no determinación de los bienes dejados a una persona.

Con relación al legado de parte alicuota, la doctrina en nuestra Patria está dividida.

Hay autores que, sosteniendo el criterio objetivo, niegan que el legado de parte alicuota sea un verdadero legado y creen que se trata de un caso de institución de heredero. Así opinan, por ejemplo, OSSORIO MORALES en *El legado de parte alicuota*, «Estudios de Derecho privado», pág. 144, y DE BUEN, *Derecho civil*, t. VIII, pág. 285. Se adhiere a estas opiniones recientemente el autor cubano MARIO DÍAZ CRUZ en su obra *Los legados*, pág. 488.

Pero frente a esta opinión está la de los autores que admiten francamente la institución del legado de parte alicuota como cosa distinta de la institución de heredero. Entre éstos tenemos a GONZÁLEZ PALOMINO, en «Anales», t. II, páginas 523 y sigs.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, pág. 188 del tomo II; JOSÉ ROAN, *Texto refundido de la Ley Hipotecaria*, «Rev. Derecho Priv.», octubre 1946, pág. 746; VALLET DE GOYTISOLO, *Imputación de legados a favor de legitimarios*, «Rev. Der. Priv.» 1948, pág. 436, etc.

La jurisprudencia, después de diversas fluctuaciones, admite la existencia del legado de parte alicuota como figura intermedia entre el legado y la herencia propiamente dichos. Así lo hacen las Sentencias de 16 octubre 1940 y 11 enero de 1950. ROAN cita además la Sent. de 15 enero de 1918.

Recientemente ha roto lanzas en favor de la admisión de esta clase de legado, como cosa distinta de la institución de heredero, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (Prólogo a la obra de MARIO ARMERO, *Testamentos y particiones*) que se inclinan por el criterio subjetivo con razones que a nuestro juicio, y como dice CASTÁN (Prólogo a la obra *Los legados*, de MARIO DÍAZ CRUZ), no son deseñables.

En efecto, desde el punto de vista *histórico* ha de ser vista con simpatía una doctrina que aspira a mantener las esencias tradicionales de nuestro Derecho, ya que como dice el citado NÚÑEZ LAGOS, nuestro Código no supone una invención «ex novo» del Derecho civil, ni menos del Derecho sucesorio, sino la formulación o expresión con ciertas talas y reajustes de nuestra tradición ju-

lación al tema que nos ocupa, que si bien la primera de estas razones no nos parece de peso, sí en cambio la segunda, ya que, como dijimos, la finalidad del Código civil al prohibir el ejercicio del cargo de contador partidor a los coherederos fué la de evitar que su interés en la herencia les hiciese ser *parciales* en la partición. Esta razón existe con la misma intensidad cuando se trata de los legatarios de parte alicuota, ya que la indeterminación de la cuantía de su legado, en función del total valor del as hereditario, hace que pueda temerse fundadamente en que no fuesen parciales en la partición que realizasen. Por eso creemos que no pueden ser contadores partidores tales legatarios.

Como es lógico, alcanza también a los contadores partidores la incapacidad general que señala el artículo 893 para los albaceas, y por analogía creemos también de aplicación las dos incapacidades especiales de que habla el citado artículo.

V

FACULTADES DE LOS ALBACEAS Y DE LOS CONTADORES PARTIDORES

19. *Carácter testamentario de estos cargos.*

Siendo los cargos de albaceas y de contadores partidores cargos testamentarios (máxime habida cuenta de la interpretación que, a nuestro juicio, debe darse a la dicción del artículo 1.057) se comprende que en la determinación de las facultades que a cada uno de ellos corresponde *juegue un importante papel la voluntad del testador.*

Pero aun siendo ello cierto, nosotros nos vamos a referir en este apartado a las facultades que con arreglo a lo dispuesto en el Código civil tienen ambos cargos, prescindiendo de las que el testador les haya querido conferir. Porque a los efectos del fin que perseguimos en este trabajo, lo que nos interesa es fijar las analogías y diferencias entre ambos cargos, *según los regula el Código civil.*

Sentado lo anterior, vamos a ver si supuesto un testamento en el cual el testador se ha limitado a nombrar albacea a X y contador partidor a Z, sin añadir nada más, ¿cuáles son las facultades

ridica mortis causa, que consagraba en Las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá el mismo criterio subjetivo del Derecho romano. Y desde el punto de vista *práctico* merece ser atendida una doctrina que se inspira en el deseo de respetar la voluntad del testador.

Y aun dentro del criterio objetivo creemos posible la admisión del legado de parte alicuota. Como con acierto dice GONZÁLEZ PALOMINO, «el legado de parte alicuota por definición, *es atribución de una parte de la herencia.* Precisamente por ello, también por definición, *no es ni puede ser un llamamiento a toda la herencia, un llamamiento universal.*»

que corresponden a los así nombrados con arreglo a lo que sobre el particular establece el Código?

Estudiaremos separadamente los cargos de albacea y de contador partidor.

20. *Facultades de los albaceas según el Código civil.*

El Código civil señala en su articulado cuáles son las facultades que corresponden a los albaceas *a falta de expresa designación del testador*.

El principal artículo que dedica a esta materia es el artículo 902. Vamos a examinarlo brevemente.

Dispone dicho artículo que:

«No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes:

1.ª Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.

2.ª Satisfacer los legados que consistan en metálico con el conocimiento y beneplácito del heredero.

3.ª Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.

4.ª Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.»

1.º Con relación a las facultades comprendidas en el primer apartado, no tenemos más que añadir que es común sentir de los autores que también está comprendido dentro de las mismas todo lo relativo al entierro del testador.

2.º Este segundo párrafo plantea ya algunas cuestiones.

En primer lugar, no hay duda de que, a pesar de expresarse en singular, el conocimiento y beneplácito de que habla refiriéndose al heredero, debe ser tenido en cuenta cuando en vez de un heredero único existen varios y, por lo tanto, referirse dicho conocimiento y beneplácito a todos ellos.

Pero la cuestión más interesante que se plantea en dicho precepto es la referente a *cómo debe cumplirse* lo que el mismo dispone en relación con el *conocimiento y beneplácito* de los herederos.

No hay duda de que, dado lo dispuesto en dicho precepto, el albacea no puede hacer el pago *sin comunicarlo antes a los herederos*.

Pero hay una opinión que sostiene que en el caso de que éstos no estén conformes y *no presten su aprobación*, el albacea debe suspender la realización del pago, evitando de esta manera las

reclamaciones que aquéllos puedan formular por haberse excedido en el ejercicio de sus facultades.

Esta interpretación, a nuestro juicio, no debe admitirse. Si fuese admitida nos encontraríamos con que la facultad que el número 2.º del artículo 902 concede a los albaceas es una entelequia, ya que en definitiva la ejecución de la misma dependerá de la actitud que adopten los herederos, a quienes les bastaría con *no contestar* a la comunicación del albacea para evitar el pago de los legados indicados en dicho apartado.

Por eso, ante estas rigurosas consecuencias y teniendo en cuenta, por otra parte, que los legatarios, conforme a lo que dispone el artículo 885 del Código civil y la jurisprudencia que lo ratifica (88), pueden exigir judicialmente al albacea la entrega de los legados, creemos que basta con que el albacea *notifique a los herederos* que va a proceder al pago de los indicados legados, pudiendo verificar dicho pago si los herederos guardan silencio; silencio que puede equipararse en este caso a un beneplácito tácito.

Desarrollando lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, el artículo 903 del Código civil dispone lo siguiente:

«Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados y los herederos no lo aprontaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.»

A la vista del citado precepto, creemos que la facultad que el mismo confiere a los albaceas está condicionada por los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de pago de funerales o de legados *en metálico* (arg. art. 902, núm. 2).
- b) Que no haya en la herencia dinero bastante para dichos pagos.
- c) Que los herederos no lo aporten de su peculio particular.
- d) Que se realice la venta con intervención de los herederos.
- e) Que si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público la venta de los bienes se haga con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos.

Como dice Castán (89), los herederos han de serlo pura y simplemente por tener la libre disposición de los bienes, pues si exis-

(88) Ver Sent. 24 noviembre de 1911.

(89) Obra citada, t. IV. pág. 588.

te prohibición de enajenar o sustitución, no es posible efectuar la venta de bienes hereditarios sin que precedan las oportunas operaciones particionales.

De los citados requisitos hay uno que requiere una explicación más detenida, el señalado en el apartado *d*), ya que de la interpretación que demos al mismo se derivará que podamos decir que los albaceas tengan mayores o menores facultades.

Para comprender bien esta materia hay que relacionar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902 y este artículo 903 y distinguir:

a) Que haya en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados.

b) Que no lo haya.

Y en este segundo caso distinguir a su vez:

a') Que el importe que se obtenga con la enajenación de bienes *muebles* sea suficiente para realizar los pagos indicados.

b') Que no sea suficiente dicho importe y sea precisa la venta de bienes *inmuebles*.

a) Si en la herencia hay dinero suficiente para el pago de funerales y legados, es de aplicar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, que debe interpretarse como antes hemos indicado. Unicamente la *oposición* de los herederos al pago dará lugar a que haya necesidad de llegar a la intervención judicial para dilucidar si dicha oposición es o no fundada.

b) Si en la herencia no hay metálico suficiente, entra en juego lo dispuesto en el artículo 903, y, como dijimos, se puede distinguir:

a') Si no existe dinero en la herencia y los herederos no lo aportaren de lo suyo, pueden los albaceas promover la venta de bienes *muebles*. Para ello no creemos sea necesaria la intervención de los herederos ni el cumplimiento de ninguna formalidad especial.

Ahora bien, antes de proceder a la venta el albacea debe poner el hecho en conocimiento de los herederos. Y debe hacerlo así no sólo por virtud de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 902, que no establece ninguna salvedad, sino además porque, según claramente se desprende del artículo 903, la facultad de vender bienes muebles es *subsidiaria* y está condicionada no sólo al hecho de que no haya en la herencia metálico suficiente, sino también al hecho de que los herederos no aporten dinero de su propio peculio y no se opongan a la venta. Y siendo esto así, no hay duda de que los herederos deben ser enterados de la falta de dicho metálico para que si quieren suplan esa falta, con lo que la venta de los bienes muebles ya no sería posible.

Esta notificación hecha por el albacea de la necesidad de vender bienes muebles para obtener dinero para el pago de funerales y legados, cumple al mismo tiempo la función de obtener el conocimiento y beneplácito de que habla el citado número 2.º del ar-

título 902. Si los herederos no aportan dinero de su peculio y no se oponen a la venta proyectada por el albacea una vez notificados de la necesidad de la misma, sería superflua una nueva notificación del albacea después de efectuada aquélla y antes de proceder al pago con el dinero obtenido en la misma.

b') El supuesto de que en la herencia no haya metálico y al mismo tiempo no sea suficiente el que pueda obtenerse con la venta de los bienes muebles, es el que plantea una mayor dificultad.

Previendo este caso, el Código dice que «el albacea promoverá la venta de bienes inmuebles con intervención de los herederos».

Esto supuesto, el problema surge al tratar de determinar quién es el que efectivamente hace la venta: ¿el albacea?, ¿los herederos?

La Resolución de 30 de agosto de 1932 (90) viene a reconocer que en el caso del artículo 903 *corresponde la facultad de vender a los albaceas*, y que éstos han de dar conocimiento a los herederos de la venta a realizar y condiciones en que haya de celebrarse, a fin de que obtengan su beneplácito, que puede ser expreso o tácito. Añadiendo que nada impide que el conocimiento por los herederos y su beneplácito se acredite a requerimiento de los albaceas con anterioridad a la venta, ante la autoridad judicial competente y en acto de jurisdicción voluntaria.

Esta Resolución viene a equiparar los casos del artículo 902 y del 903.

En nuestra opinión, esta equiparación es forzada y no puede sostenerse, so pena de prescindir en absoluto de la dicción que el Código civil emplea.

En nuestro entender, no deben considerarse sinónimos los términos «conocimiento y beneplácito» que emplea el número 2.º del artículo 902 y el de «intervención» que usa el artículo 903. Resulta un poco violento sustituir la palabra «intervención», que tiene un sentido específico, por la de «beneplácito», como hace la citada Resolución. Mientras que la palabra intervención supone la *participación directa* de una persona en un acto, sea por sí o por sus representantes, «beneplácito» supone aprobación o conformidad de los actos realizados por otros. Y tampoco es lo mismo intervenir en un acto que tener simple conocimiento de él.

A nuestro juicio, los vendedores, en el caso del artículo 903, tratándose de bienes inmuebles, *deben ser los herederos*, y sólo en el caso de inhibición o resistencia de los mismos lo será el Juzgado en su nombre y a instancia del albacea o de los legatarios que, conforme dijimos, pueden exigir judicialmente la entrega de sus legados.

Caben otros argumentos en pro de esta solución:

En primer lugar, la palabra «promover» que emplea el artículo 903 supone intentar o interesar para que se ejecute un acto cualquiera. Precisamente la ejecución de este acto *queda encomen-*

dada a las personas a quienes se insta, porque si el solicitante o requirente tuviera de por sí facultades para llevar el acto a efecto, excusaría el dirigirse a quienes por lo superfluo de su participación no harían más que complicar el procedimiento para la venta.

En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo 903 antes transcrito supone que para el Código son los herederos menores, ausentes, etc., los que venden. De ahí la necesidad de cumplir los requisitos especiales que establece el mismo Código cuando de la venta de los bienes de estas personas se trata (91). Si quien vendiese fuese efectivamente el albacea creemos totalmente superfluos dichos requisitos, siendo a nuestro juicio suficiente poner la venta en conocimiento de los representantes legales de dichos herederos. No vemos razón de la diferencia tratándose de herederos mayores o menores, presentes o ausentes, supuesto que quien vende sea albacea. Si éste puede vender con sólo dar conocimiento de la venta, ¿a qué se necesita la autorización judicial o del Consejo de familia?

Lo que en realidad ocurrirá en la mayoría de los casos es que los herederos faculden al albacea para vender, pero en estos casos dichos albaceas no actuarán en nombre propio, sino en el de los herederos.

Realizada la venta, su importe será entregado por éstos al albacea, y el sobrante, después de hechos los pagos que motivaron la venta, será retenido por dicho albacea, que dará cuenta de él al rendir las que le correspondan por su cargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 907.

Merece censura el Código, que ha dejado reducidas a una pura entelequia las facultades de los albaceas en este caso, a falta de expresa determinación del testador. Pero aunque ello sea así, no hay más remedio que aceptar la interpretación que hemos dado como única posible, cualquiera que sea el carácter de los herederos (forzosos o voluntarios) que concurran a la herencia, ya que el artículo 903, como tampoco el 902, no distinguen.

Desde el punto de vista «de lege ferenda» creemos que en el caso del artículo 903 se debería distinguir:

a) *Si sólo hay herederos voluntarios.*—A la voluntariedad del llamamiento puede el testador anteponer una serie de facultades a favor de los albaceas que, por tanto, podrían vender sin más cortapisas que las impuestas en el testamento.

b) *Si hay herederos forzosos.*—Sabido es que el título de éstos, de carácter legal (92), se impone al mismo testador (93) (inoficio-

(91) Autorización judicial tratándose de menores de edad sujetos a patria potestad o ausentes, arts. 164 y 186 del Código civil; autorización del Consejo de familia y subasta pública tratándose de menores sujetos a tutela, arts. 269, número 5.º y 272 mismo Código, etc.

(92) Para GONZÁLEZ PALOMINO, "Anales", t. II, pág. 538, nota, cabe hablar en nuestro Derecho de tres tipos de delación

sidad de donaciones, cuota de legítima, preterición, etc.). Luego es lógico que también prive de autonomía al albacea, que ya no podrá vender «autónomamente», sino que debe limitarse a «promover» la venta que han de hacer los herederos.

La tesis que nosotros sustentamos con relación a quién es el que ha de vender conforme a lo dispuesto en el artículo 903, tratándose de bienes inmuebles, la sigue también González Palomino (94), quien dice que el artículo 903 requiere la intervención de los herederos sin distinguir entre voluntarios y forzosos, intervención justificadísima—añade—*porque son ellos quienes venden*, ya que los albaceas se limitan a *promover* la venta, que viene a ser algo así como dar buenos consejos.

3.º Respecto a la vigilancia sobre la ejecución del testamento, al tratarse de disposiciones de índole moral o religiosa. Este apartado del artículo 903, al tratarse de disposiciones de índole moral o religiosa, al permitir a las albaceas para defender la validez del testamento. Por ello, contra el albacea han de dirigirse las demandas en las que se impugne aquél, como dice la sentencia de 11 de enero de 1900, si bien la circunstancia de no ser demandados los albaceas juntamente con los herederos no desvirtúa la personalidad y capacidad de éstos para defenderse (Sent. 24 abril 1907), máxime cuando por haber adido el demandado en concepto de heredero universal todos los bienes relictos, que incorporó de hecho a su patrimonio, parece agotada la misión fundamental de los albaceas (Sent. 10 julio 1935).

Como es lógico, los gastos que ocasione la defensa del testamento serán de cargo de la herencia (Sent. 4 mayo 1927).

Cabe plantearse la cuestión de si, amparándose en el precepto que comentamos, podrán los albaceas nombrados en un testamento anterior *atacar la validez de uno posterior*. Interpretando ampliamente la palabra *validez* podría darse una respuesta afirmativa, toda vez que la eficacia y, por tanto, la validez de un testamento anterior sólo puede quedar destruida por el posterior perfecto, como resulta del artículo 739 del Código civil.

a) Sucesión *testada*, que se rige exclusivamente, salvo ciertos límites, por la voluntad del testador.

b) Sucesión *intestada o legítima*, que se rige por la misma ley, pero en defecto de la voluntad del causante manifestada en forma.

c) Sucesión *legitimaria*, que se rige exclusiva y absolutamente por las normas legales, que reservan para los legitimarios ciertas porciones de la herencia y las substraen a la disponibilidad expresa ni presunta del causante.

(93) Por eso se dice que la institución de la legítima es de carácter *ne cesario*, por lo que el titular de la misma puede oponerse a la voluntad del causante en la medida que le perjudique, no pudiendo el testador excluirlo, si no es por causa *taxativa y justificada*, de la participación y disfrute de los bienes relictos. Ver sobre el particular a PORTETA, *Naturaleza jurídica de la Legítima*, en Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, 1945, pág. 153.

(94) En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. V, pág. 944.

4.º Sánchez Román y Castán (95) suponen que este precepto constituye al albacea en *depositario y administrador* de los bienes a los efectos de la conservación de los mismos. Es decir, que en base a esta facultad, el albacea ha de limitarse a actos puramente *conservativos*.

No es solamente el citado artículo 902, complementado, como vimos, por el 903, el que establece las facultades que tienen los albaceas en defecto de expresa disposición del testador. Hay otros preceptos del Código en los que aparecen recogidas otras facultades que a los albaceas corresponden sin que el testador se las haya conferido expresamente.

Así ocurre en los casos previstos por los artículos 747 y 749, pero por tratarse de supuestos concretos y especialísimos no los desarrollamos aquí para no dar desmesurada extensión a este trabajo (96).

21. *Facultades de los contadores según el Código civil.*

El artículo 1.057, como hemos dicho, les concede únicamente «la simple facultad de hacer la partición». Por tanto, y como dice Roca Sastre (97), su cometido es «contar y partir».

Esta simple facultad de hacer la partición tiene como contenido, según dicho autor, las siguientes operaciones:

- a) Determinar el activo y el pasivo hereditario (inventario).
- b) Valorar lo inventariado (avalúo).
- c) Verificar la liquidación de la herencia, deduciendo del valor del activo el pasivo, y después, no antes, agregar el valor de lo colacionable, así como tener en cuenta el valor de lo computado al efecto de regular las legítimas en su caso (liquidación).
- d) Determinar los haberes hereditarios de cada partícipe (fijación de haberes).
- e) Dividir los bienes de la herencia, haciendo lotes de bienes de igual naturaleza y calidad (división).
- f) Atribuir o asignar un lote de bienes a cada heredero en pago de su haber según su respectiva participación (adjudicación hereditaria).

A pesar de la clara dicción del artículo 1.057, se han producido dudas en orden a las facultades de los contadores partidores para realizar determinados actos que están situados en una zona gris entre la esfera de la enajenación y de la partición. Así ocurre en los casos siguientes:

a) *Adjudicaciones por razón de deudas*.—Tratándose de adjudicaciones por razón de deudas, se plantea la cuestión de cuáles

(95) CASTÁN, obra citada. T. IV, pág. 588.

(96) Con relación al caso del art. 747, véase a MALDONADO Y F. DEL TORCO, en *Herencias en favor del alma en el Derecho español*

(97) Obra citada. T. II, pág. 628.

son las que puede el contador partidore realizar sin salirse de su cometido.

Sobre esta materia existe numerosa jurisprudencia, y la condensación de ella la hace, como dice Roca Sastre, la Resolución de 20 de septiembre de 1933, según la cual en las adjudicaciones que se verifican en las particiones hereditarias debe distinguirse entre «las que se hacen *en pago y para pago* de deudas, así como también debe distinguirse, atendiendo a los elementos personales de la relación, si las deudas han sido contraídas por el *causante* o por los *herederos*, así como si la adjudicación se hace a *éstos*, a los *acreedores* o a *terceras personas*, con requisitos civiles y efectos hipotecarios diversos».

A juicio de esta Resolución, como apunta Roca Sastre, *no todos estos tipos de adjudicaciones son actos de partición*. Como criterio general, sienta el de que las fincas adjudicadas no salgan del poder de los inmediatamente llamados al patrimonio relictivo, porque al hacerse a extraños se realiza un acto de enajenación a título oneroso, por precio debido y compensado, que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia como requisito esencial para la validez del contrato.

De esta jurisprudencia resulta que *son actos de partición y podrá realizarlos el contador las adjudicaciones para pago de deudas del causante hechas a favor de los herederos*.

Todas las demás adjudicaciones serán, por lo tanto, actos de enajenación, entrando en este último concepto:

a') Las adjudicaciones *para pago* de deudas *del causante* hecha a *extraños*.

b') Las adjudicaciones *en pago* de deudas.

c') Las adjudicaciones *en pago* o *para pago* de deudas propias de los herederos.

Esta es, repetimos, la doctrina jurisprudencial «ortodoxa». Pero a pesar de ella se plantea el problema de si efectivamente las adjudicaciones para pago de deudas son o no actos de enajenación, ya que de serlo caerían fuera del campo de la simple facultad de hacer la partición conferida por el artículo 1.057 a los contadores.

En primer lugar, hay que tener en cuenta, como dice Sánchez Román (98), que *avarían* los términos de la adjudicación según que en la partición se *apliquen* determinado número de bienes a este fin, quedando encargados de realizarlo ya los albaceas, ya cualesquiera de los herederos u otra persona con la aprobación de éstos; o que *se adjudiquen* a un heredero como parte de su haber, transmitiéndole *su propiedad* con la expresada carga de pagar aquellas obligaciones *bien de su peculio propio, bien vendiéndolos* y aplicando el importe de la venta al pago de las obligaciones de que se trate, *con rendición o no de cuentas y devolución de so-*

brantes a los demás coherederos en la parte proporcional correspondiente a su respectivo haber, o *sin esta devolución*, gane o pierda en ella el adjudicatario, que *hace suyos los bienes o su importe y suyas también las responsabilidades integras* de las obligaciones para cuyo pago se adjudicaron, constituyendo a mayor seguridad del cumplimiento de su encargo *hipoteca especial* a dicho fin sobre los mismos bienes adjudicados».

En realidad, de este cuadro se deduce que las figuras *son dos* netamente diferenciadas: comisión o encargo (*adjudicación comisión*) y adjudicación traslativa (*adjudicación asunción*).

No se han puesto de acuerdo los autores acerca de cuál sea la naturaleza de estas dos clases de adjudicaciones.

Para Lacal (99) la primera variedad (para él la normal) consiste en un *mandato sin representación*, de naturaleza *real*, porque al ser sin representación supone una *efectiva transmisión* de los bienes, y *fiduciario*, porque descansa en la confianza depositada en el mandatario.

La segunda variedad (anormal) estriba en la adquisición que de los bienes adjudicados hace para sí el adjudicatario, destinándose el precio de dicha adquisición a extinguir determinadas obligaciones.

Para González Palomino (100), la adjudicación en comisión (primera variedad) presupone sólo un *poder de venta y un mandato de pago*, mientras que en la adjudicación propiamente dicha (segunda variedad) hay un *negocio de transmisión onerosa de propiedad* cuya base es la asunción de la deuda, de estructura igual a la de una compraventa cuyo precio fuera un crédito.

Roca Sastre (101) coincide con González Palomino en la construcción de la segunda variedad (impropia, a su juicio) de la adjudicación para pago, y por lo que se refiere a la primera variedad cree que se trata de un *negocio fiduciario* (transferencia que lleva incrustado un mandato).

Algo común hay, como dice Cámara (102), en estas tres tesis, por lo que respecta a la primera modalidad de la figura (adjudicación-comisión), y es que la misma presupone un mandato, discrepando, sin embargo, en lo que mira a la legitimación del mandatario, que para Lacal y Roca Sastre se obtiene mediante una *transmisión efectiva de la propiedad de los bienes adjudicados* al mandatario y que a juicio de González Palomino se opera por medio de un *poder*. Pero en realidad, y como dice el citado Cámara, *no hay en tal forma de adjudicación* (al revés de lo que ocurre cuando se trata de la adjudicación-asunción) *transmisión de la propiedad*, ya que si

(99) *Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas*. en «Revista Derecho Privado», octubre 1931, pág. 295 y sigs.

(100) *La adjudicación para pago de deudas*. «Anales». T. I.

(101) *Derecho Hipotecario*. T. III, pág. 90.

(102) *En Revocación del mandato y del poder*. «Anales». T. IV, pág. 620

se quisiese tal transmisión se acudiría a la citada adjudicación-asunción, en la cual la transmisión de propiedad de los bienes tiene lugar y los demás herederos distintos del adjudicatario se desligan de las deudas (claro está que esto último no lo conseguirán sin consentimiento del acreedor) (103).

En cuanto a la legitimación del mandatario, acaso sea más exacto pensar—como dice Cámara—en una *autorización para disponer en nombre propio de un derecho ajeno* con tal carácter, que en un poder en sentido estricto. Los mandantes (coherederos) autorizan al mandatario (adjudicatario) para que *en su propio nombre* disponga de unos bienes propiedad de los primeros o comunes a mandantes y mandatario. Lo que pretenden los mandantes (aunque no lo consigan) no es que cuando el mandatario venda lo haga en su nombre, quedando aquéllos vinculados, sino desentenderse totalmente de la venta que el adjudicatario realice. Y no consiguen tal finalidad porque aunque el negocio posterior (la venta de los bienes) se realice a nombre sólo del mandatario, como además de un *mandato de pago* creemos que hay un *mandato de venta*, les

(103) No podemos entrar a estudiar aquí el interesante problema de la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Pueden verse sobre la materia a DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pág. 236 y sigs.; COSSÍO, *La transmisión pasiva de las obligaciones*, en «Anales», T. I, página 183; GONZÁLEZ PALOMINO, en la obra citada, *Adjudicación para pago de deudas*, en los mismos «Anales», pág. 207; PÉREZ ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*. Vol. I, pág. 410 y sigs.

A nuestro juicio, no hay duda de que, como dice NART (Notas inéditas), en la obligación, tal como la concibe el Derecho moderno, existen dos derechos: sobre el *derecho a la prestación*, que en ella se atribuyen las partes que la crearon (*débito*), y para el caso de que la prestación no sea cumplida, la ley les garantiza la prestación misma si aquélla es físicamente posible o un bien equivalente si no lo es, mediante la concesión de un *derecho de acción*, que se concreta en la agresión al patrimonio del deudor (*responsabilidad*).

En nuestro Código civil, el art. 1.088, al decir que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», no hace más que concretar el *objeto de la prestación* (débito), en tanto que el art. 1.911 señala el campo del *derecho de acción* o de agresión del acreedor: «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» a través de una conversión legal de la obligación primitiva en otra de resarcimiento (art. 1.101 del mismo Código).

Por eso, si se concibe (lo que a nuestro juicio no ofrece duda) la obligación en la forma expuesta, el cambio de deudor sólo sería posible, en principio, respecto de las obligaciones de prestación no personalísima, y aun sobre éstas, si bien la sustitución de la persona del deudor no sería trascendente con respecto al *derecho de obligación* en el cumplimiento *voluntario*, si que lo es en lo relacionado con el *derecho de acción*, que ha de entrar en juego cuando la prestación no fuera voluntariamente cumplida: el derecho de acción *tiene un contenido personalísimo*: el patrimonio contra el que la ley lo ha concedido.

De aquí que sostengamos que el cambio de la persona del deudor sólo puede realizarse por éste *mediante la intervención del acreedor y por medio de la novación*, extinguiendo la primera deuda mediante la creación de otra «*data in solutio*» de aquélla, porque, como acertadamente subraya NART, la dirección legal del derecho de acción queda fuera del campo de la disposición de la voluntad.

alcanza el párrafo segundo *in fine* del artículo 1.717 del Código civil, aplicable al caso ya que no hay duda de la *notoria pertenencia a los mandantes* de la cosa objeto del contrato («contemplatio domini ex re») (104).

La segunda figura (adjudicación-asunción) supone una transmisión onerosa. El adjudicatario adquiere los bienes de que se trate a cambio de la «asunción de las deudas». Esta asunción no quedará perfecta hasta que expresa o tácitamente se hayan adherido a ella los acreedores, como hemos dicho.

En segundo lugar, no todos los autores están conformes con el criterio jurisprudencial antes indicado, según el cual puede el contador-partidor realizar ambas clases de adjudicaciones.

Así Lacal (105) cree que tales adjudicaciones sólo serán posibles en dos casos: cuando la adjudicación se haga indistintamente a favor de todos los coherederos o cuando se efectúa a favor del heredero especialmente designado por el testador para ello. El contador-partidor, dice, no puede adjudicar a unos herederos con exclusión de otros, no puede excluir a nadie.

González Palomino dice que el contador-partidor, sólo facultado para partir, no puede estarlo para hacer adjudicaciones para pago de deudas que implican verdaderas enajenaciones. Para este autor, la forma de adjudicación-asunción implica un verdadero negocio oneroso por el cual el adjudicatario, a cambio de los bienes que adquiere, asume las deudas de que se trate, lo que supone un acto de disposición que cae fuera de la órbita particional y la adjudicación-comisión supone un poder de venta y un mandato de pago, siendo claro—dice—que los comisarios carecen de facultades de enajenación, no se ve claro cómo se puede decir en serio que las pueden conferir a otro (106).

Roca Sastre (107) dice que el contador no está facultado para decretar adjudicaciones con asunción de las deudas (tipo de adjudicación que, a su juicio, es excepcional), pero piensa, en cambio, que puede perfectamente otorgar la adjudicación-comisión, que a su juicio es la normal.

Como conclusión a lo expuesto, hemos de decir que desde luego, y desde un punto de vista técnico, *es difícil considerar como acto de partición* a la adjudicación para pago de deudas. Indudablemente, la adjudicación que hemos llamado *adjudicación-asunción* (bastante frecuente en la práctica a pesar de la opinión de Roca) supone un acto traslativo, una enajenación, ya que el heredero que recibe los bienes los recibe, como dice Palomino, como contrapartida de la asunción de la deuda, adquiriendo el pleno dominio de los mismos. Y tratándose de la *adjudicación-comisión*,

(104) Ver sobre esta materia a NÚÑEZ LACOS, *Mandatario sin poder*. «Revista de Derecho Privado», septiembre 1946.

(105) Obra citada, pág. 294.

(106) Obra citada, pág. 322.

(107) *Tratado*. T. II, pág. 630.

ya se vea en ella un *poder de venta*, una *autorización para disponer en nombre propio* o una *transmisión fiduciaria*, parece claro que en cualquiera de estos tres casos se otorga un acto por el que se actúan facultades dispositivas. Y, por otra parte, si el adjudicatario contrae una obligación en el sentido de que ha de quedar vinculado a la realización del valor de los bienes adjudicados para invertir su importe en el pago de las deudas de que se trate, parece que semejante obligación no se la puede imponer el contador-partidor a ningún heredero sin contar con su voluntad.

Por eso creemos equivocado el criterio de la Dirección General, y de parte de la doctrina, que estiman que en la «simple facultad de hacer la partición», de que habla el artículo 1.057, está comprendida la de hacer adjudicaciones para pago de deudas. Desde luego, en la práctica se hace gran uso de esa facultad por parte de los contadores-partidores.

b) *Liquidación de la sociedad de gananciales*.—Se ha discutido si el contador-partidor, aun sin expresa designación del testador, puede proceder por sí a liquidar la sociedad de gananciales, como acto que previamente ha de realizarse para ver cuál es en realidad el caudal del causante que ha de partirse. Porque, como dice Roca Sastre, se plantea en este caso el siguiente dilema: autorizado el contador para hacer simplemente la partición, carece de facultades para liquidar los gananciales; pero como debe hacer una partición total, no puede practicarla sin antes liquidar la comunidad ganancial.

Esto plantea el doble problema de si puede el contador *hacer la liquidación por sí solo*, o sea, sin concurrir a la misma el cónyuge viudo; y si supuesta la necesidad de dicha concurrencia, pueden ambos (cónyuge viudo y contador-partidor) practicar la liquidación *sin intervención de los herederos*.

La jurisprudencia y la práctica han resuelto que en estos casos el contador-partidor debe proceder a la liquidación ganancial *con el concurso del cónyuge viudo*, pero que *no se requiere la concurrencia de los herederos*.

Las soluciones son plenamente lógicas, ya que no hay duda que en cierto modo se comunica a la liquidación de la sociedad de gananciales cierta naturaleza sucesoria, por lo que debe poder hacerla el contador, pero con el concurso de la otra parte interesada en la misma. Y no es precisa la intervención de los herederos, toda vez que existiendo contador-partidor es éste el que debe actuar, mientras esté en vigor el plazo del ejercicio de su cargo, sin que los herederos puedan hacerlo.

Esta última solución nos lleva al problema de *si un mismo contador-partidor*, nombrado por dos cónyuges difuntos, puede, dentro del plazo para el que fué nombrado, *hacer por sí solo la liquidación de la sociedad conyugal* y la consiguiente partición de ambas herencias.

Si actuando el contador y el cónyuge viudo no se requiere,

como dijimos, la intervención de los herederos del premuerto, porque, como dice Roca Sastre, «se entiende que el contador-partidor asume la representación de los herederos, o mejor dicho, que es como si fuera el mismo causante», no vemos razón para exigirla en el caso de defunción de ambos cónyuges, pues igual puede sostenerse que el contador-partidor representa a los herederos o a los dos cónyuges difuntos. Y no cabe alegar que ello puede suponer perjuicio alguno para los herederos, ya que el mismo perjuicio cabe cuando la liquidación la realizan el cónyuge viudo y el contador-partidor, y, además, y en ambos casos, siempre cabe la reclamación judicial si es que efectivamente el contador ha actuado dolosamente.

Puig Peña (108), refiriéndose a la Resolución de 23 de abril de 1919, dice que cuando la liquidación de la sociedad conyugal tiene lugar por la muerte de los dos cónyuges, los bienes de la sociedad no pueden adjudicarse sin previa liquidación y acuerdo de todos los causahabientes.

No creemos que esta posición sea la correcta y, por el contrario, opinamos que siempre que estén dentro del plazo señalado por los testadores puede el contador-partidor, designado por ambos, realizar la liquidación de la sociedad. Recientemente, la Resolución de 12 de abril de 1951 (109) parece admitir esta solución, ya que aunque no se refirió directamente al supuesto que estudiamos, admitió la inscripción de una escritura de partición de las herencias de dos cónyuges difuntos realizada por los mismos contadores-partidores (110).

(108) *Tratado de Derecho civil*. T. II. vol. I. pág. 333.

(109) B. O. día 24 mayo 1951.

(110) Tiene gran interés la aceptación de la solución que propugnamos en el texto, ya que es muy frecuente, sobre todo en territorios agrícolas, que los esposos hagan testamento el mismo día y nombren a una misma persona contador partidor, siendo su voluntad que el sobreviviente usufructúe los bienes hasta su fallecimiento y que al producirse éste sea cuando el contador partidor designado distribuya los bienes entre los hijos comunes. Es decir, que esta posibilidad de que un mismo contador partidor realice la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de las herencias de los cónyuges difuntos va unida al usufructo universal a favor del cónyuge viudo sobre el que la doctrina se está manifestando con reiteración en estos últimos tiempos. Para conseguir dicha finalidad es preciso dar al contador partidor plazo suficiente, y para ello lo mejor es fijar como límite del plazo para su actuación uno cualquiera (un año, dos, etc.), que empiece a contarse a partir del fallecimiento del cónyuge que sobreviva. Nosotros empleamos la cláusula siguiente: «Nombra albacea contador partidor a don ..., prorrogándole el plazo legal hasta un año después del fallecimiento del esposo (o esposa) del testador, si éste le sobrevive». De esta forma, al fallecimiento del supérstite tiene el contador partidor el plazo de un año para realizar la partición de los bienes de ambos esposos.

La Res. de 12 de abril de 1951 citada en el texto se refiere a este supuesto, ya que dice textualmente: «... el largo plazo concedido por los testadores, quienes al fijarlo mostraron claramente su propósito de que fueran unas mismas personas las que realizaran la partición, la cual en el caso debatido comprende los bienes hereditarios de marido y mujer; y que la tesis del recurrente está

c) *Colación*.—Se ha discutido también si el contador-partidor está o no facultado para efectuar la colación.

La afirmativa fundada en que la colación es *acto particional* ha sido sostenida por la Resolución de 9 de marzo de 1927.

Ahora bien, sin que pueda considerarse equivocado este punto de vista, debe tenerse en cuenta que es la colación una operación «sui generis» y de una gran complejidad técnica, con relación a la cual pueden surgir muy delicados problemas, tanto en lo que se refiere a cuestiones de *valoración* (III) como en lo que mira al *ámbito cuantitativo* de la institución. Por ello creemos que no sería impropio que el contador procurase contar con el asenso de los herederos en la solución de estas cuestiones.

d) *Adjudicaciones de bienes a un heredero con la obligación de abonar diferencias en metálico*.—Para que exista partición es preciso que el contador-partidor, al dividir el patrimonio hereditario, guarde la regla de igualdad establecida en el artículo 1.061 del Código civil, o sea que adjudique a cada heredero bienes de la misma especie y calidad.

Por eso, cuando el contador-partidor no cumple lo dispuesto en el citado artículo, verifica un acto de enajenación que requiere el consentimiento de los herederos. Por ello no puede adjudicar *todos* los bienes de la sucesión a un heredero con obligación de abonar en metálico la porción de los demás.

VI

ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS CARGOS DE ALBACEA Y CONTADOR-PARTIDOR

22. *Posición de la jurisprudencia.*

Hemos indicado en los apartados anteriores el origen histórico de ambos cargos, cuál es, a nuestro juicio, su naturaleza jurí-

justificada por la importante circunstancia de que el cónyuge viudo y los hijos comunes *estuvieron en una situación semejante a las de las sociedades continuadas existentes en territorios de derecho foral*, determinadas por las obligaciones de la vida familiar, favorecidas por la conveniencia de conservar indiviso el patrimonio conyugal y fomentadas por el legítimo deseo de mantener el rango social del cónyuge superviviente; y esta situación, además, está inspirada muchas veces por el respeto, cariño y gratitud de los hijos a sus padres, y reviste de hecho *una cierta analogía con el usufructo que por ley o por pacto corresponde en extensas zonas del territorio nacional al cónyuge viudo sobre los bienes del premuerto*.

Sobre la posibilidad de este usufructo universal en el Derecho común ver a GONZÁLEZ PALOMINO, *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos*, en «Rev. Derecho Privado», 1936, pág. 160, y en «Anales», tomo II, pág. 546, y nuestro trabajo *¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil común existiendo herederos forzosos?* «Revista de Derecho Privado», 1951, diciembre, pág. 995.

(III) Ver sobre esta materia *La Colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, MARÍN MONROY, en «Anales», tomo IV, y el comentario a dicho trabajo de NÚÑEZ LAGOS, en «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», diciembre 1946, pág. 712 y siga.

dica, qué capacidad se requiere para desempeñarlos y cuáles son las facultades que el Código civil, a falta de expresa designación del testador, les atribuye. Con estos antecedentes ya tenemos base para poder estudiar cuáles son las analogías y diferencias que existen entre ambos cargos.

Si para llegar a una solución en esta materia queremos servirnos de la jurisprudencia como guía, estamos muy expuestos a naufragar en un mar de confusiones y a no llegar, por lo tanto, al hallazgo de la solución verdadera de la cuestión.

En efecto: las soluciones a que ha llegado la jurisprudencia en esta materia no son uniformes, sino que incluso son contradictorias. Y si bien en ocasiones llega a la solución que a nuestro juicio es correcta, lo hace un poco instintivamente y sin una justificación clara de su postura.

La causa mayor, a nuestro juicio, del equívoco sobre esta materia está en que siendo, como ya hemos apuntado, los cargos de albacea y de contador-partidor cargos testamentarios, en la determinación de las facultades que a cada uno de ellos corresponde juega un papel predominante *la voluntad del testador*. Buena prueba de ello la tenemos en el artículo 901 del Código civil, que dispone que los albaceas «tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador...», e incluso el artículo 1.057, ya que este último si bien faculta al testador para conferir a una persona «la simple facultad de hacer la partición», no impide ni prohíbe que a esta facultad se le añadan otras.

Para ello es así en el caso de que el testador señale «*expresis verbis*» las facultades que quiere atribuir tanto a los albaceas como a los contadores-partidores. Si no señala cuales son estas facultades y se limita a decir que fulano sea albacea y zutano sea contador-partidor, entonces entran en juego los artículos 1.057, tratándose de los contadores-partidores, artículos en los cuales se indica cuales son las facultades que «a falta de expresa designación del testador» tienen unos y otros.

Esto está, a nuestro juicio, perfectamente claro; pero a pesar de ello se ha sostenido la peregrina teoría de que «no puede distinguirse el cargo especial de contador-partidor a que se refiere el artículo 1.057 del general de albaceazgo *por ser aquella (la de partir) una función propia e inherente al mismo, mientras no sea limitada o excluida por voluntad del testador*». Así lo declara la Sentencia de 24 de febrero de 1905 (112). Si esto fuese cierto, ¿en qué se distinguirían ambos cargos?

Esta posición del Tribunal Supremo no puede prosperar. El que el testador tenga que excluir expresamente la facultad de hacer la participación a los albaceas para que estos no puedan partir está en pugna con el texto del artículo 902 del Código que *precisa-*

(112) Tomada de la obra *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, de RODRÍGUEZ NAVARRO, tomo II, pág. 2626.

mente dice lo contrario o sea que cuando el testador no exprese las facultades que asigna a los albaceas tendrán estos las que el citado artículo 902 señala, entre las que *no se encuentra* la facultad de hacer la partición. Esto es evidente y no creemos sea necesario insistir sobre ello.

Criterio más acertado es el que ha sostenido la Resolución de 18 de diciembre de 1893, cuando dice que «los albaceas, por el mero hecho de serlo, no tienen derecho a practicar la partición *si no han recibido* del testador especial comisión al efecto».

Y es que la facultad de hacer la partición aparece señalada por el Código como propia de los contadores-partidores en el artículo 1.057, por eso dice con acierto la Resolución de 28 de abril de 1945 que «la partición constituye *la función peculiar* de los comisarios».

No se detiene en lo indicado la confusión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que en reiteradas sentencias aparecen involucrados ambos cargos. Así, por ejemplo, mientras que la sentencia de 23 de octubre de 1923, discutiendo sobre la hipótesis—muy frecuente en la práctica—de que se *confiera* al albacea por el testador la facultad de hacer la partición, dice que puede el así nombrado albacea y contador-partidor *renunciar a este cargo*, sin que ello implique renuncia al albaceazgo, lo que parece indicar que se trata de cargos distintos, la sentencia de 5 de julio de 1947 declara que «cuando a los albaceas universales se les reconoce la facultad de hacer la partición *no por ello ostentian dos cargos diferentes.*»

Acaso lo que haya motivado este confusionismo de la Jurisprudencia haya sido el hecho de que con frecuencia los testadores designen para ambos cargos a una misma persona.

La doctrina tampoco ha llegado a soluciones claras sobre la materia, y como dijimos en la introducción de este trabajo, incluso ha pretendido diferenciar los cargos de contador y comisario, aumentando así la confusión.

23. *Nuestra opinión.*

A pesar del confusionismo reinante en la materia, creemos que hay base en nuestro Código civil para llegar a la solución que aclare dicha confusión.

En efecto: En el Código civil nos encontramos con que después de dedicar una sección de su articulado a la regulación del cargo de albacea, dentro de la cual señala el artículo 901 que el testador puede encomendarle las facultades que quiera siempre que no sean contrarias a las leyes, al tratar de la partición de la herencia a la que dedica otra sección, se da cuenta de la peculiaridad de esta materia y entonces y *sólo con relación a la misma, crea un nuevo cargo al que señala una típica función: el de contador-partidor* (art. 1.057).

Y la tipicidad del cargo es tanta, que asimismo señala y también sólo para él, una incapacidad—mejor una prohibición—para su desempeño: *no pueden ser contadores-partidores los coherederos.*

A la vista de lo dispuesto en dicho precepto, no creemos pueda decirse que el cargo de contador no presenta tipicidad con relación al de albacea, y que el testador puede encomendar a éste toda clase de facultades, incluso la de hacer la partición, *sin que por ello ostente el cargo de contador-partidor.* Ello supone olvidar lo que declara el artículo 1.057, que debe ser considerado como un precepto especial con relación al general del artículo 901 y concordantes.

En nuestra opinión, si bien no hay duda de que el testador puede encomendar al albacea la facultad de hacer la partición, siempre que ello ocurra, éste último será, en efecto, albacea, pero *será además contador-partidor.* No se trata de dos cargos incompatibles, ni que se refundan en uno solo, sino que ambos, aun existiendo en el mismo sujeto, conservan su sustantividad. La prueba está en lo dicho por la sentencia de 23 de octubre de 1923, antes citada, de que puede renunciarse uno de los cargos *subsistiendo el otro.*

Asimismo puede el testador nombrar a una persona contador-partidor y conferirle, además, facultades de las que el artículo 902 señala para los albaceas. Ocurrirá entonces lo mismo que en el caso inverso: habrá una sola persona ostentando dos cargos.

Aparte de lo indicado, hay otro razonamiento de peso que nos permite negar que sea cierto en absoluto, que el testador pueda siempre encomendar al albacea la facultad de partir. Y es el que se deduce del mismo artículo 1.057, cuando habla de encomendar la facultad de hacer la partición «a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos». Piénsese en un testador que tiene plena confianza en uno de sus hijos y herederos y al que designa albacea con plenas facultades. *Aunque quiera no puede facultarle para hacer la partición,* ya que el artículo 901 no es tan absoluto como parece y no debe perderse de vista su frase final de que las facultades que confiera el testador al albacea «no sean contrarias a las leyes». Entre estas leyes—entendida la palabra en el sentido amplio de normas jurídicas—está la especialísima del artículo 1.057 *que prohíbe que los herederos sean contadores-partidores.* !

Un razonamiento histórico nos sirve además para destacar la tipicidad del cargo de contador con relación al de albacea. Como hemos visto al estudiar la evolución histórica, la Real Provisión de Carlos IV de 1791 concedió permiso a los testadores para que fuesen apartes para formalizar la partición a los albaceas y en ella no aparecía la figura del contador como distinta de la de albacea. Pero viene después el Código civil y tipifica la figura regulándola en precepto aparte de los destinados al albaceazgo. Con ello viene a reconocer que no se trata de un mismo cargo al que se puede aña-

dir una facultad más, sino de un cargo distinto que tiene una única y especial función: la de partir.

O sea, que para nosotros, entre los cargos de albacea y de contador-partidor, no hay más diferencia que la derivada de trabajo especial que se les encomienda: al contador, hacer la partición, y al albacea, todo lo demás conducente a la ejecución del testamento, menos contar y partir.

Ello no impide, como es lógico, que por los testadores se designe a una persona para los dos cargos, que suele ser lo más frecuente, pero cuando ésto ocurra no es que se refundan ambos cargos en dicha persona, sino que ambos permanecen con sustantividad, ya que las normas del Código civil se imponen en este punto a la voluntad de los testadores.

En todo lo demás, los cargos de albacea y de contador-partidor son análogos, pues no en balde tienen una misma naturaleza jurídica y obedecen en su origen histórico a la misma finalidad, como vimos. Por eso la jurisprudencia ha dicho con reiteración y con acierto que deben aplicarse a los contadores-partidores las normas dictadas por el Código civil con relación a los albaceas, supliéndose así el vacío normativo en cuanto a los primeros de nuestro Cuerpo legal (113).

Pudiera parecer a simple vista que hemos llegado a una conclusión infantil y que no valía la pena señalar la diferencia que indicamos para luego venir a decir que en todo lo demás ambos cargos son análogos. Pero nada de eso ocurre. La diferencia que hemos señalado entre ambos cargos, y que viene a tipificar al de contador-partidor, tiene gran importancia en cuanto a lo que se refiere a la aplicación de la prohibición que señala el artículo 1.057. Porque no hay duda que el olvido de dicha prohibición puede dar al traste y hacer nulo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, un nombramiento, si se ha conferido a un albacea que al mismo tiempo heredero la facultad de hacer la partición.

Como regla práctica, después de lo que hemos expuesto, podemos sentar la siguiente: Si una persona designada con la denominación de albacea tiene conferidas facultades para hacer la partición, además de las propias del albaceazgo, es que esa persona es también contador-partidor. Y si, por el contrario, una persona designada como contador-partidor aparece facultada para entregar legados, pagar funerles, etc., es que además de contador-partidor es también albacea.

A esta solución nos lleva la interpretación de los textos del Código civil, que asigna al contador-partidor sólo la «simple facultad de hacer la partición», facultad que excluye de las que con-

(113) En realidad, no hay tal vacío normativo. Lo que ocurre es que el Código civil, una vez señalada la función típica de los contadores y establecida la prohibición para el desempeño del cargo, juzgó que en todo lo demás debían aplicarse las normas del albaceazgo, dada la analogía de ambos cargos. Claro está que esta aplicación analógica debió de señalarla expresamente.

cede al albacea. Por eso, y como vimos al estudiar las facultades de los contadores, en todos los casos en que se estima que éstos pueden actuar (adjudicaciones para pago de deudas, liquidación de sociedad conyugal, colación, etc.) es porque se trata de actos de naturaleza particional y que constituyen un antecedente necesario para la práctica de la misma.

Y no se diga que en materia testamentaria es predominante la voluntad del testador (art. 675 e incluso art. 668), porque ello es así efectivamente, pero siempre dentro del criterio objetivo que imponen los textos del Código.

Esta posición nuestra ha sido intuída por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 23 de octubre de 1923 dice textualmente: «Si bien los cargos de albacea y de contador-partidor pueden ser análogos en cuanto a su especial funcionamiento, *son distintos en lo que se refiere a la especialidad de los trabajos que a éstos se encomiendan*». Y la Sentencia de 5 de febrero de 1908 dice: «El cargo de contador-partidor, encomendado por un testador y determinada persona, no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, *ni se distingue más que por la especialidad del trabajo que se le encomienda*» (114). Lástima que en otras sentencias, como vimos, haya olvidado esto tan sencillo y haya caído en la confusión de ambos cargos.

(114) Tomadas de la citada obra de RODRÍGUEZ NAVARRO, pág. 208. T. II.

Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico

JOSE LOIS ESTEVEZ

I. *Una exposición de motivos.*

No hace mucho tiempo, abordándolo en una conferencia, se ocupaba el Profesor Hernández Gil de replantear el debatido problema de la naturaleza jurídica de la posesión (1). No trataré de ocultar que este trabajo del reputado civilista es uno de los que más me han agradado de cuantos he leído en los últimos tiempos: por la valentía de la concepción, por la experta síntesis de doctrinas y por la desnuda sobriedad dialéctica. Pero yo creo, por mi parte, que las dos tesis esenciales acerca de la naturaleza jurídica de la posesión—la que la concibe como hecho y la que la tiene por un derecho—no son más que la visión incompleta de un fenómeno que no puede, en rigor, resolverse con esa exclusividad de criterios. A mí me parece que aunque se siga dando crédito al principio lógico del *tertium non datur*—puesto ya en cuarentena por la matemática contemporánea—, no es lícito afirmar que la cuestión se nos encare con tan inevitable alternativa *sin haber demostrado previamente que es imposible toda posesión intermedia*. Por fortuna, los progresos de la Física actual permiten considerar sin sorpresa el hecho de que la explicación de un fenómeno exija el concurso de dos imágenes irreconciliables. El estudio de la luz, por ejemplo, tras el conflicto plurisecular entre las teorías *corpúscular* y *ondulatoria*, ha rematado en esta desconcertante evidencia: que los fotones se comportan a veces como ondas y a veces como corpúsculos. Niels Bohr ha logrado, por el *principio de complementariedad*, la sanción epistemológica de este hecho científico (2).

Ahora bien, si el principio de complementariedad ha de servir

(1) Recogida en *Información jurídica*, junio de 1950, págs. 603. y ss.

(2) BOHR: *On the notions of Causality and Complementarity*, en «Dialéctica», 7-8, 1948. Y otros artículos de Pauli Einstein, Broglie, Heisenberg, Reichenbach, Destouches, Destouches-Février y Gonsseth en ese mismo número

de síntesis a las teorías posesorias, no debe existir la menor posibilidad de solventar por otro camino la incompatibilidad de las interpretaciones antitéticas. En realidad, me parece que mi teoría, mucho más general, de los *equivalentes jurídicos*, al mismo tiempo que proporciona solución a otros problemas de trascendental importancia, deja al descubierto la esencia de la posesión y el fundamento de la protección posesoria.

Apasionado, como el Profesor Hernández Gil, por el tema obsesivo de la posesión, he procurado en diversas ocasiones (3) exteriorizar mi punto de vista, si bien fragmentaria y ocasionalmente. Por eso, hoy, después de un nuevo examen del problema, provocado por el resonante alegato del Catedrático matritense, no puedo sustraerme a la tentación de dar a mi tesis una formulación de conjunto. Y ya que tercio en la controversia pendiente, espero que se permita, de paso, probar la solidez de la nueva dirección metodológica que propugno. Al fin, este mismo tema ha servido ya, en una alta ocasión histórica, para basar el reproche genial de Ihering contra la Metodología jurídica imperante en su época. (4).

II. *Interrogando a la experiencia.*

Planteadas la pugna entre las dos teorías posesorias, el primer criterio resolutorio al que se nos ocurre acudir es la experiencia; ya que la validez de todas las teorías depende, al fin y al cabo, de su capacidad para explicar exhaustivamente los fenómenos naturales que constituyen su campo específico. Ahora bien, el caso es que cuando se intenta decidir cuál de las hipótesis contrapuestas resulta más ajustada a la realidad, surge una paradoja gravísima. Por una parte, para dilucidar si la posesión es o no un derecho habrá que definir previamente el concepto de derecho subjetivo. Esta empresa ya encierra, por sí misma, considerables dificultades; pero, tengámoslas por soslayadas y atrevámonos a suponer que sea correcta la fórmula de Ihering: «los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos» (5). A tenor de esta definición, la posesión sería, naturalmente, un derecho (6). Por otro lado, sin embargo, como la posesión forma parte de las *realidades jurídicas* (7), es también evidente que su esencia no de-

(3) Vid. *Proceso y Forma*, 1947. págs. 59 y ss. *Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, en «Arbor», abril de 1949, págs. 525 y ss.

(4) Una de las obras fundamentales de IHERING sobre la posesión lleva este título: *La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante* (trad. Posada), 1911.

(5) IHERING: *L'Esprit du Droit Romain* (trad. franc. de Meulenaere), IV, páginas 317 y ss. Vid.: *Proceso y Forma*, cits. 30 y ss.

(6) Como afirma ciertamente HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 607), Ihering «contribuyó más en pro de la tesis de que la posesión es un derecho con su conocida definición del derecho subjetivo, que con lo que dijo acerca de la posesión misma».

(7) Cfr. HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 609). Por la observación que hace a Planiol.

biera resultar acotada *a priori* por un concepto del derecho subjetivo. En otras palabras, la exactitud de cualquier concepto del derecho subjetivo tendrá que depender, ni más ni menos, de la actitud que se adopte frente a la posesión. Por tanto, se podría replicar a Ihering que su definición del derecho subjetivo es ilegítima, puesto que cabe asimismo aplicarla a la posesión, *que es un mero hecho*. El significado de este razonamiento es claro: la definición del derecho subjetivo prejuzgará el que se tenga la posesión como hecho o como derecho; pero, a su vez, la definición del derecho subjetivo no es indiferente a la naturaleza que se atribuya a la posesión. La antinomia no logrará evitarse mientras no se modifiquen radicalmente las concepciones metodológicas que hoy están en boga.

III. *La configuración de la experiencia jurídica.*

Hay muchos juristas que están de acuerdo en afirmar que la piedra de toque de las teorías ha de ser la experiencia. Lo malo es que nunca concreta nadie en qué consiste la experiencia jurídica. Con una inconsecuencia y una despreocupación inconcebibles, se suele eludir el problema y se da por supuesto que todo el mundo sabe de qué se trata. Sin embargo, con algo que se reflexione, se advierte en seguida la dificultad que envuelve la definición de un concepto tan poco preciso. Es fácil persuadirse de que la experiencia no puede ser invocada del mismo modo por un físico que por un jurista. Para un físico, la experiencia es una especie de encuesta o interrogatorio que se le formula a la naturaleza para indagar si las cosas ocurren en su seno con arreglo a ciertas previsiones teóricas hipotéticas. De ahí que una experiencia implique toda una serie de operaciones. En primer lugar, será preciso haber efectuado anteriormente un *inventario* de los hechos. En segundo lugar, habrá que idear suposiciones verosímiles que expliquen de qué modo un evento dado sería una consecuencia natural de otro u otros capaces de englobarlo. En tercer lugar, habrá necesidad también de representarse por anticipado los efectos que cada suposición lleva consigo. En cuarto lugar, habrá que preparar un artificio adecuado para captar esos efectos, caso de producirse. Y, por último, en quinto lugar, poner en práctica el experimento, valiéndose de dicho artificio. El resultado empírico constituirá la respuesta de la naturaleza a nuestro interrogante.

Cualificada así la experiencia, no se le ocurre a nadie hablar de la experiencia jurídica en un sentido semejante. Repugnaría. La experiencia es también aquí una *consulta* a la *realidad*, pero de otra manera. La realidad del Derecho es de un tipo peculiar que amalgama la lógica con la vida.

No hay, pues, aparentemente, ninguna posibilidad de fusión entre la experiencia física y la experiencia jurídica. Pero si abar-

camos aquélla en un grado superior de abstracción, llegaremos a entrever nuevas perspectivas más alentadoras.

En efecto; como se deduce del análisis antecedente, el fundamento de toda experiencia reside en la *representabilidad* de eventos inacaecidos. Es decir, en la previsión de las posibilidades empíricas, que son la consecuencia verosímil de ciertos hechos ya comprobados. En síntesis, la experiencia física reposa sobre las asunciones siguientes: 1.ª Representabilidad hipotética de una condición aclarativa de los hechos inventariados. 2.ª Representabilidad de las consecuencias inherentes a la hipótesis adoptada. Todas las demás operaciones que requiere la experimentación—inventario y corroboración empírica—se reducen, en último término, a una observación cuidadosa de la realidad física; en otras palabras: a *un nuevo inventario*. La Ciencia progresa, pues, en virtud del *principio lógico de representabilidad* meticulosamente comprobado en *minuciosas observaciones*.

A estas alturas, se comprende fácilmente la causa de la superioridad del físico sobre el jurista. El físico sabe perfectamente cómo individualizar los hechos que constituyen su campo específico de investigación. Preguntad, en cambio, a un jurista en qué consiste un hecho jurídico. Os responderá con una tautología: «Hecho jurídico es aquél que produce efectos jurídicos». Lo cual equivale a decir: «Hecho jurídico es el hecho... jurídico». Con este modo de proceder se explica que los progresos no sean cuantiosos. Pues bien, si no sabemos aún distinguir entre hecho y Derecho, ¿cómo vamos a resolver el problema de la posesión? La concepción civilista de lo jurídico se encuentra atrancada en sus primeros pasos por la imprecisión de los conceptos con que se desenvuelve. Lo peor es que muchas veces esos conceptos no hubieran ofrecido dificultad si se los enfocara como Dios manda. Y, otras muchas, si se hubiera tenido la valentía de prescindir de ellos.

IV. *La definición del hecho jurídico como presupuesto para una caracterización de la experiencia jurídica.*

Consideremos un ejemplo de lo que se ha dado en llamar hecho jurídico. El C. c. puede proporcionárnoslo en su artículo 370, que dice así: «Los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras». Pues bien; ante este supuesto, limitémonos a preguntar sencillamente: ¿Qué hubiera ocurrido si en el C. c. no estuviera consignado este precepto? La respuesta es muy simple. *No podríamos hablar ya de un hecho jurídico*. Y no porque ese acontecimiento apareciera exento de alguna forma de regula-

ción positiva, sino porque sólo podría llegar a tenerla mediante la intervención de algún acto humano.

En efecto, suprimido el artículo 370 del C. c., la hipótesis del lecho abandonado constituiría un caso más entre los comprendidos en el ámbito de la ocupación. El cauce del río sería, entonces, para nosotros, una *res nullius*, y le aplicaríamos el artículo 610 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, la ocupación requiere el concurso de un acto humano. Hablaríamos, pues, en ese caso, de un acto, no de un hecho jurídico.

Consideremos ahora un supuesto ligeramente distinto, no previsto intencionadamente por nuestro C. c. Y sea, por ejemplo, el caso de un *aerolito* o piedra meteórica que cae en la tierra procedente de los espacios sidéreos. A primera vista, pudiera creerse que también aquí estábamos tratando con una *res nullius* y que el problema de su pertenencia se resolvería del mismo modo, aplicando las disposiciones relativas a la ocupación. Pero las cosas no son tan sencillas. Evidentemente, el aerolito puede caer en terreno de propiedad privada. Y en esa circunstancia, sería jurídicamente imposible la ocupación sin el previo consentimiento del propietario. Ahora bien, ese consentimiento ¿no equivaldría a una donación? Si, por el contrario, el aerolito cae en un terreno de dominio público, la solución ha de ser radicalmente distinta. Ahora no hay ya una prohibición que impida penetrar en el fundo ajeno y ocupar la cosa sin dueño. No sería, pues, desatinado acudir a las normas reguladoras de la ocupación.

Cabe imaginar todavía otros supuestos más complicados. ¿Qué ocurriría, v. gr., si el meteorito *atterrizase* justamente en el sendero por donde una servidumbre de paso viene ejercitándose? Como se ve, el vacío legal daría lugar a una serie de problemas, irresolubles sin el concurso de una teoría jurídica. Si el raro evento de la caída de un aerolito se produjese, ¿qué solución vendría adoptar? La posición abstencionista de tener el hecho por una cuestión bizantina y encogerse de hombros, podría prevalecer y estaría, tal vez, justificada *hasta el momento en que la propiedad del aerolito llegase a ser discutida procesalmente*. A partir de entonces, toda inhibición resultaría locura. El Derecho, es verdad, puede prescindir de regular utopías, pero no puede volverse de espaldas a la realidad. El Juez a quien se planteara el caso, obligado a fallar por fuerza del artículo 6.º, y sobre todo por la índole de su ministerio se vería enfrentado con el mismo problema que acabamos de enjuiciar nosotros, con la diferencia de que para él sería preceptivo tomar una decisión. Pues bien, ¿qué haría entonces? La respuesta no se deja esperar. *Debería representarse mentalmente los diversos supuestos que son posibles e inducir luego una regla conveniente a todos*. Sin más aclaraciones, se comprende ya que nos encontramos bajo la acción del *principio de representabilidad*. Pero no añadiremos nada sobre

él mientras no concluyamos en alguna cuestión que hemos dejado pendiente.

¿Qué cualidad intrínseca o qué condición extrínseca es capaz de transformar el hecho natural de que un río cambie de cauce en un hecho jurídico? Una consideración superficial respondería que el artículo 370 del C. c., ni más ni menos. O en otras palabras, la juridicidad de un hecho sería un simple corolario de su regulación normativa. Sin embargo, una afirmación semejante no soporta el embate de una impugnación crítica. Porque, como ya hemos tenido ocasión de ver, *la ausencia de normas reguladoras no impide que un hecho natural, aunque siempre mediante un acto interpuesto, reciba el tratamiento jurídico que le corresponde en virtud de su esencia*. Y no vale decir en descargo que ciertos hechos se encuentran implícitamente regulados, aunque no lo estén explícitamente; y que la regulación implícita es una forma como otra cualquiera de normatividad. Aun aceptada la tesis de la plenitud del orden jurídico, tan brillantemente sustentada hoy por Cossío (8), la objeción propuesta carecería del más mínimo valor. La razón es obvia. Porque la causa de que determinados hechos, pasados por alto, aparezcan de un modo automático, regulados implícitamente, mientras otros requieran una especial intervención del legislador, tiene que ser una característica peculiar que les sea inherente; es decir, una cualidad intrínseca o esencial.

Llegamos, en esto, al punto vital del problema: ¿Cuál es la cualidad esencial a que va unida la juridicidad de un hecho? Es fácil señalarla. Si toda disciplina jurídica se haría innecesaria donde se anulase radicalmente la litigiosidad potencial, es claro que hecho jurídico y acontecimiento litigioso se superponen. Pero a su vez, como cualquier acontecimiento litigioso exige la realidad previa de un acto humano, entonces hay que admitir también necesariamente que todo hecho natural es, de por sí, jurídicamente inocuo.

Ahora estamos ya en condiciones de configurar debidamente la experiencia jurídica. Para ello tenemos que volver la vista a una cuestión que antes hemos propuesto.

V. *La experiencia en el terreno de lo tangible.*

Decíamos anteriormente que los juristas suelen definir el hecho jurídico refiriéndose, con tautología manifiesta, a los efectos que deja en pos de sí. Sería muy natural, para aclarar las cosas, exigir una explicación complementaria de lo que constituye un efecto jurídico. Cualquier jurista seguramente se las vería muy apuradas para decir algo sensato sobre esta materia. Tal vez acu-

(8) Cfr. la obra de Cossío: *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1939.

diendo primero a una evasiva verbalista se limitara a decir que efecto y consecuencia jurídica eran la misma cosa. Claro que por mucho que nos complacieran sus conocimientos lingüísticos, es evidente que una definición así no conseguiría distraernos lo bastante para que olvidáramos nuestra preocupación fundamental. Por eso, le redargüiríamos instantáneamente preguntando qué descripción intuitiva podría darnos de una consecuencia o efecto jurídico. O en un planteamiento filosófico, ¿a qué ontología regional concreta había hecho alusión con el término lógico utilizado? Sólo dos respuestas serían posibles. Pero da la casualidad de que una de ellas conduce fatalmente a la otra. Vamos a verlo.

Supongamos que nuestro contendiente, siguiendo la doctrina común, afirmara que una consecuencia jurídica consiste y se identifica con el nacimiento, con la modificación o con la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Es decir, supongamos caracterizados los efectos jurídicos como las vicisitudes que puede experimentar una situación jurídica.

Dos objeciones aniquilantes podrían dirigirse contra esta tesis. La primera, que la definición séguia refugiada en el terreno de los conceptos, por lo cual sería necesario todavía hacer entrar en juego nuevas definiciones hasta dar con una última *referencia intuitiva*. Ahora bien, al mentar precisamente las nociones de derecho subjetivo o de situación jurídica, cerramos por completo el camino hacia la intuición y volvemos al punto de partida, ya que, por una parte, incidimos en el reino de las abstracciones, y por otra, venimos a parar a un nuevo concepto de hecho jurídico, sólo que más complejo y sutil que el enunciado al principio. Nuestro recorrido, en efecto, ha sido éste:

Hecho jurídico = hecho natural + *efectos jurídicos*.

Efecto jurídico = cualquier vicisitud de una *situación jurídica*.

Situación jurídica = posición ante el Derecho (¿?).

No importa ya la fórmula que se adopte. Tanto da que hablemos de posición como de ubicación o de lugar que se ocupa. De cualquier manera que sea, *no habremos llegado aún al suelo firme de la experiencia*, sino que continuamos con los pies en el aire de la evasión metafórica. Por lo demás, persiste el vocablo *jurídico* como un ritornelo por aclarar. ¿Qué hemos de entender aquí por *jurídico*? ¿Querrá decir *tipificado por una norma*? Entonces hubiera sido preferible empezar por ahí y denominar hecho jurídico al hecho tipificado. Pero, en ese caso, habríamos consagrado el dogma de la omnipotencia legislativa e indentificado norma y Derecho; habríamos aceptado el absurdo de que el arbitrio del legislador, no la realidad de las cosas, es el criterio decisivo de la juridicidad y, por si esto fuera poco, todavía nos habríamos echado encima la incómoda tarea de definir la norma jurídica sin realudir a este último vocablo, porque de aludirlo, reconoceríamos ya que es *fuera de la norma* donde hay que buscar la última realidad

del Derecho. Si, al contrario, identificamos lo jurídico con una forma peculiar de la conducta humana, la expresión *hecho jurídico* resulta un contrasentido notorio.

La segunda objeción es, si cabe, más decisiva. El nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica no se producen jamás por un mero hecho, ni siquiera por un hecho tipificado en una norma abstracta (que no pasaría de una simple *recomendación* potestativamente atendible), sino que requieren la presencia de una *norma coactiva de acción irresistible* (9). Sólo la sentencia firme de un modo estable y los *equivalentes jurídicos*, títulos ejecutivos de un modo provisional pueden considerarse, pues, causas productoras de efectos jurídicos (10). Hemos llegado, así, a la única respuesta viable: la eficacia jurídica consiste, en último término, en el *despliegue de alguna medida de coacción*.

Reunidos ya todos los datos necesarios, estamos en condiciones de configurar adecuadamente la experiencia jurídica. Insistimos, para ello, en una distinción capital que escinde lo jurídico en dos porciones opuestas y complementarias: una, la del Derecho-Norma; otra, la del Derecho-Actividad (11). Vamos a ver, en una y en otra, cómo se manifiesta el *fenómeno jurídico*.

En el derecho material (Derecho-Norma) el fenómeno jurídico se presenta como un modelo de actuación compatibilizadora (12), como un proyecto racional para transformar un *litigio potencial* en *relación pacífica*. La mira total del Derecho es la paz, a cuya consecución hay que entender dirigida cada una de las normas que componen el ordenamiento positivo. El Derecho-Norma espera la compatibilización por la cooperación voluntaria de las partes. Impone deberes y cuenta con la observancia de la mayoría. De ahí que pertenezca a la órbita de las *esencias*. Ahora bien, en una totalidad cada parte es función del resto. Por tanto, cada aspecto, parcial del ordenamiento jurídico-normativo ha de ser considerado como una emanación del conjunto. Cada fenómeno jurídico tiene una fisonomía propia que brota y depende de la estructuración lógica integral del Derecho. *El legislador puede equivocarse*, pero su error *no debe dañar la justicia ni deformar la realidad jurídica*. La verdadera configuración de los fenómenos jurídicos debe efectuarla el jurista mediante una aplicación cientí-

(9) Mientras la coacción no amenace, el *Derecho positivo* no ha intervenido aún. El hipotético deber sentado en la norma abstracta, tiene un valor yusnaturalístico puro, si bien reforzado por la *coacción psicológica* dimanante de una posible sentencia condenatoria venidera. Cfr. mi *Pretensión, acción y tutela formal provisoria*, separata de «Foro Gallego», 7-8.

(10) Sobre el concepto de equivalente jurídico vid., además del último trabajo citado, *Proceso y Forma*, págs. 59 y ss. *Contenido esencial*, cit.

(11) Vid. mi trabajo *El concepto de Derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, separata de «Foro Gallego», 2-3.

(12) Cfr. *La teoría del objeto del proceso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio de 1949, págs. 621 y ss.

fica del *principio de representabilidad*. Es decir, mediante una *representación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico*, tipificado en abstracto por el ordenamiento en su totalidad, y la *comprobación consecutiva de la inadmisibilidad de los diversos supuestos menos uno o de su integrabilidad total (o parcial, con exclusión correlativa) en uno de los mismos*.

En el Derecho procesal (Derecho-Actividad), por el contrario, el fenómeno jurídico se capta y se materializa exclusivamente por su cortejo de efectos empíricos. La transformación de la realidad, que en el derecho material es puramente deontológica, es visible aquí a través de manifestaciones coactivas.

He ahí, pues, de qué modo se conjugan en el Derecho *esencia y existencia, lógica y vida, deber y realidad*. El método, naturalmente, ha de plegarse a las exigencias de la lógica y del principio de representabilidad, por el lado de las *esencias*, y al de *corroboración empírica*, por el lado de los *efectos coactivos*. Vamos a interrogar de este modo a la realidad jurídica en el problema concreto de la posesión para ver cuál es su respuesta.

VI. *El principio de representabilidad y la estructura lógica del ordenamiento jurídico.*

Supongamos, por un momento, que no existen en nuestro derecho positivo los preceptos del C. c. relativos a la posesión. El título V del libro II, con sus 37 artículos, hemos de imaginar que jamás ha existido para nosotros. En estas condiciones, ¿tendría sentido hablar en nuestro derecho de posesión? ¿Qué alcance tendría éste? ¿Qué naturaleza cabría atribuirle? La solución a estos problemas nos permitirá ver *lo que significa realmente* la posesión en el seno del ordenamiento positivo, cosa que tal vez el espejismo de las prescripciones concretas haga muy difícil de precisar.

Tomamos contacto, primero, con el C. p., y leemos allí las disposiciones siguientes:

Art. 337. El que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 1.000 ptas.

Art. 517. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuera estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.500 pesetas.

Art. 518. El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el

curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 de la utilidad reportada o debido reportar con ello siempre que dicha utilidad exceda de 250 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 1.000 pesetas.

Art. 496. El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Todos estos artículos del C. p. suponen, en definitiva, la prohibición de ciertas medidas de violencia. Ya no será posible arrebatar al poseedor la cosa que detenta o perturbarle en su tenencia pacífica sin incurrir en alguna forma de sanción punitiva. El precepto del artículo 441 del C. c., de carácter más general y aparentemente más comprensivo, resulta así ejecutoriado y puesto en práctica en supuestos concretos. En efecto; el artículo 441 se limita, en síntesis, a condenar el apoderamiento de la posesión por la fuerza. Esto mismo es lo que si no a través de una fórmula global compendiosa, sí, al menos, casuísticamente el C. p. efectúa. En rigor existen dos maneras de tomarse la justicia por propia mano. Una consiste en satisfacer con violencia el crédito que el deudor se obstina en no hacer efectivo. La otra, en despojar al poseedor de una cosa nuestra que detenta. Al primer supuesto responde al artículo 337 del C. p. Al segundo supuesto se refieren los artículos 517 y 518 de un modo específico. Y aunque sólo tienen en cuenta el caso de bienes inmuebles, subviene al de muebles el artículo 496 al proscribir cualquier tentativa de coacción, único medio que hará posible el despojo. En resumen; como el Código penal sanciona los actos de violencia, la posesión resulta *un estado de legitimidad provisional* que sólo mediante el proceso puede ser atacado con éxito.

Esta perspectiva inicial permite descubrir un aspecto de la posesión puramente negativo, que llevaría a concebirla como un *efecto de inercia*, como un reflejo o una consecuencia del principio, *primero orden, después justicia*, que impera en el Derecho. Pero la posesión tiene aún otras facetas, accesibles desde nuevos puntos de vista. Vamos a intentar revelarlas.

Volvemos para eso al C. p. y detenemos un momento nuestra atención en el artículo 453, que define la calumnia como «la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio». Relacionando esta definición con el artículo 80 del mismo Código y con el 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que establece la garantía del debido proceso, deducimos una consecuencia importante: la imputación de un delito ha de ser considerada irrelevante y calumniosa hasta que medie la sentencia firme condenatoria. El artículo 456 del Código penal, al eximir de pena al acusado de calumnia que aporte la prueba del delito imputado, ha de entenderse como una aclaración redundante, ya que

demostrada la realidad del hecho no es posible hablar de calumnia, pues falta el requisito de la falsedad en la imputación. Ahora bien, la *prueba* de la calumnia es aquélla y sólo aquélla capaz de forzar la convicción del Tribunal; el delito no queda *probado*, sino desde el instante en que así lo reconozca la sentencia..

Estamos en esto ante la oportunidad para sacar conclusiones. Como es notorio, existen dos caminos o procedimientos por los cuales cabe obtener la posesión de una cosa. Un camino se orienta por los modos legítimos de adquisición. El otro, bifurcado, desciende por el terreno de la violencia hasta el delito, o da de lleno en lo delictivo atentando contra la propiedad bajo alguna de las hipótesis sancionadas por nuestro Código penal en el título XIII de su libro II; de todas suertes, acaba en una acción antijurídica prevista y penada.

Así las cosas, debemos comenzar a hacer suposiciones. Imaginemos que un propietario desposeído intenta la recuperación de la cosa. Como la posesión no es un instituto jurídico autónomo—no se olvide la convención previa de no existir en el Código civil ningún precepto sobre la posesión—no cabe adquirirla, sino ilegítimamente, o bien como adyacente de un derecho. Como en este último caso desaparece la cuestión posesoria para dar lugar al problema de fondo, el propietario puede únicamente legitimar su actuación frente al poseedor alegando la antijuridicidad de su título. Ahora bien, *proceder así equivale a imputarle alguno de los hechos delictuosos que conducen indebidamente a la posesión. Y esto es calumnia mientras no se pruebe la realidad de la imputación.*

Por tanto, la presunción de inocencia que rodea y protege a toda persona antes de su condena procesal, legitima provisionalmente las situaciones posesorias y grava al que las impugna con la carga de probar su ilegitimidad.

Hasta ahora hemos estado enjuiciando la posesión como algo objetivo y despersonalizado. Conviene, para agotar las perspectivas imaginables, acomodarse también al punto de vista subjetivo.

Procediendo así, vamos a ver cómo se ofrece al poseedor su propia situación jurídica.

A este fin, podemos tener en cuenta dos hipótesis: la del poseedor no propietario y la del poseedor propietario. El poseedor no propietario encuentra perfectamente determinada su situación jurídica en virtud de la concurrencia de un doble género de disposiciones: las que prohíben la autotutela y las que regulan la prescripción. Por obra de las primeras, puede conducirse interinamente como propietario; por las segundas, llegar a serlo con sólo mantenerse en la posesión durante el plazo exigido. Para él, por consiguiente, la posesión, fuera del proceso, es una *expectativa de dominio*; dentro del proceso, una *dispensa de prueba* que engendra también una *expectativa de resolución favorable*.

La posesión para el propietario parece que debiera tener un

significado distinto. En rigor, no debiera ser más que una consecuencia del derecho de propiedad. Pero esto, que sería cierto en un derecho ideal donde propiedad y posesión no pudieran ir separadas, no es lo que ocurre en este Derecho *real* con que contamos nosotros. En efecto; la terrible verdad que experimenta cualquiera que se crea propietario es sencillamente ésta: el derecho de propiedad jurídicamente puro sólo se encuentra en ciertos tratados de Derecho civil; en la realidad no se le ve por ninguna parte. Usted, por ejemplo, se afirma dueño del fundo cornelianiano; pero si yo le requiero a que justifique cumplidamente su aseveración, usted, en el mejor de los casos, se me presentará provisto de una serie de títulos. Ahora que, naturalmente, para que usted haya llegado a ser propietario, es condición inexcusable que su causahabiente lo haya sido a su vez y también el causahabiente de su causahabiente, y así el resto de los transmitentes hasta el primero. Es posible que usted tenga algunos títulos; pero para justificar a satisfacción su derecho de propiedad, debería exhibirlos todos. Y eso no lo podrá hacer usted. Ya estoy oyendo su réplica, y me adelanto a ella; porque es precisamente lo que estaba esperando. Usted me dirá que le basta presentar los títulos de transmisión hasta agotar el término prescriptivo. A partir de ese instante no necesita justificar nada más: la prescripción se lo da todo hecho. Esa es la verdad escueta. Pero encierra una amarga lección para su optimismo. Porque me figuro que se dará usted cuenta de que invocar la prescripción como base fundamental del dominio, es remitirse a la usucapción; es decir, a la fuerza convalidatoria de la posesión ininterrumpida. Entonces, resulta incuestionable que la posesión para el propietario es, en resumidas cuentas, *un título*. Más aun: es el argumento supremo de su derecho de propiedad.

Pongámonos ahora en un punto de vista menos unilateral y más decisivo. ¿Cómo ve la posesión el Juez? No es difícil percatarse de que también para él opera como un título. Sea que legitime la acción interdictal, sea que exonere de la prueba, sea que motive la absolución del demandado, en todo caso equivale a un título. Un título que, como todos los demás, puede ser desvirtuado por otro preferente; pero, al fin y al cabo, *un título*.

Bien; hemos desplegado ante nuestra consideración la serie de aspectos parciales, que se descubren al enfocar la posesión desde otros tantos puntos de vista. No conviene, sin embargo, llamarse a engaño. Los aspectos parciales son siempre un efecto de perspectiva. Y es preciso interpretarlos en coordinación sistemática para no incurrir en una protagonización errónea en favor de cualquiera de ellos. Vamos, pues, a efectuar una interpretación así de todos los argumentos aducidos.

Pensemos, para ello, en la significación que pueda tener el hecho de que la institución posesoria permanezca indemne aunque se suprima de raíz su regulación positiva específica. Lo primero que habrá que deducir de ahí es que la posesión no es una mera

creación legislativa, sino una imposición de la realidad jurídica. Subsistiría a pesar y por encima del legislador, como presupuesto indeclinable para la instauración de todo ordenamiento positivo. En rigor, la primera condición para organizar un régimen jurídico es la prohibición de la autotutela y el mantenimiento del *statu quo*. Lo cual implica ya la consagración definitiva de la posesión. Esta, pues, es una institución jurídica *primaria*, anterior, como tal, a cualquier otra que requiera una ordenación positiva.

En segundo lugar, se advierte la íntima trabazón que existe en el seno del ordenamiento jurídico, la estructura logística y la coherencia interna del sistema de normas. El legislador no es en modo alguno omnipotente. Su actuación está poderosamente limitada por una realidad indestructible que no es posible deformar con mandatos. La ley debe, por eso, ser más un producto de la investigación científica que un imperativo. Con más razón aun los conceptos y las teorías jurídicas deben nutrirse en los fenómenos indelebles, no en porciones inseguras y cambiantes de la legislación positiva.

Todos estos antecedentes nos suministran el material indispensable para resolver los dos grandes problemas que encierra la posesión: el de su naturaleza jurídica y el del fundamento de la protección posesoria. Antes, con todo, de exponer nuestra propia teoría, conviene, para justificarla mejor, hacer una exposición crítica de las concepciones prevalentes en la doctrina.

VII. *Sumaria recapitulación de las teorías posesorias.*

En una de las monografías capitales de la Ciencia jurídica alemana, clasificaba Ihering las teorías posesorias en dos grandes grupos: *absolutas* y *relativas*. Estas se distinguían por buscar un fundamento extrínseco a la posesión, mientras que aquéllas trataban de justificarla en sí misma. No sólo la clasificación de Ihering, que descansa en una base sólida, sino, incluso, su propio esquema de doctrinas, que ningún progreso substancial ha experimentado desde entonces, pueden ser aceptados sin retoque. Seguiremos, pues, a la letra, la exposición del gran jurisconsulto (13).

I. *Teorías relativas*

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino:

1) En la interdicción de la *violencia*.

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *jurídico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un delito contra el poseedor.)

(13) *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria* (Pocada). 2.ª edic., 1912, págs. 4 y ss.

b) Rudorff, por el contrario, se fija en el motivo *jurídico público* que asiste a la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden jurídico*.)

2) En el gran principio de derecho, según el cual «nadie puede vender jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa» (Thibaut.)

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer, hasta prueba en contrario, que el poseedor que *puede* tener un derecho a la posesión tiene en realidad ese derecho (Röder).

4) En la *propiedad*. La posesión es protegida:

a) Como propiedad *probable* (o posible); tal es la opinión antigua.

b) Como propiedad que *empieza* (Gans).

c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering).

2. Teorías absolutas.

La posesión es protegida por sí misma en atención a que:

1) Es la *voluntad* en su encarnación real (Gans, Puchta y Bruns).

2) «Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas y—por el poder libre que sobre ellas se ejerce—su fin es conservar el estado de hecho de las cosas» (Stahl).

VIII. La explicación de una coincidencia y el problema metodológico.

A la vista de las teorías expuestas, un lector medianamente atento habrá logrado advertir el estrecho paralelismo que existe entre ellas y los resultados que hemos obtenido nosotros desde las distintas perspectivas que reclama el principio de representabilidad. *Únicamente las teorías absolutas están al margen de nuestras previsiones hipotéticas*. Pero es fácil comprender por qué. Las teorías absolutas son de carácter apriorístico. No se relacionan con el ordenamiento jurídico positivo, sino con el concepto puro de Derecho. Por tanto, no pueden ser examinadas y criticadas a la luz del principio de representabilidad. Su valoración ha de efectuarse en el estricto campo de la Lógica, enjuiciando si la definición de Derecho las implica o no como consecuencias inevitables. En el primer caso, serían inmunes a cualquier objeción. En el segundo, afirmaciones completamente gratuitas. A su tiempo, diremos alguna cosa sobre este argumento. Ahora importa más acometer otros problemas.

Según hemos adelantado oportunamente, para poner en juego el principio de representabilidad se hace necesario realizar por su orden estas dos operaciones: 1.ª la evocación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico; 2.ª la ex-

clusión de todas las posibilidades excedentes, a excepción de una, o su integración total como aspectos parciales de una sola tesis. Realizada ya la primera de las operaciones, corresponde ahora tratar, a las posibilidades previstas, con arreglo a cualquiera de las dos alternativas comprendidas en la segunda. Pero antes es conveniente detenerse por un instante en ciertas cuestiones periféricas que pueden aclarar extraordinariamente donde radica la característica peculiar del método jurídico.

Todos los juristas estamos acostumbrados a ver en cada problema importante de nuestra especialidad una serie de soluciones teóricas de muy diversa índole, contrapuestas las más veces; pero, a pesar de todo, coexistentes en pie de igualdad y actualidad. En otras Ciencias, por el contrario, vienen sucediéndose las teorías, aunque no para coexistir, sino para reemplazar las unas a las otras. Una teoría posterior no es concebible si no anula o supera la precedente. La razón es bien clara, porque las teorías deben ir adaptándose progresivamente a la realidad. ¿Por qué, pues, en la Ciencia jurídica, no se han eliminado con el tiempo las teorías sobrantes? Desde luego, porque el *jurista no ha sabido poner en práctica el principio de exclusión*. Si formulaba hipótesis no era con el propósito de agotar un campo de posibilidades, sino con el de buscar nuevas explicaciones más satisfactorias. Por eso no le preocupaba el conjunto de las fórmulas resolutivas posibles que era capaz de prever, sino una sola *nueva*. Inconscientemente, es cierto, las distintas teorías iban formando el campo de posibilidades representables; pero faltaba la intención de utilizarlo con un propósito de construcción científica, *experimental*.

Es fácil comprender ahora por qué al poner en juego el principio de representabilidad se van reencontrando algunas teorías con las que ya estamos familiarizados. Cualquier hipótesis lógicamente correcta tiene que ser una de las posibilidades del campo, la cual ha de ser necesariamente reproducida al recorrer exhaustivamente las diferentes perspectivas del principio de representabilidad.

He ahí, pues, hasta que punto la acumulación de proposiciones teóricas puede significar un progreso científico serio y un alivio envidiable en la investigación jurídica. Frente a un conjunto de teorías no caben más que dos actitudes racionales: o *integrar o excluir*. La exclusión exige completar previamente el campo de posibilidades y aplicar después a cada una de las tesis que lo componen alguno de los criterios dialécticos (el *esquema logístico* o la *corroboración empírica*) o ambos juntamente, según los casos. La integración requiere la substitución de todas las hipótesis por una más abstracta que albergue a las demás como supuestos particulares inespecíficos. Tal es la tarea que debemos acometer ahora para resolver científicamente el problema de la posesión.

IX. *Crítica de las teorías posesorias.*

Cuando Ihering en su obra capital sobre la posesión, abordó la crítica de las teorías posesorias, hubo de colocarse en una posición sumamente inestable. Después de impugnar la teoría de Savigny, alegando que no se acomoda a ciertas realidades jurídicas (falta de protección de la «detentio alieno nomine» y de la posesión de cosas *extra-commercium*; falta de delito en todos los interdictos posesorios, etc.); la de Thibaut, que exigiría extender los interdictos a todo tipo de posesión; la de Röder, inconciliable con la prohibición de probar en el proceso interdictal la ilegitimidad de la posesión; la de la propiedad presunta, porque deja en pie el problema de aclarar aún el fundamento presuntivo; y la de Gans, ya que excluiría de protección al *malae fidei possessor*; sienta su propia tesis sobre la base de hacer ingresar la propiedad en el marco de las realidades jurídicas, e imagina que el ordenamiento jurídico positivo sólo trata de proteger al propietario, aunque ocasionalmente resulte protegido también quien no lo es. Prescindamos, como si no tuviera importancia alguna, de una anomalía escandalosa que pasa por alto la teoría de Ihering: Si los interdictos han sido concebidos en beneficio exclusivo del propietario ¿por qué la acción interdictal no se paraliza con la exhibición de un título de propiedad? ¿No es incongruente que el propietario protegido por los interdictos se vea reducido a la impotencia cuando el poseedor de mala fe vuelve contra él sus propias armas? Esta objeción, es, comparativamente, de poca monta. El argumento terminante que se opone a la viabilidad de la teoría de Ihering es muy otro. Toda la construcción del gran jurista alemán está basada en una suposición utópica, desprovista de raíces empíricas. Ihering se mueve siempre sobre un concepto «ideal» de propiedad, sin haberse percatado de su falta de contenido concreto. Ha confundido una mera representación hipotética, completamente subjetiva, con *la cosa en sí*. En efecto; para afirmar la existencia de un derecho de propiedad hay que colocarse en el punto de vista de un ser omnisciente. Para todos los demás seres, resulta imposible atribuir a nadie el carácter o la condición de propietario. La razón es patente. La propiedad es una «relación», incognoscible por sí misma, que depende de una serie de hechos impermanentes, que tampoco se dejan entrever por sí mismos. Por eso, el ordenamiento positivo no se refiere nunca a ese derecho abstracto de propiedad, ya que no podría hacerlo con eficacia. *Se refiere a títulos de diverso rango que legitiman una actuación en concepto de propietario*. Todos esos títulos son objeto de protección, porque sin ellos resultaría imposible el propio ordenamiento positivo. Ahora bien, no se trata de una protección dispensada a la propiedad en la cual se escude y beneficie el no propietario. Se trata de una protección imprescindi-

ble concedida a la posesión para que la vida jurídica tenga una primera base de orden (14).

Si, por un momento, paramos nuestra atención en la realidad social concreta, nos advertiremos fácilmente del sentido y fuerza de las alegaciones aducidas. Para cualquier ser no omnisciente, todas las personas que se conducen en la sociedad como titulares de derechos subjetivos los pueden detentar tanto justa como inicua-mente. Al exterior, no se trasluce ninguna diferencia. Para cualquier observador, la condición de usurpador es indiscernible de la de propietario.

Así las cosas, vamos a suponer que llamamos a capítulo a los diversos poseedores y les exigimos que justifiquen cumplidamente en virtud de qué fundamento jurídico actúan como tales. Todas las respuestas obtenidas, podrían reducirse a dos clases: Unas, que justificarán la posesión documentalmente; otras, *que la justificarán por sí misma*. Es cierto que casi todos los poseedores se atribuirán carácter de propietarios; pero también es verdad que su afirmación no tiene *valor jurídico* alguno. Ahora bien, ¿y si se escudan en un título? El título sí *tiene valor* jurídico; pero no tanto que alcance al límite de la propiedad. *Por más títulos que presente una persona no se podrá decir jamás que sea verdaderamente el propietario*. El título no se identifica con el derecho. Si hacemos una enumeración completa de los títulos con sus limitaciones, podremos demostrar fácilmente qué hondo es el abismo que separa un *título de un derecho*. En rigor, un derecho se adquiriría en una de estas tres formas: por producción, por ocupación o por transmisión. Cualquiera de ellas carece de evidencia por sí misma, y no puede, por tanto, actuar directamente como título. Ahora bien, si la propiedad sólo se identifica con el hecho generativo, y éste se extingue en el pretérito sin dejar huellas que lo perpetúen, ¿cómo podremos hablar de propiedad a no ser como hipótesis? En el tráfico jurídico los que cuentan en definitiva como *títulos de propiedad*, son, en suma, un conjunto de títulos contractuales, hereditarios o certificativos de producción (propiedad intelectual, patentes, marcas, etc.), posesorios (*ocupación*, como *primera* posesión excluyente y arrogativa; *prescripción*, como posesión excluyente ininterrumpida) y las *sentencias*. Pues bien, salta a la vista que ninguno de estos títulos justifica o supone la propiedad, por la sencilla razón de que todos ellos *valen con una serie de reservas*, mientras que la propiedad, como estado, como realidad, no las admite: existe o no. Todo título necesita pruebas complementarias de ejecución imposible. Así, por ejemplo, el título derivativo requiere la prueba *diabólica* de que todos los causahabientes hayan sido propietarios y la de que ni el titular actual ni otro alguno de sus antecesores hayan enajenado la cosa con anterioridad. La sentencia, que dota de acción frente a una o varias personas concretas, está

(14) Cfr. *Acción, pretensión...*, cit., pág. 12.

desprovista de la validez *erga omnes* que requeriría la propiedad y no es oponible contra terceros. Por otra parte, ¿cómo una sentencia va a indentificarse con la propiedad cuando después de ella cupo, también, una enajenación? En resumen, en este derecho imperfecto de nuestra experiencia humana ningún título entraña propiedad, y a ningún titular podemos atribuir carácter de propietario. Quién hoy ha reivindicado con éxito frente a X puede mañana ser declarado usurpador frente a Y. Si, pues, el derecho positivo no conoce ningún propietario, ¿cómo puede configurar los interdictos en beneficio del propietario? Si la teoría de Savigny choca con ciertas modalidades de la experiencia, la de Ihering tiene un defecto peor; ni siquiera está en la experiencia; es totalmente metaempírica.

Tampoco las teorías absolutas salen mejor libradas. En realidad, no explican *por dentro* el fenómeno de la posesión; más bien eluden el núcleo de la dificultad con una evasiva verbalista. Así, cuando se habla de que en la posesión se protege la *voluntad particular por sí misma*, porque en el reconocimiento de la inviolabilidad volitiva se basa todo el orden jurídico, no se hace más que desplazar el centro de la cuestión y perderse en contradicciones. Aunque prescindamos de la arbitrariedad que supone concebir el Derecho como «voluntad general», y admitamos este principio como dogmático, la protección de la libertad individual, cuando no se apoye en aquélla, es más difícil de justificar que la posesión. Y si se dice que *voluntad general* es que se protejan las situaciones posesorias, cabe preguntar, ¿y si no lo fuera? ¿Qué quedaría entonces del carácter absoluto de la posesión? Y si la posesión se impone a la *voluntad general*, ¿no se desmorona esta concepción del Derecho y con ella también la teoría voluntarista de la posesión? La cuestión álgida sigue en pie aquí, pero en otra forma. Si la voluntad injusta no merece la garantía jurisdiccional, ¿por qué otorgársela a la posesión aun cuando tenga carácter ilegítimo? Y si en la posesión se protege la voluntad, ¿por qué—como inquiría Ihering—no se protege en otras situaciones en que, como tal, ha sido suficientemente exteriorizada?

Una objeción similar podría dirigirse a la teoría de Stahl. Aunque se reconozca que con la posesión se defiende un interés económico peculiar, muy distinto de la propiedad e independiente de ella, queda por saber con qué fundamento se hace esta excepción. La teoría de Stahl, que deja esta importantísima cuestión pendiente, resulta, pues, imprecisiva.

X. *La solución científica al problema de la posesión.*

La inconsistencia de las teorías precedentes nos fuerza a realizar un nuevo escrutinio en los hechos. Para efectuarlo científicamente no debemos perder de vista los requerimientos del principio de representabilidad. Por eso, como primera medida, necesitamos

saber si es una teoría absoluta o una teoría relativa la que haya de dar resuelto el problema de la posesión. Decidiremos esta alternativa en cuanto sepamos a ciencia cierta si el ordenamiento jurídico podría o no prescindir de la protección posesoria. Bien ; pues procederemos a averiguarlo.

A primera vista, parece que la posesión no es una institución jurídica absolutamente imprescindible. Uno concibe sin esfuerzo un ordenamiento positivo del que se haya extirpado la pura relación posesoria. A este fin, bastaría con que el Estado se atribuyese o hiciera ingresar en el dominio público todos aquellos bienes sobre los cuales no se formulase ninguna reivindicación basada en un título. Con esto, naturalmente, ya no podría hablarse de mera posesión con valor jurídico, puesto que la protección jurisdiccional recaería sólo sobre los títulos. Pero, claro, a la hora de profundizar más en esta hipótesis van saliendo a la luz los efectos destructivos que acarrearía. En primer lugar, sería totalmente inaplicables a los bienes muebles. En segundo lugar, para llevarla a cabo se requeriría una mutación revolucionaria del ordenamiento actual, bien pasando automáticamente al dominio público o al patrimonio estatal todos los inmuebles hasta que los particulares interesados no exhibiesen títulos posesorios legítimos; bien abriendo los poderes públicos una información sobre la situación jurídica de cada finca. Todo esto, en verdad, sería dificultoso y grave; pero no irrealizable; pero no terrible. Lo verdaderamente desastroso sobrevendría después. Al desaparecer la posesión se desvanecería con ella una institución jurídica de aspecto paradójico y hasta, si se quiere, de aparente injusticia; pero, en cambio, de tan trascendental importancia que con ella volaría, hecho añicos, el ordenamiento positivo. Como es manifiesto, se hace referencia a la prescripción. Comenzamos ahora a vislumbrar la gravedad de la situación planteada, a pesar de que no hemos salido aún de la orilla. Si nos adentramos un poco, las cosas se complican todavía más. En rigor, las citadas leyes antiposesorias no acabarían por sí mismas con la posesión. De hecho, los poseedores sin título no quedarían, sin más, «raídos de la faz del planeta». Su posesión continuaría hasta el formal despojo. Y entonces, y entretanto, por virtud de las disposiciones penales mencionadas anteriormente, su situación, aunque ilegítima e inestable en el fondo, seguiría amparada por el ordenamiento jurídico. No por la vía directa del interdicto; pero sí por la indirecta de la sanción penal al acto agresivo. Por tanto, aun sería posible hablar del hecho de la posesión como *interés jurídicamente protegido*

Llegamos así, al convencimiento de que para abolir definitivamente la institución posesoria sería preciso también terminar con la prohibición de la autotutela, con el delito de coacción—al menos en su forma actual—y con el de calumnia. Y en este punto, creo que cualquiera echa las manos a la cabeza y se rinde a la evidencia de que la posesión es una institución absoluta, tan esencial como

el propio ordenamiento jurídico. Hace falta, pues, explicarla desde una teoría también absoluta. Y he la aquí: *La posesión es un valor jurídico, uno de tantos equivalente de la propiedad, que se tutela, como los otros, precisamente por la imposibilidad de proteger de un modo directo la propiedad en sí misma.* En resumen, si se protege la posesión es porque *la propiedad no puede ser protegida.* Intentaremos una demostración *experimental*, dentro del tipo de *experimentos* que son posibles en la ciencia jurídica.

Un ilustre escritor americano (Watson Davis) y un gran matemático (Edward Kasner) han popularizado una denominación singular dada a un instrumento inexistente: el «matescopio». Han llamado así, ni más ni menos, a toda la ciencia matemática, que permite, como un instrumento de alta precisión, sondear los más hondos enigmas del Universo. Pues bien, si me perdonan la inmodestia, yo también he descubierto un aparatito similar, puramente imaginario, desde luego; pero que permite realizar delicadísimos y decisivos experimentos. Hasta ahora no había pensado nunca en la conveniencia de ponerle un nombre, mas ya que surge la eventualidad, voy a hacerlo. Le llamaré, si a ustedes no les parece mal, *detector jurídico*. Yo, a la verdad, he utilizado ya el *detector jurídico* varias veces (15); pero lo voy a describir y emplear una vez más por si alguno de ustedes no lo conoce o no está enteramente convencido de su importancia.

El detector jurídico es una especie de receptor y proyector cinematográfico, que constituye un verdadero alarde técnico. Puede registrar y proyectar en el acto, en su pantalla maravillosa, tanto *lo que hace ahora* una persona cualquiera que usted indique, como *todo lo que ha hecho* en su vida. Pues bien, con el auxilio de este aparatito no me costará nada demostrar que si la propiedad pudiera ser tutelada en sí misma, sobrarían muchas instituciones jurídicas que son *un mal menor*.

En efecto; supongamos que en todos los Juzgados tenemos un *detector jurídico*. El primer efecto que produciría allí sería el de hacer inútiles todos los instrumentos probatorios. En caso de litigio, el Juez lo decidiría comprobando en la pantalla cinematográfica si las afirmaciones del actor eran verdaderas, sin tener siquiera que oír al demandado. ¿Qué necesidad habría ya de documentos, de testimonios, de peritos, de presunciones? Los hechos, los verdaderos hechos, serían ya inmediatamente visibles. Del mismo modo, ¿qué necesidad tendríamos también de la prescripción, como límite de la prueba? ¿Qué necesidad, asimismo, de prohibir *a priori* la autotutela? El triunfo cierto e inexorable de la razón sería bastante para el mantenimiento del orden y se podría autorizar la realización de la justicia por propia mano sin temor a que la Sociedad degenerase en un caos. Nadie, o casi nadie, se lanzaría sin derecho a la acción directa, teniendo, como tendría, la certeza de

(15) Vid. op. últimamente cit., págs. 5 y ss.

una sanción penal. Así las cosas, ¿qué quedaría de la posesión? Un mero recuerdo histórico. *Sólo la propiedad estaría jurídicamente protegida*. La simple posesión sería inconcebible y en todas partes se la trataría como una usurpación: con extremo rigor punitivo.

Como habíamos anunciado, el *detector jurídico* trae una prueba irrefutable de nuestra afirmación anterior. Si la propiedad pudiera ser protegida por sí misma, no sería necesario rodear a la posesión de una barrera defensiva. Y quien dice la propiedad, dice todos los demás derechos subjetivos presuntos. Todos los que no estén en la experiencia jurídica. En el Derecho *experimental* e imperfecto, que utilizamos por el momento hasta que no se construya mi *detector jurídico*, los derechos subjetivos materiales no cuentan más allá de la hipótesis. Lo único que cuenta son los *títulos*. Los títulos son *valores* relativos que, con más o menos probabilidad, *representan* los hechos generativos de las obligaciones jurídicas «ideales». Son signos *sensibles*, unidades y categorías de la experiencia humana, dotados de la protección jurisdiccional. En ellos se resume, pues, el campo de la experiencia jurídica. En el Derecho positivo nada hay, por consiguiente, a su exterior. Cuando las leyes, refiriéndose a las buenas relaciones entre las partes, imponen el cumplimiento de una obligación *sin prueba*, se remiten al *fuero de la conciencia*, no al ordenamiento jurídico *compulsivo, real*. Sólo también por contraposición a esta verdad material última, puramente hipotética, hemos hablado nosotros de *equivalentes jurídicos* (16). Por lo demás, toda *legitimidad*, de cualquier clase que sea, ha de refugiarse inexorablemente en esos *títulos de valor*. La *posesión* es uno más entre todos.

(16) El concepto de equivalente jurídico ha sido empleado alguna vez con cierta incomprensión de su alcance. Por eso, quiero llamar la atención acerca de un punto concreto. Los equivalentes jurídicos son los medios de hacer ingresar el Derecho «ideal» en el marco de la experiencia jurídico-positiva. Requieren, pues, cierta *perceptibilidad empírica*, cierta *materialidad*. Requieren también una dosis de *eficacia coactiva*, una *garantía jurisdiccional inmediata*, aunque sea de carácter provisional.

El valor actual de la Ley y los defectos legislativos

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario

JERONIMO LOPEZ LOPEZ
Doctor en Derecho

En el Ordenamiento jurídico español, la Ley (en sentido estricto) tiene valor primordial. Ocurre, sin embargo, que, debido a los defectos que la misma Ley presenta en ocasiones, su eficacia normativa queda paralizada, o lo que es peor, aprovechando el puesto que ella tiene en nuestro sistema, ocupan su lugar otras fuerzas sociales; así, en el vacío cascarón de la Ley, y valiéndose de su aureola, se instalan otros poderes. Ello sucede, sobre todo, bajo la solapada fórmula de interpretar la Ley. Pero interpretar es, en sentido estricto, determinar cómo una norma tiene eficacia normativa. Lo primero, sin embargo, es conocer la norma, y si bien ésta puede y debe cambiar, lo que no puede es ser suplantada. Se ha llegado así en algún aspecto a hacer de las leyes una malla, en la cual las construcciones se apoyan, pero pueden también pasar a través de sus huecos. De esta manera, el poder legislativo va cediendo en favor de otras fuerzas sociales, a veces en favor de una sola persona.

Tratemos de estudiar, siquiera sea brevemente, cada uno de los posibles aspectos de la cuestión.

I. EL VALOR JURÍDICO DE LA LEY

Parece que el punto de partida ha de ser la afirmación del valor preeminente de la Ley en nuestro actual sistema jurídico, valor que, como derivado del juego constitucional de poderes normativos, no puede ser olvidado bajo el pretexto de los defectos que la Ley tenga. Por constituir el punto de partida, se impone considerar esta idea del valor primordial de la Ley.

Actualmente se desarrolla en España una nueva fase de la endémica discusión acerca del valor de la Ley, cuestión que entraña una serie de problemas irreductibles a una fórmula única. Parece, sin embargo, que los principales son los siguientes: a) la supuesta

impotencia del Estado para decidir sobre lo justo, que conduce a negarle poder normativo; b) la extralimitación del Estado en el ejercicio del poder normativo, bien por su falta de adecuación a los principios generales del Derecho, bien por excesos racionalistas contrarios a la tradición y faltos de adecuación a las circunstancias históricas, o por cambios bruscos en la legislación, producidos por una falta de conciencia y firmeza en la consecución de los fines perseguidos, o por adoptar soluciones contrarias al sentir popular y no más justas que la que éste impone, o por los defectos técnicos de la legislación, que hacen difícil hallar la norma y la interpretación adecuadas incluso para los funcionarios encargados de aplicarlas; c) finalmente, con referencia al Ordenamiento jurídico español, las corrientes regionalistas, contrarias a la unidad estatal, que atacan a la Ley como a uno de los más firmes fundamentos de la misma. Prescindiendo de este último aspecto, soterrado, aunque poderoso, merece destacarse, en cuanto al primero de los expuestos, por su fuerza, buena voluntad y un cierto tinte de utopía, la posición de D'Ors (1), que sostiene que el Estado es incapaz de crear Derecho porque carece de *prudencia iuris*, siendo su misión solamente la de administrar la sabiduría jurídica creada por los «prudentes», fuente auténtica y decisiva del mismo. Con razón ha sido criticada por F. de Castro (2), cuya opinión acogemos. Sin ánimo, naturalmente, de intervenir en esta polémica, nos parece oportuno recordar algunas ideas ya dichas.

El núcleo de la teoría de D'Ors lo constituye la afirmación ya citada, y a ella, prescindiendo de pretendidas demostraciones históricas, hemos de referirnos: parece aceptable que sean, en efecto, los «prudentes» los que—en el caso de que se reúnan en ellos las difíciles condiciones de santos y sabios—puedan decidir con más probabilidades de acierto acerca de lo justo; obraría con poca prudencia el legislador que no tuviera muy en cuenta sus consideraciones; pero parece caer D'Ors en cierto idealismo racionalista al pretender que sean ellos los que rijan la vida jurídica de la comunidad; prescindiendo de su consideración de hombres de ciencia, con las limitaciones que esto lleva consigo, es de hacer notar que la labor del legislador, que es, en esencia, realizar el Derecho natural en el mayor grado posible, lleva insita una función política (determinar cómo parece que sea más conveniente esta realización y el grado de la misma) (3) que escapa el

(1) Para la bibliografía, V. FUENTESECA, AHDE, 20 (1950), pág. 983 ss. Posteriormente, *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, Madrid, 1952.

(2) *¿La ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. I, fasc. II, págs. 565-580.

(3) Como idea básica, que habrá de surgir a menudo en el curso de esta Nota, hemos de apuntar ya desde ahora esta contraposición entre dos elementos esenciales de la Ley: uno subyacente, primario, integrado por factores sociales, económicos, técnico-jurídicos, y de valoración de la norma desde el punto de vista de la Justicia; y otro que, abarcando todos los anteriores, los aprecia y enjuicia dentro de una decisión de tipo político, relativa a su conveniencia

prudente. Para éste, la Justicia es el campo donde habita; para el legislador es solamente una meta que obligatoriamente debe procurarse alcanzar. El prudente puede decidir, quizá, mejor que nadie sobre lo justo, pero no parece que esté especialmente dotado para lograr la realización de la Justicia, porque por su propia condición es probable que no transija con el mal y con los vicios que han de ser tolerados siempre que así lo aconseje el estado de la comunidad; la Ley es instrumento de mayor perfección para los ciudadanos, pero no es la perfección ni, salvo circunstancias excepcionales, siquiera se acerca demasiado a ella. Difícilmente aceptaría el sabio que la Ley no deba prohibir todos los vicios (4), y que no deba mudarse siempre que se encuentre una solución más justa (5), sino sólo cuando aconseje el cambio una evidente necesidad o una grande utilidad común. La función política opera con el Derecho, y también sobre el Derecho, y no se debe olvidar que la función jurídica no es sino una parte de ella. Aun admitiendo que el prudente sea el que, en efecto, pueda decidir con mejor criterio acerca de lo justo, la realización de esta idea de Justicia se encuentra fuera de sus manos, porque no es sino un factor—y un factor con infinitas posibilidades de acción, sobre las que hay que decidir—en orden a regir la vida de la comunidad, y esto queda fuera del alcance del jurista. La decisión sobre lo justo en cuanto se pretende convertir en norma jurídica es de competencia del que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, porque es solamente uno entre los factores con los que cuenta para conseguir la protección y el desarrollo de la misma (6).

Por otra parte, en numerosas ocasiones se ha destacado el carácter decisivo del poder del organismo estatal, que es el que resuelve en último extremo. Bueno será decir que la lucha (legítima) por el poder político entre las diversas fuerzas de la comunidad no decide a favor del más fuerte la atribución de la potestad normativa primaria, sino de un modo indirecto, atribuyén-

y oportunidad y a su armonización con el total político del Estado. Sucesivamente iremos aludiendo a los ulteriores desenvolvimientos y aplicaciones de esta idea.

(4) SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. TH., 1.^a, q. 96, a. 2.

(5) SANTO TOMÁS, loc. cit., q. 97, a. 2: «El cambio considerado en sí mismo implica cierto detrimento del bien común; porque la costumbre es muy poderosa para la observancia de las leyes, hasta el punto de que las cosas que se hacen contra la costumbre general, aunque sean más leves, parecen más graves; y así, cuando se muda la Ley, disminuye su fuerza coercitiva en cuanto se quita la costumbre; y por esta razón no se debe mudar la Ley humana si por otra parte no se compensa el bien común cuando por esa se le deroga. Esta compensación existe, o por ser la Ley nueva de muy grande evidentísima utilidad, o por mediar muy notoria necesidad, o porque la vigente Ley contiene manifiesta iniquidad o su observancia es muy nociva: por lo cual dice el Jurisconsulto (ULPIANO, Dig., l. 4, ley 2.^a, De constitutionibus principum) que «en constituir nuevas cosas debe haber evidente utilidad para abandonar aquel Derecho, que pareció equitativo durante largo tiempo».

(6) SANTO TOMÁS, loc. cit., q. 90, a. 3.

dole el cuidado de la comunidad, y que tal atribución no es un premio a la preponderancia, sino un medio necesario para lograr el cumplimiento de la misión encomendada a dicha fuerza social y también para hacer frente a las graves responsabilidades que le incumben (7). El legislador está sometido al Derecho natural y a los principios tradicionales (también a los políticos en su caso), pero no puede, en cambio, permitir que en el seno de la sociedad exista una fuerza con pretensión normativa mientras sea él el que responde del cuidado de la comunidad, porque ordenar a un fin compete a aquél de quien es propio tal fin (8).

Parece, en definitiva, a nuestro juicio, que el problema que D'Ors se plantea debe decidirse, conforme a lo dicho, distinguiendo entre «norma jurídica» y «decisión sobre lo justo». En el fondo, el error de D'Ors radica en una desenfocada visión del concepto de fuente jurídica, que coloca, más que en el momento de decisión con valor normativo, en el de alumbramiento de la sustancia jurídica.

Por otra parte, y ya con referencia al problema *b)* de los incluídos en la cuestión general, debe pensarse que la pretendida crisis de la Ley es más bien crisis de la actual manera de entender la Ley y de funcionar el mecanismo legislativo (9), lo mismo que la actual crisis mundial de sistemas políticos no es en último término crisis del Estado moderno, sino de su manera de funcionar y de ser concebido. El Estado fuerte, creación de la época del Renacimiento, es, lo mismo que la primacía de la Ley, una conquista política no superable por hoy. Y lo mismo que parece poco probable la vuelta al atomismo político medieval, tampoco resulta muy previsible el regreso a la primacía normativa de fuerzas extraestatales. Lo que está en crisis es la pretensión del Estado y de la Ley de ser soberanos y autosuficientes (10). Por el contrario, ambos dependen de instancias superiores que lo legitiman, les dan savia y los complementan. Respecto de la Ley, ésta es la función de los principios generales, los cuales, a su vez, están, en cierto modo, en manos de los juristas. El debido ensamblaje de la labor de éstos, dentro y fuera de la Ley, como intérpretes de los principios generales y como especialistas técnicos del Derecho, con la suprema virtualidad decisoria de ésta, es lo que ha de dar su justa medida a la vida jurídica. Para lo cual

(7) Responsabilidad que hace notar el P. GETINO. *Introducción al Regimiento de Príncipes de Sto. Tomás de Aquino, seguido de la Gobernación de los judíos*, ed. separata, Valencia, s. f., pág. XII.

(8) SANTO TOMÁS, loc. cit. en nota (6).

(9) D'ORS parece unir ambas cuestiones. V. *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, cit., pág. 13.

(10) D'ORS, precisamente, ataca con carácter primordial al absolutismo legalista (V. op. últ. cit., págs. 16 s. y 22), lo que tiene el inconveniente de no afectar al sistema constitucional español, que debe estimarse estrechamente vinculado al Derecho natural. Por ello, en España podrá haber defectos de funcionamiento del mecanismo de producción del Derecho, no crisis de la Ley.

es preciso que la Ley confíe en el jurista, le deje un amplio margen de acción. Y que el jurista respete a la Ley. Y que ambos respeten a los principios generales.

Nada de esto tiene, sin embargo, relación con el problema del valor primordial de la Ley, ya que no exige modificación alguna en la constitución política como juego y jerarquía de fuerzas sociales normativas. Lo único que demanda es una exacta aplicación de tal constitución, sobre todo en un país como España, en que los principios generales del Derecho tienen, constitucionalmente, un significado básico.

II. LOS DEFECTOS LEGISLATIVOS

No vamos a entrar en un estudio general de las consecuencias que el deficiente funcionamiento del mecanismo de producción del Derecho produce respecto de la manera de estar vigente y ser aplicada la Ley. Nuestro propósito es más modesto: se reduce a ciertas imperfecciones de la Ley que pueden producir una posición general de perplejidad respecto de su efectiva legitimidad y validez jurídicas. Prescindimos de los supuestos de Ley contraria a los principios generales y de ley inexistente (laguna total), pues los problemas que plantean excederían del ámbito de una simple nota. Podemos citar como básicos entre los casos restantes, sin que ello suponga una intención exhaustiva (11): a) La Ley errónea: como es natural, no nos referimos con esta denominación a lo que podríamos llamar errores normativos; es decir, aquellos que consisten en una regulación distinta de la que se considera adecuada, ya que tales errores, o bien lo son únicamente desde un punto de vista subjetivo, o, en caso contrario, encajan más bien en el concepto de la Ley inadecuada. Llamamos Ley errónea a la que maneja determinados conceptos técnico-jurídicos en sentido distinto a aquel que comúnmente se les atribuye en el lenguaje de los juristas, o bien del que resulta de la ulterior regulación legal de las mismas, o, finalmente, aplica los procedimientos técnicos de modo que contradiga ciertos principios técnicos normalmente sentados por la ciencia jurídica. Ahora bien, el error de la Ley, así delimitado, ha de sufrir una nueva restricción: la incorrección técnica de la Ley sólo debe ser considerada como defecto legislativo cuando pueda tener alguna trascendencia normativa, no por la mera discordancia con creaciones conceptuales de la ciencia jurídica, por muy generalizadas que éstas se hallen (12). Deteniéndonos especialmente en los errores

(11) V. una adecuada clasificación de los defectos legislativos en F. DE CASTRO. *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, pág. 478, n. 2. No se trata en esta Nota de ofrecer otra clasificación, sino de hacer una simple enumeración a los efectos que aquí nos interesan.

(12) Es conveniente que la Ley utilice los conceptos, términos y procedimientos técnicos que estén plenamente consagrados entre los juristas y no obedezcan a una moda pasajera. Pero la incorrección técnica sin trascendencia

de concepto, hay que hacer notar que, cualquiera que sea la opinión que se sustente, en el campo de la técnica legislativa, sobre la conveniencia de incluir en las leyes preceptos de índole definitoria o conceptual, lo evidente es que, una vez incluidos, debe extraerse de ellos la máxima sustancia normativa posible (13). Por ejemplo, si contemplamos la definición que de cosas fungibles nos da el artículo 337 C. c., y tratamos de aplicarlas a la distinción entre el comodato y el mutuo (arts. 1740 y 1753 C. c.), será preciso entender que radica en la naturaleza consumible o no de las cosas objeto del contrato, criterio inadmisibles y además contradicho por el artículo 312, párrafo 2.º C. de c., que pueda en este caso ser estimado como elemento complementarios de interpretación del precepto defectuoso.

b) Ley oscura o dudosa: hay que distinguir de un lado la Ley totalmente ininteligible, que debe equipararse a la Ley inexistente, y la de interpretación dudosa, pero posible. No obstante, la separación entre ambos tipos no es modo alguno tajante, ya que la supuesta ininteligibilidad puede ser superada por el progresivo perfeccionamiento de los medios de interpretación aplicados (14).

c) Ley inadecuada; para que nos encontremos ante este supuesto es preciso: 1.º Que la inadecuación no resulte respecto de los principios generales del Derecho, pues, como hemos dicho antes, este caso queda fuera de nuestro estudio (15). 2.º Que la supuesta inadecuación no resulte de la contradicción con el particular criterio de uno o varios juristas, sino de una manifiesta y comúnmente aceptada oposición con las circunstancias sociales o económicas, o con las concepciones dominantes. Los supuestos fundamentales a que nos referimos en este apartado son los de disposiciones legales que, una vez promulgadas, se han revelado claramente inadecuadas a la situación sobre la que habían de incidir, y aquellas que, a consecuencia de la modificación de las circunstancias, han perdido su adecuación inicial, sin ser reformadas a pesar de ello.

normativa, si bien puede estimarse criticable, no merece ser considerada como imperfección legislativa a los efectos de un tratamiento especial. Lo único procedente es corregirla cuando la Ley haya de ser reformada por otros motivos.

(13) V. HECK, *Jurisprudencia de intereses*, trad. esp. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, AAMN. IV, 1948, pág. 526.

(14) Así, por ejemplo, la contradicción externa existente entre los artículos 759 y 799 C. c., que ha sido resuelta en ocasiones sobre la base de estimarla irreductible y considerar existente una laguna, parece hoy día netamente superada a base de una adecuada armonización de ambos preceptos. V. F. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., pág. 614, n. 4, y ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, II, págs. 84 y 86.

(15) La contradicción con los principios generales determina normalmente la legitimidad de la norma legal. V. F. DE CASTRO, op. ult. cit., pág. 428. No obstante, si, dado el carácter extremo y excepcional que debe atribuirse a la conclusión de que una Ley es ilegítima, cabe salvar la Ley en alguna ocasión, ésta debe ser estimada, a' menos, inadecuada.

Podría pensarse que un cuarto grupo estaría formado por los casos de Ley insuficiente; pero, meditando sobre ello, se puede advertir que la Ley insuficiente, o bien equivalente a la inexistente, si deja totalmente sin regular un supuesto determinado, o bien a la oscura, si se trata de simple omisión de algún elemento de la norma, que haya de ser suplido por la interpretación de la misma. Es decir, desde un punto de vista práctico, estaremos ante una laguna total si hay que aplicar los métodos de integración de la Ley; ante un supuesto de oscuridad si bastan los de interpretación.

III. CONSECUENCIAS DE LOS DEFECTOS LEGISLATIVOS

Ante todo, es preciso descartar la consecuencia de ilegitimidad de la norma legal defectuosa, puesto que ésta sólo sería ilegítima en caso de que estuviera en evidente contradicción con los principios generales del Derecho. Lo que, por el contrario, queda claramente amenazado por la imperfección es la validez jurídica de la norma, es decir, su efectiva vigencia en la realidad social que ha de ser gobernada por ella.

El primer fenómeno que observamos es que la imperfección afecta a las condiciones intrínsecas de la Ley que pueden ser determinantes de su prestigio social, indispensable para que sea recibida en la práctica. En el caso de Ley inadecuada, esto viene directamente producido por su contradicción con las necesidades del momento o las concepciones dominantes. En los de Ley oscura o errónea, a través del desconocimiento del verdadero contenido de la norma (16). Parece oportuno detenerse especialmente en este problema del conocimiento del Derecho.

Dicha cuestión presenta varias facetas: a) Es necesario que las personas encargadas de aplicar el Derecho (aplicar, en amplio sentido, comprendiendo desde la consulta al abogado, o la jurisprudencia cautelar del notario, hasta la sentencia judicial) conozcan con claridad sus normas, presupuesto indispensable para su labor, y para que ésta no redunde en perjuicio de la comunidad; b) Por otra parte, se ha intentado ampliar el conocimiento del Derecho a todo el pueblo que por él se rige. No parece que ello pase de utópica aspiración; no es posible que el pueblo conozca el Derecho, sobre todo en una época en que, dada la complejidad del mismo, incluso el profesional debe especializarse. Por el contrario, es posible y deseable que el pueblo conozca las bases fundamentales del Ordenamiento jurídico, lo que redundará en un mayor afec-

(16) Cabría plantearse el problema de si la Ley oscura tiene un sentido intrínsecamente exacto, aunque circunstancial o permanentemente quede ignorado a causa de la imperfección del entendimiento humano, o si, por el contrario, se debe estimar incorporado a la Ley cada momento el sentido que de esas circunstancias le otorgue la generalidad de los intérpretes. Parece preferible inclinarse por la primera solución, sin perjuicio de que el sentido intrínseco de la Ley pueda evolucionar al modificarse los principios generales.

to al mismo, y sobre todo que tenga conciencia de su claridad, lo que supone que confíe en la solución clara de sus dificultades jurídicas.

Un fiel reflejo de los distintos aspectos de la cuestión puede hallarse en el tratamiento del problema a través de la discusión parlamentaria de la Ley de Bases del C. c., ya que la labor codificadora suponía entonces—como uno de sus aspectos—el logro de la aspiración de un mejor conocimiento del Derecho (17). La legislación existente, tanto la de los territorios del Derecho común como la de los forales, presentaba multitud de dudas, de insuficiencias e imperfecciones que era necesario resolver, y producía con ello un estado de confusión con el que había que terminar (18), estimándose que la codificación podría resolver las dudas en orden al Derecho vigente y al orden de prelación del mismo, aunque subsistieran los problemas de interpretación respecto a las normas contenidas en el futuro C. c. (19). De una parte se desea que el C. c. suponga conocimiento del Derecho por todo el pueblo (19 bis) para que así conozca éste sus derechos y obligaciones, apuntándose como curiosa consecuencia de este intento, que solamente de esta manera se puede conseguir que sea un hecho el principio de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha (20); por otra parte se sostiene que el conocimiento de sus derechos por el individuo a través del C. c. es necesario, ya que se estima preciso—siguiendo expresamente las ideas que comienzan con la Revolución francesa—hacer un reconocimiento de los derechos del mismo; al español se le debe en justicia lo que pudiera llamarse «la cartilla de sus derechos», escrita en lengua inteligible, en español, clara y metódicamente ordenados (21); en este aspecto, el C. c. «es una cualidad de la naturaleza social del hombre» (22). Pero, más que esta posición aislada en pro de la defensa del individuo frente al Estado, lo que preocupaba era la liberación del pueblo respecto del monopolio de los letrados; se supone que el desconocimiento del Derecho, aun por las clases cultas (23) tiene por consecuencia que deban acudir en todo caso a los abogados para conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, con lo

(17) La misma situación anterior al C. c. podría estimarse existente hoy día respecto de los Derechos forales e incluso, en los territorios de Derecho común, en cuanto a la frondosa legislación especial.

(18) CONDE Y LUQUE, DSC (Congreso), Legislatura 1884-85. (Todas las citas ulteriores se refieren a esta legislatura, por lo que se omitirá este dato), t. X, pág. 4829; GIL BERGES, DSC (Congreso), t. XI, págs. 5198-99; ULLOA Y REY, DSC (Senado), t. III, pág. 1293.

(19) SILVELA, DSC (Senado), t. III, págs. 1373-74.

(19 bis). ESCOBAR, DSC (Senado), t. III, pág. 1240; COLMEIRO, DSC (Senado), t. III, págs. 1259-60 y 1284; ULLOA Y REY, DSC (Senado), t. III, pág. 1291; ALBACETE, DSC (Senado), t. III, págs. 1333 y 1336.

(20) GIL BERGES, DSC (Congreso), t. XI, págs. 5198 y 5203. Sobre un exacto enfoque del problema de la ignorancia de la Ley, V. F. DE CASTRO, op. ult. cit., pág. 525.

(21) CONDE Y LUQUE, DSC (Congreso), t. X, pág. 4829.

(22) CONDE Y LUQUE, DSC (Congreso), t. X, pág. 4829.

(23) LABRA, DSC (Congreso), t. XI, pág. 5238.

que se consagra el monopolio de esta casta en cuanto al saber jurídico, aun en las bases fundamentales de la familia y la propiedad, estado de cosas que el C. c. podría resolver; el desconocimiento popular del Derecho sólo a los juristas aprovecha, y éstos utilizan el desconocimiento del pueblo para así poder explotarlo mejor (24). Con razón se señaló, frente a estas apreciaciones, que el C. c. no podría lograr el conocimiento del Derecho por el pueblo, ni se acabaría el monopolio de los juristas, que no necesitan de la oscuridad del Derecho para el ejercicio de su profesión (25); el conocimiento del Derecho, se dice, no podrá, por sus propias características, ser nunca patrimonio común (26).

Pero la conveniencia del conocimiento popular del Derecho fué defendida también dentro de justos límites, porque lo que en este aspecto importa es: *a*) Que el pueblo tenga conciencia de que la realización de la Justicia no se verá impedida por las dificultades en el conocimiento de las normas, y *b*) Que se consiga infiltrar en la cultura popular algunos principios fundamentales del Ordenamiento, cosa posible y conveniente. Sobre todo, en este último aspecto, se señaló que el C. c. podía servir, en una época en que todo estaba relajado y lo tradicional y religioso casi habían desaparecido, para «fortalecer doctrinas e instituciones que, por desgracia, van de vencida, en orden a dirigir el sentido moral y aun jurídico de la sociedad», y que a través del mismo, «la autoridad, en su más noble representación, que es el Estado, que tanto abusa en otras esferas, se constituya en maestro, en director de la conciencia pública, consignando en su cuerpo de doctrina... los grandes principios jurídicos y morales en que descansa la sociedad española» (27). Repetidamente se señala que el C. c. servirá para que el pueblo conozca lo que es la familia y la propiedad (28), y que elevará el sentido moral del mismo, lo que en verdad no puede dudarse (29). Descartado lo que hay de utopía, propia de la época, es evidente que la claridad de las leyes hace posible el conocimiento popular del Derecho y eleva la conciencia moral del pueblo y su confianza en la Ley (30).

(24) *Exposición del Proyecto*, Ap. único al núm. 54, pág. 4 (sesión de 12 enero 1885); ESCOBAR, DSC (Senado), t. III, pág. 1240; GUTIÉRREZ, DSC (Senado), t. III, pág. 1247; ULLOA Y REY, DSC (Senado), t. III, págs. 1293-94 y 1318.

(25) MALUQUER, DSC (Senado), t. III, pág. 1265; CORONADO, DSC (Senado), t. III, pág. 1258; MARQUÉS DE SEOANE, DSC (Senado), t. III, págs. 1356-57 y 1360.

(26) DURÁN Y BAS, DSC (Congreso), t. X, pág. 4991, que se opone al argumento de que el C. c. sea conveniente para lograr así los fines indicados; se observará que los partidarios de la codificación exageran sus argumentos, por su deseo de acumular razones en pro de la misma: con razón dice DURÁN Y BAS que el C. c. no será nunca un catecismo jurídico, un evangelio social.

(27) CONDE Y LUQUE, DSC (Congreso), t. X, pág. 4820.

(28) LABRA, DSC (Congreso), t. XI, pág. 5239.

(29) LÓPEZ PUIGCERVER, DSC (Congreso), t. X, págs. 4983 y 5027.

(30) DURÁN Y BAS, DSC (Congreso), t. X, pág. 5031, dice que, como el

Sería fácil señalar otras consecuencias evidentes de la Ley defectuosa: fomenta los litigios, conduce a la inseguridad, y en último término ampara la injusticia, porque viene a favorecer a quien, por tener mayores medios económicos o una conciencia menos escrupulosa, puede embarcarse en el proceso de dudoso resultado y manejar en él armas más poderosas (31).

Pero la consecuencia que queremos resaltar especialmente es la suplantación de la virtualidad normativa de la Ley por la de otros poderes carentes de competencia en el juego constitucional vigente de fuerzas sociales normativas, o que, al menos, se exceden de la que poseen. Ante la situación de duda o perplejidad que hemos apuntado como denominador común de las situaciones que estudiamos, la realización práctica del Derecho ha de inclinarse, en cada caso, por una solución concreta entre las varias que entran en juego como posibles. Si partimos de la base de que hay siempre una solución que es la legítimamente exacta, aunque la imperfección del conocimiento humano pueda ignorarla, al menos en cuanto a su carácter de tal (V. supra nota 16), habremos de concluir que si la solución aplicada no coincide con la exacta habrá resultado regido el supuesto, en un caso concreto o con carácter de generalidad, por una fuerza social (la determinante de la solución) distinta de la que había de regularlo legítimamente. La variedad de estos poderes suplantadores es muy grande; incluso, dada la influencia indirecta de la Ciencia jurídica, tanto mayor cuanto más relevante sea la personalidad y el prestigio del autor que la represente, puede suceder que el criterio particular y erróneo de una sola persona, a quien no se ha confiado la realización del Derecho, suplante los criterios normativos legales.

La doctrina, los Derechos extranjeros, los meros proyectos legislativos, la Jurisprudencia y la actividad de la Administración, son los elementos que principalmente suelen entrar en juego, desplazando a la Ley. Respecto de los tres primeros, no parece necesario señalar su carencia de virtualidad normativa legítima. En lo referente a la Jurisprudencia, baste apuntar que sólo la tiene en cuanto sea vehículo de auténtica doctrina legal, es decir, nunca por sí misma. Al margen de la creación de doctrina legal,

pueblo no conoce su Derecho a través de la codificación, en nada hace adelantar ésta la vida social. Aun aceptando que, en efecto, el pueblo no conozca directamente las leyes, es evidente que los principios fundamentales calan indirectamente en la conciencia social, y de este modo se consiguen los fines apuntados, lo que reconoció el mismo DURÁN Y BAS en otra ocasión (DSC. Congreso. t. X. pág. 4991).

(31) Las consecuencias señaladas se refieren a todos los casos que estudiamos de Ley defectuosa, ya que en todos ellos surge en el ánimo del intérprete o en el del pueblo una situación de perplejidad entre varias soluciones posibles: bien entre las diversas interpretaciones a que se presta la Ley oscura, bien entre la solución legal inadecuada, técnica o socialmente, y la que se estima procedente desde uno u otro punto de vista. Esta situación de perplejidad es suficiente para crear la inseguridad.

la Jurisprudencia no tiene más misión que la de aplicar las normas procedentes (32). Más complejo es el problema de la intervención de la Administración, y a él queremos dedicar algunas líneas.

El vacío que en cierto modo provoca cualquier defecto legislativo, ejerce una atracción sobre otras fuerzas sociales que tienden a llenarlo: en la lucha de fuerzas sociales que ello provoca, son las más ágiles y dinámicas las que mayores probabilidades de éxito tienen. Y tal vez ninguna fuerza más arrolladora en este sentido, en el actual estadio social y político, que la Administración. Esta puede actuar indirectamente por vía legislativa, en cuyo caso el problema planteado, de intervencionismo administrativo en la vida privada, es distinto del estudiado aquí. Pero puede también desplegar su actividad directamente por vía reglamentaria. La intervención por este camino no se produce normalmente, en el campo jurídico-privado, de modo autónomo, sino sobre la base, o al menos con el pretexto, de dar ejecución a una Ley previa. Pero plantea especiales problemas, derivados del fenómeno de la injerencia administrativa en la función de remediar la situación producida a consecuencia de un defecto legislativo. Tales problemas son de dos tipos: o de contradicción con la Ley (la misma que se trata de ejecutar u otra diferente), o de reglamentación administrativa de materias que escapan a la competencia de esta fuerza normativa.

La legislación jurídico-privada escapa normalmente al fenómeno reglamentario, precisamente porque su ejecución no se encomienda, en términos generales, a la Administración, sino a los Tribunales de Justicia. No se trata de una simple diversidad de órganos sino más bien de un mecanismo completamente diferente para la realización del Derecho. A la reglamentación administrativa viene a oponerse así la actividad jurisprudencial, de tan distinto sentido y alcance. Pero hay roces inevitables con la Administración: bien a causa de las ineludibles materias mixtas, cada día más numerosas (personas jurídicas, derechos de la personalidad, límites de la propiedad privada, propiedad de las entidades públicas, propiedades especiales, servidumbres, instituciones de crédito, ciertos contratos en que se interfieren agudos problemas sociales como el arrendamiento de inmuebles y el contrato de trabajo, protección de los menores e incapacitados, sucesión hereditaria a favor del Estado, etc.), bien por la necesidad de regular desde un punto de vista administrativo ciertos servicios públicos destinados a la realización práctica del Derecho privado: nos referimos al Notariado y a los distintos Registros destinados a dar publicidad a situaciones jurídico-privadas (Registro de la Propiedad, Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de Actos de

(32) Sobre la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial, V. F. DE CASTRO, op. cit. cit., pag. 502 ss. y nuestra Nota *La analogía y la doctrina legal en la sociedad de responsabilidad limitada*, en: ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. VI, fasc. I, pag. 249-258.

Última voluntad, Registro de Tutelas de ausentes, de la Propiedad intelectual, de la Propiedad industrial, etc.) (33).

Vamos a analizar especialmente este segundo aspecto de la cuestión en el que se produce un fenómeno muy curioso. La regulación de la actividad de los órganos o funciones encargados de los servicios en cuestión ha de tener un doble aspecto: de Derecho privado sustantivo, en cuanto a los presupuestos y efectos de la intervención notarial o registral sobre las situaciones jurídico-privadas sometidas a ella; y de puro Derecho Administrativo en lo relativo al régimen jurídico del órgano y de la función. Ambos aspectos están íntimamente ligados, y es a veces prácticamente imposible deslindarlos. Piénsese, por ej., cómo en el llamado principio de especialidad o del folio real van indisolublemente unidos una norma de régimen administrativo del Registro de la Propiedad (art. 243 L. H.) y un presupuesto de la específica eficacia sustantiva de la inscripción (art. 13 L. H.). Lo lógico sería que la actividad administrativa reglamentaria se restringiese al aspecto que le incumbe, el régimen de los órganos y las funciones, dejando intacto el ámbito jurídico-privado. Pero no es así. Y la necesidad de completar y ejecutar la Ley en su aspecto administrativo ha conducido al absurdo de que la incontenible fuerza expansiva de la Administración regule materias del más puro Derecho civil o mercantil, bien directamente (34), bien al venir la norma reglamentaria, en sí referida sólo al régimen interno del servicio a dar un criterio utilizable o efectos de cubrir el vacío producido por un defecto legislativo (35). En todos estos supuestos se da un notorio exceso de competencia, bien por parte de la norma en sí misma, bien por parte de la aplicación extensiva de la misma, del intento de ver en un precepto reglamentario un criterio o principio de índole legislativa. Por ej., el artículo 108 R. R. M. sería competente para admitir a inscripción la sociedad

(33) Se libra, por lo general, de la confusión que estudiaremos la Administración de Justicia, a pesar de ser asimismo un servicio organizado administrativamente; la causa es tal vez que la específica actividad de sus órganos constituye el objeto de una rama especial del Derecho, el Derecho procesal, cuyas peculiaridades le mantienen netamente separado del Administrativo y cuyas normas han alcanzado rango legislativo.

(34) Ejemplos: Arts. 215 ss. R. H., acerca del derecho de hipoteca, que contiene normas tan importantes y tan poco reglamentarias como el art. 219, relativo a la fijación en moneda nacional del importe de la obligación asegurada con hipoteca. Tiene también interés el caso del título IV del Reglamento Notarial, regulador de muchos aspectos sustantivos del documento notarial. Basta pensar que los preceptos análogos relativos a los testamentos están incluidos en el C. c.

(35) Esto sucede entre otros casos, con el problema del «*immensius clausus*» de derechos reales (art. 7 R. H.), con la admisibilidad y régimen jurídico del derecho de opción (art. 14 R. H.), con el desenvolvimiento del principio «*locus regit actum*» (art. 36 R. H.), con el sentido y alcance actual del requisito de la licencia marital (arts. 169 R. N. y 94 R. H.), con la admisibilidad y régimen de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 108 R. R. M.), con la transformación y fusión de sociedades (art. 138 ss. R. R. M.), etc.

de responsabilidad limitada si fuera viable una interpretación de nuestro Derecho sustantivo favorable a la validez jurídica de tal tipo social, pero no, en modo alguno, como se ha pretendido para decidir por sí tal validez, ni para imponerle el uso de una razón social.

Pero además de esta extralimitación se da, en ocasiones, una evidente contradicción con la Ley: así, por ej., en los artículos 298, párrafo penúlt. ap. 2.º R. H. respecto del artículo 105 L. H., en el artículo 308 R. H. respecto del 208 L. H. y en el 265 del Reglamento Notarial respecto del 30 de la Ley Orgánica del Notariado (36). En todos estos casos se trata de normas bien orientadas, que tienden a corregir imperfecciones de la Ley o a obtener su adecuación a las nuevas circunstancias de la realidad social; pero inadmisibles desde un punto de vista de legitimidad constitucional (37).

En todos los casos, se trata del fenómeno, más general, de la irrupción de criterios normativos extralegales, y notoriamente incompetentes, en el campo jurídico-privado, en virtud de la insuficiencia o deficiencia de la Ley, incapaz, por otra parte, de perfeccionarse o completarse a sí misma en el momento oportuno (38).

(36) En general, la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862, ha sido superada por los Reglamentos sucesivos, que sólo han dejado en pie el esqueleto y la orientación general de la vetusta Ley; ésta ha pasado a ser, en su vigencia práctica, como una Ley de Bases o una declaración de principios. Pero ante la contradicción de su regulación detallada con la de los Reglamentos, cabe preguntarse si habrá otro camino, para mantener la legitimidad de éstos, que el de la derogación o modificación de la Ley Orgánica.

(37) Resulta curioso que la doctrina no se plantee en general el problema de la vigencia de las normas reglamentarias contradictorias de las legales. Se reconoce la contradicción, pero se admite la aplicación de la norma reglamentaria. V., por ej., ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, I, pág. 99, y II, págs. 88 ss. y 475 ss., y GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, 1947, pág. 30 ss.

(38) En la discusión parlamentaria de la Ley de Bases se planteó también en dos ocasiones el problema de la usurpación por los Reglamentos del puesto de la Ley. La primera, a propósito del art. 1.º de la Ley, que establecía la autorización del Gobierno para publicar un C. c. Se hizo notar repetidamente que el criterio del legislador parlamentario podía ser sustituido por el propio del Gobierno, que muy bien pudiera ser contrario, estimándose por lo tanto que tal autorización no debía ser concedida, lo que cortaba de raíz el hábil proyecto de la Ley de Bases. DURÁN Y BAS, contestando a estas objeciones, señala que, en efecto, se producen muchos casos de cambio, por lo que quizá debiera ser condenada la práctica de los Reglamentos; pero tranquiliza a los objetantes señalando que los arts. 3.º y 4.º del Proyecto de Ley de Bases (hoy de la misma Ley) vedan que escape a la fiscalización parlamentaria cualquier cambio de principios (DSC (Congreso), legislatura 1884-85, tomo X, pág. 5028). La otra ocasión en que el problema se planteó fue con motivo del concepto de fuente del Derecho; en lo que aquí interesa, se hizo constar la necesidad de determinar previamente las condiciones y reglas en virtud de las cuales se ha de dar fuerza de Ley a los reglamentos, órdenes y circulares del Poder ejecutivo y la Administración, cada día de mayor importancia, señalándose que hubo casos en que se concedió por los Tribunales a normas emanadas de la Administración fuerza para derogar las emanadas del Poder legislativo, y que el *infitium* se encuentra desamparado y sin recurso ante un

IV. SOLUCIONES POSIBLES

No vamos a estudiar el problema de los remedios aplicables, *de lege data*, es decir, mientras la Ley defectuosa no sea reformada, ni se establezcan legalmente medios de fijar de otra manera, con carácter coactivo y general, su sentido, o de adecuarla a la realidad social o a la técnica comúnmente admitida. Basta para ello una recta aplicación del juego de poderes sociales normativos vigente en nuestra patria; es decir, sería suficiente indicar cuáles son los medios para interpretar e integrar las leyes, cómo deben funcionar los principios generales del Derecho, y cómo la Administración, los Tribunales y los funcionarios en general encargados de realizar el Derecho tienen un estrecho deber de respetar la prioridad de la Ley y colaborar en su exacto cumplimiento.

Sin embargo, es preciso reconocer que los problemas subsisten de hecho, que es difícil su solución *de lege data* y que resulta oportuno pensar en la posibilidad de arbitrar procedimientos para evitar los inconvenientes derivados de las deficiencias de la Ley.

Comentaremos críticamente algunos de estos posibles medios:

A) Intervención legislativa: sin duda alguna, colocando las cosas en un plano meramente ideal, cuando una Ley es oscura errónea o inadecuada, la solución procedente es reformarla. La idea es tan de sentido común, que para un profano su sólo planteamiento como problema resultaría un absurdo incomprensible. No obstante, en la práctica, la cosa no es tan sencilla. Prueba de ello tenemos en el fracaso rotundo de las disposiciones adicionales del C. c., tan bien intencionadas como inútiles prácticamente. Recuérdese, además, cómo más de medio siglo de acerba crítica al C. c. no ha sido capaz de promover ninguna reforma a fondo del mismo; nuestro primer cuerpo de leyes en materia de Derecho privado ha podido así sobrevivir a todas las censuras y contemplar, con rejuvenecida tranquilidad, la actual y justa reacción a su favor.

Hay que considerar dos aspectos de la cuestión: a) La pereza legislativa: el mecanismo legislativo, entendido en sentido amplio, es decir, incluidos en él los organismos encargados de la iniciativa legislativa y de la redacción inicial de las leyes, es lento y de reacciones tardías, especialmente en materia de Derecho privado. Su pereza contrasta agudamente con el habitual y aun excesivo dinamismo de la Administración, sin que ello se pueda achacar a los defectos propios de un determinado régimen político. No es, en efecto, cuestión de mecánica legislativa, sino de algo más profundo: de un lado el efecto reflejo de la natural lentitud de evolución del Derecho privado; de otro, la lógica retracción ante decisiones y tareas difíciles, que implican arduas cuestiones téc-

nicas y un contraste severo con las condiciones de la realidad social en que ha de plasmarse la obra legislativa; finalmente, la resistencia que esa misma realidad ofrece a cualquier mutación en las normas que la gobiernan.

No debe olvidarse que el peso de elementos subyacentes sobre los que ha de actuar la decisión política del Estado y que escapan al control de éste (V. nota 3) es aquí incomparablemente más fuerte que en cualquier otra labor normativa del Estado. Esta es la causa fundamental de la comentada pereza, por encima de motivos circunstanciales relativos al modo de funcionar los órganos legislativos o de las condiciones de aquellos otros cuya misión es proponer o redactar las leyes.

Es cierto que en las reformas a introducir para corregir errores técnicos o ambigüedades de la Ley no pesan tan considerablemente los factores apuntados, sobre todo si la doctrina y la conciencia social están de acuerdo acerca del sentido y del alcance de la reforma. Pero la pereza del mecanismo legislativo llega a adoptar un carácter de generalidad que la hace extensible a todas sus intervenciones; esto aparte de que, aun en estos casos, la decisión puede ser técnica y socialmente grave, habida cuenta sobre todo de la ulterior dificultad para una nueva modificación del precepto reformado.

b) Aun suponiendo que la solución legislativa fuera viable, en todo caso de error u oscuridad de la Ley cabe preguntarse si es éste el remedio mejor. Ya que si la actividad legislativa logra vencer las rémoras que le oponen los elementos sociales y doctrinales antes citados, es de temer que produzcan en ellos a veces un efecto perturbador. De aquí los inconvenientes de un excesivo intervencionismo legislativo en materia civil. No se trata de olvidar el primordial valor de la Ley, que antes defendimos. Allí planteábamos un problema en cierto modo constitucional, un problema de lucha de poderes sociales para la obtención de la primacía normativa. Aquí, dentro ya de la solución favorable a la prepotencia de la Ley, nos ocupamos de una cuestión de política legislativa: la conveniencia de que la propia Ley autolimite su intervención a fin de evitar los males de una injerencia excesiva en la materia social sobre la que actúa.

El exceso legislativo tiene como inconvenientes: 1) El peligro de no mantenerse en el debido contacto con la situación social y doctrinal del momento, es decir, de que el factor decisión política no se base en una consideración suficientemente meditada del factor subyacente aludido en la nota 3. 2) Una cierta administrativización del Derecho privado, no ya en el sentido de sustituir la reglamentación legislativa por la administrativa, pero sí al menos en el de adquirir ciertos caracteres de esta última: la dinamicidad, incompatible con el tiempo lento que parece debe precedir la evolución del Derecho privado para su debida asimilación por el cuerpo social; y el intervencionismo, secuela casi obligada

de la proliferación legislativa, y no muy en armonía con la libertad y la dignidad de la persona, principios aún básicos del Derecho privado (39). 3) La inflación legislativa produce, además, un desequilibrio entre dos elementos que en la vida jurídica deben guardar armonía: la norma y la labor de interpretación, aplicación y realización de la misma. La Ley representa la voluntad política de Estado, el poder normativo al servicio de la labor ordenadora estatal, de su superior misión rectora de la comunidad. En ella, el jurista sólo desempeña una función indirecta en cuanto suministra al legislador los elementos sociales, económicos y doctrinales sobre los que ha de actuar su decisión política. La interpretación y realización del Derecho son, en cambio, plenamente funciones de juristas. Representan por consiguiente el peso de la *iuris prudentia*, con todo lo que ésta significa de tradición, elaboración conceptual, prudencia y sentido jurídico. Ambos elementos se complementan y ninguno debe oscurecer al otro. El ideal es por consiguiente una Ley amplia, flexible y mantenida en un prudente plano de elevación sobre la casuística realidad, de forma que, señalando los criterios y las decisiones orientadoras de la regulación normativa, no ahogue la imprescindible labor del jurista (40).

La consecuencia de todo lo dicho, en cuanto al problema que nos ocupa, es que la Ley sólo ha de intervenir necesariamente, para remediar un defecto propio, cuando el texto defectuoso o la inexistencia de Ley sea un obstáculo invencible para la labor del jurista, o cuando ésta se haya orientado, al resolver la dificultad, en un sentido que el legislador juzgue equivocado o que produzca en la práctica perturbaciones de cualquier índole. En el resto de los casos, la intervención legislativa debe estar regida por una mesurada prudencia, y acompañarse a la normal evolución de los cuerpos legales básicos, siempre lenta, y precedida por un profundo cambio de las condiciones sociales y económicas, o por una madura elaboración doctrinal (41).

B) Reforzamiento del significado y valor de la Jurisprudencia. Cabría pensar en esta solución por dos caminos distintos: a) atribuyendo valor vinculante a la Jurisprudencia del T. S., mediante una especie de *case law* centralizado. Como complemento, y para significar la aplicación de las normas jurisprudenciales, podría encomendarse a un organismo, incluso extraído del pro-

(39) No se debe confundir el intervencionismo con una justa y ponderada delimitación del ámbito de libertad civil de la persona.

(40) No es preciso, sin embargo, dar a los preceptos legales una extrema rigidez generalizadora al estilo del B. G. B. La labor de orientación puede realizarse sobre supuestos concretos en ciertos casos, sin caer en un casuismo agotador.

(41) V. supra nota (5). Allí utilizábamos el principio para limitar las funciones del jurista; aquí lo hacemos para limitar la intervención de la Ley. El criterio de prudencia legislativa viene a ser de esta manera un exacto módulo de delimitación de funciones, puesto que las restricciones en la intervención legislativa son, por otra parte, las que amplían la misión del jurista.

pio T. S., la formulación periódica de los principios sentados en el espacio de tiempo correspondiente por el T. S. y a los que hubiera de darse valor vinculante. Parece, sin embargo, poco conveniente esta solución, ya que, aparte de desnaturalizar innecesariamente la función jurisdiccional, si se admitía que el T. S. pudiera sentirse en un caso concreto desligado de sus propios precedentes volvíamos al sistema actual y no se eliminaba la duda y la inseguridad; y en caso contrario se daría al sistema una rigidez incompatible con la normal evolución de los principios generales y de las necesidades de la práctica.

b) De modo indirecto, sirviendo las orientaciones y enseñanzas de la Jurisprudencia para una revisión periódica de la legislación en los puntos en que ésta resulte imperfecta. Es decir, se trataría de algo análogo al sistema de las actuales disposiciones adicionales del C. c. Esta solución no parece ofrecer inconvenientes, siempre que se dieran dos condiciones: 1.ª Que las consiguientes reformas legislativas se ajustaran al ritmo de prudencia y mesura antes recomendadas. 2.ª Que se actualizara y revitalizara el sistema, sobre todo a base de que el T. S. propusiera de modo directo las modificaciones concretas a realizar deducidas de la experiencia jurisprudencial. No obstante, aun siendo viable, no creemos que este procedimiento remediara mucho la situación actual. En efecto, por una parte, sería preciso que surgiera el litigio, con todos los males que esto acarrea; en segundo lugar, quedarían excluidos todos los problemas que no suelen suscitarse ante los Tribunales, pero de trascendencia práctica indudable a pesar de todo, e incluso, muy posiblemente, aquellos que, aun surgiendo ante los Tribunales, no suelen o no pueden llegar hasta el T. S. Finalmente, dada la prudencia con que habría de proceder, sólo se llegaría a la reforma cuando hubiese una Jurisprudencia muy consolidada, casos en los que también en el régimen actual hay un grado suficiente de seguridad.

C) Intervención administrativa. Bajo este epígrafe queremos aludir a la posibilidad de encomendar a un organismo administrativo la misión de fijar el sentido de la Ley defectuosa en todo aquello que no requiera, abiertamente, una intervención legislativa. No afectaría, por consiguiente, a las lagunas por omisión en materias de competencia legislativa. Pero podría suponer una interpretación auténtica de los puntos dudosos de la Ley, que, al imponerse coactivamente a todo, eliminaría la inseguridad inherente a las cuestiones hermenéuticamente oscuras. Podría afectar incluso, con un criterio interpretativo amplio, a las contradicciones de la Ley y a los defectos técnicos. Sobre la intervención legislativa tendría la ventaja de una mayor dinamicidad, y sobre la Jurisprudencia, la de no requerir un previo proceso que llegue hasta el T. S.

La trascendencia de esta intervención, que, por otra parte, dentro de un marco administrativo, podría estar regida por juris-

tas especializados, radicaría en la suplantación de la actividad jurisdiccional por una actividad en cierto modo reglamentaria en la función de fijar el sentido de la Ley (42). Los Tribunales verifican esta función al resolver casos concretos de la vida real y, además, con plena independencia, en sentido jerárquico administrativo a que aludimos, por el contrario, daría las soluciones con carácter general; por otra parte, al realizar una actividad reglamentaria, es decir, creadora de directrices o criterios con virtualidad normativa, no podría omitir el factor de decisión política, articulado en la total labor de este tipo de la Administración del Estado.

La contemplación del caso concreto encierra el peligro de adaptar la doctrina a la solución preconcebida, impuesta por las especiales circunstancias del supuesto. Pero imprime a la labor realizada un sentido de equidad y realismo ajeno a la actividad reglamentaria general y necesario en toda interpretación de normas jurídicas. Por otra parte, la independencia jerárquica asegura la plena realización de una función pura de juristas, función que se enturbia y desnaturaliza al someterla a una decisión política concreta. Todo esto, unido a nuestra idea central sobre la necesaria coexistencia, en la vida jurídica total de la comunidad, del elemento legislativo y la labor pura de los juristas, conduce como consecuencia a desechar la solución comentada. Además, podrían añadirse otros motivos: 1.º La subordinación de los Tribunales, y en especial del T. S., a un organismo administrativo, en materia de interpretación de la Ley, desnaturalizaría el actual juego constitucional de poderes y privaría a la función jurisdiccional de su independencia y su misión típica. 2.º La intervención administrativa podría conducir a los antes citados inconvenientes de la administrativización del Derecho privado (43).

V

CONCLUSIONES

Llegados al término de nuestro estudio, no hemos hallado un remedio general y eficiente para obviar los inconvenientes derivados de los defectos legislativos que amenazan con subvertir, en

(42) Se trataría, desde luego, de una intervención administrativa prevista y regulada por la Ley, con lo que se evitaría el inconveniente de la suplantación de la misma.

(43) Una muestra de la actual tendencia a la administrativización del Derecho puede advertirse en el reciente trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, *Reflexiones sobre los estudios del Derecho*, «Revista de Educación», año I, v. II, noviembre-diciembre 1952, págs. 143-148. No estimamos exacta tal tendencia, pero sí resulta, en cambio, elogiable en dicho trabajo la tesis en cierto modo inversa que podríamos llamar juridificación de la actividad administrativa.

muchos casos, el rango jerárquico de las distintas fuerzas sociales normativas. Y es que, si hay alguna verdad latente en la tesis de D'Ors y quienes mantienen ideas análogas, es la de la imposibilidad de someter toda la sustancia jurídica, hasta el último extremo, a una reglamentación generalizadora elaborada o sancionada por el Estado. Y la labor de los juristas, flexible, casuística, directamente ligada a los principios generales del Derecho, que a su vez se pliegan a las cambiantes necesidades de la vida, constituye un complemento imprescindible de la labor reglamentadora estatal. Y en muchas ocasiones es la ambigüedad o la deficiencia de la Ley la base sobre la que se edifica la labor del jurista (44):

La solución no es de petrificación del Derecho de leyes, sino de tendencia estabilizadora y de lento perfeccionamiento, más por una acción humana que por obra de las instituciones; son medios aconsejables: 1.º La intervención legislativa, con fuerte colaboración de juristas, cuando sea necesaria según los criterios antedichos, y posiblemente con el estímulo auxiliar de un sistema análogo, pero revitalizado, al de las disposiciones adicionales del C. c. 2.º Fortalecimiento de la acción y eficacia de los juristas preventivos (Notarios, Registradores, asesores en general). 3.º Recta comprensión, por todos, del necesario respeto a la Ley, y de la función de la Jurisprudencia y de los principios generales, evitándose, por este camino, la indebida suplantación de la Ley por otros poderes sociales de rango inferior o totalmente incompetentes.

(44) Sin defender las ambigüedades o defectos de la Ley, es indudable que en lo que tienen de inevitable cumplen una función útil al dotarla de una mayor flexibilidad. Por ej., la dificultad de interpretación del art. 464 C. c. permite darle un sentido germanista o romanista, según las circunstancias económicas y las concepciones dominantes postulen una máxima seguridad en el tráfico de cosas muebles o, por el contrario, una mayor protección de la propiedad en su aspecto estático. Se debe, sin embargo, huir de todo intento de aprovechar dichas ambigüedades para forzar los textos legales en favor de modas doctrinales totalmente extrañas a su espíritu, método este último defendido y utilizado en alguna ocasión.

René David en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El pasado día 22 de abril, bajo la presidencia de don José Castán y presentado por don Federico Castejón, pronunció en el salón de actos del I. N. E. J. una brillante conferencia el eximio comparatista de la Universidad de París, Profesor René David. Disertó sobre el tema "Los sistemas de Derecho en el mundo contemporáneo".

Después de señalar qué ha de entenderse por un sistema de Derecho, destaca los criterios a los que se ha atendido para la caracterización de los mismos. No siempre, dice, ha acompañado la fortuna a los juristas en la enumeración de los actuales sistemas jurídicos. A juicio del conferenciante la ideología y los principios orientadores son la que en última instancia configuran y diferencian entre sí las distintas familias jurídicas.

Atendiendo a lo expuesto, cree existen hoy estos sistemas: occidental, soviético, musulmán, hindú y chino.

Dentro del sistema occidental se fija en las posibles analogías y diferencias de los derechos de tendencia latina y de tendencia germana, aludiendo a la especial posición de Derecho de la América latina.

Contrasta seguidamente las diferencias de técnica, terminología y concepto del Derecho angloamericano en relación con los derechos que el jurista inglés llama "continentales". Clarísimos ejemplos adornan la exposición del gran maestro francés.

Pasando al sistema de Derecho soviético, recuerda su actuación anterior a 1917 (influencia romana) y la actual: el Derecho es un medio para implantar la dictadura del proletariado. Se encuentra al servicio de la política e inspirado por la filosofía marxista.

Caracteriza el Derecho musulmán en fusión con la religión, al Derecho hindú su matiz filosófico.

En cuanto al sistema chino, analiza el pensamiento oriental, según el cual el Derecho es un mal; es un remedio sólo para los casos de extrema necesidad, ya que la Sociedad no se encuentra regida por el Derecho, sino por la simple armonía del Universo. La idea misma del Derecho es extraña a la mentalidad china: es recibida por influjo occidental. La conciliación y el arbitraje son sus subrogados en China.

El profesor de París terminó su disertación haciendo votos para que la aproximación de los sistemas jurídicos facilite un día la conciliación y armonía entre los pueblos.

Carlos MELON INFANTE

Conferencia de don Alejo Leal, Registrador de la Propiedad. Afecto al Instituto Nacional de Colonización, sobre «Orientaciones fundamentales del ordenamiento jurídico en la colonización»

El día 8 de abril pronunció don Alejo Leal su anunciada conferencia en el Centro de Estudios Hipotecarios, que abrió así el Curso del presente año dedicado a Derecho agrario.

El conferenciante, tras una exposición sucinta de la legislación vigente en materia de colonización, pasó a interpretar globalmente, desde el punto de vista de la justicia social como nueva categoría, que según él debe añadirse a las de justicia conmutativa y distributiva en cuanto aquélla se refiere a relaciones no interindividuales, sino entre grupos sociales. El objetivo de la legislación colonizadora es justamente el de realizar esa justicia social, y a tal fin deben subordinarse los objetivos de orden económicos que por algunos se equiparan equivocadamente a los sociales. Terminó su disertación, aludiendo a la concepción institucionalista del Derecho, que se manifiesta en el Derecho de colonización en cuanto éste atiende de manera especial o la creación y conservación de unidades productivas de empresas agrarias que están más allá del interés puramente individual.

A. B.

B) EXTRANJERAS

Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal Civil Alemanes

Con la asistencia del profesor Fairén Guillén, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, se celebró en Würzburg el mencionado Congreso. Los temas sometidos a discusión fueron los siguientes: «El principio dispositivo y el oficial en el proceso civil», «Proceso civil y jurisdicción voluntaria» y «Nueva ordenación del Derecho de ejecución forzosa».

Los rasgos más originales del Congreso se refirieron a la tendencia a sustituir la jurisdicción voluntaria por un procedimiento genérico especial, que formando un «tertius genus» dejase con escasa significación judicial a tal jurisdicción. Por lo que al tercer tema se refiere, se trató en realidad de la discusión de dos proyectos de ley existentes sobre reformas en la ejecución forzosa; en estos proyectos es preciso destacar la inclusión de una cláusula general que permitiría a los Tribunales el calificar si alguna de las medidas de la ejecución o dirigidas contra ella son opuestas a las buenas costumbres e incluso se prevén ciertas declaraciones de bienes hechas por el condenado que llegan a producir una cierta retroactividad, que en algunos aspectos se asemejarían a la de las declaraciones y actos que se producen en una quiebra. El profesor Fairén Guillén tomó parte activa en el Congreso, al que aportó una comunicación al primer tema.

R.

La ley cubana de Arrendamientos Urbanos

La teoría moderna de la Propiedad como función social y las repercusiones producidas por la segunda guerra mundial, fueron los factores que han forzado a la elaboración y aprobación de una nueva regulación de los arrendamientos urbanos en la República de Cuba que viniese a terminar con la copiosa y, a su vez, dispar legislación sobre la materia que venía rigiendo y se había iniciado por la Ley de 23 de marzo de 1939.

El nuevo precepto legal, denominado "Ley-Decreto sobre Arrendamientos Urbanos", ha sido sancionado con fecha 9 de octubre de 1952, y su contenido es el siguiente: Consta de 36 artículos, agrupados en ocho capítulos, así como dos disposiciones transitorias y seis finales.

Bajo la rúbrica de Disposiciones generales, se ocupa el capítulo primero el objeto, sujeto y precio del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, a cuya regulación se refiere la Ley, tomando como base la equidad y la función social de la propiedad.

En el capítulo segundo se definen y concretan los conceptos de vivienda y local de negocio, al mismo tiempo que trata de las facultades del propietario, en cuanto a la realización de determinadas obras.

Se refiere al capítulo tercero, al subarriendo, que no podrá realizarse sin el consentimiento expreso del arrendador y se limita la renta del mismo a un 25 por 100 como máximo de la que viene abonando el arrendatario, quedando prohibidos los segundos subarriendos.

El capítulo cuarto reconoce y establece el derecho de permanencia en favor de todas las personas naturales o jurídicas que ocupen fincas urbanas por título de arrendamiento o subarrendamiento, excepto en los siguientes casos: Demolición de la finca para edificar una nueva con doble número de viviendas; si el propietario estuviese viviendo en compañía de familiares o extraños, o abonase una renta superior a la que perciba por el alquiler de su propiedad; por declaración de ruina por las Autoridades competentes y, por último, cuando las fincas sean propiedad del Estado, Provincia, Municipio o Beneficencia y las necesiten para fines de utilidad pública o social.

Define el capítulo quinto el precio del arrendamiento y establece una serie de reducciones del mismo, de acuerdo con la fecha en que se hubiera dado fuerza al contrato.

Se regula en el capítulo sexto el procedimiento que ha de seguirse para resolver las cuestiones litigiosas, que se tramitarán por el juicio de desahucio común que establece la Ley de Enjuiciamiento civil.

El capítulo séptimo establece las sanciones a que serán sometidos los propietarios o subarrendadores que hagan constar en los contratos o recibos precios distintos a los que efectivamente cobran, así como aquéllos que perciban ventajas económicas o susceptibles de valoración por la transmisión del derecho al precio o a la prórroga legal.

Las dos Disposiciones transitorias se refieren a aquellas fincas rústicas que se encuentren situadas en zonas posibles de urbanización, las cuales son incluidas en esta regulación.

Y, por último, en las seis Disposiciones finales se fija el tiempo de vigencia de la Ley y se establece el derecho de tanteo.

Ha tratado el legislador, sin conseguirlo, de terminar con las especulaciones que la crisis de la vivienda lleva consigo. Consideramos que esta nueva Ley carece de un sistema definido, lo que pudiera dar lugar a múltiples equívocos en su interpretación. No obstante, merece destacarse las dos principales novedades que viene a establecer en la legislación cubana. Respecto a la creación de un organismo que vele por las condiciones de habitabilidad de las fincas, análogo al que en nuestra patria funciona con el nombre de Fiscalía de la Vivienda. Y en cuanto al reconocimiento del derecho de tanteo.

Actualmente, se encuentran en estudio algunas modificaciones que van a realizarse en esta novísima Ley, por lo que dejamos para dicho momento la nota crítica de la misma y el estudio de sus analogías con nuestra legislación patria.

José María CODINA CARREIRA

II INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de M. PERA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA PERSONA: EL DEBER DE RESPETO A LA PERSONA: LA FAMA: Se regula, a efectos administrativos, la rectificación o aclaración de cualquier inexactitud o equívoco, que afecten a una persona, aparecidos en una publicación periódica [Decreto 13 marzo 1953; B. O. del 29].

A. EXPOSICIÓN:

1. Presupuestos.

a) *Sujetos*—El “derecho de réplica” se concede a “toda persona jurídica o natural” (art. 1.º) (1). “El derecho de rectificación podrá ser ejercitado por la persona directamente interesada o por su cónyuge, padres, hijos o hermanos, en caso de ausencia, imposibilidad o autorización de aquél (2) o por éstos mismos, y además por sus herederos cuando el agraviado hubiese fallecido” (art. 8.º).

b) *Presupuestos objetivos*.

1.º Supuesto en que se da el “derecho de rectificación”: El “derecho de rectificación” se da cuando aparezca en una publicación periódica cualquier inexactitud o equívoco (art. 1.º) (3). También se da el “derecho

(1) El artículo 1.º agrega “en el pleno uso de sus derechos”; esta precisión sólo puede valer en cuanto se determine con ella qué personas pueden ejercer el llamado “derecho de réplica”; naturalmente no cabe entender que un incapacitado o un menor, por ejemplo, carecen de la réplica que se concede en esta disposición. La precisión que agrega el artículo 1.º es más de sentir por cuanto el artículo 3.º, al señalar las personas que pueden ejercitar “el derecho de rectificación”, no cita a todos los representantes legales. ¿Es que ha de pensarse que, por ejemplo, los menores sin familia carecen de esta protección?

(2) ¿Es que no es posible autorizar el ejercicio de la réplica a otras personas?

(3) A ambos supuestos se refiere el artículo 1.º: a) Supuesto de inexactitud: publicación de hechos falsos o desfigurados; b) Supuesto de equívoco:

de réplica" (4) cuando se trate de un texto o dibujo que perjudica injustamente la honra, fama o legítimos intereses de la persona (también artículo 1.º). El propio artículo 1.º precisa, en ciertos casos, cuándo la publicación es injusta. No es injusta la publicación cuando tiene lugar en el ejercicio de la crítica en secciones especializadas y dentro de la altura intelectual que debe tener la crítica. Tampoco lo es la de textos oficiales publicados, sin fraccionar y con mención de la procedencia, en los *Boletines Oficiales*. Parece, en cambio, que es injusta la publicación de actuaciones judiciales y salvo si se trata de sentencias o resoluciones firmes, cuando no sean sustituidos los nombres propios por iniciales (5).

2.º Exigencia de interés en el que replica; Para que se dé el "derecho a rectificar" se requiere que la "publicación periódica no lo haya hecho por sí de una manera espontánea y satisfactoria" (art. 1.º) o que la réplica no se haga innecesaria "por haber sido ya rectificada por otros interesados legítimos la información injusta o inexacta" (art. 2.º, *fine*). "El escrito de réplica, para ser publicado, deberá en todo circunscribirse al objeto de la aclaración o rectificación" (art. 2.º, *principio*).

3.º Licitud: El escrito de réplica "no habrá de contener conceptos que... pudieran dar a su vez lugar a réplica del causante o tercera persona" (art. 2.º).

c) *Plazo*: "Caducará el derecho de réplica si no se ejercita dentro de los plazos siguientes: siete días naturales, a contar de la fecha del periódico, cuando se trate de residentes en la misma población en que se edite; quince días naturales, si se trata de residentes en territorio nacional de la Península y fuera de aquella localidad, y de treinta días, si se trata de residentes en territorio nacional fuera de la Península o en el extranjero" (art. 4.º I). "Corresponden al Ministerio de Información las autorizaciones de plazo mayores a los previstos, en el caso de que varias personas ejercitaren el derecho de réplica simultánea o sucesivamente con relación al mismo texto" (art. 4.º, II) (6).

2. *Contenido*: La persona afectada tiene derecho a que en la misma publicación periódica se inserte el escrito de réplica en las siguientes condiciones:

— Sin modificación, intercalación ni, en principio, supresión (art. 7.º):

publicación de hechos verdaderos cuando por igualdad de nombres y circunstancias pueda inducir a confusión.

(4) Aunque no aparece claro en qué pueda consistir la satisfacción si los hechos son ciertos. En este caso el Decreto significa un amparo más de la honra, fama o legítimos intereses de la persona.

(5) El Decreto dispone exactamente lo siguiente: "Deberán sustituirse los nombres propios por iniciales cuando no se trate de sentencias o resoluciones firmes, en el caso de actuaciones judiciales" (art. 1.º *fine*).

Las previsiones que hace este Decreto, en cuanto a cuándo es injusta la publicación, pueden ser útiles, al menos indirectamente, a los efectos del artículo 1902, C. c.

(6) Estas autorizaciones debieron haberse referido al tiempo en que debe insertarse la réplica en el periódico y no a estos plazos de caducidad.

La caducidad impide exclusivamente las sanciones que el Decreto impone, pero no limita el derecho a la reparación cuya efectividad puede exigirse por la vía ordinaria.

— “En plana y columnas iguales y con el mismo tipo de letra en que se publicó el texto que la motive” (art. 7.º)

— En el texto de uno de los tres números de la publicación siguiente a la entrega de la réplica, si la publicación fuera diaria, o, en otro caso, en el primer número que aparezca después de los tres días que siguen a la recepción de la réplica (art. 6.º).

“La inserción de la réplica será gratuita cuando no exceda del duplo de líneas del artículo que la motivó, pudiendo pagar el exceso el comunicante al precio ordinario que tenga establecido el periódico como tarifa de publicidad. Si el interesado no aceptara la tarifa, podrá, durante las veinticuatro horas siguientes, adoptar su texto a los límites de espacio señalados” (art. 8.º).

El incumplimiento del deber de publicación de la réplica se castiga administrativamente (art. 9.º) con la multa de mil a cincuenta mil pesetas.

El Decreto da otras normas sobre el ejercicio del “derecho de réplica”.

B. OBSERVACIONES:

1. El deber de rectificación, sancionado en este Decreto, es una manifestación concreta del deber general de respeto a la persona. La persona está protegida totalmente, en sus múltiples aspectos (7), y uno de ellos es el que la persona no se vea afectada por una publicación injusta, inexacta o equívoca. Pudiera pensarse que se trata de una faceta administrativa de la obligación de resarcir que origina la acción dolosa o culposa en que consiste la publicación injusta, inexacta o equívoca (8), pero el deber de rectificación se impone con indiferencia de la culpa habida en la publicación, que en muchos supuestos—por ejemplo, en muchos casos de información equívoca—no existirá.

2. El nuevo precepto es muy plausible en su intención general: “el respeto a la personalidad humana” (preámbulo) mediante el deber de que se publique en el periódico, rápidamente, la réplica solicitada. Está pidiendo, sin embargo, un precepto complementario, en el que se exija a la prensa, *de oficio*—aunque no haya reclamación de parte—, una actuación correcta. El precepto actual no basta para alcanzar la finalidad pretendida. Muchas veces la réplica no remedia nada o, incluso, empeora la situación originada por la publicación incorrecta; sin duda, así ocurre en el caso de que injustamente se publiquen verdades injuriosas. Además, es necesario evitar la fácil noticia que afecta al hombre ignorado que, muchas veces, de hecho jamás reclamará. En el respeto a la persona—a cada persona—no sólo está interesado el particular.

2. CONDICIÓN DE LAS ENTIDADES EXTRANJERAS. Orden 16 abril 1953 (v. D. m., 1).

3. REGISTRO CIVIL: *Se nombra una Comisión, encargada de la redacción del Anteproyecto para la reforma de la Ley del Registro civil y su Reglamento* (Ordenes de Justicia 18 marzo y 20 abril 1953; BB. OO. del 4 y 29 de abril).

(7) Sobre el “deber general de respeto a la persona”, v. De Castro, “Derecho Civil de España”, II, págs. 35 y ss.

(8) V. De Castro, ob. cit., I, 1949, 601 (2).

II. Derechos reales.

1. **CONCENTRACIÓN PARCELARIA:** *Se regula el procedimiento para declarar una zona sujeta a la concentración parcelaria y para la exclusión de las fincas que por su naturaleza o por sus características de cultivo deban exceptuarse de la concentración. Se establece la necesidad de la previa audiencia de los "propietarios interesados" [Orden de Agricultura 16 febrero 1953; B. O. del 7 marzo].*

OBSERVACIONES: Se trata de una norma de desarrollo y aplicación de la Ley de Concentración parcelaria de 20 de diciembre de 1952 (9). En el comentario que se hizo a esta Ley se expresaba la conveniencia de imponer la necesidad de la previa audiencia de interesados en términos de gran amplitud (10). La Orden impone la previa audiencia, pero, al referirla exclusivamente a los propietarios interesados, quedan indebidamente fuera los demás interesados, por ejemplo, los arrendatarios, a quienes tan gravemente puede afectar la concentración parcelaria (11).

2. **PROPIEDADES ESPECIALES: "PATRIMONIOS FAMILIARES" CREADOS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN:** *El Instituto Nacional de Colonización adjudicará provisionalmente los bienes que han de constituir los patrimonios familiares, siempre que no proceda hacer la adjudicación definitiva de los mismos patrimonios conforme a lo que se dispone en esta Orden; especialmente no procede si el beneficiario es deudor del I. N. de C. (arts. 9 y 10). En estos casos los adjudicatarios recibirán los bienes "a título de concesión revocable" (art. 11); en esta disposición se especifica el régimen de esta concesión.*

Desarrollando la Ley de 15 de julio de 1952, se determinan los casos de contravención de los "preceptos fundamentales" de tal Ley (art. 27) y los de "incumplimiento de los deberes primordiales de familia" (artículo 28). Además se regula el expediente para que el Ministro de Agricultura pueda proceder a la expropiación con que se sancionan tales infracciones y se especifican y sancionan otras faltas (Orden de Agricultura 27 mayo 1953; BB. OO. del 30 mayo y 8 junio).

A. Destacamos estas normas en cuanto a los casos de adjudicación provisional.

"La concesión será intransmisible, inembargable e inalienable por actos intervivos, pero será renunciable" y "por causa de muerte del concesionario, el Director general del I. N. de C. transmitirá la concesión a la persona a quien correspondiera suceder en la propiedad del patrimonio, conforme a los artículos 7.º y siguientes de la Ley" (art. 14). Estos adjudicatarios, por el hecho de aportar bienes inmuebles para la constitución del patrimonio, confieren al I. N. de C. la facultad de adquirirlos en el caso de revocarse la concesión (art. 11). En general, las resoluciones en esta materia "sólo serán susceptibles de recurso en vía administrativa" (art. 17).

(9) Véase A. D. C., fascículo anterior, pág. 189 y ss. y 205.

(10) Véase A. D. C., fascículo anterior, pág. 190.

(11) Véase A. D. C., fascículo anterior, págs. 189 y ss.

OBSERVACIONES:

1. La declaración de que determinadas resoluciones sólo son susceptibles de recurso por la vía administrativa se *razona* dentro del propio precepto en que se hace tal declaración. El texto del artículo 17 es el siguiente: "Las resoluciones que se dicten conforme a las prescripciones de los números 10 al 16 de esta Orden, *por dimanar de facultades discrecionales*, sólo serán susceptibles de recurso por la vía administrativa". Sin embargo, del propio texto, se desprende que las resoluciones han de conformarse a las *reglas* que se dan en tales números, aunque en las mismas se reconozca cierto ámbito discrecional. De otra parte, el que tal declaración se haga dentro de una Orden ministerial sólo puede justificarse si se piensa que se hace dentro de las facultades que el legislador encomendó al Ministerio de Agricultura; el art. 17 de la Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952 dispone que "por los Ministerios de Agricultura y Justicia se dictarán, dentro del ámbito de su respectiva competencia, las disposiciones que estimaren precisas o convenientes para el mejor cumplimiento y aplicación de la presente Ley".

2. Es curioso destacar que el titular del "patrimonio" está sometido, incluso en su conducta privada, a una disciplina especial. El Ministro de Agricultura, según la citada Ley, procederá a la expropiación de quien incumple "sus deberes primordiales de familia" (art. 11 de la Ley). Y según la Orden (arts. 25 y 26), "los vicios y actos reiterados que hagan desmerecer en el concepto público" serán sancionados "con multa de 100 a 5.000 pesetas, que discrecionalmente serán impuestas por el I. N. de C."

III. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Se autoriza la imposición de los máximos porcentajes de aumento establecidos en el art. 118 LAU, en relación con la disposición transitoria 11 y el art. 120, en determinadas situaciones arrendaticias. "El beneficio establecido en los arts. 71 y 72 de la LAU no será aplicable, en lo sucesivo, a los parientes, dentro del tercer grado por consanguinidad, del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato, sin perjuicio del derecho adquirido por el actual ocupante, al amparo de la disposición transitoria novena"* (art. 5.º). [Decreto 6 marzo 1953; B. O. del 13.]

A. EXPOSICIÓN: Al beneficio de los arts 71 y 72 dedica exclusivamente el art. 5.º, antes reproducido. Las disposiciones relativas al aumento son las siguientes:

"Artículo 1.º La renta de las viviendas construídas o habitadas por primera vez antes del 18 de julio de 1936, en tanto estuvieren total o parcialmente subarrendadas, o se dieran en ellas algunas de las situaciones jurídicas de hospedaje, convivencia con extraños o cesión a parientes del inquilino dentro del segundo grado, previstas en los arts. 26, 27 y 34 de la LAU, podrá ser incrementada en todo el territorio nacional y plazas de soberanía, independientemente y además del aumento autorizado por el art. 1.º del Decreto de 17 de mayo de 1952, en la cuantía que representan los siguientes porcentajes:

Con un 20 por 100, si el contrato fuere anterior al 1.º de enero de 1915.

Con un 15 por 100 cuando se hubiere otorgado entre el 1 de enero de 1915 y 17 de julio de 1936, y

Con un 10 por 100 si lo hubiere sido con posterioridad al 17 de julio de 1936.

Esta elevación podrá ser exigible a partir del 1 de abril de este año.

Art. 2.º Independientemente de los aumentos autorizados en la renta de los locales de negocio construídos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936, al ponerse en vigor la LAU de 31 de diciembre de 1946, en virtud del apartado b) de su artículo 118, y por el art. 2.º del Decreto de 17 de mayo de 1952, dicha renta o merced podrá ser elevada en un 20 por 100 más, en todo el territorio nacional y plazas de soberanía, si el local se hallare total o parcialmente subarrendado.

Este nuevo aumento del 20 por 100 podrá ser exigible en 1 de abril y 1 de julio del año en curso, a razón de un 10 por 100 en cada una de dichas fechas.

Art. 3.º A los efectos de los recargos autorizados en los dos artículos anteriores, se considerará renta base de las viviendas y locales de negocio construídos o habitados por primera vez antes de 18 de julio de 1936 la señalada como tal en el párrafo 1.º del art. 118, y, en su caso, en el art. 119, ambos de la LAU.

Art. 4.º Cuando conforme al párrafo 3.º del artículo 120 de la LAU, por extinción del arrendamiento fueren desalojados de las viviendas o locales de negocio construídos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936 y se otorgare nuevo contrato de arrendamiento, en éste podrá asignarse como renta la vigente en 17 de julio de 1936, incrementada, en su caso, con el triplo de los porcentajes del art. 118, más una cantidad equivalente al 20 por 100 del total.”

B. OBSERVACIONES: 1. El Decreto discrimina determinadas situaciones arrendaticias en que consurren circunstancias que mueven a retribuir mejor al propietario, a no extender del mismo modo a tales situaciones “la protección social que representa la tasa de alquileres” (preámbulo). Esta discriminación, en el fondo, reconoce que la tasa general actual de alquileres no supone siempre exactamente el tope máximo de su justo precio, calculado oficialmente para evitar el abuso que podría originar la escasez. El Decreto estima que, en determinados supuestos, pueda ser rebasado el tope general, no para fomentar el agio, naturalmente, sino para “compensar en mayor grado la retribución debida a la propiedad” (preámbulo), es decir, parece, para retribuir más justamente al propietario. Hay que tender, *en cuanto sea posible*, a que el propietario de fincas urbanas obtenga siempre su justa retribución; la carga económica derivada de la necesidad de amparar socialmente cualquier situación debe ser soportada por toda la riqueza nacional y no sólo por la propiedad urbana.

2. Según la disposición transitoria 11, debía haberse oído al Consejo de Estado para disponer tales aumentos. El preámbulo nos dice que ya era “conocido el parecer del Consejo de Estado—emitido a propósito del Decreto citado de 17 de mayo último—”.

3. La aplicación del beneficio de los arts. 71 y 72 LAU a los consanguíneos del familiar que continúa el contrato, se permitió, en ciertas condiciones, por la disposición transitoria 9.ª “hasta que el Gobierno, por entender mejorado el problema de la vivienda, disponga lo contrario”. En la nueva disposición no se hace ninguna referencia expresa a este próbi ma.

DERECHO MERCANTIL

1. CAPACIDAD DE LAS ENTIDADES EXTRANJERAS PARA EJERCER EL COMERCIO EN ESPAÑA: ENTIDADES ASEGURADORAS: REQUISITOS: *Haciendo uso de la facultad que la Ley de 20 de diciembre de 1952 (12) concede al Ministerio de Hacienda, se da esta Orden con carácter interpretativo de la Ley [Orden Hacienda 16 abril 1953; B. O. del 25.]*

DERECHO PROCESAL

1. DIRECCIÓN TÉCNICA DE LAS PARTES: ABOGADOS: *“Los Licenciados en Derecho que deseen ejercer la profesión ante cualquiera de los Juzgados o Tribunales de la provincia, deberán incorporarse al Colegio de la capital” (art. 2.º). [Decreto 25 abril 1953; B. O. del 23 mayo.]*

Además se establece que “los Colegios de Abogados con residencia en las capitales de provincia tendrán en lo sucesivo la consideración de provinciales y extenderán su jurisdicción a todo el territorio de la respectiva provincia” (art. 1.º). El Decreto contiene otras disposiciones: subsistencia de Colegios locales, consideración especial de los abogados actualmente en ejercicio.

2. PERITOS MERCANTILES: *Los Jueces habrán de procurar que la insaculación prevenida en el art. 616 LEC se haga entre los titulares que figuren en las certificaciones comprensivas de los Titulares Mercantiles colegiados a que se refiere la Orden de 30 octubre 1943; en el caso de designación directa, procurarán seguir un riguroso turno. [Orden Justicia 13 marzo 1953. B. O. del 24.]*

Aclara y complementa la Orden de 30 octubre 1943.

OTRAS DISPOSICIONES

1. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: Orden Agricultura 15 febrero 1953 (v. D. c., II, 1).

2. COLONIZACIÓN: “PATRIMONIOS” FAMILIARES CREADOS POR EL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN: Orden Agricultura 27 mayo 1953 (v. D. c., II, 2).

(12) Véase A. D. C. fascículo anterior, págs. 197 y ss.

III. DICTAMENES

Estudio sobre una sustitución fideicomisaria

PROLOGO

Hay que prevenir a los testadores sobre los inconvenientes de la sustitución fideicomisaria y la manera de paliarlos a fin de que, si la establecen, lo hagan con pleno conocimiento de causa y no como de ordinario sucede, que ni sospechan las consecuencias de su disposición.

Cierto que el fideicomiso se quiere muchas veces para salvaguardar legítimos intereses y atender a las peculiares circunstancias de una familia.

Pero los testadores deben saber :

Que la sustitución, por su propia naturaleza, es un mecanismo muy complicado, de muy delicado montaje y funcionamiento, muy expuesto a dudas y controversias, de las que nacen los litigios; que desvaloriza las fincas al apartarlas del tráfico, frena las mejoras y, en ocasiones, por querer conservar los bienes para herederos ulteriores, sacrifica gravemente a los inmediatos y hasta a los últimos, que, en tal caso, más merecen el nombre de víctimas que el de beneficiarios.

Algún ejemplo concreto podía poner en el que un honrado labrador, padre de ocho hijos, pasa verdaderas necesidades para atenderlos y los podría alimentar y educar bien si se pudiese disponer de unos olivarillos inmovilizados por la sustitución en beneficio (?) de los hijos mismos, hasta la muerte de la madre.

El fideicomiso exige que el testamento se redacte después de dilatadas reflexiones y numerosos borradores que declaren un estudio detenidísimo del caso. Aun así, siempre quedan contingencias por regular y prever, lagunas donde surja la discordia entre los interesados.

Es, además, imprescindible que la participación se realice con mayor estudio aún que el testamento para completarlo, aclararlo y, en lo que cabe, corregirlo en lo que exija el cambio de circunstancias que supone la muerte del testador y la apertura de la herencia.

Si en el testamento se ha determinado que el fiduciario podrá disponer, con los fideicomisarios presentes, exigiéndole todas las cautelas que se quieran; que podrá retirar los depósitos, también con todas las garantías que se imaginen; que no se esperará legalmente que a partir de una edad determinada una persona tenga hijos y si en la partición se sigue esta línea, o la complementaria, de provisiones y cuidados, resultará un fideicomiso manejable y no agresivo, que no lastime a quienes viene a proteger.

Hay también que sugerir a los testadores que no pretendan dejar ociosa a la Providencia Divina, intentando ellos hacer su oficio en cuanto a varias generaciones de descendientes.

SUMARIO-ESQUEMA

I. ANTECEDENTES.—1. *El testamento.* a) Fideicomiso familiar. Primer grado; b) Igualación de rentas; c) Fideicomiso familiar. Segundo grado. d) Fideicomiso a favor de Nuestra Señora de la Soledad.—2. *Una nueva meta.*—

3. Muerte de la testadora.—4. La partición: A) De la interpretación del testamento. a) Obligación de conservar y transmitir; b) Cuándo se extingue; c) Necesidad de consumir el primer grado; d) Reducción del fideicomiso por inoficioso.—B) Cómo se concretaron las limitaciones. a) En cuanto al tercio de mejora; b) En pago del tercio libre.—C) Las adjudicaciones. a) En pago del tercio de mejora; b) En pago del tercio libre.—5. *Superveniencia de hijos*.—6. *Edad de todos los interesados*.—II. ESTADO DE LA CUESTION.—1. *El problema*.—2. *Razón de plan*.—III. LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.—1. *Dejunción*.—2. *Terminología*.—3. *Contenido*: a) Posición jurídica del fiduciario; b) Posición jurídica del fideicomisario; c) Actuación conjunta de fiduciario y fideicomisario.—4. *Clases*: I. Por razón de las personas: 1) Individuales; 2) Colectivos. a) Ordinarios; b) Condicionales; c) «Sustitución vulgar en el fideicomiso»; 3) A favor de personas actuales; 4) A favor de personas futuras; 5) A favor de personas actuales y futuras.—II. Por razón de los bienes: 1) Universales; 2) Singulares.—III. Por razón de los llamamientos: 1) Simples; 2) Escalonados.—IV. Por razón de la efectividad: 1) Puros; 2) Condicionales; 3) «Hijos puestos en condición».—V. Por razón de la forma: 1) Expresos; 2) Tácitos; 3) Típicos; 4) Atípicos.—5. *Extinción*: a) Renuncia del fiduciario; b) Renuncia del fideicomisario; c) La llamada «devolución anticipada de fideicomiso».—6. *Limitaciones a la facultad de establecer fideicomisos*: a) Por razón de bien común; b) Por razón de bien familiar.—IV. EXAMEN DEL CASO CON CRETO. 1. *Preliminar*.—2. *Las cláusulas sexta y séptima del testamento en conjunto*: a) El fideicomiso familiar; b) El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad.—3. *El primer grado del fideicomiso de familia*: a) Generalidades; b) Problemas: 1.º Los descendientes, ¿son los legítimos?; 2.º ¿Adquieren libres o con limitaciones?; 3.º María Felisa, María Soledad y María Teresa, ¿pueden autorizar a su madre para disponer?; 4.º ¿Pueden liberarla mediante renuncia?—4. *La equiparación de rentas*.—5. *El segundo grado del fideicomiso de familia*: I. Visión de conjunto; II. El primer supuesto. *Sus notas*: a) Es propiamente recíproco; b) No añade a la fideicomisaria la vulgar; c) No aclara lo de la descendencia legítima; d) La expresión «si una de sus nietas falleciere». III. El segundo supuesto. *Sus problemas*: 1.º Análisis de la expresión «si mueren dos»; 2.º Análisis de la palabra «hermanos»: a) ¿Sólo los hijos del actual matrimonio?; b) ¿Además los de segundas nupcias de D. Emilio?; c) ¿O, además, los que pueda tener doña Felisa en otro matrimonio posterior?; 3.º ¿Cuándo se considera que doña Felisa no puede ya tener hijos?; 4.º «Los demás hermanos si los hubiere», ¿heredan con limitaciones o sin ellas?; 5.º Desigualdad de resultados a causa del art. 781 del Código Civil.—6. *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad*.—V. LOS REMEDIOS PROPUESTOS. 1. *Condicionar la herencia a los resultados del fideicomiso*: a) La cláusula que se propone; b) Sus inconvenientes.—2. *La renuncia*: a) La de María Felisa, María Soledad y María Teresa; b) La de los demás hermanos.—3. *La modificación del fideicomiso*: a) El principio «la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión»; b) La necesidad de que concurren todos los interesados.—VI. LA SOLUCION QUE SE ADOPTA. 1. *Las renunciaciones*: a) De María Felisa, María Soledad y María Teresa; b) De Isabel María, Emilio, María Pilar y María Jesús; c) De los hijos futuros.—2. *El testamento*: a) Intitución en la legítima estricta; b) Intitución en los tercios libres y de mejora a los que renunciaron el fideicomiso.

I. ANTECEDENTES.

1. *El testamento*.—En su testamento, doña Felisa dispuso:

a) *Fideicomiso familiar. Primer grado*.

«Sexta: Es su voluntad que las casas, plaza de la Soledad y calle de Arias Montano, las disfrute su hija Felisa, sin poderlas vender ni hipotecar, pasando a su muerte a la nieta de la testadora, María Felisa, y en su defecto, a sus

descendientes; y la casa calle de Abril a su segunda nieta, María Soledad, en las mismas condiciones que la anterior, y la casa Abril, 20 y el Novillero de Cantillana, a su tercera nieta, María Teresa, las tres en iguales condiciones para con la madre de las mismas, haciéndoles ésta los repartos necesarios a las fincas para su conservación mientras viva.»

b) *Igualación de rentas.*

«Asimismo, desea que sus dos nietas María Soledad y María Teresa disfruten igual renta de la que produzcan las fincas; la que cobre o produzca más dará a la otra una participación para quedar iguales en los beneficios, descontando contribuciones o gastos de reparos que requieran las fincas.»

c) *Fideicomiso familiar. Segundo grado.*

«Si una de sus nietas falleciere sin descendencia, pasarán dichas fincas a las dos que queden, y si mueren dos, a la que quede, repartidas entre los demás hermanos, si los hubiere.»

d) *Fideicomiso a favor de la Soledad.*

Séptima: Si al morir su hija Felisa no quedaran descendientes ningunos, pasarán las casas de la plaza de la Soledad, núm. 10, y la de Arias Montano, número 34, y el Novillero de Cantillana, a ser propiedad de la Virgen de la Soledad, administrándolo desde entonces el Párroco de su demarcación y el señor Obispo de Badajoz, e invirtiéndose sus rentas o lo que se obtenga de su precio, en caso de venta, en el culto de la Virgen y embellecimiento de su Iglesia y en decir dos misas todos los meses, una en la fecha de la muerte de la testadora por su descanso y otra el 6 de cada mes, fecha de la muerte de su madre por su eterno descanso.»

2. *Una nueva nieta.*—Al ordenar su última voluntad la testadora no tenía más nietas que las tres mencionadas en el testamento, pero en 2 de enero de 1933 conoció a una cuarta, Isabel María, que vino a sumarse a la familia.

3. *Muerte de la testadora.*—Doña Felisa falleció en Badajoz en 1934, en estado de casada con don Nicolás. Dejó una sola hija, doña Felisa, casada con don Emilio.

4. *La partición.*—Fue aprobada por escritura de 8 de octubre del siguiente año.

A) *De la interpretación del testamento.*—Así se titula la base séptima del cuaderno particional. En ella sin limitación ni contradicción con lo que se omite, se dice:

a) *Obligación de conservar y transmitir.*

«Doña Felisa adquiere los bienes a que se refiere la cláusula sexta del testamento con la condición de conservarlos para que a la muerte de ella pasen a la respectiva nieta o, en defecto de ella, a los descendientes de la misma nieta.»

Lo que impropriadamente se denomina condición es una verdadera sustitución

fideicomisaria. Como se afirma terminantemente, su contenido, en definitiva, es indiferente a la propiedad o impropiedad de la etiqueta.

b) *De cuándo se extingue.*

«... es manifiesto que si alguna de esas nietas fallece sin descendientes viviendo la madre, doña Felisa..., esta señora adquirirá en plena propiedad y sin limitación alguna derivada de la cláusula sexta del testamento los bienes específicamente dejados a la nieta sin descendientes fallecida.»

Se reconoce que una de las causas más naturales de extinguirse la sustitución y quedar el primer heredero libre de la obligación de restituir es que premueran a éste los llamados en segundo lugar.

c) *Necesidad de que se haga efectivo el primer llamamiento fideicomisario.*

Las disposiciones sobre igualación de rentas y sustitución de las tres nietas entre sí y los demás hermanos, si los hubiere, son para el caso

«de haber muerto con anterioridad doña Felisa, porque sólo así se sabría si habría hermanos y cuántos hermanos, porque si aconteciese, por ejemplo, que falleciesen dos nietas sin descendientes en ocasión en que la madre doña Felisa, que nació el año 1900, pudiera aún tener familia, o estos futuros hijos quedaban excluidos, contrariándose el llamamiento a todos los hermanos, o el llamamiento está hecho para el solo caso de haber fallecido previamente la hija de doña Felisa.»

Este párrafo afirma con exactitud que solamente a la muerte de doña Felisa, primera heredera instituida, puede saberse con certeza cuántos y cuáles de sus hijos tendrán un derecho expectante en los bienes asignados a sus tres hermanas mayores.

De otra parte, sienta una proposición innecesaria por evidente: que la sustitución condicional de las tres nietas pende de que ellas hayan llegado a sustituir a la madre. Es claro, que si no reciben fincas, mal pueden restituir las en caso de fallecer sin descendencia legítima.

Pero en favor de esto se pone un ejemplo inexacto, porque si fallecen dos nietas sin descendencia antes que la madre, como repetimos que no adquieren entonces los bienes del fideicomiso, para nada hay que preocuparse de los hermanos que las sustituirían en ellos en otro caso.

d) *Reducción del fideicomiso por inoficioso.*

Dijeron también que los bienes comprendidos en el fideicomiso excedían de los tercios de libre disposición y mejora:

«... se adjudicarán al tercio de libre disposición la cantidad de bienes de los designados por la testadora que quepa dentro del tercio, quedando el resto de los bienes libre de toda condición derivada de esta cláusula séptima.»

«... se adjudicarán al tercio de mejora, en combinación con el de libre disposición que también afecta a bienes de los de esta disposición, los bienes necesarios, quedando el bien o parte del mismo que resulte excedente libre de toda condición y para su adjudicación al tercio de legítima estricta.»

B) *Cómo se concretaron las limitaciones.*—En toda partición, después de las consideraciones de hecho y de derecho que se estiman necesarias, se concretan las limitaciones ordenadas en el testamento, en un conjunto más o menos extenso de reglas que matizan las titularidades hereditarias, y por lo mismo, se transcriben literalmente en las inscripciones de las fincas.

a) *En cuanto al tercio de mejora.*—En la que examinamos se dice que los bienes comprendidos en el tercio de mejora:

«... se entenderán sometidos a estas condiciones:

1.ª Doña Felisa está obligada a conservar estos bienes para entregar, a la muerte de ella, a la hija suya a que corresponde el bien de que se trate, según la designación de la cláusula sexta del testamento, y en defecto de tal hija de doña Felisa, a los descendientes de la misma hija y no a ninguna otra persona, por cuya razón, si muriese sin descendientes viviendo doña Felisa, una de esas tres hijas Felisa, Soledad y Teresa, desde que muera sin descendientes tal hija, los bienes que hubieran debido pasar a ella quedarán liberados y en plena propiedad y libre disposición de su madre doña Felisa, como heredera del remanente.

2.ª Si el fallecimiento de cada una de esas tres hijas Felisa, Soledad y Teresa, sin descendientes, ocurre después de fallecer su madre doña Felisa, se aplicarán las disposiciones de los extremos segundo y tercero—igualación de rentas entre Soledad y Teresa y tránsito de los bienes a las otras hijas y sus hermanos—de la cláusula sexta del testamento.»

El número primero acierta. El segundo, por desgracia, no intenta resolver los graves problemas de la cláusula.

b) *En cuanto al tercio de libre disposición.*—Se dijo que sus bienes:

«... estarán sujeto a las siguientes condiciones:

1.ª A las mismas establecidas con los números 1.º y 2.º en la letra g) precedente respecto del tercio de mejora, aunque sólo respecto a las hijas Felisa y Teresa.

2.ª A la de que si doña Felisa muere sin dejar descendientes, los bienes de este tercio pasarán a ser propiedad de la Virgen de la Soledad en los términos expresados en la cláusula séptima del testamento.»

Se distingue aquí entre una sustitución fideicomisaria familiar, que también afecta al tercio de mejora (regla primera) y tiene dos grados (uno de doña Felisa a sus tres hijas y otro de éstas entre sí y a sus hermanos), y un fideicomiso a favor de extraños, que sólo tiene efectividad en el caso de no llegar a consumarse la sustitución familiar; es decir, de fallecer doña Felisa sin descendencia legítima (regla segunda).

Es innecesario y además perturbador decir al final de la regla primera que los bienes del tercio libre se sujetan a las mismas condiciones del tercio de mejora, pero sólo respecto de Felisa y Teresa.

Innecesario porque los bienes que se adjudican en el tercio libre son los que concretamente la testadora gravó de restitución en beneficio de ellas dos.

Perturbador por ser en parte inexacto, ya que si fallecen Felisa y Teresa sin descendencia legítima, los bienes de este tercio pasan también a los demás hermanos, entre ellos Soledad.

C) De las adjudicaciones.

a) En pago del tercio de mejora se adjudicó:

1. *Sesenta y dos mil seiscientos setenta y tres pesetas treinta y cinco céntimos*, en el valor de ochenta y ocho mil doscientas pesetas de la casa núm. 10 de la plaza de la Soledad, de Badajoz.

2. *Una casa* en la calle Catorce de Abril de esta ciudad, marcada con los números 14, 16 y 18.

3. *Una casa*, sita en la calle Catorce de Abril, de Badajoz, marcada con el número 20.

4. *Nueve mil seiscientos treinta y cinco pesetas dos céntimos*, en el valor de treinta y seis mil novecientas pesetas, de la casa número 34 de la calle Arias Montano, de Badajoz.

b) En pago de tercio de libre disposición.

1. *Veintisiete mil doscientas cuarenta y seis pesetas noventa y ocho céntimos*, en el valor de treinta y seis mil novecientas pesetas de la casa número 34 de la calle Arias Montano de esta ciudad.

2. *Un terreno o novillero* al sitio de la dehesa de «Cantillana», término de Badajoz.

5. *Superveniencia de hijos*.—Con posterioridad a la muerte de doña Felisa, en el matrimonio de su hija con don Emilio han sobrevenido nuevos hijos:

a) En 24 de agosto de 1938, *Emilio*.

b) En 26 de julio de 1940, *María Pilar*.

c) En 21 de agosto de 1942, *María Jesús*.

6. *Edad de todos los interesados*.—Don Emilio tiene en la actualidad sesenta y un años; su esposa doña Felisa tiene cuarenta y seis; María Felisa, la hija mayor, veinticuatro; María de la Soledad, veinte; Isabel María va a cumplir los dieciséis; Emilio tiene nueve; María del Pilar, siete; María Jesús, cinco años, y María Teresa los dieciocho.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

1. *El problema*.—Don Emilio y doña Felisa buscan remediar la desproporción que introduce entre sus hijos el testamento de la abuela. Quieren ante todo la igualdad entre ellos. Desean que cuanto antes cristalice el resultado del fideicomiso y desaparezca la incertidumbre sobre quiénes y en qué cuantía serán, en definitiva, propietarios de las fincas comprendidas en la sustitución.

Sugieren: a) Distribuir mediante testamento el patrimonio propio entre sus hijos de modo que los perjudicados por las disposiciones de la abuela perciban de más cuanto sea necesario para igualarse a los favorecidos. Esto supone añadir complicación a complicación y remediar incertidumbre con incertidumbre. Sin embargo, la medida no puede rechazarse en absoluto, como luego veremos.

b) Que renuncien las tres nietas favorecidas. Esta solución no nos lleva al fin propuesto si a la vez, o sucesivamente, no renuncian también los otros cuatro hermanos y los que sobrevinieren, si alguno sobreviene.

c) Una modificación del régimen del fideicomiso. Exige el acuerdo de todos los interesados, aun de los que pueden nacer.

2. *Razón de plan*.—Para resolver sobre las medidas que propone el matri-

monio y qué sea lo que deba hacerse como más conveniente, daré, primero, una idea general de la sustitución fideicomisaria; segundo, examinaré la situación de derecho producida por el testamento y la partición; tercero, apreciaré las ventajas e inconvenientes de las distintas soluciones, y por último, me decidiré entre ellas o quizá por una combinación de varias.

En estas notas prescindo en absoluto de toda referencia a la documentación de autores, textos legales y decisiones de la jurisprudencia que han servido de triple base para fundamentarlas. Si no lo hago así se alargarán con exceso.

III. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

1. Definición.

Con esta expresión tan extraña para los testadores se designa una figura jurídica que ellos emplean frecuentemente sin preocuparse de su denominación técnica y mirando sólo a su contenido y a sus consecuencias prácticas.

Se llama sustitución fideicomisaria a la disposición por virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas expresamente indicadas por aquél.

Son sus requisitos: 1.º La existencia de una doble o múltiple vocación hereditaria al goce de unos mismos bienes. 2.º Un gravamen de conservar y restituir los bienes impuestos al primer heredero en beneficio del segundo. 3.º Establecimiento de un orden sucesivo para la adquisición de la herencia o legado por los llamados a la sustitución.

2. Terminología.

1) El estatuto sucesorio antes definido se denomina también, más por simplificación que por exactitud, «fideicomiso», término que adelante utilizaré con preferencia a cualquier otro.

2) Al testador que lo dispone se le llama «fideicomitente» o «estabiliente del fideicomiso».

3) La designación del primer heredero, es, por antonomasia, «institución hereditaria». Al beneficiado se le nombra con las expresiones de «primer instituido», «llamado en primer lugar», «sustituido» (porque luego en su cargo y lugar sucesorio le sustituirá otro). También «heredero fiduciario» o, simplemente, «fiduciario» (es decir, heredero de confianza, porque en los antiquísimos comienzos de esta figura jurídica el encargo de restituir a otro los bienes heredados descansaba tan sólo en la confianza, dicho en latín, «fiducia», que el testador ponía en aquél a quien lo daba, ya que no era jurídicamente exigible.)

4) Al designado en segundo lugar se le llama «sustituto», «heredero fideicomisario» (esto es, encamendado a la fe de otro), «fideicomisario».

5) Cuando fallece el fideicomitente es el momento de la «apertura de la sucesión»; cuando fallece el primer instituido se produce la «apertura de la sustitución».

6) En la apertura de la sucesión son llamados a la herencia tanto el susti-

tuido como el sustituto, pero entonces la recibe solamente el primero. En la apertura de la sustitución se defiende al fideicomisario la herencia a que ya estaba llamado. Este paso de los bienes de un heredero a otro se denomina «devolución o delación de fideicomiso», porque en verdad el heredero antecedente devuelve o entrega lo que había recibido al que le sigue.

7) A cada llamamiento sucesivo se dice hay un «grado» del fideicomiso. Lógicamente el primer grado de la sustitución corresponde al segundo llamamiento de herederos, ya que los instituidos en primer lugar no pueden sustituir a nadie. La sustitución es, por naturaleza, una institución hereditaria subordinada a otra.

3. Contenido.

El tipo más sencillo de fideicomiso presenta un solo grado de sustitución del primer heredero; una sola persona en cada llamamiento sucesivo y una incertidumbre completa: en cuanto a su efectividad porque el deber de restituir no se subordina a un acontecimiento futuro e incierto, sino que se impone en todo caso; en cuanto al fideicomisario porque se trata de persona actual y determinada, y en cuanto a la adquisición de éste porque no se le impone a su vez el deber de restituir a un tercer heredero que sería sustituto de segundo grado.

a) Posición jurídica del fiduciario o primer instituido.

Es verdadero sucesor mortis causa del fideicomitente. Lo hereda a beneficio de inventario: sin responder de sus deudas más que con los bienes que le deja y conservando cuantos créditos y derechos tuviese contra él.

No es usufructuario, sino propietario, aunque temporal. Su propiedad es temporal y revocable, porque al día de su muerte desaparecerá. Es, por lo tanto, un heredero sometido a «término resolutorio».

De la obligación de transmitir le nace la de conservar. Sin ésta no podría cumplir aquélla y una y otra le colocan en la imposibilidad de disponer de los bienes del fideicomiso, salvo para pago de cargas y deudas de la herencia.

Está obligado a entregar los bienes al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo siempre voluntad en contrario del testador.

Si le premueren todos los llamados en segundo lugar, o «sustitutos», sin dejar heredero, se libera de la obligación de restituir por haberse extinguido los únicos que podían exigir el cumplimiento. Su propiedad, de revocable se transforma en definitiva. No es que entonces adquiriera, como erróneamente se dice; entonces consolida una adquisición anterior.

b) Posición jurídica del fideicomisario o segundo instituido.

Hereda al fideicomitente o estableciente del fideicomiso. No sucede al fiduciario y como no es su heredero no responde de sus deudas, ni con los bienes propios ni con los de la sustitución. Responde en cambio de las deudas del testador.

Adquiere sus derechos a la herencia desde que muere el fideicomitente (apertura de la sucesión), desde entonces los transmite a sus herederos; pero no los hace efectivos hasta el fallecimiento del primer instituido (apertura de la sustitución).

Es un heredero sometido a «término suspensivo o inicial».

Puede exigir al fiduciario garantías de que no quebrantará la obligación que tiene de conservar y transmitir.

c) *Actuación conjunta de fiduciario y fideicomisario.*

La posición de cada uno se limita exclusivamente por las facultades del otro. Representan en consecuencia la integridad de los derechos a la sustitución y, de común acuerdo, pueden disponer con carácter definitivo e irrevocable de las cosas comprendidas en el fideicomiso. Se supone, claro está, que el sustituto fué designado ciertamente y que no se encuentra gravado a su vez de restitución.

4. *Clases.*—El fideicomiso simple descrito en el número anterior rara vez se presenta tan sencillo. En la realidad se complica por la adición de circunstancias muy diversas que, matizándolo, dan lugar a las diferentes clases.

I. POR RAZÓN DE LAS PERSONAS

1) *Individuales.*—En ellos a un solo heredero se le nombra un solo sustituto.

2) *Colectivos.*—Presentan varias personas en la institución y varias en la sustitución.

a) Fideicomiso colectivo ordinario. Si en cada plano los llamamientos se hacen conjuntamente. Surge entonces una comunidad de fiduciarios o fideicomisarios que se rige por las reglas generales de la proindivisión hereditaria.

b) Fideicomiso colectivo condicional. Los llamamientos no son conjuntos en cada grado: dependen del cumplimiento de la condición, tanto al abrirse la sucesión como en la apertura de la sustitución. En tales casos cada llamamiento sucesorio tiene un contenido personal indeterminado que no se concreta sino en el momento de hacerse efectivo. Es una casa vacía a la que llagará un inquilino u otro distinto según las circunstancias.

c) «Sustitución vulgar en el fideicomiso». Es una especie de los condicionales que por su frecuencia justifica un lugar autónomo en la clasificación.

Se da cuando el testador, para el caso de premoriencia, repudiación o incapacidad del fideicomisario designa a otra persona para que ocupe su lugar en el fideicomiso.

Ejemplos: «Instituyo heredero a Francisco con obligación de conservar la herencia y transmitirla a su muerte a José y en defecto de éste a Luis».

José y Luis no están en fideicomiso; es decir no será el uno heredero después del otro sino en defecto del otro: el segundo heredará si el primero no lo hace. La relación fideicomisaria se da entre Francisco y el que de los otros dos llegue a sustituir.

El sustituto vulgar recibe la herencia en las mismas condiciones que la persona a quien sustituye. De donde se sigue que si se coloca en lugar de un fideicomisario gravado a su vez de restitución, adquiere con el mismo gravamen, salvo que el testamento exprese, o de su contenido se deduzca claramente lo contrario.

3) *A favor de personas actuales.*—Se designa en ellos a personas nacidas, o al menos concebidas, al fallecimiento del testador.

Ejemplo: «Instituyo heredero a Antonio y a su muerte pasará la herencia a los hijos que tenga el día que yo fallezca».

Se produce una comunidad de sustitutos en la que desde la apertura de la sucesión se sabe el número de comuneros y la extensión de las cuotas. Los fideicomisarios no comparten su derecho con los hermanos que puedan sobrevivirles después de la muerte del fideicomitente.

En estas sustituciones a favor de personas actuales pueden multiplicarse in definidamente los llamamientos.

4) *A favor de personas futuras*.— Resultan llamadas a la sustitución personas no concebidas al fallecimiento del testador y que no se sabe si llegarán a la concepción.

Ejemplo: «Instituyo heredero a Eulogio y a su muerte le sustituirán en los bienes los hijos suyos concebidos después de mi fallecimiento».

Esta especie rara vez se da con carácter puro en la práctica.

5) *A favor de personas actuales y futuras*.—Es una mezcla de los dos tipos anteriores y se presenta frecuentemente en la realidad.

Ejemplo: «Nombro heredero a Rafael con obligación de conservar la herencia en favor de los hijos que tenga a mi fallecimiento y además de los que sobrevengan después».

En este caso los hijos del instituido que existan al abrirse la sucesión (fallecimiento del testador) adquieren desde entonces un derecho cierto de contenido incierto, porque si es seguro que no aumentará, la aparición de nuevos hermanos que participen de él puede reducirlo.

Si se llama a los hijos futuros de un mismo matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges concreta su número, pues hace imposible que aumente. Si se concede el derecho a los hijos futuros de una persona, sólo el fallecimiento de ésta cierra la posibilidad de nuevos beneficiarios.

Seguese de todo lo expuesto que hasta que no llega el día en que se adquiere la seguridad de que no surgirán nuevos sustitutos la renuncia de éstos no libera al sustituido de su obligación de conservar y transmitir.

II. POR RAZÓN DE LOS BIENES

1) *Universales*.—Recaen sobre la totalidad (absolutos) o sobre parte alicuota de la herencia (relativos).

En el fideicomiso de parte alicuota son los contadores partidores o los herederos quienes han de determinar los bienes que deben sujetarse al mismo, si el testador no se ha ocupado de concretarlos en el testamento.

Realizan evidentemente un acto particional y también parece evidente que los segundos pueden modificar con posterioridad dicho acto de partición si les conviene sustraer una finca al régimen del fideicomiso, colocando en su lugar otra.

En efecto el testador no impuso una obligación de conservar y transmitir bienes determinados, sino un cuanto de la herencia. Manteniéndolo inalterado, mediante el cambio de una finca por otra de igual valor, no se quebranta la voluntad del causante, suprema ley de la sucesión.

Contra este criterio de que es posible aplicar al fideicomiso el principio de la «subrogación real» no puede levantarse el argumento de que la misma encierra serias dificultades prácticas y no menores posibilidades de fraude. Las primeras pueden resolverse y las segundas prevenirse. Además, todas las figuras jurídicas son susceptibles de uso en «fraude de ley» y contra ninguna es reparo serio tal posibilidad.

2) *Singulares*.—Recaen sobre bienes concretos y determinados. No deben confundirse con el «legado de fideicomiso», que no nos interesa en este estudio.

En ellos no es posible la «subrogación real». Se iría contra la expresa voluntad del fideicomitente si se excluyera de la sustitución a una finca que él expresamente incluyó, aunque en su lugar se colocase otra de igual valor.

III. POR RAZÓN DE LOS LLAMAMIENTOS.

- 1) *Simples*.—Contienen un solo grado de sustitución.
- 2) *Escalonados*.—Al primer heredero fideicomisario se le puede imponer, a su vez, la obligación de conservar y restituir en beneficio de un segundo; a éste en favor de un tercero y así con carácter indefinido si las leyes, como veremos luego, por los graves inconvenientes de la vinculación perpetua o a largo plazo, no pusieran un límite relativamente corto a esta figura.

Los sustitutos intermedios tienen el carácter de fideicomisarios respecto del que les precede y de fiduciarios en cuanto al que les sigue.

Si uno de ellos renuncia queda naturalmente apartado de la sustitución, pero no libera a los anteriores ni priva de sus derechos a los siguientes.

IV. POR RAZÓN DE LA EFECTIVIDAD.

- 1) *Puros*.—Ya vimos que en realidad la sustitución fideicomisaria significa siempre una herencia a término, que para el instituido es resolutorio y para el sustituido tiene el carácter de suspensivo. No obstante ello, cuando aquél tiene que entregar a éste en todo caso los bienes, se dice que el fideicomiso es puro por oposición a los condicionales.

- 2) *Condicionales*.—La obligación de conservar y transmitir se supedita en ellos a un acontecimiento futuro e incierto.

A diferencia de lo que sucede en los fideicomisos puros, en los condicionales los sustitutos se entienden llamados si viven el día en que se cumpla la condición y por lo tanto el que fallece antes nada adquiere y nada transmite a sus herederos.

Ejemplo: «Instituyo heredero a Fernando y si traslada su residencia al extranjero quedará obligado a transmitir el día de su muerte las cosas heredadas a Bernardo, Felipe y Juan».

El día en que se cumple la condición es aquel en que el fiduciario abandona definitivamente España y a esta fecha hay que referir la supervivencia y capacidad de los fideicomisarios, que en ella adquieren su derecho aunque no lo hagan efectivo hasta la muerte del sustituido.

Segundo ejemplo: «Sea mi heredero Santiago, y a su muerte pasen los bienes a los hijos del mismo que vivan entonces.»

He aquí un supuesto que, además de condicional, es a favor de personas actuales y futuras. Los sustitutos existentes al fallecer el testador no tienen certeza de si sobrevivirán al fiduciario y adquirirán en consecuencia. Menor seguridad tienen del cuánto de su adquisición, que puede disminuir si sobrevienen nuevos hermanos fideicomisarios o aumentar si al fallecimiento del padre sustituido (apertura de la sustitución) no sobreviven todos los hijos nacidos hasta entonces.

- 3) *«Hijos puestos en condición.»*—Es una cláusula de gran abolengo sucesorio y de uso muy frecuente. Por ella se nombra un heredero y se le impone la obligación de transmitir a su muerte la herencia a otra persona, si fallece sin hijos.

Se dice entonces que los hijos están «puestos en condición»; para adquirir definitivamente si los hay al fallecer el instituido o para que éste restituya caso de que no los deje.

En teoría el heredero puede engendrar un hijo hasta el momento antes de su muerte. Por lo tanto, no hay seguridad de si se cumplirá o no la condición hasta el mismo instante del fallecimiento del sujeto a ella.

Aunque razones muy naturales permiten asegurar con una probabilidad tan subida que equivale a certeza moral, que una persona no habrá de tener hijos a cierta edad, el derecho, o al menos los órganos encargados de aplicarlo, que son los que, en definitiva, lo configuran, no admiten tal inferencia.

De donde se sigue que hasta la misma muerte del fiduciario no puede saberse quiénes serán los dueños definitivos de los bienes.

V. POR RAZÓN DE LA FORMA.

1) *Expresos*.—Son aquellos en que la sustitución se establece de una manera expresa, «ya dándole tal nombre, ya imponiendo la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero».

Esta exigencia ha de entenderse con ciertas atenuaciones, porque hoy no vivimos un derecho sacramental o de fórmulas en el que el efecto jurídico no nazca si no se pronuncian las palabras rituales.

El testador puede declarar querer una figura jurídica como el fideicomiso no sólo dándole su nombre, o determinando su contenido, sino también por un tercer medio de declaración: refiriéndose a sus efectos propios, aunque emplee expresiones tomadas de otra con la que tenga cierta analogía la figura querida. Así sucede en el caso del falso usufructo testamentario.

2) *Tácitos*.—Terminantemente prohibidos por la Ley.

3) *Típicos*.—Son los que, cualesquiera que sean sus circunstancias concretas, presentan las líneas generales de la sustitución, en alguna de sus muchas especies.

4) *Atípicos*.—Ciertas formas del llamado «derecho de acrecer»; algunos modos de atribuir separadamente el usufructo y la nuda propiedad, y las donaciones con pacto de reversión a favor de persona distinta del donante, en especial las que se hacen a favor de persona futura pueden, según los casos, ser verdaderos fideicomisos, aunque atípicos. Ninguno de ellos nos interesa en este estudio.

5) *Extinción*.—Entre las muchas causas de extinción sólo nos interesan tres, que, más bien que motivo de cesación del fideicomiso en todo caso, llegan a serlo en algunos supuestos.

a) *Renuncia del fiduciario*.—La opinión más común es que no extingue el fideicomiso, salvo si el testador lo condicionó a que el primer instituido lo aceptara, lo que a veces sucede. Pero en las más de las ocasiones la renuncia determina que el fideicomisario quede como heredero directo del causante. Los autores asimilan al anterior caso los de incapacidad o premoriencia del sustituido.

El Tribunal Supremo se ha negado terminantemente, sin embargo, a admitir con carácter general el criterio que precede. En nuestro caso concreto no tiene interés la cuestión, puesto que ya no hay tiempo hábil ni posibilidad de que doña Felisa renuncie una sustitución que tiene aceptada.

b) *Renuncia del fideicomisario.*—Fallecido el fideicomitente, su herencia deja de ser futura, está ya abierta y, por lo tanto, el fideicomisario puede renunciar a sus derechos a la sustitución, aunque no le haya llegado el día de hacerlos efectivos, siempre que se den estas circunstancias:

1.ª Que su adquisición sea cierta. Cuando se impone al primer heredero la obligación de restituir, no en todo caso, sino condicionalmente (por ejemplo, si fallece sin descendencia legítima) los fideicomisarios se entienden llamados bajo otra condición, la de sobrevivir al sustituido y nada adquieren si no le sobreviven.

Por lo tanto, mal pueden renunciar a lo que no se sabe si les corresponderá. En la práctica, sin embargo, la renuncia del fideicomisario único, o la de todos, se considera eficaz porque se entiende hecha para el supuesto de que lleguen a adquirir lo renunciado.

2.ª Que la adquisición sea exclusiva. Que el renunciante no concorra a la sustitución con otros, ni actuales ni futuros. En la primera hipótesis, la renuncia de uno no libera al fiduciario de la obligación de restituir que tiene en beneficio de los demás. Se discute si la cuota renunciada queda libre del fideicomiso o acrece a los que no repudiaron.

Si están llamadas a sustituir solamente personas futuras, o en unión de personas actuales, por ejemplo los hijos que tiene el sustituido y los que pueda tener en lo sucesivo, la renuncia de aquellos en nada perjudica a éstos.

3.ª Que la adquisición, además de cierta y exclusiva, sea irrevocable. Si el renunciante se encuentra a su vez gravado de restitución en favor de otro heredero, su acto no perjudica a éste ni extingue las obligaciones del fiduciario.

c) *La llamada a devolución anticipada de fideicomiso.*—Con frecuencia el primer instituido desea entregar los bienes antes del día fijado por el testador. Esta práctica, tan antigua como la sustitución, mereció la atención de jueces y autores desde el Derecho Romano y desde entonces acá se mantiene uniformemente el criterio que le niega el efecto de extinguir el fideicomiso.

Se considera que no hay en tal caso una verdadera restitución fideicomisaria, sino, cuando más, una mera entrega de la posesión o una cesión gratuita que de su disfrute hace el sustituido a los sustitutos.

El día de la apertura de la sustitución continúa siendo el señalado por el testador, que generalmente fija el de la muerte del fiduciario.

Esto tiene importantes consecuencias prácticas, porque para calificar la capacidad de los fideicomisarios y el cumplimiento de las condiciones a que estén sujetos, especialmente la de supervivencia, se sigue atendiendo a dicha fecha.

Por lo tanto, la devolución anticipada no concede derecho irrevocable a los fideicomisarios que no sobrevivan al sustituido. Si le premueren, no adquieren nada a pesar de haberse adelantado la restitución. Tampoco quita su derecho a los sustitutos futuros, quienes cuando sobrevengan, reducirán la cuota de los ya existentes.

Por último, si hasta el día señalado por el causante para la apertura de la sustitución los fideicomisarios perciben los frutos de las cosas como donatarios del primer instituido y no como herederos del establecimiento del fideicomiso, se sigue que quedan expuestos a las acciones de reducción de donaciones inoficiosas o de revocación por fraude de acreedores.

b) *Limitaciones a la facultad de establecer fideicomisos.*

Se imponen por dos motivos diferentes:

a) *Por razón de bien común.*—Para evitar que los testadores sujeten las fincas a perpetuidad a un orden determinado de transmisiones y de este modo las sustraigan a la libre circulación de los bienes, los Códigos, o prohíben la sustitución, o la limitan muy severamente.

El nuestro se coloca entre los últimos y dispone en su art. 781 que «serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

b) *Por razón de bien familiar.*—Para impedir que se lesionen los derechos de los herederos forzosos, el siguiente artículo 782 del Código ordena que «las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

En este último caso se admite porque actúan de mejora indirecta.

IV. EXAMEN DEL CASO CONCRETO.

1) *Preliminar.*—Lo que probablemente quiso doña Felisa fué:

Mejorar en fincas determinadas a las únicas nietas que tenía cuando testó, utilizando para ello la facultad tradicionalmente reconocida a los testadores de mejorar a los nietos viviendo los padres.

Hacer compatible la mejora con el disfrute previo de las fincas por su hija y heredera, madre de las mejoradas, para lo que acudió al mecanismo de la sustitución fideicomisaria.

Revocar el beneficio de la nieta que falleciese sin descendencia legítima, disponiendo entonces que se repartiera entre todos los demás hermanos, hijos del mismo matrimonio.

De este modo, por una parte premiaba a las tres nietas su prioridad de nacimiento, lo que en las familias numerosas entraña siempre algo de privilegio y, por otra, no apartaba a los demás hermanos de una manera definitiva, concediéndoles la probabilidad de sustituir a sus hermanas mayores.

Cabe preguntarse si la fideicomitente, de renovar el testamento nacida ya Isabel María, no la hubiera colocado en el mismo rango que a sus tres hermanas mayores. La circunstancia de que mejoró a todas las nietas existentes cuando testaba da fundamento para contestar afirmativamente.

Pero lo que interesa no es conjeturar lo que realmente quiso doña Felisa.

Importa analizar la voluntad que aparece declarada en el testamento y la partición tal como fueron redactados. Uno y otra más los asientos registrales se funden, en cierto modo, en una unidad jurídica cuyos elementos no se pueden considerar aisladamente.

Han causado un estado de derecho que se encuentra al amparo de los Tribunales e interesa a personas futuras no determinadas. Su modificación, por lo tanto, no es cosa fácil.

2. *Las cláusulas sexta y séptima del testamento.*—(Visión de conjunto)

El testamento de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y uno establece, como ya se ha dicho, dos sustituciones alternativas: un fideicomiso

familiar, y para el caso de que no llegue a tener efectividad, otro a favor de extraños reducido a una parte de los bienes del primero.

a) *El fideicomiso familiar*.—Es escalonado porque contiene dos llamamientos o grados de sustitución y el segundo puede a su vez originar alguna devolución de grado posterior.

Primer grado: A doña Felisa, heredera instituída, la sustituirán sus tres hijas María Felisa, María de la Soledad y María Teresa.

Segundo grado: Si alguna de ellas fallece sin descendencia, será sustituida por las dos que queden, y si mueren dos, por la que quede y los demás hermanos, si los hubiere.

A diferencia del primero, este llamamiento es condicional. Están puestos en condición los hijos de cada una de las fideicomisarias.

En los fideicomisos escalonados, los sustitutos de un sustituto se consideran sustitutos directos del instituído; es decir, los hermanos de María Felisa, María Soledad y María Teresa, por sustituirlas, a quien en definitiva sustituyen es a la madre común.

En cualquier clase de sustitución, hemos de recordarlo, los fideicomisarios heredan a quien la establece y no al fiduciario o a fideicomisarios anteriores.

b) *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad*.—Tendrá efecto solamente si al morir doña Felisa no quedaren de ella descendientes ningunos, según resulta del tenor literal claro y terminante de la cláusula séptima testamentaria. Se subordina a que falten en absoluto los fideicomisarios familiares. Si existen, aunque hayan renunciado a sus derechos, la sustitución a favor de Nuestra Señora de la Soledad no llega a desplegar sus efectos.

Tanto la sustitución a) como la b) rechazan la subrogación real, porque versan sobre fincas expresamente determinadas por la testadora. No pueden los interesados por ninguna causa de necesidad sustraer una finca a las limitaciones sucesorias colocando en su lugar otra.

3. El primer grado de fideicomiso de familia

a) *Generalidades*.—María Felisa, María de la Soledad y María Teresa, y, en defecto de cada una, sus descendientes, sustituyen a su madre en bienes determinados, y por lo mismo sin derecho de acreecer entre sí.

La disyuntiva entre cada una de las fideicomisarias y su descendencia es un caso de «sustitución vulgar en el fideicomiso» ya estudiado anteriormente en términos generales. Los descendientes no son llamados *después* de la nieta que los engendra, sino *en defecto* de ella. Serán fideicomisarios si no llega a ser su madre.

El llamamiento queda como una caja vacía, hasta la muerte de doña Felisa, en cuyo momento se concreta su contenido.

b) *Problemas*.—Hay varios puntos susceptibles de discusión por causa de su oscuridad o de sus lagunas y, lo que Dios no quiera, de litigio.

1.º *Los descendientes llamados, ¿son los legítimos?*—Dadas las cualidades de las tres nietas, es moralmente imposible llegar a ser necesario contestar a tal pregunta. Pero la misión del derecho es prever hasta las contingencias más absurdas.

La cláusula sexta del testamento llama en defecto de cada nieta «a sus des-

endientes» simplemente. No añade el oportuno calificativo. Lo daba por descontado.

Desde luego que en el silencio de la testadora hay que acudir a los principios generales del fideicomiso que, por tradición, se entiende siempre referido a la familia legítima, tanto por la finalidad que lo inspira como por que los hijos naturales, al carecer de estado de familia, no pueden lucrarse de las relaciones sucesorias que sobre el mismo se montan.

2.º *Los descendientes llamados, ¿adquieren libremente o con las mismas limitaciones de la madre cuyo lugar ocupan?*—Si se recuerda que el sustituto vulgar recibe la herencia en las mismas condiciones en que la hubiera adquirido la persona a quien sustituye, se contestará que los descendientes de María Teresa, por ejemplo, al colocarse en lugar de su madre premuerta, quedarán sujetos a las mismas limitaciones con que ésta hubiera heredado.

Pero la conclusión que antecede se sustituye por la contraria cuando los sustitutos vulgares (descendientes) de la madre fideicomisaria (María Teresa—seguiremos con ella, ya que la hemos tomado por ejemplo—) entran además como condición para que ésta adquiera irrevocablemente o sustituya, caso de no dejarlos, a su muerte.

Se llega al criterio opuesto, porque los mecanismos jurídicos deben interpretarse no en abstracto, sino según la situación concreta en que aparecen y la finalidad que los inspira.

La tesis de que los descendientes puestos a la vez en condición y en sustitución vulgar, adquieren sin limitaciones, se basa en esta argumentación de finalidad.

La testadora quiso que si fallecía con hijos, adquiriese María Teresa irrevocablemente el Novillero de Cantillana (reiteramos que lo mismo que se toma a María Teresa por ejemplo, podía tomarse a cualquiera de sus otras dos hermanas).

En tal caso, el Novillero se evade de la sustitución fideicomisaria y los hijos de María Teresa lo adquieren como herederos de su madre, no como sustitutos de ella en la herencia de la bisabuela. Por lo tanto, lo reciben sin limitación alguna, ya que éstas existen dentro de la herencia de doña Felisa, pero son ajenas a la herencia de su nieta.

Y se concluye que no parece que estuviese jamás en la intención de la fideicomitente que de premorir María Teresa a la heredera instituída y ocupar el lugar de aquélla sus hijos, resultasen éstos afectos a algunas limitaciones de las que su madre hubiera estado libre precisamente por el hecho de haber nacido ellos.

3.º *María Felisa, María de la Soledad y María Teresa, ¿pueden autorizar eficazmente a su madre para que disponga de las fincas de fideicomiso?*—Si no se encontraran a su vez, gravadas de restitución, aunque condicional podrían autorizar eficazmente a la madre, porque ésta y aquéllas tres agotarían entonces la titularidad fideicomisaria.

Pero, como la que fallezca sin descendientes está obligada a transmitir los bienes resulta que no son ellas las solas interesadas en la sustitución, y, en consecuencia, no basta su consentimiento para que la fiduciaria doña Felisa, disponga libremente.

4.º *¿Pueden liberar a su madre mediante renuncia?*—Este punto se tratará más adelante con todo detenimiento. Basta por ahora advertir que no; pues se ignora si, en definitiva, sustituirán ellas, o sus descendientes, a quienes la renuncia no vincularía. Además, los destinatarios de los bienes para el caso de que a su vez la renunciante fallezca sin hijos, tampoco resultarían perjudicados por tal acto.

4. *La equiparación de rentas.*—El párrafo penúltimo de la cláusula sexta dice:

«Asimismo desea que sus dos nietas, María Soledad y María Teresa, disfruten igual renta que la que produzcan las fincas, la que cobre o produzca más dara a la otra una participación para quedar iguales en los beneficios, descontando contribuciones o gastos de reparos que requieran las fincas.»

Es evidente que doña Felisa al par que atribuye ciertas fincas a cada nieta por separado, dispone y desea que las beneficiadas pongan en común el disfrute repartiéndose por igual los productos, deducidos los gastos, que son como una disminución natural de aquéllos.

Ya conocen los albaceas que esta comunidad de disfrute establecida sobre fincas que no se comunican en propiedad, plantea problemas susceptibles de llegar a los Tribunales.

Uno de ellos es cuando habrá de terminar la situación común. No parece que la intención de la testadora estuviera disponerla para siempre o indefinidamente. Ha de entenderse que la quiso para mientras la propiedad de las dos metas estuviera amenazada de quedar sin efecto por fallecer las propietarias sin descendencia.

Y como tal amenaza desaparece o se realiza al fallecimiento de la fideicomisaria, según muera con hijos o sin ellos, a este momento hay que referir el final de la comunidad de goce.

En cuanto una de las dos nietas muere, la comunidad se extingue. Si dejó descendientes, porque la finada consolida entonces su adquisición, que pasa a sus sucesores, como ya dijimos, libre de la totalidad del fideicomiso, y, por lo tanto, de la cláusula de igualación de rentas que del mismo forma parte. Si no los dejó porque su adquisición se resuelve en favor de la otra copartícipe del disfrute y de María Felisa, a quien no puede imponerse una comunidad de goce complicadísima y de la que ella está libre porque para nada la menciona la testadora en este respecto. Siguese que como no hay comunidad de una sola persona se ha extinguido.

Se debió en el testamento, prescindiendo de consideraciones, fijar el término del goce común.

Se debió también entrar, aunque someramente, en la regulación de la comunidad.

5. *El segundo grado de fideicomiso de familia*

I. VISIÓN DE CONJUNTO.

Dice la cláusula sexta testamentaria:

«Si una de sus nietas falleciera sin descendencia, pasarán dichas fincas a las dos que queden, y si mueren dos, a la que quede repartidas entre los demás hermanos, si los hubiere.»

Ya habíamos apuntado que la sustitución establecida por doña Felisa no terminaba en el llamamiento de María Felisa, María Soledad y María Teresa, sus tres nietas.

Las disposiciones antes transcritas ordenan el segundo grado del fideicomiso, que, como veremos, en ocasiones se desdoblará para dar lugar a una devolución de tercer grado. Lamentablemente redactadas, son de una brevedad contraria a la realidad de las cosas que exige cláusulas extensas y de ineludible complicación si el testador quiere prever y regular la mayor parte (que nunca serán todos) de los supuestos que puedan darse.

María Felisa, María Soledad y María Teresa, fideicomisarias respecto de su madre, se revisten ahora, por causa de la disposición que se comenta, del carácter de fiduciarias condicionales.

Inexplicablemente, el testamento distingue entre «si una de sus nietas falleciere» y «si mueren dos» para atribuir efectos muy distintos a cada hipótesis, que, por lo tanto, deben examinarse separadamente.

La partición consigna, con acierto en este caso, que es necesario que se haya consumado y hecho efectivo el primer grado del fideicomiso para que comience a producirlos el segundo que ahora nos ocupa.

II. EL PRIMER SUPUESTO. SUS NOTAS.

«Si una de sus nietas falleciere sin descendencia pasarán dichas fincas a las dos que queden.»

a) *Es propiamente recíproca.*—Cada una de las tres interesadas es sustituida por las otras dos, con lo que se da lugar a lo que se llama sustitución recíproca.

b) *No añade a la fideicomisaria la vulgar.*—Abandonando el criterio que mantuvo en el primer escalón fideicomisario la testadora, al llamar «a las dos que queden» a la sustitución de la premuerta, no añade la frase: «y en defecto de alguna a sus descendientes legítimos».

Tal omisión significa que puede darse el caso de que los hijos, por ejemplo, de María Teresa, sustituyan fideicomisariamente a doña Felisa, ocupando el lugar de la madre premuerta, por sustitutos vulgares de ella como vivos y, sin embargo, no se les pueda considerar en el mismo lugar de su madre para sustituir a María Soledad, que posteriormente fallezca sin descendencia.

Quizá no fué ésta la intención de la testadora, que, probablemente, debió querer para la sustitución recíproca entre las hermanas lo que quiso en cuanto a la sustitución de la madre por ellas; que los hijos puestos en condición estuvieran también en sustitución vulgar en cuanto al primer caso.

Pero no resuelto este problema, se puede optar por cualquiera de los dos criterios, bien entendido que, hoy día, el más seguro es el que niega la entrada de los descendientes en la sustitución recíproca.

c) *No aclara lo de la descendencia legítima.*—Tampoco se dice si los hijos que se ponen como condición para restituir o no, son los legítimos. El olvido ya advertimos que no planteará problema alguno, dadas las cualidades de los interesados. Y también digimos que a tal pregunta hay que contestar afirmativamente.

d) *La expresión así una de sus nietas falleciera*.—Exige que contemplemos las situaciones a que puede conducir:

a') María Felisa fallece sin descendencia. Pasan por mitades los bienes que le correspondieron en la sustitución a las otras dos que sobreviven.

b') María Felisa fallece con descendientes. Estos hacen irrevocablemente suyos los bienes.

c') María Soledad fallece sin descendientes después de María Felisa, que los dejó. Los bienes de aquélla pasan íntegra y exclusivamente a María Teresa, sin que los hijos de María Felisa participen de ellos, por lo que se ha dicho en la letra b') de este epígrafe.

d') María Felisa y María Soledad mueren con descendencia. Cada estirpe hace suyos los bienes de la madre.

e') Después del óbito de María Felisa y María Soledad, ambas con descendientes, fallece María Teresa sin ellos. Cuando ocurre esto, por hipótesis no hay nadie llamado a la sustitución recíproca. En consecuencia, los bienes de María Teresa pasan a quien ella determine por testamento o a quien corresponda por ley, en concepto de herencia de la misma y no como sustitución de ella, porque el fideicomiso, tratándose del fallecimiento de la última, aunque se dé la condición de restituir, no tiene efecto.

III. EL SEGUNDO SUPUESTO. SUS PROBLEMAS.

La testadora continúa:

«... y si mueren dos, a la que quede, repartidas (se refiere a las fincas objeto del fideicomiso) entre los demás hermanos, si los hubiere.»

Conviene a este supuesto las observaciones b) y c) que acabamos de formular para el primero. Su redacción es audazmente breve. Pero la audacia no va seguida del éxito, porque plantea numerosas y graves dudas.

Diré con carácter general dos cosas: Que ninguno de los llamados a sustitución llega a hacerla efectiva si premuere a la nieta que vaya a ser sustituida, y que a diferencia de lo que sucede en la primera hipótesis, en que las dos beneficiarias que sobrevivan a la hermana premuerta sin descendientes las sustituyen con la misma limitación en este segundo grado, como luego se insistirá, se adquiere libremente y sin limitaciones.

1.º *Análisis de la expresión así mueren dos*.—Podrá suponerse que al fallecer la segunda nieta se repartiría entre la que quede y los demás hermanos no sólo sus bienes, sino también los de la primera, cuya distribución habría que rectificar, puesto que en principio pasaron sólo a la recientemente fallecida y a la superviviente.

Este criterio de que la sustitución de las dos finadas habría de ser rigurosamente unitaria, de modo que la diferente distribución de los bienes que la testadora dispone para el caso de «*si una falleciera*» y «*si mueren dos*», fuese sólo temporal, es decir, hasta que ocurriese el óbito de la segunda, debe rechazarse por absurdo. Pero es lástima que haya cierta base para sostenerlo, proporcionada tanto por la concisión del testamento como porque, en definitiva, según ya dijimos, es inexplicable la diferencia de régimen entre ambos supuestos.

Desde luego, la cláusula contempla el caso de que hayan fallecido dos de

las nietas beneficiadas y ambas sin descendientes. Si en el segundo término de la disyuntiva se omite la expresión de tal circunstancia es para evitar una repetición literaria, pero se da por supuesta.

De donde resulta, en definitiva, que la expresión «si mueren dos» hay que entenderla en el doble sentido de cantidad y de orden; de cantidad, porque dos han de morir sin descendencia para que se verifique lo supuesto, en este caso por la testadora, y de orden, porque sólo a la segunda que fallezca en tales circunstancias sustituirán «los demás hermanos, si los hubiere» en concurrencia con la superviviente.

Una última duda hay que resolver: Si María Felisa o María Soledad o María Teresa, mueren sin descendientes, pero no después de la madre, sino antes, y, por lo tanto, sin hacer efectiva la sustitución de primer grado, y, si luego de fallecer una de las tres, muere a su vez otra, ésta ya con posterioridad a doña Felisa, pero también sin hijos, ¿se entenderá que estamos en el caso «si mueren dos»?

Efectivamente, finaron dos sin hijos, pero es claro que la testadora pensaba en este doble acontecimiento sucedió después de la muerte de su hija y no acaecido en cuanto a un fallecimiento antes y a otro después.

En tal hipótesis hay que concluir que juega la distribución ordenada para el primer supuesto de este segundo grado fideicomisario. O sea, que si María Felisa premurió a la madre, sin hijos, y luego la postmuere María Soledad, también sin ellos, los bienes de ésta pasan sólo «a las dos que queden», y como no queda sino una, a ella con exclusión de «los demás hermanos, si los hubiere».

Demos por desvanecidas las dudas anteriores y pasemos al

2.º *Análisis de la palabra «hermanos»*.—Doña Felisa, después de referirse a las tres nietas, que expresamente menciona, llama «a los demás hermanos, si los hubiere».

Esta expresión no tiene la fijeza de contenido que sería deseable. Designa a personas futuras e inciertas y omite las circunstancias imprescindibles para poder, en su día, concretarlas.

Hermanos de María Felisa, María Soledad y María Teresa, son no solamente los nacidos y que nazcan del actual matrimonio (hermanos del doble vínculo), sino también los que en una unión posterior puedan tener don Emilio (hermanos consanguíneos) o doña Felisa (hermanos uterinos).

a) *¿Sólo los hijos del actual matrimonio?*—En este caso la muerte de cualquiera de los cónyuges cristaliza la entidad natural «hermanos» al hacer imposible que surjan nuevos beneficiarios. Se adquiere la seguridad de que el número de sustitutos desde entonces no podrá aumentar, aunque sí disminuir, con aquellos que premueran a la segunda nieta de cuya sustitución se trata, ya que entonces nada adquieren.

b) *¿Los del actual matrimonio y además los que en un enlace posterior tenga don Emilio?*—La sola enunciación de la pregunta descubre cuanto una respuesta afirmativa contrariaría la voluntad de la testadora. Pero como, por desgracia, tal voluntad no está expresada por completo, puede sostenerse el criterio que aquí rechazamos.

c) *¿Los del actual matrimonio y los hijos que pueda tener doña Felisa en*

otro posterior?—Esta tesis es la más defendible, porque al fin y al cabo todos serían nietos de la testadora, que empleó, o le hicieron emplear, deliberada o indeliberadamente, una expresión muy amplia. Concuere además con la interpretación que usualmente se da al problema por los Registradores de la Propiedad.

Aceptada determina que hasta el fallecimiento de doña Felisa, no pueda haberse cual será el número máximo de fideicomisarios, que, repetimos, puede decrecer en cuanto a los que premueran a la nieta sustituida.

3.º *¿Cuándo se considera que doña Felisa no puede tener ya hijos?*—En el último párrafo del anterior epígrafe contestamos implícitamente. Cuando muera y no antes. Ya se habló de eso al exponer la teoría general de la sustitución fideicomisaria, a la que nos remitimos, de modo expreso esta vez, seguros de que en otras muchas habrá ido ya el lector a buscar la razón de las afirmaciones que se hacen en la presente sección de este trabajo.

De ordinario en los testamentos se previene el caso, fijando expresamente una edad, a partir de la cual, por terminante autorización del testador, no será preciso esperar legalmente la aparición de nueva descendencia. Pero es claro que en el que examinamos se omitió tal cautela, que por cierto, no podría suplirse en el cuaderno particional.

4.º *«Los demás hermanos si los hubiere», ¿heredan con limitaciones o sin ellas?*—Sin ellas. Pero tampoco se dijo esto en el testamento ni en la partición. Hay que deducirlo de los principios generales. Uno de ellos es que las limitaciones no se presumen: Han de ser expresas y, por lo tanto, no pueden afectar a «los demás hermanos», de quienes no se predicán explícitamente. Otro es que en el mecanismo fideicomisario por definiciones, los llamados en último lugar se presumen libres, pues de otro modo se llegaría a una vinculación indefinida.

5.º *Desigualdad de resultados a causa del art. 781 del Código Civil.*—El artículo 781 del Código Civil, al impedir que pasen del segundo grado las sustituciones a favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador, introduce una profunda diferencia entre la cuarta nieta, Isabel María, nacida ya cuando murió doña Felisa y los demás hermanos que aparecieron o que aparezcan después.

En efecto:

a) Cuando las fincas pasan de la madre a las tres nietas expresamente beneficiadas, se actúa el primer grado de la sustitución; hay una primera «devolución de fideicomiso».

b) Al fallecer María Felisa sin descendencia, las fincas que recibió por sustitución de su madre pasan por mitades a María Soledad y María Teresa. Se opera en segundo grado de la sustitución. Hay una segunda «devolución de fideicomiso».

c) María Soledad tiene entonces en su patrimonio dos grupos de fincas: uno que pasó de su madre a ella y, por lo tanto, no ha recorrido más que un grado de sustitución y otro recibido de la madre, pero a través de María Felisa, premuerta que ha experimentado en consecuencia dos devoluciones fideicomisarias.

d) Si muere sin descendientes María Soledad se produce una nueva delación fideicomisaria. Respecto a los bienes recibidos directamente de la madre es toda-

via de segundo grado y en ellos podrán sustituir María Teresa y los demás hermanos si los hubiere». Pero en cuanto a los bienes que María Soledad recibió a través de María Felisa, la nueva devolución ocupa el tercer lugar de la serie y, en consecuencia, no puede beneficiar sino a las únicas personas que vivían al fallecimiento de la testadora, es decir, a María Teresa y a María Isabel, quienes, excluyendo a todos sus otros hermanos, se los repartirán por mitades.

o. *El fideicomiso a favor de la Virgen de la Soledad.*—Se contiene en la cláusula séptima del testamento.

Hay la certeza moral de que no llegará a tener efecto, porque es improbableísimo que se dé el hecho a que se supedita: que a la muerte de doña Felisa no quede ninguna descendencia.

Ahora bien, la certeza moral no es la seguridad jurídica. Por lo tanto, de derecho habrá incertidumbre si se cumple o no la condición hasta el mismo día del fallecimiento de la instituida, cuya descendencia, por numerosa que sea, puede, si se da un cataclismo premorir totalmente a la madre.

Esta inseguridad es una más que se añade a la larga serie de las que hemos ido apuntando y analizando y con ellas coopera a hacer muy difícil la modificación o renuncia del fideicomiso.

La disposición a favor de la Virgen puede calificarse como fundación fiduciaria en beneficio del alma, constituida mediante un legado con carga. Serán administradores el Párroco en cuya territorio radica la Ermita y el señor Obispo de Badajoz, a mi juicio, con facultades de disponer. No se aclara si la colectividad de administradores funciona igualitaria o jerárquicamente.

Pero insisto en que lo improbable de la aplicación de esa cláusula hace innecesario que le dediquemos más tiempo.

V. LOS REMEDIOS PROPUESTOS.

1. *Condicionar a los resultados del fideicomiso la distribución de la herencia del matrimonio Lorenzo-Calvo.*

Si la desigualdad entre los hijos de dicho matrimonio se origina de una sustitución fideicomisaria, condicional en el segundo grado, parece lógico que intente remediarse mediante un testamento que condicione a los resultados de dicha sustitución el reparto de los bienes de los padres, de manera que compensen todas las diferencias.

a) *La cláusula que se propone.*—Don Emilio y doña Felisa fundamentalmente en cuanto a los bienes de ella y si no bastaran para igualar, en cuanto a la sucesión de él, proponen una cláusula testamentaria del siguiente contenido:

«Tercera. Es deseo de la testadora el de que todos y cada uno de sus hijos resulten tener después de hecha la división de sus bienes relictos, por la herencia de ella, más por la herencia de su abuela materna, una cantidad igual al cociente que dé la división de la suma de la total herencia de la otorgante, más lo que resulte que alguna de sus hijas adquirieron por efecto del fallecimiento de la madre de la testadora, entre el número de hijos que vivan entonces y de los descendientes legítimos de los fallecidos, contando aquéllos por cabezas y éstos por estirpe.

»Y para conseguir tal fin, al que queda supeditada cualquiera interpretación a que pudiese llevar la redacción, posiblemente defectuosa de este testamento, la señora otorgante, ordena su última voluntad, a este respecto del modo que sigue:

»Lega y en lo que pudiese exceder del tercio de su herencia mejora a todos y a cada uno de sus hijos vivos, y a cuantos otros pudiera tener en lo futuro, menos a la hija que mayor suma resulte de haber adquirido de su abuela materna, en la cantidad necesaria para conseguir que todos y cada uno de ellos resulten enriquecidos en la misma cantidad, por motivo de la sucesión de la testadora, más por causa de la sucesión hereditaria de la madre de la otorgante.

»Para lograr la determinación de las cantidades respectivas necesarias para la consecución de dicho fin, se tasarán lo que adquirieron Felisa, Soledad y María Teresa, de su abuela materna, con el mismo criterio que sirva para tasar los bienes que integre el patrimonio de la herencia de la testadora, y se adjudicará a cada uno de los hijos beneficiados conforme al párrafo que inmediatamente antecede, lo preciso para que resulten igualados económicamente con aquella de las hijas de la otorgante que más percibió de su abuela, doña Felisa.

»Y en consecuencia necesaria de lo que antecede, del remanente de su herencia instituye herederos por partes iguales, a sus siete nombrados hijos, y en cuanto a otros pueda tener, sin perjuicio de la legítima usufructuaria de su esposo.»

Esta cláusula no es ni con mucho, de redacción defectuosa, según teme modestamente el autor, que con ella acredita su excepcional capacidad; lo que es de justicia que aquí se consigne.

b) *Sus inconvenientes.*—La cláusula, bien redactada y técnicamente correcta, pues su complejidad es inevitable, parte, sin embargo, de un supuesto falso; que al fallecimiento de doña Felisa cristaliza de una manera cierta e irrevocable el juego de la sustitución ordenada por doña Felisa Alvarez, y en consecuencia, los bienes del fideicomiso se sabe entonces a quienes y en qué cuantía corresponden.

Pero desgraciadamente esto no es cierto, como ya queda explicado a lo largo del presente trabajo. A la muerte de doña Felisa la sustituyen sus tres hijas, gravadas a su vez condicionalmente de restitución, por lo que hay que esperar al fallecimiento de una de ellas. Si ocurre sin descendencia, lo que no puede saberse hasta entonces, porque el tener hijos no supone necesidad de que pervivan a nuestra muerte, las fincas que le correspondieron en la sustitución pasarán a las otras dos hermanas con el mismo gravamen. Hay que esperar de nuevo el fallecimiento de la segunda, que si no deja descendencia transmite los bienes del fideicomiso a la superviviente y «a los demás hermanos si los hubiere», los que no pueden concretarse, porque ya hemos repetido que el que de ellos premuera a la hermana beneficiada no llega a sustituirla.

No me ocupo del supuesto de que fallezca la tercera nieta sin descendencia porque no interesa, ya que por ser la última queda liberada de limitaciones, conforme, también lo dije, a los principios generales del fideicomiso, y en nuestro caso particular, a que no tendría destinatarios de los bienes, pues si las dos hermanas que le precedieron no dejaron descendientes, a la susti-

tución de la tercera no están llamados «los demás hermanos si los hubiere», y si dejaron hijos, éstos, como ya apuntamos, no entran en sustitución vulgar de sus madres en el plano de la sustitución recíproca.

En resumen, «lo que adquirieron Felisa, Soledad y María Teresa de su abuela materna» no puede saberse hasta el fallecimiento de dos de ellas, ni hasta entonces se sabrá quiénes de los demás hermanos participan de aquella adquisición y en cuánto.

Por causa de esta incertidumbre, diferida a un tiempo que nadie puede conocer, las fincas objeto del fideicomiso se encuentran:

1) *Con titulares actuales provisionales.*—Doña Felisa es definitivamente provisional, puesto que ha de restituir en todo caso. Sus tres hijas son titulares, hoy de las expectativas, mañana de los derechos, provisionalmente provisionales, porque se convertirán en definitivas en el mismo momento de fallecer con hijos, o se comprará que no fueron más que provisionales si no los dejan. «Los demás hermanos, si los hubiere», tienen aún una provisionalidad más acentuada, pues no llegarán a adquirir si no se dan estas dos condiciones: que dos de las tres hermanas beneficiadas fallezcan sin descendientes y que ellos sobrevivan a la segunda, única, a la que pueden sustituir.

2) *Con titulares futuros inciertos.*—Que son los hijos nacedores, bien del matrimonio actual, bien de doña Felisa.

3) *Sin aptitud para el tráfico jurídico.*—Primero por estar vinculadas a un especial estatuto sucesorio, que al determinar el camino que han de recorrer imposibilita hasta que el mismo se agote una libertad de disposición sobre los inmuebles. Segundo por tratarse de una sucesión en beneficio de titulares inciertos y aún no concebidos, lo que impide que puedan todos concurrir a un acto dispositivo para hacerlo eficaz. Significa todo lo dicho que no son susceptibles de servir de base para el crédito territorial.

4) *Desvalorizadas.*—Consecuencia tan evidente de lo que antecede que no necesita demostración. Desvalorizadas en cuanto al disfrute, porque la incertidumbre del dominio frena las mejoras y atenúa la diligencia en el dueño temporal, y desvalorizadas en cuanto a la venta, porque la misma no puede conseguirse sino a través de procedimientos indirectos, en fraude de la ley, expuestos a peligros y poco deseables.

5) *Expuestas a litigios.*—Tampoco tengo que fundamentar esta afirmación. Baste decir que de casi todas, por no asegurar de todas, las cuestiones que se han examinado puede nacer un pleito, porque en cada una lo mismo puede sostenerse el criterio que he mantenido como su contraria y ello no sin fundamento ligero.

En consecuencia, no parece oportuno ni deseable colocar en igual situación jurídica a los bienes que integran el patrimonio, ni recomendar que coloquen a sus hijos, respecto de ellos, en la situación en que se encuentran respecto de los de la abuela, afectando a la herencia de los padres de una incertidumbre dependiente en absoluto de la inseguridad que supone el fideicomiso, como encaminada a corregir sus resultados, y que, por lo mismo, no podrá desaparecer hasta la fecha lejana en que cristalice el juego de la sustitución.

Que como María Felisa, María Soledad y María Teresa tienen hoy veinticuatro, veinte y dieciocho años, puede tardar en cristalizar, dada la vida media probable, más de cuarenta años.

Por último, también es de notar que sea cual sea el deseo de los padres de igualar a los hijos, en ningún caso la cláusula que se propone y se rechaza podría atentar a la legítima estricta de cualquiera de las tres nietas expresamente beneficiadas. Su derecho a esta cuota parte de la herencia, es por completo autónomo y no hay posibilidad jurídica de relacionarlo con unas atribuciones patrimoniales que se causaron en una herencia diferente, la de la abuela.

La cláusula entraña diferir el reparto de la herencia de los padres a muy largo plazo, con todos los inconvenientes ya expuestos. La rechazamos.

2. La renuncia.

Recordemos que la renuncia del fideicomisario extingue la sustitución cuando el renunciante tiene adquiridos sus derechos de una manera cierta, exclusiva, es decir, no compartida, e irrevocable, es decir, no con gravamen de restituirlos.

a) *La renuncia de María Felisa, María Soledad y María Teresa.*—Es admisible en principio porque no se refiere a una «herencia futura»: Mira a la herencia ya causada de doña Felisa.

Hay que distinguir si la hacen antes de la apertura de la sustitución (muerte de doña Felisa) o después. En el primer caso, a su vez, distinguiremos si las renunciantes sobreviven a la madre o la premueren dejando descendientes.

a') *Antes de la apertura de la sustitución.*—Su eficacia en cuanto a quienes la hacen es definitiva, porque nadie puede ir contra sus propios actos. Pero en cuanto a doña Felisa, queda pendiente de que las tres nietas la sobrevivan, porque se entiende que renuncian para este caso precisamente.

Si premueren a la madre y dejan descendientes, éstos pueden desconocer la renuncia y pretender ocupar en la sucesión de su abuela el lugar que correspondería a las renunciantes. Ocurre así porque los descendientes de María Felisa, María Soledad y María Teresa recordaremos que están llamados a «sustitución vulgar en el fideicomiso», es decir, llamados a la fideicomisaria en virtud de una vocación autónoma que doña Felisa les hace en su testamento y nunca en concepto de sucesores de la renunciante premuerta. Ni se les puede oponer siquiera por esto último el principio de que los herederos tampoco pueden ir contra los actos de su causante.

Síguese que en este caso los descendientes han de ratificar la renuncia de la madre premuerta, lo que naturalmente no pueden hacer con eficacia hasta que la misma haya fallecido, porque sólo entonces se sabe con certeza la descendencia que deja.

b') *Después de la apertura de la sustitución.*—Es decir, después del fallecimiento de doña Felisa. En tal hipótesis, las tres interesadas han hecho efectivos sus derechos fideicomisarios y pueden renunciarlos. Esta renuncia, sin embargo, no extingue los que corresponden a los demás hermanos para sustituir a la segunda renunciante que fallezca sin descendencia legítima.

En efecto, se recordará que María Felisa, María Soledad y María Teresa, si son fideicomisarias respecto de su madre, son fiduciarias entre sí y en cuanto a sus demás hermanos. Constituyen el elemento intermedio de un fideicomiso escalonado. Y ya se sabe también que la renuncia de un fideicomisario

intermedio no extingue ni la obligación de restituir en el que le precede (lo que ahora no importa, porque, por hipótesis, esta obligación ya se ha hecho efectiva) ni el derecho a la restitución que tienen los que le siguen. Aparecen entonces los demás hermanos como sustitutos directos de doña Felisa, si bien subordinados a la condición de fallecer sin hijos dos de las renunciantes.

b) *La renuncia de los demás hermanos.*—Pueden, naturalmente, hacerla, porque también se refieren a una herencia ya causada. Pero no liberan con ella de sus obligaciones de restitución ni a la madre (heredera instituida o fiduciaria) ni a sus tres hermanas privilegiadas (fideicomisarias de primer grado).

No las liberan porque el que premuere a la segunda de las fideicomisarias que fallezca sin descendientes nada adquiere y, en consecuencia, su renuncia es ineficaz.

Para esto hay un remedio: Que renuncien todos, porque no cabe duda de que si no todos llegan a ser sustitutos, todos los que lleguen a serlo habrán sido renunciantes.

Pero como doña Felisa, mientras viva, puede tener nuevos hijos, se sigue que hasta la muerte de esta señora hay siempre peligro de que quede alguien sin renunciar. Luego diré cómo puede evitarse este riesgo.

3. *La modificación del fideicomiso.*

Prácticamente es imposible. Me refiero a un acuerdo entre todos los interesados, que, sin destruir la sustitución, en parte aclarase, en parte supliere lo omitido, y en otra parte modificase en sentido estricto el especial estatuto sucesorio establecido por doña Felisa.

Hay dos dificultades insubsanables:

a) *Por razón del principio «la voluntad del testador, suprema ley de la sucesión».*—Sin entrar en qué fué lo que efectivamente quiso doña Felisa, lo cierto es que hoy día aparece una voluntad declarada de la testadora, a la que hay que atenerse.

El principio de que los herederos, siendo mayores de edad, pueden distribuirse la herencia como tengan por conveniente, sin atenerse a lo dispuesto por el testador, no rige en la órbita de las sustituciones fideicomisarias.

En ellas los interesados están ligados por las disposiciones del fideicomitente y no pueden sustancialmente quebrantarla. Siguese que no se admitiría en derecho una modificación sustancial de lo que aparece en el testamento y en la participación que examinamos, y los cambios de detalle que podrían tolerarse no resolverían ningún problema.

b) *Por razón de la necesidad de que concurren todos los interesados.*—Es evidente que para modificar una relación jurídica, aunque sea fideicomisaria, se necesita el consentimiento de todos los que tienen intereses en ella.

Por lo tanto, aun suponiendo que se pudiera variar en lo sustancial, encontraríamos la dificultad de que no es posible que concurren a la modificación todos los afectados por ella. Los titulares provisionales e inciertos harían pensar si su consentimiento no resultaría a la larga superfluo, y en cuanto a los titulares futuros, hijos nacidos de doña Felisa, es imposible que intervengan mientras no existan.

Por los organismos competentes se ha declarado con reiteración que los padres no pueden representar a sus hijos aún no concebidos.

VI. LA SOLUCIÓN QUE SE ADOPTA

El presente trabajo no puede reducirse a una crítica negativa, porque en tal caso no habría ninguna razón para llevarlo a cabo.

Después de presentar el problema (apartados I y II) expusimos muy brevemente los principios generales de la sustitución fideicomisaria (apartado III) y a su luz se examinó la situación creada por el testamento de doña Felisa (apartado IV). Por último, se han ponderado las ventajas e inconvenientes de las soluciones propuestas (apartado V).

Ahora hay que ofrecer una que tenga las siguientes notas:

a) Realice al máximo posible, el deseo del matrimonio, que es un deseo justo.

b) Concilie tal exigencia de justicia con la no menos importante de seguridad jurídica, de modo que no resulte que por buscar el ahinco lo primero se caiga en multiplicar por dos los inconvenientes de la situación que se trata de corregir.

c) Sea jurídicamente eficaz en cuanto se pueda.

d) Que sea clara y en lo posible breve. Lo primero, por que solamente se expresa con claridad lo que con claridad se concibe. Lo segundo, porque el resultado de este trabajo debe seguir la ley general de «muchas horas de análisis (que ya se han relatado) para unos minutos de síntesis».

e) Que sea lo más sencilla posible. En el Derecho también vale la ley de que los mecanismos, mientras más simples, son más seguros y menos expuestos a averías y otros riesgos.

El tratamiento habrá que seguirlo hasta la muerte de doña Felisa, en cuyo momento, concretado irrevocablemente el número máximo de beneficiarios, la renuncia de los que no lo hayan hecho todavía pondrán fin al conflicto. Aún para después se toma una previsión, como veremos en seguida.

Lo que se propone consiste en un juego de renunciaciones simultáneas y sucesivas, en combinación con una cláusula testamentaria que condiciona a ellas la participación en los tercios libres y de mejora.

I. Las renunciaciones.

a) María Teresa debe ser emancipada. Seguidamente, ella, con María Luisa y María Soledad, renunciarán pura y simplemente a cuantos derechos puedan derivárseles de la sustitución fideicomisaria.

b) Don Emilio, en representación legal de Isabel María, Emilio, María del Pilar y María Jesús, deben también apresurarse a otorgar otra renuncia en idéntico contenido.

Está reiteradamente reconocido que los padres no necesitan autorización judicial para repudiar herencias en nombre de sus hijos menores, ni, como es lógico, para renunciar derechos fideicomisarios eventuales.

c) Tan pronto como vayan apareciendo nuevos hijos de doña Felisa irá el padre renunciando por ellos.

d) De igual modo, conforme María Felisa, María Soledad y María Teresa se casen y vayan teniendo hijos, es preciso que, en nombre de ellos, se renuncie también a la sustitución, con objeto de que si la renuncia de la madre resulta inútil porque premuera a doña Felisa, los descendientes se encuentren vinculados por una renuncia propia.

Será el padre quien, en representación de los mismos, haya renunciado: primero, por exigencias naturales de la patria potestad, y después, porque la madre tiene en la sustitución intereses opuestos a los de sus hijos.

Si enviuda habrá de solicitar que se le nombre un defensor judicial para la renuncia.

Con el juego de abdicaciones que precede no se consigue ciertamente liberar a doña Felisa de las trabas que le impone la sustitución, ni permitir que ella, en unión de los interesados, realice eficazmente actos de disposición sobre los bienes; ni tampoco que cristalice la distribución definitiva de las fincas en vida de dicha señora.

Pero se sientan las bases para alcanzar el propósito que más interesa a don Emilio Lorenzo Vázquez y doña Felisa la igualdad entre todos los hijos.

Si a la muerte de doña Felisa o en un breve plazo después de ella resulta que han renunciado todos los interesados en el fideicomiso, como desde entonces se sabe que no podrán sobrevenir nuevos beneficiarios, la sustitución queda extinguida y los bienes sustituidos, en unión de los demás de la herencia de la señora, siguen el camino que ésta les trace en su testamento o el marcado por la ley.

Las renunciaciones inscribibles en el Registro, como todo acto que desde luego o en lo futuro modifique la titularidad sobre bienes y muebles deben registrarse.

2. El testamento.

Con las renunciaciones se persigue ir extinguiendo los derechos de todos los interesados posibles; en el acto, los de quienes ya existen, y sucesivamente, conforme aparezcan, los de quienes sobrevengan.

Pero pueden ocurrir dos cosas, la segunda más probable que la primera:

1.ª Que algún interesado de los que hoy existen, respecto de quien los padres no hayan tenido la cautela de renunciar en su representación durante la menor edad, se niegue luego a hacerlo.

2.ª María Felisa, María Soledad o María Teresa han premuerto a la madre dejando descendientes. Por imprevisión o por desidia no se había renunciado en nombre de ellos al fideicomiso, ni se renuncia inmediatamente después del fallecimiento de la abuela.

Los descendientes, sabedores de que no les vincula la renuncia que en nombre propio hizo la madre, se niegan, si son mayores de edad, a desprenderse de las expectativas que autónoma y directamente les reconoce el testamento de doña Felisa.

En previsión de ambas contingencias don Emilio Lorenzo Vázquez y señaladamente doña Felisa deben en testamento:

a) Instituir en la legítima estricta por iguales partes a todos sus hijos, in-

cluidos los que nazcan en lo sucesivo, con derecho de representación para las estirpes de los premuertos.

b) Conceder los tercios de libre disposición y mejora a todos sus hijos habidos y por haber y a las estirpes de los premuertos que al abrirse la sucesión, o dentro de los seis meses siguientes, hubiesen renunciado a los derechos fideicomisarios de la abuela o bisabuela (pues tal sería doña Felisa para las estirpes).

1. *Eficacia jurídica de la cláusula.*—No puede confundirse con las disposiciones llamadas «captatorias», ciertamente nulas, en las que el testador deja la herencia bajo condición de que el favorecido nombre a su vez heredero a otra persona, o haga en su beneficio alguna disposición de última voluntad.

Guarda una cierta analogía con la «cautela sociniana», admitida por la jurisprudencia y la doctrina.

En realidad la cláusula *supedita* la atribución de una parte de la herencia a una condición de las que se llaman «rigurosamente potestativas» es decir, aquellas cuyo cumplimiento pende sólo de la exclusiva voluntad del ins tituido.

Es absolutamente lícita. Los Tribunales han amparado siempre a los testadores cuando condicionan el todo o parte de la herencia a determinaciones del heredero todavía más íntimas y trascendentales que las de repudiar una sustitución, a que se case, a que se conserve viudo, a que termine una carrera, etc.

2. *Eficacia moral.*—Para una familia de las cualidades morales que tiene la que se trata, la eficacia jurídica de la cláusula queda en segundo plano con relación al deber moral de acatar la voluntad de los padres, que todos fácilmente reconocen y más fácilmente cumplen.

Este deber moral aún vincula más fuertemente en un caso, como el nuestro, en el que se persigue un fin tan grato y equitativo como el de la igualdad entre los hermanos.

Pasando de las relaciones internas de la familia a la posible, aunque improbable, proyección de una discordia ante los Tribunales, apuntaré que los Jueces siempre, siempre, aplican el derecho como instrumento para realizar la idea de la Justicia y no dudan de sacrificar a ella cualquier rigor técnico que postulara reparos de validez a una cláusula directamente encaminada a conseguirla.

3. *Eficacia psicológica.*—Consideramos sólo la única hipótesis que presenta alguna probabilidad: La de que los descendientes de una de las tres nietas expresamente beneficiadas que premueran a doña Felisa, vacilen entre renunciar al fideicomiso, perdiendo, en éste caso los dos tercios que en la herencia de sus abuelos tendrían en representación de la madre, y recibir dichos dos tercios, apartándose de la sustitución de la bisabuela.

Recordaremos que están llamados a sustitución vulgar en el primer grado fideicomisario, pero no en la recíproca de segundo grado ni en las devoluciones posteriores. Dicho en castellano y con un ejemplo:

Los hijos de María Soledad pueden pretender la casa números 14, 16 y 18 de la calle de Abril, sustituyendo vulgarmente a su madre premuerta en el cargo que ésta hubiera ocupado de sustituta fideicomisaria de doña Felisa en dicha finca, pero no pueden pretender ocupar el lugar que le hubiera correspondido en la sustitución de María Felisa y María Teresa de sobrevivirlas.

En consecuencia, los descendientes de María Soledad que deseen hacer efec-

tivo el fideicomiso, adquirirán la casa números 14, 16 y 18 de la calle de Abril, pero perderán dos tercios de lo que les hubiere correspondido de otro modo en las herencias paterna y materna.

Si ésta pérdida es notablemente mayor que el beneficio de la sustitución, no cabe duda de que evitarán la primera renunciando al segundo.

Si es menor o, aunque no lo sea, en un supuesto de capricho, harán afectiva la sustitución.

Pero nótese que aun así se ha conseguido reducir el fideicomiso, en cuanto a los bienes, a un solo grupo de fincas; en cuanto a las personas, a la estirpe de uno solo de los interesados; en cuanto a los llamamientos, al primer grado, matándose en absoluto, la posibilidad de posteriores devoluciones, y en cuanto al tiempo, consiguiendo que la sustitución cristalice en el momento mismo de la muerte de doña Felisa y no cuando fallezcan, sin descendientes, dos de las nietas expresamente beneficiadas.

Cierto que resultará una desigualdad entre los hermanos; pero es la mínima inevitable y desde luego preferible a cualquier otra solución en la que se trasplante a las herencias de don Emilio Lorenzo y doña Felisa, los muchos y variados inconvenientes del régimen que se dió a la herencia de doña Felisa.

Tal es mi criterio que someto gustosamente a otro más autorizado.

RAFAEL FLORES MICHEO
Notario.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ASCARELLI, Tulio: "Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione", LIII, más 335 páginas; "Studi in tema di contratti", 558 páginas; "Studi in tema de societá", 449 páginas; "Studi giuridici sulla moneta", 323 páginas. Milano. Dott. A. Giuffré. Editore; 1952.

El nombre de Ascarelli es bien conocido por los mercantilistas, pero, salvo algún especialista, no era sabida al detalle su copiosa e importante labor sobre el Derecho privado en general; por ello, la publicación de "Saggi giuridici" (Milano, 1949) pudo ser recibida como una revelación, al reproducir trabajos dispersos y escondidos en diversas revistas. Ahora, la impresión de los cuatro libros, de que aquí se da cuenta, permite una visión más completa de la extensa y variada obra de Ascarelli, pues se recogen casi todas sus publicaciones (también las incluídas en "Saggi giuridici") inclusive notas bibliográficas. Nuevo y muy sugestivo es el prefacio al libro "Studi di diritto comparato" (páginas IX-LIII) con indicaciones muy agudas sobre el Derecho comparado y la función de la interpretación.

R.

BIONDI, Biondo: "Arte y Ciencia del Derecho". (Prólogo, por Juan Iglesias. Traducción y estudio preliminar, por Angel Latorre.) Ediciones Ariel. Barcelona, 1953; 264 páginas.

El Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de Barcelona, continuando la meritoria labor que se ha impuesto, ha publicado el tercer volumen de la serie de sus publicaciones, en el que se recoge una selección de escritos del ilustre romanista italiano, profesor de la Universidad Católica del Sagrado Corazón, de Milán, Biondo Biondi.

El autor aborda magistralmente el arduo y acuciante problema de la función propia y el método adecuado de la ciencia del Derecho, y estima que la única solución posible, que permitirá superar la actual crisis de la ciencia del derecho, conteniendo la pavorosa "inflación legislativa" y acallando la angustia existencialista que se va apoderando de los juristas modernos, es el retorno a la concepción romana del Derecho como "ars boni et aequi", según la famosa y feliz definición de Celso, es decir, como sistema o arte de la justicia.

El abandono de los métodos de la jurisprudencia romana, que trabajaba siempre con los conceptos de "aequitas, natura y ius naturale" ha tenido funestas consecuencias. Mientras la sociedad apenas se preocupa del jurista, porque éste no le da lo que aquélla necesita, el jurista,

por su parte, encerrado en la torre de marfil de la dogmática, desemboca en la angustia del existencialismo.

Tras haber construido una ciencia sobre las ruinas del antiguo empirismo, después de haber presentado sistemas perfectos que han sepultado los antiguos comentarios, el jurista de hoy se pregunta si sirve para algo todo ello. Y siente que va siendo dominado por el excepticismo, cuando no por la angustia, pues no puede menos de advertir la escasa eficacia de la ciencia del derecho.

El jurista moderno que contempla toda la ciencia incluida en la dogmática, considera como contaminación lo que se ha llamado, acaso con desdén, la política del derecho, confiándola a otros. Y con esto, la ciencia, fruto de experiencia y sabiduría, ha sido sustituida por la voluntad legislativa; la orden autoritaria ha sucedido a la persuasión intuitiva, que ve en la norma la determinación de lo justo. El Derecho es tal porque es impuesto, no por conveniente o justo.

Y frente al desinterés o escasa eficacia de nuestra ciencia, se yergue por necesidad la omnipotencia y la inflación legislativas.

Atravesamos, pues, una crisis, pero no una crisis del Derecho, sino de la ciencia jurídica.

La experiencia secular de los juristas romanos nos señala el remedio —el único remedio— para superar esta crisis.

Tenemos que persuadirnos de que, como nos enseñaron los romanos, la ciencia del derecho plantea e intenta resolver problemas no de lógica, sino de justicia concreta. Si nuestra ciencia no quiere ser vacía abstracción o ejercicio académico estéril, la lógica debe dirigirse a lo justo. El sistema será tanto más perfecto, no en cuanto observe más rigurosamente las reglas del razonamiento y de la clasificación, sino, sobre todo, en cuanto sea sistema de lo justo.

Volver a los métodos de la jurisprudencia romana no quiere decir renegar de la dogmática moderna, sino recordar que dogmática y método pueden calificarse de jurídicos sólo en cuanto tienden a alcanzar el fin del derecho indicado por Celso, que es único, eterno y universal. La actividad del jurista, pueda o no calificarse de científica, no puede enderezarse más que a la busca y realización de la justicia.

La traducción, correctísima y fluida de Angel Latorre, así como el luminoso estudio preliminar del mismo autor avaloran notablemente la obra que comentamos.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

BORRELL Y SOLER, Antonio M.: "El contrato de compraventa según el Código Civil español". Casa editorial Bosch, Barcelona, 1952.

No abundan en nuestra doctrina estudios completos sobre instituciones determinadas del Código civil, y concretamente sobre los contratos en particular, por ello debe recibirse con agrado la presente contribución al tema de la compraventa.

Luego de un capítulo introductorio sobre la compraventa en general, se ocupa Borrell de sus elementos esenciales, de las diferencias entre la compraventa civil y la mercantil, de las figuras afines a la compraventa, de sus pactos accesorios, de la vida del contrato y de su contenido (obligaciones del vendedor y del comprador), de las compraventas especiales, de los diferentes supuestos de nulidad relativa (anulabilidad, o nulidad en el sentido del Código), de las causas de resolución y del retracto.

No podemos, naturalmente, entrar en el detalle minucioso de la obra, sin embargo, su orientación general nos parece buena, siendo notoria la influencia romanista en el autor; la bibliografía que maneja es con preferencia francesa, y entre la española se echa de menos algún trabajo reciente. De acuerdo con su título, se ciñe preferentemente a la sistemática con que el contrato de compraventa se regula en el Código, aunque no con exclusividad; por ejemplo, en el capítulo último se agrupan también los retractos disciplinados en el Código fuera del título IV del libro IV, y los creados por leyes especiales. También se hace un capítulo aparte con las diversas modalidades que ofrecen los pactos accesorios en este contrato.

En el orden de los reparos, y a pesar de que el capítulo VII del título de la compraventa trata "De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales", es dudoso el acierto de exponer su contenido en el estudio de este contrato, considerando, por lo tanto, a la cesión de derechos y acciones como una compraventa especial. Desde otro punto de vista, ¿no sería deseable abandonar un poco la inacabable discusión en torno a las diferencias entre la compraventa civil y la mercantil, e intentar en su lugar una exposición conjunta de ambas especies de compraventa? Así lo hace—con la ayuda, ciertamente, de un texto legal unificado—la doctrina italiana (1).

Resumiendo podemos decir que estamos en presencia de una obra elogiada por diversos conceptos: por su criterio ponderado y casi siempre seguro; por su aceptable documentación; por su excelente base romanística al par que por su constante apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La obra lleva censura eclesiástica.

Gabriel GARCIA CANTERO

DE CAMPS Y ARBOIX, Joaquín: "La Propiedad de la Tierra y su función social". Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1953; 292 páginas.

El autor divide la obra en tres grandes partes, en las que sucesivamente expone las tres concepciones fundamentales de la propiedad, en general, y de la propiedad agraria, en especial:

Se ocupa la primera parte de la propiedad-dominio, fruto del espí-

(1) Cfr., por ejemplo, MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.^a ed., III, pág. 16 y ss.

ritu individualista de la Revolución francesa, que concibe la propiedad como un derecho absoluto e ilimitado del propietario.

En la segunda parte se examina la propiedad-colectivizada, propugnada ya en pleno apogeo individualista por los socialistas utópicos, incorporada más tarde al programa del socialismo revolucionario y que, en definitiva, sólo parcialmente ha podido subsistir en la Unión Soviética. Para esta concepción la tierra deja de pertenecer a los particulares para convertirse en un bien común, propiedad del Estado. Paralelamente el agricultor se transforma en un "funcionario social".

Finalmente, el autor aborda en la tercera parte el estudio de la propiedad-función, en la que se concilian la utilidad del propietario y el bien de la comunidad. La propiedad no se concibe ya como un simple derecho, absoluto e ilimitado, del individuo; tampoco se niega a éste la detención de la tierra, para atribuirla exclusivamente al Estado; la propiedad agraria se concibe, más bien, como un derecho atribuido al particular para el cumplimiento de una función social.

La propiedad de la tierra, por tanto, no sólo atribuye derechos y facultades en favor del propietario, sino también obligaciones y deberes ineludibles, a cargo del mismo. "La moral del derecho—escribe Camps— exige que se tenga la finca poseída en estado de rendimiento y uso adecuado a su fin; en caso contrario, el propietario ha de ser compelido a ponerla en condiciones o a resignarse a ser subrogado por la autoridad a su costa."

Partiendo de la base de que la Propiedad de la tierra no es un concepto rígido e inmutable, sino elástico y contingente, y considerando que la mejor justificación de la propiedad agraria es, cabalmente, la función social que desempeña, el autor llega a la conclusión de que la posesión legal de la tierra ha de estar muy repartida, siempre que su extensión superficial represente una adecuada unidad económica de cultivo, y que habrá de evitarse, por el contrario, la división de la tierra por debajo de este límite.

La política agraria debe orientarse, pues, hacia esa finalidad, a cuya obtención habrán de plegarse las demás consideraciones dogmáticas, nacidas unas veces de prejuicios individualistas y otras de la demagogia marxista.

A la luz de estas consideraciones, el autor subraya la superioridad de los sistemas sucesorios forales sobre el establecido por el Código civil, pues, a su juicio, aquéllos permiten y éste no "acumular los bienes en un solo heredero, posibilitando con ello la subsistencia indefinida de la familia troncal". Destaca, asimismo, la influencia saludable que ha desempeñado y puede desempeñar la enfiteusis, para obtener el acceso a la propiedad de la tierra del mayor número posible de agricultores y señala, finalmente, los fecundos resultados que cabe esperar de la aparcería, a la que califica de "contrato rústico por excelencia".

La obra es, en general, interesante y realiza cumplidamente el benemérito propósito del autor de atraer y encauzar por sanos derroteros

la atención del lector hacia el problema apremiante de la propiedad de la tierra.

Sin embargo, falta en la obra, a nuestro entender, una rigurosa trabazón lógica y, por otra parte, la redacción, inundada de galicismos y, a menudo, con incorrecciones de sintaxis, desmerece notablemente de su contenido.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

ENNECCERUS, Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Vierzehnte Neubearbeitete Auflage vno "Hans Karl Nipperdey". Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte. Tübingen, 1952.

Están reeditándose en Alemania los primeros libros del Tratado de Enneccerus. Se publicó primero el Derecho de Obligaciones (1) y ahora ha aparecido la primera mitad de la Parte general. Esta 14 edición difiere apenas de la 13 (la traducida al español por la editorial Bosch). Ciertamente que tiene 134 §§ y la anterior sólo 125; pero ello se debe a que se han numerado correlativamente las secciones que antes tenían número duplicado o triplicado; la única nueva es la referente al Derecho privado interlocal (§ 70) de tan distinta importancia hoy por la división en Zonas de Alemania.

La obra, naturalmente, está puesta al día y se recogen las leyes, sentencias y doctrina del período 1931-1952. Se advierte también la mayor atención dedicada y el nuevo enfoque dado al Derecho Internacional privado y que se refleja, incluso, en el título de la sección sobre "estructura y contenido de las reglas de colisión" (§ 66). Mayor cambio supone quizá el valor especialmente reconocido a la unidad del Derecho (p. VII) y, sobre todo, a los principios de Derecho natural; en tal medida, que se critica duramente al relativismo jurídico, respecto del que se niega sea presupuesto espiritual de la democracia, al que se califica de "ciego de colores" y al que, en fin, se condena por "conducir a los pueblos a la desgracia" (pág. 134); por último, ofrece la destacable novedad de estudiarse detenidamente las condiciones para que los principios de Derecho natural sean tenidos en cuenta en la práctica (págs. 135-136).

R.

JULLIOT DE LA MORANDIERE, León: "Traité de droit de Ambroise Colin et Henri Capitant". Tome premier (Introduction générale, Personnes et Famille, Biens). París, 1953.

Desde 1931 las nuevas ediciones del Curso elemental de Derecho civil francés de Colin y Capitant (traducido al español por la Editorial Reus) fueron cuidadas por Julliot de la Morandière. Ahora, debido a la nueva orientación legislativa, se ha estimado inadecuado seguir el sis-

(1) *Recht der Schuldverhältnisse*, por H. LEHMANN, 1950.

tema de las adiciones y se ha preferido hacer una refundición total en forma de Tratado. Y, como se dice en el prólogo, aun conservando en lo posible los desarrollos anteriores, se ha cambiado el plan, a veces también la base de los razonamientos y se ha escrito de nuevo más de la mitad de la obra; es de advertir, especialmente, la mayor extensión concedida a la Introducción general, a la exposición de los principios fundamentales y de las fuentes del Derecho civil francés.

R.

MAJADA, Arturo: "Manual de Herencias" (Adaptada al Código civil y demás disposiciones sustantivas y procesales complementarias). Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1953; 572 páginas.

Con destino a los profesionales del Derecho, el autor ha tratado de reunir en un volumen fácilmente manejable el cúmulo de textos legales que directa o indirectamente, especial o incidentalmente, hacen referencia a la sucesión hereditaria, la doctrina que a partir de 1939 ha sentado el Tribunal Supremo en materia sucesoria y un completísimo formulario para la redacción de testamentos comunes, especiales, excepcionales y forales; escritos promoviendo expedientes de protocolización; diligencias de apertura y lectura de testamentos cerrados; cláusulas de revocación, reconocimiento de hijos naturales, institución de herederos, etc.; escrituras de partición, inventario, aceptación, etc.; demandas; providencias judiciales; autos de declaración de herederos abintestato, etc., etc.

La obra contiene, además, una serie de gráficos representativos de los distintos supuestos que pueden presentarse, tanto en la sucesión testada como en la intestada.

El Manual está dividido en nueve partes, relativas respectivamente a las materias siguientes:

I. Sistema acerca de la Legislación civil común o foral que debe regir en materia de sucesiones.

II. Parentesco, Derecho de representación y adopción.

III. Disposiciones legales sobre los Registros Civil, General de Actos de Última Voluntad y Central de ausentes.

IV. Legislación y supuestos gráficos de la sucesión testada.

V. Legislación y supuestos gráficos de la sucesión intestada.

VI. Testamentos.

VII. Repertorio alfabético de disposiciones especiales relativas al Derecho de Sucesiones.

VIII. Procedimientos judiciales.

IX. Legislación fiscal.

La obra que comentamos ha de facilitar, sin duda, la labor de los profesionales en contacto con el Derecho sucesorio y, muy especialmente, ha de ayudar a los abogados y demás profesionales noveles a familiarizarse con la práctica sucesoria.

Sin embargo, sería de desear que se incluyera en la obra, venciendo

los obstáculos a que el autor alude, el texto íntegro de las fuentes forales aplicables en materia hereditaria, que son, cabalmente, los menos accesibles a los profesionales en general, y, en especial, a los que han de desempeñar sus funciones en centros rurales alejados de Bibliotecas, Universidades y demás Instituciones de Cultura Superior.

Por otra parte, los gráficos incluidos en los capítulos IV y V son inútiles para los profesionales—a quienes está dirigida la obra, como hace constar el autor en el prólogo—, y para los estudiosos y los no iniciados resultan oscuros y, en ocasiones, de muy difícil interpretación, pudiendo citarse a este propósito los gráficos 21, 22, 25, 28, 31 y 51 entre otros muchos.

Cinco índices diferentes—entre ellos el alfabético, muy completo; el sistemático y el de formularios—facilitan notablemente la consulta de la obra.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques: “L’acte juridique unilatéral (Essai sur sa notion et sa technique en droit civil)”. París, 1951; 343 páginas.

El interés siempre manifestado por el Derecho civil clásico hacia el contrato ha hecho del mismo el tipo del acto jurídico, a la sombra del cual viven modestamente formas menos perfectas de expresión de la voluntad y en las que el esfuerzo de la construcción teórica no ha parecido tan necesario. M. de la Moutte intentó construir nada menos que la teoría del acto unilateral. La empresa era ciertamente atrevida, y su oportunidad no se puede juzgar sino atendiendo a sus resultados.

Para justificarla, el autor hubiera podido forzar sus conclusiones y proponer la rehabilitación espectacular de un acto jurídico durante largo tiempo olvidado. Por el contrario, supo guardar la serenidad y la prudencia necesarias a todo jurista, y más aún si es joven. Tal vez por esto no le haya faltado valentía para acometer la ardua tarea.

A juicio de M. de la Moutte, cualesquiera que sean los aspectos bajo los cuales se mire, el acto unilateral nos aparece incontestablemente, en ciertos puntos, dotado de una autonomía y de una vida particulares. La forma unilateral de un acto no es una simple manera de ser que indeferentemente se la pueda asimilar o reemplazar por el proceder convencional. Dicha forma está íntimamente ligada y participa de la naturaleza misma del acto; pero por un fenómeno de interferencia reacciona sobre esta misma naturaleza e imprime así al acto caracteres específicos que, en el seno de los actos jurídicos, lo individualizan por lo que toca a las convenciones.

La voluntad que interviene en el acto unilateral es una voluntad “más simple” que la voluntad contractual. Es evidente que todos los problemas y consecuencias que en el contrato derivan del indispensable concurso de consentimientos no se pueden encontrar en el acto unilateral. El interés de esta observación aparece bien claro si se tiene en cuenta las sim-

plificaciones que se está obligado a constatar en el mecanismo de la formación del acto, especialmente en la teoría de los vicios del consentimiento. De tal suerte que, en el examen del acto unilateral, se tiene la ventaja de asir el acto jurídico en el estado más puro.

Pero, en contrapartida de esta sencillez, y contrariamente a las convenciones, la voluntad que participa en el acto unilateral es una voluntad "más frágil": la voluntad abandonada a ella misma está amenazada de cierta inestabilidad que la torna más sospechosa. Por esta razón el legislador le marcará determinadas exigencias que no existen para la voluntad contractual. La preocupación permanente de garantizar la seguridad del comercio jurídico le conduce asimismo a ser particularmente exigente acerca de los modos de expresión del acto unilateral y, a menudo, a someter la manifestación de la intención al formalismo.

En cuanto a sus proyecciones, la voluntad unilateral aparece como una fuente poderosa de efectos jurídicos. La variedad con la que actúa, la importancia a veces considerable de las modificaciones que aporta, parecen convertirla en un agente tan eficaz como la voluntad contractual. Más flexible que esta última y, de otra parte, alejada de los dominios del cambio, llegará frecuentemente a resultados que ella sola puede cumplir.

Pero la voluntad unilateral no puede ocultar su debilidad. Los efectos que le es posible producir son siempre o casi siempre el resultado expreso de una autorización legal. Se podría decir que los actos unilaterales son actos "nominados". Por muy numerosos que sean, su enumeración siempre podría ser hecha ("numerus clausus"). Fuera de la misma el poder de la voluntad unilateral es estéril. A diferencia de lo que ocurre con el contrato, que permite introducir a los particulares modificaciones diferentes y combinaciones nuevas, la voluntad unilateral queda casi exclusivamente acantonada en los dominios que la ley le autoriza a franquear. Así, desde este punto de vista, el acto unilateral es una especie de acto débil, que para surtir efectos debe apoyarse siempre en la fuerza de la ley.

Tal es, a grandes rasgos, el contenido de este libro, cuya lectura recomendamos sin reservas a los juristas de hoy que tengan la preocupación de reconstruir un sistema adaptado al servicio permanente del hombre en un mundo transformado.

Juan Bautista JORDANO

MEREA. Paulo: "Estudos de Direito hispânico medieval". Tomo II. Coimbra, 1953; 230 páginas.

Anteriormente, ya tuvimos ocasión de dar cuenta en este mismo ANUARIO (t. V, fasc. 2) de la aparición del tomo primero de estos estudios del prestigioso maestro de la Universidad de Coimbra.

Hace poco salió a la luz pública el tomo segundo que, al igual que el primero, recoge, puestos al día, una rica serie de trabajos publicados con anterioridad en lugares dispersos.

Comprende este volumen los siguientes estudios: "Orígenes del eje-

cutor testamentario”, con dos notas complementarias sobre la palabra “manda” y sobre el testamento de S. Martín de Dumec; “Orígenes de la “terça” (tercera parte de libre disposición)”, con nota complementaria sobre la “reserva hereditaria”; “El poder paterno en el Derecho hispánico occidental”; “La “traditio cartae” y los documentos medievales portugueses”; “La “precaria” visigótica y sus derivaciones inmediatas”, con nota complementaria sobre los orígenes de la “precaria”; “La posesión de año y día en el derecho de los fueros”, y “Composición corporal”, seguidos de adiciones y aclaraciones al tomo primero y segundo.

Cierran la obra unos completísimos y utilísimos índices de fuentes, “res et verba” y autores, que facilitan en sumo grado su manejo.

Nunca se sabrá agradecer suficientemente este minucioso y pulcro trabajo de revisión y actualización del Prof. Merêa, hecho con el deseo de legarnos bien acabada la obra de toda una vida consagrada al estudio de las instituciones del Derecho hispánico medieval.

En buena hora emprendió el maestro la ardua e ingrata tarea, pues aunque sólo fuera por el magnífico prólogo que la precede—el cual encierra nada menos que un fecundo programa de escuela—hubiera merecido la pena.

Juan Bautista JORDANO

PACE, Salvatore: “I contratti agrari”. Milano, 1952. Edit. Giuffrè; 191 páginas.

El joven colaborador en la Cátedra del profesor Maroi, de la Universidad de Roma, el dott. Salvatore Pace nos ofrece ya, como fruto de sus estudios de especialización en Derecho agrario, un trabajo muy complejo sobre la materia referente a los contratos.

La obra intenta construir una teoría unitaria de los contratos agrarios sobre los que actualmente los autores se afanan por elaborarla, no sin encontrar obstáculos, debido a su múltiple estructura, delimitación y significado. El problema tiene sus dificultades si se piensa en el sistema actual de las fuentes del contrato agrario en el Código civil italiano de 1942. Por una parte—en el caso de ciertas relaciones típicas—, tiene una disciplina autónoma y particular, con fundamentos teóricos en la disciplina del contrato en general; por otra, no existe un grupo de normas de carácter general comunes a todos los contratos agrarios, al existir relaciones especiales que responden a situaciones particulares.

Pace cree que a pesar de las dificultades, el problema de la distinción teórica entre contratos agrarios y no agrarios es advertida por la doctrina, aunque adquiere más relevancia todavía si se considera el aspecto vital de la práctica, del campo y de la vida actual de la agricultura. De ahí que, no obstante, la situación de las fuentes le parece lícito suponer una doctrina general del contrato y destacar las características constantes y frecuentes de los contratos agrarios. En esta línea, estima posible un reconocimiento del contrato agrario como una

relación negocial autónoma. Razona, con su maestro Maroi, que la influencia del ambiente agrícola en torno a las figuras concretas de los contratos es notoria y las relaciones adquieren una nueva "facies". En la estructura técnica de los contratos agrarios—añade—, debido especialmente a su particular función económica, se encuentran características que justifican una agrupación unitaria y una disciplina específica. En definitiva, lo que intenta el dott. Pace es una visión unitaria de los diversos aspectos de los contratos agrarios y crear las bases para la formación de un sistema.

La obra compuesta de once capítulos está desarrollada con el plan sistemático de la pandectística. El capítulo primero, dedicado a los "elementos de la unidad de los contratos agrarios", contiene los problemas generales de distinción de los contratos agrarios, su sustancial unidad, su concepto, la clasificación de los contratos típicos y atípicos y las figuras conductudinarias existentes (págs. 1-19). En el capítulo segundo, se exponen las fuentes históricas, comprendiéndose el estudio de los primeros pueblos agricultores del Mediterráneo, de los egipcios, fenicios, griegos y romanos, las épocas medieval, del renacimiento y las codificaciones modernas (págs. 33-49). El capítulo tercero contiene "las fuentes en el sentido formal", las fuentes de los contratos en general y de los contratos agrarios en particular (págs. 51-60). Los capítulos cuarto, quinto y sexto están dedicados al estudio de los elementos esenciales del contrato agrario: el consentimiento (págs. 65-81), el objeto (págs. 87-99), la causa y la forma (págs. 101-109). El capítulo séptimo trata de "las consideraciones generales de los efectos de los contratos agrarios" (págs. 111-116), y el octavo, de los "efectos entre las partes" con las obligaciones de cultivo (págs. 114-134). Los capítulos noveno y décimo exponen "los derechos a los frutos" (páginas 137-146), y "el canon" (págs. 148-153), concluyéndose la obra con los modos de "extinción de los contratos agrarios" (págs. 161-178).

Este título, de síntesis y de intento de nueva construcción de la teoría general del contrato agrario, no está pensado como una aplicación específica de los contratos agrarios derivada de una especialización del Derecho civil, sino con la pretensión de crear un sistema autónomo. A nosotros, sin embargo, nos descubre uno de los diversos rumbos por el que camina el Derecho civil actual, donde la cuestión de la caracterización y especialidad del Derecho agrario no supone su autonomía y desglose, sino una muestra bien patente de la necesaria renovación de los principios del Derecho privado moderno ante el alcance de los problemas agrícolas actuales.

La obra del dott. Pace es acabada y completa, y contiene una contribución interesante para la dogmática contractual moderna.

PADRON QUEVEDO, Manuel: "Casos prácticos de Derecho Penal", segunda edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

No abundan las colecciones de casos prácticos, y la presente va ya por la segunda edición, lo cual es un indicio de su bondad. El autor ha vivido profesionalmente las causas que ofrece al público y ha tenido el acierto de seleccionar las auténticamente interesantes. En cada una de ellas nos presenta los escritos de calificación del fiscal y del letrado defensor, seguidos del informe de este último en el juicio oral y de la sentencia de la Audiencia, de suerte que el lector posee la información precisa con todos los antecedentes pudiéndose formar una idea exacta del caso y discurrir por cuenta propia. En ello puede verse una evidente finalidad didáctica.

Para el civilista escasa trascendencia presentan, pues todos ellos se refieren a los delitos contra las personas, con un complicado juego de agravantes, atenuantes y eximentes.

Muestra de lo encariñado que está el autor con su especialización de abogado criminalista son estas palabras con que termina el epílogo del libro: "La satisfacción de haber salvado una vida, o aún menos, de haberla rescatado durante años de un presidio devolviéndola al mundo libre, sólo es comparable a la de haberla creado".

Gabriel GARCIA CANTERO

PERA VERDAGUER, Francisco: "Jurisdicción y competencia". Casa editorial Bosch, Barcelona, 1953.

Hémos en presencia de una obra ambiciosamente concebida y de una innegable trascendencia práctica.

El autor, juez de primera Instancia, ha dividido la jurisprudencia "lato sensu" recogida, en seis partes, que tratan, respectivamente, de lo civil, de lo criminal, de lo contencioso-administrativo, de lo social, de los conflictos entre diversas jurisdicciones, de los que surgen entre la Administración y los Tribunales, de los recursos de queja y de los conflictos entre Ministerios. Materia amplia y heterogénea que acaso hubiera exigido su distribución en dos volúmenes; por esta misma razón hemos hablado de jurisprudencia "lato sensu" pues se contienen no sólo sentencias del Tribunal Supremo, sino autos del mismo Tribunal y Decretos.

La materia civil ocupa más de la cuarta parte de la obra (exactamente 254 páginas de las 893 de que consta), y en ella la jurisprudencia seleccionada se agrupa en dos grandes apartados: jurisdicción en razón a la materia y cuestiones de competencia territorial; en ambos la exposición se hace por orden alfabético de materias, lo cual facilita su búsqueda, insertándose un breve apartado al final sobre cuestiones de derecho internacional privado. Para el civilista presentan también interés algunas de las sentencias incluidas en la quinta parte sobre conflictos de jurisdicción suscitados entre la ordinaria y la laboral o la hispano-marroquí; sin embargo, la jurisprudencia aquí recogida es escasa.

Nada hubiera perdido la obra si cada una de las partes estuviese precedida de una breve nota introductiva con referencias a la legislación vigente. En ocasiones, una referencia legislativa se presenta necesaria por cambio de regulación legal (por ejemplo, ley de 17 de julio de 1948 sobre conflictos jurisdiccionales que ha venido a reemplazar al Real Decreto de 8 de septiembre de 1887), o por modificación parcial pero importante (ley de 17 de julio de 1948 sobre sumisión expresa en la justicia municipal).

Como acostumbra, la casa Bosch presenta magríficamente el libro en todos sus aspectos (papel, tipografía, encuadernación), constituyendo un volumen manejable no obstante sus casi novecientas páginas. En el texto y en el margen aparecen suficientemente destacadas con distintos tipos de letra cada una de las materias y sus subclasificaciones; la poca acostumbrada colocación de la paginación, aunque se ve que fué obligada, molesta un tanto hasta habituarse a ella.

Pese a los reparos señalados, juzgamos de mucha utilidad la presente obra, y por ello felicitamos a su autor.

Gabriel GARCIA CANTERO

PERTIERRA DEL RIO, Rafael: "Los bienes inembargables". Editorial Lex, La Habana, 1952; 116 páginas.

Bajo el título genérico de bienes inembargables, intenta el autor, funcionario judicial cubano, agrupar todos aquellos bienes que por sus especiales condiciones no pueden ser embargados, considerando que la inembargabilidad tiene un fundamento de justicia social, cuando no de interés público.

Divide la obra en seis capítulos; el segundo y el tercero estimamos que prácticamente deberán ir unidos en uno solo porque ambos se refieren a aquellos bienes que son absolutamente inembargables, sin tener que hacer la distinción entre los que pertenecen a las personas físicas y morales.

El capítulo primero, que sirve de introducción, estudia el embargo en general, orden de prelación; la responsabilidad patrimonial universal, junto con sus excepciones, y finaliza con las cláusulas de inembargabilidad. Afirmando que en el Derecho cubano, fuera del caso del artículo 1.807 del Código civil (de igual texto y contenido que el español), no existe ninguna otra disposición legal que las autorice.

En el segundo y tercer capítulo, examina los denominados bienes inembargables. Refiriéndose a los del Estado, Provincia, Municipio, Establecimientos de Beneficencia, Universidad, Ferrocarriles, derechos inherentes a las personas, fondos de las cajas de Seguros Sociales, objetos dedicados a cultos religiosos, el lecho cotidiano y ropas de preciso uso, instrumentos de labor, propiedad familiar, bienes cedidos por el Estado a los campesinos, honorarios de los Notarios públicos, fondos de la Caja Postal de Ahorros, buques cargados y despachados y donaciones inoficiosas. Entiende el autor que la orientación del derecho mo-

derno es la de garantizar y proteger determinados bienes imprescindibles al individuo para subsistencia y la de su familia, siendo precisamente éstos los que adquieren el carácter de inembargables, pues por encima del deber de cumplir las obligaciones se sitúa hoy el derecho a subsistir decorosamente; este postulado, al hacerlo suyo el derecho laboral con su dinamismo, que le es característico, lo ha impulsado hasta sus límites máximos de tal modo, que mientras se ofrece una efectiva protección al salario de los trabajadores, sin embargo existen otros bienes, sueldos y pensiones que, no comprendiéndose en el ámbito de aquél, siguen sujetos al régimen del Derecho privado clásico, intransigentemente individualista.

Trata en el capítulo cuarto de los salarios y sueldos, en cuanto a su posibilidad de embargo, respecto al régimen legal de Cuba, para lo cual examina la Ley de Enjuiciamiento civil y demás preceptos complementarios, así como las repercusiones que en los mismos ha tenido la Constitución de 1940. Define el salario, como aquel bien cuyo mínimo o cuya totalidad se declaran inembargables, y cuyos elementos ontológicos dentro de la legislación cubana son los siguientes: a) Una remuneración total, consistente en dinero o parte alicueta en especie. b) La ejecución de una obra o prestación de servicio. c) Que aquélla se realice por cuenta del patrono, y d) Que quien reciba el estipendio tenga la cualidad esencial de trabajador. Afirmando que si falta alguno de estos requisitos no se considera salario.

El capítulo quinto se refiere a las rentas y seguros sociales, agrupando en el mismo las materias referentes a las pensiones de los retiros e indemnizaciones de los seguros sociales. A los que considera inembargables, porque la mayoría de las mismas leyes que lo han creado, declaran específicamente a inembargabilidad de sus fondos y pensiones; y además, cuando los beneficiarios sean trabajadores, están amparados en el precepto de carácter general contenido en el artículo 4.º del Decreto-Ley número 2.701, de 1933, que prohíbe el embargo o retención judicial de las pensiones concedidas a obreros y empleados.

El sexto y último capítulo trata de los embargos y las pensiones alimenticias. Comprende en el mismo las excepciones al principio de la inembargabilidad, como son los créditos por pensiones alimenticias y los de obligaciones tributarias.

Merece ser elogiado el trabajo del señor Pertierra porque en el mismo procura hacer un estudio desde el punto de vista legal. Su examen es amplio y certero, pero notamos la falta casi absoluta de referencias bibliográficas y de legislación comparada, aunque es justo consignar que el propio autor, en el prólogo, hace constar que se trata de unos apuntes escritos para facilitar sus dictámenes en la Consultoría del Ministerio de Hacienda cubano.

La obra fué premiada en el Concurso de obras jurídicas "Angel C. Betancourt".

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "La falsedad documental". Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

El tema de las relaciones entre lo justo y lo verdadero es enormemente sugestivo y se presta a planteamientos desde muy distintos puntos de vista. El autor—entre cuya ya numerosa producción predominan los estudios penales—se ha limitado al estudio de la falsedad documental, que es, sin duda, el campo donde el Derecho tutela con mayor rigor la veracidad en cuanto valor social. Tema ciertamente erizado de dificultades pues no siempre el concepto jurídico-penal de falsedad coincide con el de la vida corriente, y por otro lado no se ve claro por qué razón el legislador dejó fuera del título III del libro II del C. Penal figuras delictivas en un todo análogas a las en él reguladas. Como es lógico, el Dr. Quintano analiza con detalle los elementos objetivos y subjetivos en el delito de falsedad documental según nuestro Código, la posibilidad de una forma culposa de comisión, las concretas figuras delictivas enumeradas en el texto legal y las no prefiguradas aunque encajables en alguna de tipo general de la vida jurídica de este delito, los interesantes supuestos de concurrencia de falsedad con estafa, malversación, cohecho..., etc., para acabar esbozando el tipo de autor que reúne especialísimas características. No se olvida el derecho comparado y el derecho histórico.

Como hemos dicho antes, el tema de la no-verdad interesa a diversos órdenes jurídicos, y concretamente el de la falsedad documental al Derecho civil. Qué sea un documento público o una letra de cambio, el penalista debe buscarlo en el Código civil (o en las normas a que remite) o en el de comercio. Ocurre además que el primer cuerpo legal citado tiene también supuestos de falsedad que llamaremos civil (artículos 1.266, 1.269, 1.817), y ¿dónde encontrar el criterio diferenciador? Otras veces la sentencia penal entra en el supuesto de hecho de la norma civil (artículos 237, núm. 2.º, y 631, núm. 7.º).

Estas consideraciones nos sugiere el capítulo II de esta obra en el que el autor plantea problemas de carácter general sobre la trascendencia de la falsedad en la doctrina general del Derecho. Lo que en modo alguno compartimos son las afirmaciones de tipo filosófico que el doctor Quintano sienta en el primer capítulo, incompatibles con una sana filosofía católica, y que no se desprenden siempre de las citas que hace.

Gabriel GARCIA CANTERO

RAVA, Tito: "Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta". Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1953; 119 págs.

Entre las audaces e ingeniosas elucubraciones teóricas que decoran la moderna ciencia jurídica italiana, destaca la valentía y agudeza del libro reseñado, obra llena de novedades y hasta de sorpresas.

El autor nos dice que desenvolverá su tema "casi a modo de experimento" (págs. 2-3) y del tono general de su obra parece desprenderse una cierta irónica complacencia al pensar en la reacción de los juristas adocenados, ante ciertas paradojas y consecuencias teóricas que él mismo califica de "monstruosas" (pág. 108).

La tesis primaria de la obra es la de que la representación indirecta produce también un efecto directo, que el contrato celebrado en nombre propio y por cuenta del representado, si es de compra hace a éste inmediatamente dueño de lo comprado, y si es de venta, la propiedad de lo vendido pasa directamente del representado al comprador. Se critica la doctrina común, señalando la dificultad ante la que se encuentra la doble transmisión que ésta afirma (sea sólo en la adquisición o también en la enajenación); la de que el supuesto negocio de transmisión intermedio entre representante y representado carecería siempre de causa.

También se señala que la posibilidad de que el representante pueda traspasar la propiedad a un tercero (violando el mandato) depende de otros principios, los que también informan a la circulación de bienes.

Estas afirmaciones, contenidas en la primera parte de la obra (1), puede pensarse que coinciden con la tendencia a revalorar la eficacia de la representación indirecta (2). En efecto, al partir para su construcción del artículo 1.706 C. c. it. (3), destacando la acción reivindicatoria en la compra de cosas genéricas por el representante (p. 25) y la importancia del "cambio económico" que se proponen las partes (p. 12), parece entendida la transmisión de la propiedad en el sentido tradicional de este término. Pero, en la segunda parte (4), se llega a una conclusión totalmente contraria hasta coincidir con los resultados prácticos de la teoría que antes criticara (5); lo que se consigue dando un sentido nuevo a los términos empleados. Aquí se encuentra precisamente lo más original y llamativo de la obra.

El móvil que ha impulsado al autor a escoger su nueva vía, según nos indica, es el deseo de resolver la especie de cuadratura del círculo que supone poner de acuerdo la eficacia real del contrato con el principio de la inoponibilidad de los actos que no resulten de la inscripción (p. 38). Y la solución creará encontrarla reduciendo la eficacia real a "una aptitud de aquellos contratos cuya causa no puede satisfacerse más que con la adquisición de un derecho real o más generalmente con la transferencia de un derecho preexistente" (p. 85). Mas esta tesis llevará a otras cada vez más notables. La propiedad es "una relación entre sujetos determinados, del todo paralela a la obligación; la diferencia

(1) *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, publicado en "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1952, fasc. 3.

(2) F. DE C.: *Contratto per persona a designar*, en este A. D. C., 1952, IV, página 1378.

(3) Desarrollo de la idea también contenida en art. 1.717 de nuestro C. c.

(4) *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, publicada en la Revista "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 1953, fasc. 1.

(5) Indiferencia práctica, en la que reside—según el autor—, el valor del tema y su carácter eminentemente constructivo o científico, pág. 35.

está en la realidad del bien" (p. 89); que como derecho, sólo puede ser relativo (p. 102); de modo que no tendrá dificultad en admitir que si el enajenante concluye diez contratos traslativos sobre el mismo objeto, habrá, dice, diez propietarios de tal objeto (p. 85, 87, 103). El titular del derecho tiene la facultad, pero no también la posibilidad de disponer (páginas 49-50). En fin, la relación jurídica real, la propiedad, no puede adquirirse de modo originario, ni por usucapión ni por ocupación (p. 108-109).

La circulación de los bienes se basa en la legitimación, o sea en "la creación o la modificación de una relación entre un sujeto y un derecho subjetivo, en virtud de la cual el sujeto puede disponer del derecho con preferencia al mismo titular" (p. 20). El derecho subjetivo no existe en el mundo externo porque es un juicio (p. 48); pero la legitimación —o posesión de derecho— que consiste en la posibilidad de disponer (página 49) puede ser objeto de disposición independientemente del derecho (p. 47). Esta legitimación puede ser de dos clases, documental (inscripción) y presuntiva (posesión del bien o del título de crédito) (p. 91) (6).

En base a estas consideraciones, se llega al resultado de que la cosa adquirida por el representante por cuenta del representado no pasa a la propiedad (en sentido usual) de éste, y que si el representante la vende a un tercero, aunque éste sepa que se vende violando el mandato y sabiendo que la cosa es del representado, la adquirirá el tercero si la cosa estaba en posesión del representante (porque tenía la legitimación) (páginas 112 y sig.).

Es imposible en una noticia o resumen hacer justicia debidamente a la brillantez expositiva del autor, pues su mayor riqueza, el vario matizado de sus alambicados razonamientos, se pierde y las paradojas más deslumbrantes quedan reducidas a un esqueleto sin vida y sin gracia. Esto también impide una detenida y eficaz valoración crítica de sus resultados y obliga a contentarse con dar un juicio impresionista y global, sin detenerse en detalles.

El punto de arranque de la construcción está en el principio llamado de la eficacia real (pág. 9), deducido de la que atribuye el Código civil italiano al consentimiento en los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de un objeto determinado (art. 1.376). Esta difícil fidelidad (7) llevará al autor, al tratar de compaginarla con la importancia de la transmisión de la posesión (tradición), al dar al término de propiedad usado en ese artículo 1.376 y al de adquisición del artículo 1.706 el significado antes señalado; pero esto se paga muy onerosamente, pues se contradice así al sistema legislativo y al mismo propósito económico de las partes (8). La propiedad adquirida por el representado le concede la acción reivindicatoria, la tercera del dominio y la facultad de

(6) Admite incluso una posesión de derecho o legitimación, aun cuando el derecho no exista (usucapión, posesión), pág. 98, núm. 81; págs. 108-109.

(7) Difícil al menos para la concepción española, que estima conformes a las necesidades de la mecánica jurídica a los arts. 609 y 1.095 del C. c.

(8) Que el autor, sin embargo, declara decisivo (principio de la prevalencia del propósito económico) y que utiliza para definir al contrato y a la causa (págs. 11 y 12).

separación en el concurso, y todo ello significa eficacia "erga omnes" ("salvo los derechos adquiridos por los terceros por efecto de la posesión de buena fe"), mientras que el autor pretende reducirla, en contra de la letra y del espíritu del precepto (9), a ser un mero título obligacional (obligación de dar).

La legitimación es convertida en la justificación única de toda la circulación de los bienes, extremando aún más el valor excesivo dado a esta figura por muchos autores (10). Se identifica la legitimación con la posibilidad del transmitente de ocasionar la adquisición "a non dominio", pero no se advierte que junto al hecho legitimador (aparición) se requiere algo más y que es, al menos, igualmente necesario; en nuestro derecho, será la buena fe del adquirente, el tipo del negocio (oneroso, "inter vivos"), privación no ilegal, no existencia de posesión del dueño (enajenante inscrito, etc.). Además, en todo caso se trataría de una legitimación relativa (no "erga omnes"), pues el acto de enajenación podría ser eficaz (legitimado) si es en favor de unas personas, pero no respecto de otras.

No parece posible aceptar las conclusiones ni el método seguido para obtenerlas; pero en todo caso debe destacarse el interés y la simpática originalidad del libro reseñado. Obra antiacadémica y sugestiva en grado sumo, de ella puede decirse lo que de no muchos estudios jurídicos, que obliga a pensar; el lector ha de realizar una vigorosa gimnasia mental para justificar los conceptos tradicionales en que ha sido educado y que acogió quizá sin reflexionar.

F. de C.

SAURA JUAN, José: "Quiebras" (Recopilación de preceptos, jurisprudencia, doctrina, formularios). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952; 328 páginas.

El autor ha perseguido el propósito de reunir y recopilar en este volumen los materiales necesarios para facilitar el trabajo de los profesionales del Derecho en materia de quiebras. Con esta finalidad reproduce sistemáticamente los distintos preceptos legales aplicables a la quiebra, dispersos en el Código de Comercio vigente, en la Ley de Enjuiciamiento civil, en el Código de comercio de 1829, etc., etc., así como la doctrina jurisprudencial relativa a dichos preceptos. A la reproducción de los preceptos legales y de la jurisprudencia agrega el autor algunos comentarios sencillos y prácticos, por lo general, y finalmente un formulario completísimo, que es, sin duda, lo más valioso y práctico de la obra.

(9) Señala que su teoría podrá ser condenada como contraria al Derecho positivo (pág. 115) y afirma en su abono la independencia de la ciencia (pág. 116).

(10) Buena exposición de la doctrina en LADARIA: *Legitimación y aparición jurídica*, 1952, págs. 140 y sig. Véanse las agudas observaciones hechas en la nota bibliográfica a esta obra por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, A. D. C., 1952, IV, pág. 1434; también F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 1952, II, pág. 79.

La finalidad que el autor se ha propuesto está cumplidamente lograda, pues el libro ha de facilitar muchísimo a jueces, abogados y demás profesionales del Derecho el trabajo cotidiano en lo tocante a las quiebras.

Entendemos, sin embargo, que la obra alcanzaría mucho mayor valor e interés si los comentarios fueran más completos y hubieran sido enfocados desde un punto de vista más científico.

Jaime SANCHEZ-BLANCO

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALLORIO, E.: *Scienza giuridica europea*.—Ius. (Milano). Año III, fasc. IV, diciembre 1952; págs. 433 a 470.

Delimita la ciencia jurídica europea por el empleo del método sistemático y estudia su futura función en la unificación internacional del Derecho, en la investigación de los ordenamientos jurídicos antiguos y en la resolución de los problemas no salvados por el tradicionalismo del *common law*.

BARBE PÉREZ, Héctor: *El Derecho administrativo y el Derecho privado*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 965-969.

Comienza señalando la influencia del Derecho civil en el administrativo y viceversa. Crítica la doctrina que en las cuestiones no reguladas por el Derecho administrativo aplica el Derecho civil como supletorio. A juicio del autor han de aplicarse otras normas administrativas análogas o, en su defecto, la doctrina.

BARBERO, Domenico: *Rivalutazione del Diritto naturale*.—Ius. (Milano). Año III, fasc. IV, diciembre 1952; págs. 491 a 507.

La norma positiva recibe de su *ratio*, o conformidad con el Derecho natural, su valor, y de la *autoritas* su exclusividad. Al faltar la segunda habría muchos criterios racionales coexistentes y sobrevendría la anarquía. Al faltar la primera se superpondría un orden formal a un desorden sustancial, que originaría el despotismo.

BATIZA, Rodolfo: *Codificación y supervivencia del Common Law*.—Boletín del Instituto de Derecho comparado de México. Año V, septiembre-diciembre 1952, núm. 15; págs. 43 a 63.

Seguida de abundante bibliografía, analiza los hechos y factores que determinan un proceso creciente de codificación en el Derecho anglosajón, sosteniendo que no producirán la fatal extinción del *Common Law*.

BONET RAMÓN, Francisco: *Progresión Legislativa y directrices de Derecho agrario en España*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953. Número conmemorativo del centenario; páginas 173 a 230.

Después de una abundante bibliografía, se expone el concepto y caracteres del Derecho agrario, la discusión sobre su autonomía y la cuestión de su codificación. A continuación, se exponen en toda su complejidad las diversas normas que han constituido en España el material legislativo para dar base a la existencia de un Derecho diferenciado. Finalmente se exponen aspectos importantes y concretos: el de la colonización, el de los patrimonios familiares y el del crédito agrícola en sus especies personal e hipotecario mueble.

BRIOSCHI, Gian Antonio: *Appunti sulla teoria sovietica del Diritto e dello Stato*.—Rivista di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VII, número 1, marzo 1953; págs. 136-155.

El estudio del concepto soviético del Derecho y del Estado ofrece un doble interés: metodológico y práctico. Comienza el autor recordando algunas de las doctrinas de Marx y Engels, afirmando que la verdadera concepción político-jurídica de los soviets arranca de Lenin. A grandes rasgos bosqueja las tendencias de los principales autores, dedicando especial interés a Pashukanis y a la reacción contra su doctrina de que el Derecho era sólo una consecuencia del capitalismo burgués. Destaca la en ocasiones enorme dificultad de coordinar la moderna realidad político-jurídica soviética con el marxismo clásico.

Supuesta y afirmada por los propios escritos comunistas, la existencia de un Derecho soviético señala como caracteres de éste: su base marxista, su afán "educativo" o "fraternal", el ser un medio de lucha para facilitar la implantación de la última etapa del marxismo, etc. Recoge y critica las afirmaciones de Berman. El trabajo lleva abundantes indicaciones bibliográficas.

CASTAN TOBEÑAS, José: *Tres fechas memorables*.—Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953. Número conmemorativo del centenario; págs 7 a 13.

Breve síntesis de la vida jurídica española en tres momentos: 1853, fecha fundacional de la Revista; 1941, fecha de su aparición después de la Guerra de Liberación, y 1953, momento actual.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Pequeña historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1953. Número conmemorativo de su centenario; págs. 14 a 53.

Exposición de los orígenes de la revista, de la personalidad y obra de sus Directores, de los temas y autores que han llenado sus páginas en las dos épocas; valoración de la importancia que ha tenido en la vida jurídica española, de su influjo en la doctrina y en la legislación; permanencia en el horizonte jurídico de nuestra Patria.

CUETO RUA, Julio: *El Law Institute of the Americas*, "La Ley" (Buenos Aires) 2 de abril de 1953; págs. 1 a 4.

Examen de la organización, métodos y enseñanzas de esta institución, cuyo fin es el fomento del estudio del Derecho comparado en todo el continente americano.

DURAND, Paul: *Las relaciones actuales entre el Derecho público y el Derecho del trabajo*. "La Ley" (Buenos Aires), tomo 70, 16 abril 1953, págs. 1-5.

Es bajo la forma de influjos recíprocos como se presentan las relaciones contemporáneas entre el Derecho público y el Derecho del trabajo. El primero ha influido en el segundo de esta triple suma: 1) Formación de un Derecho público del trabajo. 2) Utilización de las teorías del Derecho público para la construcción del Derecho del trabajo. 3) Mimetismo de ciertas instituciones del Derecho privado asimiladas por el Derecho del trabajo. La influencia de éste en el Derecho público es innegable: en la organización de la sociedad internacional, estructura del Estado, Derecho de función pública, asalariados de establecimientos públicos, etc., etc.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Sobre el Derecho civil continental europeo*. Revista del Instituto de Derecho civil (Tucumán), 1953, tomo II, número 3; págs. 98-108.

A través de un somero examen de la evolución legislativa civil en Rusia, Alemania y Francia, se concluye negando la crisis del Derecho civil tradicional, ya que, a pesar del cambio de las formas políticas, no cambian los modos de vida de los hombres.

GUASP, Jaime: *Nuevas reflexiones sobre los estudios de Derecho*. Revista de educación (Madrid), año II, vol. III, núm. 8, marzo 1953; páginas 287-294.

Controversia en torno al tema del concepto actual del Derecho y su reflejo en la organización de sus estudios en la Facultad, iniciada en números anteriores por García de Enterría.

MARINI, Carlo María de: *L'evoluzione del Diritto nelle "repubbliche popolari"*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano), Año VII, núm. 1, marzo 1953; págs. 123-135.

Comienza el autor indicando que los que en los países llamados occidentales nos parecen principios inmutables han sido abandonados en los pueblos sometidos hoy al régimen comunista. No obstante ser el Derecho público el que más ha cambiado con las nuevas tendencias, también el Derecho privado ha sido esencialmente transformado. Una rápida visión del nuevo Código civil checoslovaco (vigente desde 1951) es el objeto del trabajo que nos ocupa. Dicho Có-

digo responde todo él a la tendencia que se encierra en esta idea: "en el período de transición del régimen capitalista al comunista, el Derecho es un medio de lucha contra cualquiera que se oponga a la edificación socialista".

En el nuevo Código se ha prescindido del Derecho de familia y del Derecho de trabajo. Está dividido en cinco partes: las dos primeras contienen los Principios generales; la tercera, los derechos reales; la cuarta, las obligaciones, y la quinta, las sucesiones. En total, 571 artículos. Sus normas, más que tales, son meras orientaciones. De las dos primeras partes es de destacar el matiz político que se da a la prohibición del abuso del derecho. La propiedad sólo se protege en cuanto subordinada al Estado; son sus clases: propiedad privada, socialista y personal. En materia de obligaciones se instaura una nueva fuente, la ejecución del plan económico, y se prescinde en absoluto de la autonomía contractual. Reducida la propiedad a su más mínima expresión, las sucesiones tienen escasa entidad; son sus notas: abolición de la herencia yacente, supervaloración de la sucesión legítima sobre la testamentaria, nulidad de las disposiciones contrarias al interés público, absorción de los legados en la sucesión universal.

MÜLLER-ERZBACH, Rudolf: *La libertad de la empresa económica. El acercamiento del pensamiento jurídico a la vida*. Revista de Derecho privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 433, abril 1943; págs. 271-276.

Frente al conceptualismo jurídico tradicional centrado en la idea de la personalidad, el pensamiento jurídico actual consagra nuevos elementos "vitales", como la empresa: célula germinal de la vida económica.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Constitucionalismo y Codificación*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953. Número conmemorativo del Centenario; págs. 92-104.

Los orígenes ideológicos y sociales de la Codificación coinciden con los del Constitucionalismo: racionalismo, pretensión de instaurar la igualdad de los hombres ante la ley, uniformismo. Por eso cuando en el tiempo estos factores comienzan cristianizando las Constituciones, ya en ellas está el germen y las bases de la Codificación que extiende así las garantías jurídicas al campo privado. Esto enunciado, comienza el examen detenido del influjo de nuestras Constituciones en la unidad jurídica: desde la de Bayona hasta la de 1931.

SOLA CAÑIZARES, Felipe: *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*. La Ley (Buenos Aires). 4 marzo 1953, tomo 69; págs. 1-6.

Trata el autor en la primera parte de su trabajo de la "Evolución de los estudios del Derecho comparado", refiriéndose con abundante bibliografía a los "Precursores", "Iniciadores" y "Comparatistas". Después de indicar que la esencia del mal llamado Derecho comparado estriba en la comparación, indica sus aplicaciones. En la tercera y última parte considera que los sistemas

jurídicos contemporáneos son: A) Sistemas occidentales: Common Law (inglés, norteamericano), romanistas, escandinavos e iberoamericanos. B) Sistemas soviéticos: M. A. S. S. y sistemas soviéticos. C) Sistemas religiosos: Derecho canónico, Derecho musulmán y Derecho hindú. D) Sistema chino.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Juristas Libres, Juristas del Estado y los Estudios del Derecho*. Revista de Educación, año II, vol. III, núm. 7, febrero 1953; págs. 149-154.

Carta abierta a García de Enterría en torno a su artículo, publicado en el número 5 de la misma revista sobre el concepto y la enseñanza del Derecho.

VIVANCO, Antonio C.: *La autonomía del Derecho agrario*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires). Año VII, número 31, noviembre-diciembre 1952; págs. 1213-1240.

Defensa, a través de textos doctrinales y de rebatir las razones aducidas en contra, de la particularidad del Derecho agrario frente al Derecho civil y de su autonomía didáctica, científica y jurídica.

2. Derecho de la persona.

ALCÁNTARA SAMPELAYO, José: *Atribuciones patrimoniales a favor de "concepturus"*. Revista de Derecho privado (Madrid). Año XXXVII, número 431, febrero 1953; págs. 93-111.

La tesis que no admite las disposiciones a favor del *concepturus* patrocinada principalmente por González Palomino, ha encontrado en Díaz Pastor repetida impugnación. Para este autor son posibles en Derecho español las disposiciones a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causu*. Pero niega que pueda existir cabida en nuestro ordenamiento para las disposiciones onerosas. El autor de este trabajo reitera con él su postura extrema de admitir también los actos *inter vivos* onerosos y conseguir de ese modo una sistematización general del problema jurídico de los *nondum concepti*.

GOLDSCHMIDT, Werner: *La capacidad en el Derecho Internacional privado argentino*. Revista del Instituto de Derecho civil (Tucumán). 1953, tomo 2, núm. 3; págs. 109-117.

Examen comparativo de las teorías que pugnan por interpretar el sistema domiciliario de Vélez Sársfield y su superación en base a la distinción científica entre capacidad jurídica y de obrar.

PUIGARI, Julio J.: *Domicilio convencional. Valor legal de los pactados en documentos privados. Su solución jurisprudencial en la justicia na-*

cional de paz. La Ley (Buenos Aires). 17 de abril de 1953; página 1.

A través de varios fallos y opiniones de autores se concluye que el domicilio convencional constituido en documento privado tiene plena validez sin previa autenticación.

RADBRUCH, Gustav: *O homem no âmbito do Direito*. "Boletim do Ministério da Justiça", núm. 35, marzo 1953; págs. 5-19.

En dos partes fundamentales puede dividirse este ensayo: en la primera se estudia al hombre en cuanto objeto esencial del ordenamiento jurídico; en la segunda en cuanto sujeto o creador de dicho ordenamiento. En cuanto al primer aspecto va estudiando el autor las distintas formas que a lo largo de la Historia ha tenido el Derecho de considerar al hombre: las diversas imágenes que de él se ha representado. En la Alemania medieval el hombre vive vinculado al deber y a la comunidad; con el Renacimiento y la Reforma el hombre se desliza de la moralidad: surge un tipo de hombre que únicamente valora el interés individual. En la época del Estado de policía, es misión de éste elevar a los hombres a la feicidad, incluso contra su propia voluntad. Se hace después un estudio de la concepción jurídica del hombre bajo las tendencias individualistas y liberales, para a continuación destacar la lógica reacción contra ellas, enlazando la idea de derecho subjetivo con la nueva de los deberes sociales.

Al referirse al papel del hombre en cuanto creador del Ordenamiento jurídico, pone de manifiesto cómo la línea evolutiva es ésta: se arranca de la voluntad general inconsciente a la consciente voluntad individual y de ésta a la consciente voluntad general.

3. Derechos reales.

ANTONI, Jorge Sixto: *La energía nuclear en el Derecho*. Revista del Instituto de Derecho civil (Tucumán), 1953. Tomo 2, núm. 3; págs. 31-44.

Alcance jurídico que los descubrimientos atómicos tienen en el Derecho, tanto público como privado, internacional e interno: Convenios internacionales, régimen administrativo, concesiones a particulares, derechos de propiedad especial, registro de patentes, policía de seguridad, responsabilidad civil por daños, contrato y accidentes de trabajo, etc.

CARBONELL, José F.: *Aspectos del derecho de retención en el Código civil argentino*. Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán), 1953. Tomo 2, núm. 3; págs. 45-75.

Exposición acabada del derecho de retención en el ordenamiento legal argentino, que en su Código civil le consagra regías generales, a diferencia del francés, italiano y español. El autor lo configura como un derecho de garantía

especial que va diferenciando de la posesión, la tenencia, prenda, anticresis, derechos de preferencia, *exceptio non adimpleti contractus*, compensación y embargo. De su concepto extrae sus caracteres: legal, indivisible, accesorio y transmisible. Estudia las condiciones legales para su ejercicio, el modo de ejercitarlo según sea por vía judicial o extrajudicial, el contenido del derecho y los diversos supuestos de extinción.

FENECH NAVARRO, Miguel: *Recepción de la hipoteca en el Derecho Procesal*. Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 4, octubre-diciembre 1952; págs. 503-537.

En el discurso de Apertura del curso 1952-53 en el Instituto Español de Derecho Procesal; el Sr. Fenech se muestra entusiasta partidario del carácter de figura procesal que tiene la Hipoteca. Después de señalada su naturaleza procesal, afirma ha de encajarse dentro del proceso de ejecución. La hipoteca es "un embargo convencional anticipado"; su diferencia con el embargo no es otra que la siguiente: en el embargo el Juez señala los bienes a ejecutar, mientras que en la hipoteca tal señalamiento está realizado anticipadamente por las partes. Señala posibles objeciones a tal construcción y ofrece abundantes consideraciones en defensa de la "procesalidad" de la hipoteca.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán: *Conflictos entre las convenciones de derecho de autor y posibilidades de una nueva convención*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 721-728.

Antes de señalar las "Recomendaciones" pertinentes indica los conflictos de las Convenciones Panamericanas entre sí, y los conflictos de éstas con la Convención de Berna—reformada en Berlín—, Roma y Bruselas.

GIANNINI, Amedeo: *Sulla protezione dei produttori dell'opera cinematografica*. Rivista di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VII, número 1, marzo 1953; págs. 156-167.

Destacada la significación de la obra cinematográfica como obra de arte, se examina la cuestión de quiénes han de considerarse autores de una película. A continuación se destaca la función del productor u organizador para referirse después a la protección de la obra cinematográfica en la Convención de Berna y la Legislación italiana. El autor propugna un nuevo examen de la Legislación que, tanto interna como internacionalmente, se viene haciendo necesario.

MAZEAUD, León: *La accesión inmobiliaria artificial; sus límites*. La Ley (Buenos Aires), 30 de abril de 1953; págs. 1-3.

Las grandes construcciones necesarias para la producción y distribución de energía hidro-eléctrica cuando se construyen en suelo ajeno plantean el problema de la aplicabilidad de los principios de la accesión a favor del dueño del

suelo. El autor razona para el Derecho francés que únicamente la accesión funciona para las obras que constituyen inmuebles por naturaleza, como diques, presas, embalses, etc., pero no para los inmuebles por destino: tuberías, conducciones, material industrial.

MEJÍA, Alfonso: *Las acciones posesorias son inadmisibles contra los actos administrativos de autoridad.* Revista de Derecho y Legislación (Caracas). Año XLI, núms. 496-497, septiembre-octubre 1952; páginas 163-176.

El Poder legislativo y el judicial cumplen sus fines por medio de hechos y actos administrativos; el Poder ejecutivo, mediante actos de imperio y de gestión. Contra tales actos, por su función y esencia misma, es lógico no quepan las acciones posesorias. Citas de doctrina y especial referencia a la Legislación venezolana.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953, Número conmemorativo del centenario; págs. 233 a 332.

Estudio de la reivindicación en su doble vertiente. Activa, del demandante y pasiva, del demandado que opone excepciones ya basadas en la cualidad del actor, ya en la del demandante. A la reivindicación como noción romana se opone la idea de adquisición a *non domino* e irreivindicabilidad, germánicas, cuya evolución y huella en la Historia del Derecho español desarrolla.

PASQUALE, Federico: *El sistema de patentes en los Estados Unidos.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 729-738.

Descripción a grandes rasgos de las características esenciales de la Legislación sobre patentes en Estados Unidos, destacando especialmente las diferencias existentes con los sistemas de otros países.

REAL IDIARTE, José: *Posibilidades de una convención interamericana en materia de propiedad industrial.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 705-719.

Ante la proposición de la American Patent Law Association de una Convención interamericana de propiedad industrial, el autor señala sus antecedentes (conferencias anteriores), frutos, consecuencias y posibles ventajas.

ROCA SASTRE, Ramón María: *La adquisición hereditaria de la posesión.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953, Número conmemorativo del centenario; pág. 333 a 387.

Se sostiene en el Derecho la existencia de dos sistemas distintos, representados

por el ordenamiento romano y el germánico, recogido en el Code francés, según los cuales se afirma o se niega la posibilidad de que la posesión se transmite *mortis causa*. Esta dualidad carece de base, ya que en ambos sistemas se llega a idénticos resultados prácticos. Ni en el sistema germánico pasa toda la posesión y sus efectos, ni en el romano deja de pasar algo: en último término las facultades y efectos derivados son idénticos.

SATANOWSKY, Isidro: *Aspectos legales del derecho moral del autor frente al del productor cinematográfico, de radio o televisión.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 737-751.

Comiézase señalando las generalidades en torno al aspecto moral del derecho de autor, como emanación de la personalidad, para después estudiar la cuestión concreta de si puede el productor cinematográfico modificar la obra adaptada y en qué medida, así como los empresarios de radio y televisión. Es indudable que en estos casos el derecho moral del autor tiene un alcance más restringido. Dos doctrinas se disputan el terreno: *a)* En los casos señalados (cine, radio, televisión) el derecho moral del autor es intangible. *b)* Caben tantas alteraciones cuantas no se opongan al honor y la buena fama del autor. Satanowsky entiende que han de permitirse las alteraciones necesarias para la nueva forma de expresión de la obra.

4. Obligaciones y contratos

AGUIRRE GONZÁLEZ, Adolfo: *La teoría de la imprevisión en los contratos.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 665-679.

Dos son, a juicio del autor, los elementos integrantes de la llamada Teoría de la imprevisión: alteración del contenido de las deudas y créditos producidas por las circunstancias nuevas (elemento objetivo) y nueva apreciación de la relación por las partes (elemento psicológico). Alusiones al problema histórico. Como medios de actuación práctica de la teoría señala el acuerdo de las partes, la Ley y la Jurisprudencia. Pasa revista a ciertas doctrinas y hace indicaciones referentes al Common-Law.

BAQUERO, Gregorio: *La investigación de la riqueza catastral urbana y su repercusión en los arrendamientos.* Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid). Año VII, núm. 223, 5 marzo de 1953; págs. 3-11.

El defasamiento entre el valor en renta de un predio urbano y la renta que efectivamente percibe un propietario por la valoración establecida en la Orden

de 30 de enero de 1952 y la prohibición de elevar la renta en la Ley arrendaticia urbana resulta injusto y se trata de salvar a través del artículo 126 de dicha ley.

FERRER MARTÍN, Daniel: *El derecho de opción concedido al aparcerero cultivador para transformar su contrato en otro de arrendamiento*. Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 433, abril 1953; págs. 293 a 305.

Nueva aportación al estudio del derecho establecido en el artículo 7.º de la ley de 28 de junio de 1940 a base de concertar las opiniones de los autores y las resoluciones jurisprudenciales en torno a tres aspectos: fundamento, naturaleza jurídica de este derecho y condiciones legales para su ejercicio.

GUAROA VELÁZQUEZ: *La consideration, la causa y el Derecho puertorriqueño*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 681-703.

El Common-Law influye frecuentemente sobre el D. romanista de Hispanoamérica. El autor hace un estudio de cómo el concepto de "causa" del Derecho de Puerto Rico se ha visto influido por la "consideration" del D. anglosajón. Por separado bosqueja la función de la "consideration" en el Common-Law y su esencialidad en la estructura del contrato y la de la "causa" en el Derecho puertorriqueño. Señala después las interferencias de aquélla y ésta, especialmente en el ámbito jurisprudencial, lamentando el confusionismo originado.

GUTIÉRREZ RUBIO, Julio: *Préstamos a los inquilinos*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año CI, núm. 2, febrero 1953; páginas 181-220.

Comentario a la ley de 15 de julio de 1952, que después de examinar el espíritu general que informa la ley, las bases de aplicación, los sujetos, forma y bonificaciones de la concesión, estudia separadamente las normas especiales establecidas para los dos supuestos de préstamos que la ley prevé: concesión por el Estado a través del Instituto Nacional de la Vivienda o concesión por el Banco Hipotecario de España.

LUCES GIL, Francisco: *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Foro Gallego (Santiago de Compostela). Año X, núm. 84, noviembre-diciembre 1952; págs. 589 a 618.

Examen de las modalidades en que el dinero puede intervenir en las obligaciones como contenido de una prestación para seleccionar aquélla en que el dinero actúa como signo legal representativo del valor cuya depreciación plantea el problema de justicia de la equivalencia de la prestación. Las dos teorías extremas: nominalista y realista tienen sus quiebras. Pero al prevalecer la segunda en las legislaciones es necesario buscar temperamentos a los cambios excepciona-

les de circunstancias. Unas veces los mismos contratantes los prevén y los salvan mediante cláusula de revisión o estabilización del valor (cláusulas oro, de pago en especie o en moneda extranjera). Otras veces se admite la revisión judicial fundada en la teoría de la lesión, del enriquecimiento injusto, en la cláusula *rebus sic stantibus* o en el principio de buena fe contractual. Finalmente, el legislador establece normas de revalorización o reducción. De cada una de estas soluciones se expone el texto doctrinal, legal y jurisprudencial en el Derecho español.

MORENO MOCHOLI, Miguel: *Convivencia, subarriendo y hospedaje*. Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 431, febrero 1953; págs. 111 a 121.

Exégesis del artículo 27 de la Ley de Arrendamientos urbanos y de la especial figura de convivencia con el inquilino de personas extrañas a la que la ley no configura de subarriendo ni de hospedaje.

ORGAZ, Alfredo: *Los intereses con los daños y perjuicios*. La Ley (Buenos Aires), 24 de febrero 1953. Tomo 69; págs. 1-3.

Tanto en la responsabilidad contractual como extrac contractual al fijar la forma, cuantía y características de la indemnización ha de tenerse en cuenta el auténtico y verdadero interés del titular de la pretensión indemnizatoria. En cuanto a los intereses de la cantidad a indemnizar, para fijar su momento inicial, procede la distribución entre bienes "productivos" e "improductivos".

PIERANO FACIO, Jorge: *La teoría de los riesgos*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núm. 4, octubre-diciembre 1952; págs. 1.175-1.212.

El problema de los riesgos en materia de obligaciones es un tema general y no afectante sólo a determinados tipos de contratos. Un enfoque global de la cuestión es el objeto del presente trabajo. Considera el riesgo como "todo acontecimiento que, teniendo los caracteres del caso fortuito o la fuerza mayor, incide sobre el objeto del vínculo obligatorio haciendo total o parcialmente imposible su cumplimiento". La solución racional del problema está en uno de estos tres principios: a) *Res perit domino*. b) *Res perit creditori*. c) *Res perit debitori*. Desecha el primero. Hace aplicación de los otros dos a las obligaciones unilaterales y a las recíprocas, y estudia después el sistema de los artículos 1.335 y 1.549 del Código civil uruguayo con referencia a las obligaciones unilaterales (*res perit creditori*). En cuanto a las obligaciones recíprocas, examina el artículo 1.557, cuya solución es ésta: obligaciones de hacer y no hacer (*res perit debitori*); obligaciones de dar (*res perit creditori*).

POSSE, Mario: *Solidaridad activa*. Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán), 1953. Tomo 2, núm. 3; págs. 9 a 30.

Toma como módulo la solidaridad pasiva para ir perfilando la de los acreedores por las diferencias con la primera: su origen convencional, sus efectos, su naturaleza y extinción.

REAL DE RIVA, Natalio: *Elevación o revalorización de los alquileres*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año CI, número 1; págs. 27 a 38.

Exégesis y crítica del Decreto de 17 de mayo de 1952 en cuanto regula la elevación de alquileres en arrendamientos urbanos anteriores al 18 de julio de 1936 en relación con la ley arrendaticia de 1946.

RICCA-BARBERIS, Mario: *Cosa de otro y cosa fuera de comercio en la venta romana y moderna*. Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 431, febrero 1953; págs. 89 a 92.

Marca la diferencia que, sobre todo a través de los efectos, existen entre la venta de cosa ajena y la de cosa fuera del tráfico jurídico.

SPOTA, Alberto G.: *El abuso del derecho a la prórroga de la locación urbana*. La Ley (Buenos Aires), 14 de abril de 1953; págs. 1 y 2.

Las leyes de emergencia, como la que ampara al inquilino contra el desalojo de la vivienda, han de interpretarse restrictivamente cuando su fin se obtiene aplicándola a la cuestión debatida, no cuando se amparan en ella intereses ilícitos.

TILOCCA, Ernesto: *Onerosità e gratuità*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VII, núm. 1, marzo 1953; págs. 53-72.

Comienza exponiendo la doctrina dominante según la que onerosidad es igual a "corresponsividad" y gratuidad a "no corresponsividad". Tal orientación es estimada errónea por el autor. Para demostrarlo empieza por señalar, en un sentido más amplio que el corriente, su concepto de contrato bilateral y unilateral; éste es siempre gratuito, pero el bilateral puede ser oneroso o gratuito. Indica a continuación lo que debe entenderse por "corresponsividad" (interdependencia) examinando algunas doctrinas. Con estas premisas da el concepto de onerosidad y el de gratuidad, en base al art. 1.101 del Código de 1865. La onerosidad es la equivalencia entre los efectos respectivos; la gratuidad, la falta de equivalencia entre ellos. Estudia el carácter objetivo o subjetivo de la equivalencia, pronunciándose por este último con ciertas reservas, como lo prueban las posibilidades o remedios que señala para los casos en que exista gran diferencia entre la apreciación subjetiva y la objetiva en torno a la equivalencia.

TORRENT, Pedro: *Posición del deudor mancomunado que paga íntegra la deuda. Subrogación legal en el caso*. Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán), 1953. Tomo 2, núm. 3; págs. 76 a 82.

En contra de la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina argentina, el autor defiende la subrogación legal en los derechos del acreedor, del deudor que, por error de hecho o de derecho e incluso a sabiendas, paga íntegramente una obligación mancomunada.

TORRES AGUILAR, Juan: *Algunas generalidades sobre la fianza en los contratos de arrendamientos urbanos*. Revista crítica de Derecho inmobiliario (Madrid). Año XXIX, núm. 297, febrero 1953; págs. 114 a 128.

Examen de la fianza en metálico preceptuada en el artículo 135 de la Ley de Arrendamientos urbanos y de los distintos aspectos de la responsabilidad contraída por el fiador

5. Derecho de familia.

ALVAREZ VIGNOLI, Sofía: *La legitimación adoptiva de niños*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 646-654.

El trabajo es un estudio de la Ley uruguaya de 1945 que consagró la llamada "Legitimación adoptiva". La autora, después de aludir a sus fundamentos, antecedentes, D. comparado, expone sistemáticamente el mecanismo de funcionamiento de la ley.

BORRACHERO, Miguel: *Reconocimiento sucesivo de hijos naturales*. Revista de Derecho Privado (Madrid). Año XXXVII, núm. 433, abril 1953; páginas 276-292.

La reglamentación de la patria potestad sobre los hijos naturales es lo suficientemente escueta en nuestro Código civil para plantear conflictos que hay que resolver con los procedimientos de interpretación, principalmente con el encuadramiento sistemático de la institución. Uno de los problemas surge cuando el reconocimiento del hijo natural tiene lugar en momentos diferentes por el padre y por la madre. El trabajo se divide en dos partes: la primera estudia la patria potestad de los hijos naturales en su disciplina general positiva, según nuestro Código; en la segunda las específicas cuestiones del reconocimiento sucesivo, a saber, si la madre pierde la patria potestad cuando el padre reconoce posteriormente que, resuelta negativamente, da lugar a plantear la situación jurídica del padre que soluciona como titular de una patria potestad subsidiaria de la que ejerce la madre.

DINU, Madeline C.: *El Common-Law marriage y el concubinato en América*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 655-664.

Bosqueja a grandes rasgos el matrimonio de Common-Law: matrimonio perfectamente válido que se origina por la simple convivencia de hombre y mu-

jer como esposos, unida a un elemento intencional. Tal figura de matrimonio se admite en algunos Estados de Estados Unidos. Señala diferencias con el concubinato. Alusiones al matrimonio morganático, así como a la poliandria y la poligamia.

VIEIRA, Manuel Adolfo: *Efectos de las sentencias de divorcio en los países extranjeros*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; páginas 557-575.

Después de ciertas generalidades en torno al valor de las Sentencias extranjeras, cuya eficacia debe ser independiente de la cortesía internacional y de la reciprocidad, distingue en materia de divorcio la eficacia de una sentencia nacional (valor en un país de la sentencia del divorcio de dos extranjeros en su patria) y de una sentencia internacional (valor de una sentencia de divorcio, en Argentina, de dos argentinos divorciados en Uruguay, por ejemplo). Propugna la indiscutible validez de la primera en un país extranjero.

En cuanto a la segunda, afirma que frecuentemente el orden público se presenta como barrera infranqueable, y propugna una cierta generosidad y flexibilidad por parte de los países; es necesario "ceder" algo en los que se estiman postulados intocables. Conveniencia del exequatur y necesidad de asimilación de las legislaciones en cuanto al valor otorgado a la sentencia extranjera de divorcio.

6. Derecho de sucesiones.

ALPAÑES, Enrique: *La delegación de la facultad de mejorar*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año CI, núm. 3, marzo 1953; págs. 273-331.

La familia asturiana, aun viviendo bajo el régimen de Derecho civil común, tiene características jurídicas de matiz peculiar, que traducen su organización social y económica especial. No es extraño que la institución del artículo 831 del Código civil, aun cuando no ha tenido éxito de aplicación general cuadre perfectamente en el principado. El autor se propone en los límites del trabajo hacer un estudio completo de la delegación de la facultad de mejorar comenzando por el desarrollo histórico y los antecedentes que de modo inmediato y a través de los Derechos forales originaron el artículo 831 de nuestro Código. Después de una breve indagación sobre su fundamento y naturaleza jurídica dedica la mayor parte del trabajo a desenvolver los supuestos legales de aplicación, elementos personales y formales, contenido y eventuales aspectos que pueden incidir en su desarrollo. Discute la situación de la herencia mientras la facultad de mejora delegada no se efectúe, estudia brevemente la administración de esta herencia y el aspecto fiscal de la delegación.

JORCE LAJE, Eduardo: *El testamento por acto público otorgado en lengua extranjera*. La Ley (Buenos Aires). 27 febrero 1953, tomo 69, páginas 1-6; 28 febrero 1953, ídem, págs. 5-7.

Rápida visión de los distintos problemas que el supuesto plantea en función de los casos diversos que pueden presentarse en relación con el escribano, testigos, intérpretes, escritura y lectura del testamento. Especiales referencias a la Legislación argentina.

II. DERECHO HIPOTECARIO

BELMONTE, Guido: *Questioni in tema di trascrizione immobiliare nella più recente giurisprudenza.* Diritto e Giurisprudenza (Nápol.s). Año 68. Serie III. Año IX, núm. 2, marzo-abril 1953; págs. 81-93.

No obstante ser la transcripción una de las cuestiones que menos llegan a provocar jurisprudencia, en ocasiones ésta sienta orientaciones interesantes en torno a ella. El autor ofrece un esquema de los principales aspectos de la transcripción tocados por la Jurisprudencia durante 1950, 1951 y 1952: misión de la transcripción, conocimiento por el tercero del acto no transcrito, transcripción de negocio inválido, actos sujetos y no sujetos a transcripción, procedimiento, anotación, cancelación, etc.

BLÁZQUEZ MARCOS, Luis: *Sobre efectividad registral de lo dispuesto en el inciso 2.º, artículo 399 del Código civil.* Revista Crítica de Derecho inmobiliario. Año XXIX, núm. 299, abril 1953; págs. 291-293.

Se opone a la tesis de Salas Martínez y Roca Sastre, según la cual se extingue objetivamente la hipoteca constituida por un comunero sobre su cuota y procede su cancelación automática cuando en la división no se adjudican bienes inmuebles al comunero.

CONTRERAS, Cesáreo A.: *La ley de Registro de tierras en Santo Domingo.* Revista Crítica de Derecho inmobiliario. Año XXIX, núm. 298, marzo, núm. 299, abril 1953; págs. 192 a 222 y 263 a 290.

Antecedentes y régimen actual del registro dominicano: órganos del registro, funcionamiento, principios hipotecarios, especialmente comparados con el sistema registral español.

DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín: *La anotación preventiva de demanda como elemento de contradicción en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CI, núm. 2, febrero 1953; págs. 147-180.

Crítica de los argumentos que sostienen en parte de la doctrina hipotecaria que la anotación preventiva de demanda es una causa de contradicción que impide, suspende o entorpece el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para concluir la negación a la anotación de todo valor impeditivo del proceso de ejecución.

EHEVARRÍA LEUNDA, Jorge: *Transferecia de vehículos automotores*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 811-823.

El autor propugna la creación de un Registro Nacional Público de vehículos automotores completado con Registros departamentales. Tal Registro constataría la titularidad y transferencia sobre tan importantes cosas muebles y permitiría convertirlas en magnífico instrumento de crédito ("prenda sin tenencia o de registro"). Señala el estado de la Legislación uruguaya e italiana.

TRIAI SANCHO, JUAN: *Los principios hipotecarios y la legislación registral*. Revista Crítica de Derecho inmobiliario (Madrid). Año XXIX, número 297, febrero; núm. 298, marzo; núm. 299, abril 1953; páginas 81 a 113, 161 a 191 y 241 a 262.

De las dos partes en que se divide este estudio, la primera pone de relieve el valor de los principios hipotecarios y el reflejo de su sistemática en el ordenamiento registral entero. La inscripción, en el Derecho español, considerada en sí misma es siempre voluntaria; considerada en orden a conseguir determinados fines es, por el contrario, necesaria. Una excepción la constituye el régimen especial para los territorios del África Occidental española. La segunda parte está dedicada al estudio específico de la legislación registral con la problemática compleja que señalan sus diversas aplicaciones. La mecánica de la presunción legitimadora y de la titularidad aparente en orden a la disposición de los derechos inscritos. Crítica del Derecho vigente regulador de las menciones, de derechos reales susceptibles de inscripción especial y separada. Conexión en la teoría y en el Derecho vigente entre legitimación y titularidad en sus diversos tipos y posiciones en que puede hallarse el titular registral en los procedimientos registrales.

III DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *La noción jurídica del Fondo de Comercio (Estudio comparativo)*. Sociedades Anónimas (Montevideo). Año VII, número 78, noviembre 1952; págs. 483-503.

Señala los elementos integrantes del Fondo de Comercio (exclusión de los inmuebles) y en base a la Legislación francesa y argentina critica la postura que construye el Fondo como un objeto unitario en el tráfico jurídico. Se fija el autor en la clientela y en el derecho a ella, aludiendo después a la concepción del Fondo como organización (arriamiento) y haciendo la crítica de tal construcción. Con referencias a la idea de monopolio, destaca la autonomía jurídica del patrimonio correspondiente al Fondo y termina tratando de la transferencia de éste y del traspaso de los créditos y deudas comerciales.

PALA BERMEJO, Francisco: *El Derecho mercantil y los caracteres de nuestro tiempo*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año CI, núm. 1; págs. 16-26.

Demostración de que el Derecho comercial, como fenómeno de la cultura actual, participa de los rasgos típicos del espíritu de nuestro tiempo hasta afirmar que el Derecho mercantil es el sistema jurídico de nuestra civilización occidental.

2. Sociedades mercantiles.

ALYEA, Ethan D.: *El problema de la sociedad anónima subsidiaria en el Derecho continental y anglo-americano*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Volumen XV, núm. 43, enero-febrero 1953; págs. 7-18.

La adopción progresiva en el "Common-Law" de disposiciones del Derecho continental hace pensar en la figura de la sociedad anónima subsidiaria con un solo accionista, tema al que no se ha concedido la debida atención. En la ley española de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 se trata al problema con un sentido realista y se resuelve satisfactoriamente. La exégesis de las disposiciones de la ley muestra hasta qué punto constituye un progreso en el ámbito mercantil.

BIGLAVI, Walter: *La clausola di gradimento al trapasso di azioni*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VII, número 1, marzo 1953; págs. 1-52.

En los Estatutos de una Sociedad figura esta cláusula ("di gradimento"): "Las acciones son nominativas y no pueden ser cedidas por los socios sino mediante autorización del Consejo de Administración y, a petición, de la Asamblea general". El artículo 2.355, párrafo último, del Codice civile establece: "El acto constitutivo puede hacer depender de particulares condiciones la enajenación de las acciones nominativas." El objeto del trabajo es doble: 1) Ante la citada norma ¿es válida la cláusula "di gradimento"? 2) ¿Qué eficacia puede tener la negativa de "gradimento" en caso de venta judicial o ejecución forzosa? En cuanto al primer problema, después de indicar la invalidez de la cláusula totalmente prohibitiva de la enajenación, el autor contesta afirmativamente, señalando en qué argumentos puede fundarse tal solución y rechazando los superfluos. Más ardua es la segunda cuestión. Comienza Bigiavi indicando que en ocasiones la negativa de "gradimento" es justificada, y con esta idea enlaza la cuestión de determinar la eficacia de dicha negativa en caso de ejecución forzosa; examen de la doctrina y crítica. Propone esta solución: la negativa será eficaz o ineficaz con respecto a la venta judicial, según que haya de deducirse que la prohibición de enajenación es general o sólo para la venta voluntaria. Argumenta abundantemente, fijándose especialmente en el artículo 2.480 en relación con el 2.479 que, aun referente a s. r. l., entiende también aplicable a la Sociedad por acciones. Termina aludiendo a algunos otros problemas en relación con la cláusula "di gradimento": modificaciones estatutarias, órgano decisorio, eficacia real, etc.

CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto: *Cooperativas de crédito y entidades par-*

ticu ares de ahorro. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Vol. XIV, número 42, noviembre-diciembre 1952; págs. 319-326.

Trátase, en primer lugar, del verdadero concepto y significado de las auténticas cooperativas de crédito, para luego desenmascarar a las que el autor llama "pseudocooperativas", demostrando su fin de lucro como meta fundamental. Propónese una actuación conjunta de los ministerios de Hacienda y Trabajo para evitar y controlar estas formas difusas de la "cooperación".

DALSACE, A.: *Les délais légaux de tenue des assemblées générales des sociétés anonymes*. Revue trimestrelle de Droit commercial (París). Año 6, núm. 1, enero-marzo 1953; págs. 1-16.

Se razona a través de las disposiciones francesas que regulan la sociedad anónima las excesivas complicaciones y la incoherencia del sistema que preside los plazos de convocatoria de las asambleas generales conforme al objeto de sus deliberaciones y, por tanto, el absurdo de las sanciones consiguientes a su inobservancia.

FAIREN GUILLÉN, Víctor: *La suspensión del acuerdo social en el proceso del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Vol. XV, núm. 43, enero-febrero 1953; páginas 19-34.

Se trata de una medida cautelar, dotada de un procedimiento instrumental del declarativo sobre el fondo. Se examinan los requisitos de admisibilidad y las distintas fases procesales por que atraviesa.

MORA RODRÍGUEZ, Vicente: *Fundación de la sociedad anónima por una sola persona*. Sociedades Anónimas (Montevideo). Año VII, núm. 79, diciembre 1952; págs. 531-539.

El presente trabajo no es otra cosa que un informe en el que el Fiscal, señor Mora, defiende la posibilidad de que una Sociedad Anónima sea "fundada" o "iniciada" por una sola persona. El negarlo, dice, obedece a la variante confusión entre fundador o iniciador y socio accionista.

ROCA, Eduardo A.: *Bases para la constitución de una comandita por acciones del artículo 380 del Código de comercio*. La Ley (Buenos Aires), 28 de abril de 1953; págs. 1 y 2.

Inconvenientes y ventajas de esta forma de sociedad y régimen especial de su constitución y organización al existir menos de diez accionistas o ser el capital comanditario inferior al comanditado.

VALLEI DE GOYTISOLO, Juan: *La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales. Glosas en los artículos 53 y 55 de la Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Vol. XIV, núm. 42, noviembre-diciembre 1952; págs. 295-318.

El autor empieza ofreciendo indicaciones sobre la publicidad de la convocatoria antes y después de la Ley de S. A. Actualmente, alude a la cuestión el artículo 53 de la citada Ley: inscripción en el *Boletín Oficial* y un período de circulación en la provincia. Como en la realidad las S. A. en España suelen ser minoritarias, no siempre resulta justificada la elección de este sistema. Partiendo de que la "ratio legis" del artículo 53 es la protección al interés de los socios, estima válida la cláusula estatutaria que autorice la notificación directa y personal a cada accionista; el artículo 53 no es derecho necesario. Incluso, afirma con Girón Tena, vale tal procedimiento, aunque no haya cláusula estatutaria en tal sentido. A continuación se refiere a las Juntas universales, admitidas en el artículo 55, y a algunos de los problemas que la redacción del precepto plantea.

3. Obligaciones y contratos.

ALECRIM, Octavilio: *El contrato de seguro sobre la vida y la cláusula de subrogación*. Boletín del Instituto de Derecho comparado de México. Año 5, septiembre-diciembre 1952, núm. 15; págs. 33-42.

El Derecho brasileño, siguiendo la pauta general del Derecho comparado, no considera lícito el empleo de la cláusula subrogatoria del asegurador en lugar del asegurado para ejercitar la acción de indemnización contra el tercero responsable de los riesgos en el seguro de vida de las personas.

BALLESTEROS DE RODRIGO, -Santiago: *La intervención del agente med'ador en la letra de cambio*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Volumen XV, núm. 43, enero-febrero 1953; págs. 35-52.

La exclusividad de la fe pública mercantil de los agentes de Cambio y Bolsa y corredores de comercio, se manifiesta en su intervención en los negocios jurídicos derivados de la letra de cambio, cuyo alcance y efectos se examinan.

DACOSTA, Philomeno J.: *La cláusula CIF y una Ley modelo*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 825-837.

Después de estudiar la formación y el mecanismo de la venta CIF, indica el autor que a la cláusula simple se han ido añadiendo otras que han enturbiado su inicial sencillez. Ello aconseja uniformar estas cláusulas. Alude a las llamadas "Reglas de Varsovia y Oxford" de 1928-32.

EDER, Phanor J.: *Los poderes en el comercio internacional*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; pág. 795.

El otorgamiento de poderes para ser usados en países extranjeros frecuentemente está rodeado de trámites y requisitos innecesarios y realmente entorpecedores. El autor pasa revista a la situación actual y propugna una reducción de los requisitos necesarios para la eficacia internacional del poder.

FERNÁNDEZ GOYECHEA, Alberto: *Reglas de Viena sobre créditos bancarios*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 839-852.

Después de aludir a los riesgos que entrañan las ventas marítimas, indica la necesidad de colocar en igual situación a comprador y vendedor. Se idea para ello la venta mediante el llamado "crédito documentario", para cuyo funcionamiento uniformemente surgieron las Reglas de Viena, recientemente revisadas en Lisboa. El autor estudia estas Reglas.

GARCÍA, G. A. y otros: *Responsabilidad del transporte aéreo*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, números 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 893-907.

La Federación Argentina de Colegios de Abogados ofrece un informe acerca de los principios jurídicos sobre la responsabilidad por la seguridad de los pasajeros de aviones en los países donde el avión haga escalas intermedias al lugar de destino.

MEZZERA ALVAREZ, R. y PÉREZ PRINS, J.: *Seguros y Reaseguros aéreos*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 909-928.

Señaladas las características del seguro aéreo, se indican sus clases: a), seguro de aeronave; b), de cosas transportadas, y c), de responsabilidad civil del propietario, armador o explotante (frente a los pasajeros, tripulantes, cargadores, terceros, en caso de abordaje). Se hace, a continuación, referencia al Seguro obligatorio y a su extensión, para terminar aludiendo a la posible reglamentación internacional de estas cuestiones. Breve indicación sobre el reaseguro.

ORIONE, Francisco: *Nuevas tentativas para la unificación de la legislación cambiaria. Estado actual de los trabajos*. La Ley (Buenos Aires), 21 abril de 1953; págs. 1-4.

Defensa de la posibilidad de la unificación y examen de las tentativas unificadoras en América y Europa, principalmente de la orientación marcada por el Congreso Internacional de Derecho privado, celebrado en Roma en 1950.

SINAY, H.: *La situation juridique du donneur d'aval*. Revue trimestrielle de Droit commercial (París). Año 6, núm. 1, enero-marzo 1953; páginas 17-52.

Estudio histórico sistemático del *aval* a través de las relaciones jurídicas entre los sujetos que intervienen en esta operación cambiaria.

TOULEMON, André: *Le problème de la boule de neige d'après la jurisprudence*. Revue trimestrielle de Droit commercial (París). Año 6, número 1, enero-marzo 1953; págs. 53-64.

Exposición del sistema comercial de la venta en cadena, conocido en Francia por la gráfica denominación de "boule de neige" y su tratamiento civil y penal por la jurisprudencia.

4. Derecho marítimo y aeronáutico.

GROVE POTTER, L. DE: *La responsabilidad de los acarreadores marítimos*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 877-892.

Rápida visión de conjunto de las leyes de los Estados Unidos que limitan o eximen la responsabilidad de los acarreadores marítimos: Ley de marzo de 1851, Interpretación judicial de la misma; Ley Harter y Ley de 1936 sobre acarreo de mercaderías por mar. Se ofrece la génesis de cada una de estas Leyes y sus principales aspectos.

MONFORT BELENGUER: *La cláusula de sumisión expresa en los conocimientos de embarque*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Volumen XV, núm. 43, enero-febrero 1953; págs. 83 a 96.

A pesar de la generalización de la cláusula de sumisión al fuero del domicilio del naviero, la falta de firma del cargador en el conocimiento de embarque o la ausencia de facultades del capitán para concertarla en nombre del naviero, la hacen inoperante y debe regir entonces la competencia del Juez del lugar de cumplimiento del contrato, es decir, del punto de destino de la expedición.

5. Quiebras.

NADELMANN, Kurt H.: *El Derecho Internacional Privado norteamericano de la quiebra*. Revista de Derecho y Legislación (Caracas). Año XLI, números 498-499, noviembre-diciembre 1952; págs. 193-199.

A propósito de un caso suscitado, señala el autor que para resolver correctamente los asuntos en que incida la Legislación norteamericana sobre quiebras, es preciso saber: 1) No se conoce el procedimiento de "exequatur"

sobre sentencias extranjeras. 2) La Ley Federal de Quiebras de 1898 no regula los derechos eventuales de un síndico extranjero sobre bienes extranjeros sitos en Norteamérica. 3) Se permite la declaración de quiebra contra un deudor no domiciliado, pero con bienes, en U. S. A. 4) La quiebra produce sus efectos desde la demanda ante el Tribunal Federal. 5) La inembargabilidad de ciertos bienes se regula por la legislación de cada Estado. 6) Tanto si la quiebra se ha declarado en los Estados Unidos como en el extranjero, la Ley Federal regula la admisión de los créditos.

SOTILLO, J. A.: *A quién obliga el convenio en la suspensión de pagos*. Revista de Derecho mercantil (Madrid). Vol. XV, núm. 43, enero-febrero 1953; págs. 111-118.

No cabe duda que el convenio obliga al deudor; pero, en cuanto a los acreedores se refiere, pueden plantearse dudas, ya que no solamente se extiende a los que votaron el convenio, sino también a los votantes en contra, no concurrentes a la Junta, no llamados o no concurrentes al expediente. Se exceptúan los privilegiados del artículo 15 y los mal llamados acreedores de dominio del artículo 22 de la Ley de 1922.

IV. DERECHO NOTARIAL

ANGULO BOROBIO, Carmelo: *Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad*. Revista del Notariado (Buenos Aires). Año LV, núm. 606, noviembre-diciembre 1953; págs. 445-486.

Después de un detenido estudio sobre el concepto y elementos de la notoriedad, entra en el examen del valor jurídico de los actos de notoriedad, a través de sus características y efectos prácticos actuales y posibles en una extensión de sus aplicaciones que funda en que el concepto de acto de jurisdicción voluntaria no postula su adscripción a la función judicial.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

PRIETO CASTRO, Leonardo: *La Instrucción del Marqués de Gerona "para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid), 1953. Número conmemorativo del centenario; páginas 114-133.

De aparición casi coetánea a la de la revista, la "Instrucción del Marqués de Gerona", ha sido injustamente olvidada y poco estudiada. Su defecto fué la falta de técnica como obra de un Magistrado que tuvo ante sí tan sólo la preocupación de su experiencia en deficiencias que obstaculizaban la tramitación de los pleitos, la premura en elaborarla y la falta de previa dis-

cusión. No obstante, la Instrucción significa un esfuerzo noble que, aun cuando estuvo vigente escaso tiempo, dejó huella en la Ley procesal de 1855 y, a través de ella, en la actual. De la Instrucción se expone y comenta las ideas más salientes en la exposición de motivos y las disposiciones más interesantes a través de su articulado. Del ambiente que encontró en la vida jurídica, generalmente hostil, se ocupa la última parte del trabajo.

STEINWENTER, Arthur: *Il processo di Gesù*. Ius (Miano). Año III, fascículo IV, diciembre 1952; págs. 471-490.

Examen metodológico de las posibilidades bíblicas y problemas de interpretación y de crítica de textos que se suscitan al intentar recomponer desde un punto de vista histórico-jurídico el proceso de Jesucristo.

Los privilegios de los abogados a mediados del siglo XVIII. Abogados (Revista Profesional del Bufete) (Madrid). Año I, núm. 4, octubre 1952; págs. 330-333.

Curiosa enumeración de los privilegios y circunstancias de que gozaban y habían de reunir los Abogados en el siglo XVIII, realizada por el Letrado José Beni a petición del Colegio de Valencia.

2. Parte general.

ALBANELL MAC-COUL, Eduardo: *Estudio comparativo de los fallos judiciales*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril septiembre 1952; págs. 1129-1134.

Ofrécense unas consideraciones sobre la importancia de la Jurisprudencia y la necesidad de su conocimiento para obtener una visión plena y completa del Ordenamiento jurídico.

ECHEVARRÍA, Luis: *La "ayuda legal"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). Año CI, núm. 3, marzo 1953; págs. 332-341.

Como resumen de las discusiones y conclusiones del IV Congreso de la International Bar Association, se desenvuelven todas las posibilidades nacionales de la aplicación amplia de "ayuda legal", que no sólo supone el beneficio de pobreza para actuar en juicio, sino también la consulta gratuita, la defensa ante los organismos administrativos y la asistencia legal en todos sus aspectos a extranjeros y apátridas.

FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio: *De las incompatibilidades para ejercer la abogacía*. Abogados (Revista Profesional del Bufete) (Madrid). Año I, núm. 4, octubre 1952; págs. 281-306.

Constituye el presente trabajo un capítulo del libro del autor, próximo a aparecer, "La Abogacía en España y en el mundo". Después de referirse al concepto de incompatibilidad, como cosa distinta a la incapacidad, indica sus causas, fundamento y regulación legal en el Derecho español.

FORNS, José Juan: *Ética Profesional*. Abogados (Revista Profesional del Bufete) (Madrid). Año I, núm. 4, octubre 1952; págs. 307-317.

Examen de los puntos de vista que, en torno a la Ética Profesional, se concibieron en la IV Reunión Internacional de la "Bar Association" celebrada en Madrid en el pasado julio. Falta de acuerdo debido a la diversa forma de entenderse el concepto de Ética Profesional: 1) Para los anglosajones y franceses viene a ser el conocimiento práctico de los problemas de la profesión; 2) Para los latinos la moral profesional. Consideraciones en torno a uno y otro punto de vista.

LARGUIER, Jean: *La preuve d'un fait négatif*. Revue trimestrielle de Droit civil (París). Año 52, núm. 1, enero-marzo 1953; págs. 2 a 48.

La prueba de los hechos negativos ha adquirido importancia, sobre todo en algunos campos del Derecho, como el de la responsabilidad civil y la filiación. No puede afirmarse que, desde el punto de vista de la prueba, exista una oposición absoluta entre el hecho positivo y el negativo. Pero tampoco que el problema de la prueba de los hechos negativos no presente unas características originales a las que se consagra un detenido examen polarizando en dos puntos de vista a través de las cuales y a la luz de la ley y de la jurisprudencia francesas puede verse la derogación de los principios clásicos por los que la prueba se rige. El examen del primer punto de vista ha de ser detenido, por que la carga de la prueba de que trata no sufre en todos los casos un desplazamiento. Incluso sería peligroso afirmar que el desplazamiento es la regla general. Hay que analizar, por tanto, los casos, más o menos numerosos, pero esporádicos en que esto sucede. El segundo punto de vista—el del objeto de la prueba de hechos negativos—da lugar a enunciados más categóricos, tanto cuando la prueba del hecho negativo puede hacerse simplemente probando una afirmación positiva contraria, como cuando es necesario probar una proposición negativa indefinida; tanto cuando coexiste con una presunción legal como cuando la presunción está ausente.

OWEN, George H.: *La citación en el extranjero*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 577-590.

Aborda el autor un problema de Derecho Internacional Privado interamericano: La forma de colaborar en los Estados Unidos a la citación hecha por un Tribunal extranjero a una persona que se encuentra en su te-

rritorio. Después de una breve exposición de ciertos principios generales y peculiares de los Estados Unidos, hace referencia a dos situaciones concretas: Acción en Estados Unidos contra demandado en país latino americano y viceversa. Propugna la formación de reglas unitarias.

PELEGRÍN ROMÁN, Antonio, y otros: *Sobre el problema de la Abogacía*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Marzo-abril 1953; páginas 57 y 58.

Proponen determinadas soluciones en orden a la limitación del acceso al ejercicio profesional, a la formación del abogado y a la dignificación personal y corporativa de la Abogacía.

PONS, Juan Carlos y LAGARMILLA, Jorge: *Cláusulas atributivas de jurisdicción en el contrato de fletamento*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). Año III, núms. 2 y 3, abril-septiembre 1952; págs. 83-876.

Cada vez son más frecuentes las cláusulas en cuestión. Se discute su validez y eficacia. Los autores abordan su estudio refiriéndose a: 1) Función de estas cláusulas atributivas de jurisdicción, 2) Valor jurídico. 3) Orientaciones doctrinales y jurisprudenciales. Se distingue la cuestión de Jurisdicción de la de legislación y los autores propugnan la nulidad de las cláusulas que atribuyen jurisdicción a un Tribunal extranjero.

El trabajo reseñado se ha hecho a consecuencia de la celebración de una conferencia internacional sobre el tema.

VÁZQUEZ RICHARD, José: *Aportación sobre la pasantía*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Marzo-abril 1953; págs. 41 a 48.

Defensa de la pasantía como aprendizaje práctico y complementario en contacto con la realidad diaria del bufete y como modo de polarizar un espíritu de clase.

VÁZQUEZ RICHARD, José: *Exacción de honorarios y costas (Estudio sobre el artículo 12)*. Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, número 4, octubre-diciembre 1952; págs. 571-589.

El estudio y determinación de la naturaleza y esencia del Procedimiento regulado en los arts. 7, 8 y 12 de la L. E. C. es el objeto del presente trabajo. Siguiendo a Guasp, el autor parte de la base de que no se trata de una manifestación del Proceso monitorio. Alude a la doctrina de Prieto Castro y entiende, con Plaza y Guasp que la naturaleza del procedimiento en cuestión (art. 12) es la de un proceso de ejecución simple con fase de cognición limitada.

ZULUETA, Juan: *El beneficio de pobreza y la necesidad de su reforma*. Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 4, octubre-diciembre 1952; págs. 539-549.

Después de aludir a la estrechez de las normas de nuestro Derecho Procesal para conceder el calificativo de "pobre" a un litigante, propugna la implantación del sistema del art. 119 del Código del Protectorado de Marruecos (es pobre el que no puede sufragar un litigio "sin desatender de modo notorio las necesidades ordinarias de su propio sustento o el de su familia"). Ante el problema del abuso del beneficio de pobreza, con el consiguiente perjuicio para la parte "rica", estudia los modos propuestos para remediar dicho abuso: 1) Declaración previa de la viabilidad de la acción. 2) Concesión al otro litigante del beneficio de gratuidad. 3) Revocación del beneficio por abuso del mismo.

3. Procedimientos especiales.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Procedimiento para el exequatur de sentencias civiles en España*. Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán), 1953. Tomo 2, núm. 3; págs. 83-97.

Concepto, naturaleza jurídica, requisitos legales y tramitación del procedimiento por el que un órgano jurisdiccional, actuando una pretensión de parte interesada concede a una resolución extranjera la ejecutabilidad necesaria para que produzca los mismos efectos que una resolución nacional.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Procedimientos para el exequatur de sentencias civiles extranjeras en España*. Revista de Derecho Procesal (Madrid). Año VIII, núm. 4, octubre-diciembre 1952; págs. 551-569.

Ante la escasez de trabajos monográficos sobre el particular y la parquedad de la L. E. C., el autor ofrece una visión de conjunto y muy completa del Procedimiento para obtener en España la "ejecutabilidad" de una Sentencia Civil extranjera. Tras una Introducción, estudia los Requisitos del Procedimiento (subjetivos, objetivos y de la actividad) y la Tramitación (escrito de iniciación, presentación, dación en cuenta, examen por la Sala, admisión, actitud del interesado pasivo, informe fiscal y resolución).

CALVOSA, Carlo: *Alcune questioni in tema de esecuzione del sequestro giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milano). Año VII, núm. 1, marzo 1953; págs. 73-82.

Después de unas generalidades, el autor examina el art. 677 del C. p. c. y el alcance de su disposición. A continuación toca algunos problemas en torno al

secuestro judicial: persona encargada de la custodia de los bienes, supuesto en que se hallen en poder de un tercero, procedimiento, inscripción o no inscripción en Registros Públicos, etc.

PECES-BARBA DEL BRIO, Gregorio: *Normas procesales en la Justicia municipal. Elevación cuantitativa de los jueces municipales y comarcales.* Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Marzo-abril 1953; páginas 49 a 56.

Comentario al Decreto de 21 de noviembre de 1952 en relación con las demás disposiciones que versan sobre el mismo objeto y desarrollo de los principios fundamentales que inspiran sus normas procesales.

RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 6 DE FEBRERO DE 1953

Exceso de cabida

Adquirida en escritura pública y como cuerpo cierto una finca, de quien, a su vez, la compró en subasta resultante de procedimiento especial sumario, e inscrito el derecho del segundo adquirente, al ir a posesionarse de ella, encuentra dentro de su perímetro un enclave inscrito a favor de otra persona. Instado procedimiento civil reivindicatorio, obtiene sentencia favorable. Intentada la inscripción del testimonio de ésta, acompañado del plano técnico y acta de posesión judicial del inmueble y acta de inscripción de linderos, tal como el vencedor del juicio estima que resultan de la sentencia, el Registrador deniega la extensión del asiento por cuanto el fallo, respecto a la finca inscrita a favor del demandante, se limita a hacer efectivos los derechos derivados de otra inscripción ya existente, y, en cuanto a la inscrita a favor de la demandada, carece de los efectos cancelatorios que se alegan, ya que los Considerandos de la sentencia le niegan identidad con la del actor. Presentados nuevamente los citados documentos, en unión de otros, causó la siguiente calificación: "Demandada la inscripción del exceso de cabida, solicitada en la presente instancia... porque: 1. Ni en el documento fundamental presentado —la sentencia—, ni en el acta de posesión judicial subsiguiente, se hace constar la cabida de la finca reivindicada, sin que los otros documentos complementarios..., puedan servir para provocar el asiento ahora solicitado a tenor de los artículos 2.º y 205 de la Ley Hipotecaria y 12 y 298 de su Reglamento. 2. Del Contexto de la instancia, del acta notarial y del plano, se deduce que, precisamente, el exceso de cabida que se pretende inscribir constituye en el Registro la finca que la demandada tiene inscrita en posesión...; y, aunque este extremo es eludido, en la sentencia, al negar identidad "clara" a tal finca con parte de la reivindicada, su subsistencia en el Registro, el plano aportado y las manifestaciones de los interesados, abonan el supuesto de la contradicción, que no puede resolverse mientras tal asiento... siga en pie, en consonancia con los principios recogidos en los artículos 20 y 38, párrafos segundos, de la Ley Hipotecaria. Por las razones expuestas no procede tomar anotación preventiva."

Interpuesto recurso gubernativo, y confirmadas substancialmente las dos notas calificadoras por el auto presidencial, la Dirección General declara no inscribible el título presentado, en virtud de la siguiente doctrina:

A) *Los Registradores se hallan facultados para calificar los documentos judiciales, dentro de los límites del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, pero no pueden revisar los fundamentos de las resoluciones, porque, de hacerlo, invadirían funciones privativas de otros funcionarios.*

B) *Dado que la extensión de la finca adquirida se fija en ochenta carros, y que lo que posteriormente se intenta inscribir son doscientos*

diecinueve, es lo cierto que los documentos presentados no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 258 del vigente Reglamento Hipotecario para hacer constar el exceso de cabida, que parece ser la finalidad principal pretendida, y la sentencia y el acta que acredita su ejecución no contienen tampoco ningún dato relativo a la citada extensión de la finca.

C) Nada se opone a que la ejecutoria pueda inscribirse para corroborar y robustecer el derecho inscrito, cuando así se solicite por los interesados.

NOTA.—Vid. Resoluciones de 8 junio 1876, 9 mayo 1889, 20 marzo 1901, 30 noviembre 1910, 26 junio 1933, 8 febrero 1946, 25 mayo 1948 y 22 diciembre 1949.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Manuel GONZALEZ, Jerónimo LOPEZ, Manuel PEÑA
José A. PRIETO y Jaime SANCHEZ-BLANCO

DERECHO CIVIL

II. Derechos reales.

1. EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD SOCIAL: JUSTIPRECIO: BASES PARA DETERMINARLO: *Las señala el art. 5.º de la ley de 27-IV-1946, y a ellas hay que atenerse, sin que quepa alegar otras como la circunstancia de hallarse la finca arrendada, pues los años que restan de vigencia al arrendamiento no pueden influir en la depreciación de la finca.* [Sentencia Sala V, 27 abril 1952.]

2. COMUNIDAD DE BIENES: GESTIÓN POR UN COMUNERO EN INTERÉS DE LA COLECTIVIDAD: *Un comunero puede actuar en nombre de la comunidad, aunque no lo haga constar así expresamente en la demanda, ya que en tal caso hay que entender que pide para la comunidad.* [Sentencia 14 marzo 1953.]

A. Los dueños proindiviso de un local destinado a cinematógrafo lo arrendaron a uno de ellos, si bien se expresaba en el contrato que el local quedaba excluido del arrendamiento, abarcando éste tan sólo los enseres, máquinas, etc. Vencido el plazo del contrato, uno de los comuneros arrendadores entabló acción de desahucio contra el arrendatario, alegando tratarse de un arrendamiento de industria de los incluidos en el art. 4.º de la LAU, y no procediendo por ello la prórroga forzosa. El arrendatario se opuso y alegó: que el actor carecía de legitimación, por no actuar en nombre de la comunidad; que al existir entre las partes un vínculo distinto del mero arrendamiento, la cuestión excedía del ámbito de un juicio de desahucio; y que no se trataba de un arrendamiento de industria por estar excluido expresamente el local. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado, al recurrir en casación, alegó, además, que aunque se entendiera incluido el local, procedía la prórroga por aplicación del art. 6.º de la Ley citada. El T. S. declara no haber lugar al recurso, por los siguientes razonamientos:

“No se da la carencia de legitimación activa en el actor que le atribuye el motivo 5.º porque es indiscutible, como reconoce el mismo recurrente, que el comunero puede actuar en nombre de la comunidad, y así lo ha efectuado el actor en el juicio, aunque no lo haya hecho constar expresamente en la demanda, porque al solicitar en la súplica el desahucio del demandado del cine C, sin establecer distinciones, es indiscutible que pidió para la comunidad, ya que tal declaración tenía que hacerse forzosamente en favor de esa colectividad, no de uno de sus partícipes

con exclusión de los demás condueños, y tampoco puede estimarse que haya dejado la sentencia de hacer declaración sobre la falta de legitimación mencionada, en primer término porque no se ha propuesto tal excepción al oponerse a la demanda ni en las alegaciones ni en la súplica del demandado, y, además, porque al declararse expresa y claramente haber lugar a la demanda se entienden rechazados, según constante jurisprudencia, todas las excepciones y puntos de oposición alegados por el demandado" (Considerando 2.º). "Del hecho de la copropiedad del arrendador y arrendatario y de un tercero sobre la cosa arrendada no surge la complejidad de relaciones que haga imposible dilucidar en juicio de desahucio la terminación de la situación creada por el arrendamiento, cuando es ésta la única discutida, como ocurre en el caso actual, sin interferencia ni relación con otros derechos ni acumulación de otras acciones, sin duda sobre la verdadera condición de las partes ni cuestiones ambiguas u oscuras sobre incumplimiento de obligaciones más o menos claras, que son los casos en que la jurisprudencia invocada en el motivo 4.º del recurso declaró que no era adecuado el procedimiento de desahucio, ni hay tampoco dudas sobre la voluntad de los propietarios de ejercitar esta acción, por ser el que lo hace el titular de la mayoría de ese derecho, ni puede fundarse la inaplicabilidad de este procedimiento en que no fuera arrendado el local, pues esto no es exacto, como aparece del considerando siguiente, y esta cuestión, por constituir el objeto del desahucio y sobre lo que versa la relación arrendaticia, es discutible en este juicio, sin requerir que se dilucide en otro distinto, por lo que tampoco es de estimar ese motivo 4.º que plantea tales problemas" (Considerando 3.º). "No puede sostenerse que en el contrato de autos no estuviera comprendido el local, como hacen los motivos 1.º, 2.º y 3.º del recurso, pues aunque la cláusula 3.ª del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes dice que queda excluido de la cesión el edificio o local, no puede estimarse así, por estar en abierta e inexplicable contradicción con la cláusula 7.ª del mismo, que prohíbe al cedente explotar o ceder el local en que se ejerce esa industria más que en el caso de que el cesionario no dé exhibiciones cinematográficas en la primera quincena del mes, con las cláusulas 9.ª y 11.ª, que disponen que las reparaciones de aparatos, mobiliario, caldera de calefacción e instalación eléctrica y las inferiores a 500 ptas., en puertas, relojes y cañerías serán de cuenta del cesionario, y el inventario de los objetos de que éste se hace cargo, que enumera desde los aparatos de luz de la fachada del edificio, todo lo que hay en el foro, en el escenario, en la sala, oficinas y cabina con sus máquinas, muebles e instalaciones eléctricas y de calefacción, lo que no podrá el cesionario sacar del local, cuyos pactos y reseña no tendrían razón de ser si no estuviera comprendido en el arriendo el local a que todo ello está unido, y al determinar así la sentencia, por ser cuestión de interpretación del contrato, como reconoce el motivo 3.º del recurso, no puede ser impugnado en la forma que hacen los motivos 1.º y 2.º como errores de hecho y de derecho, por lo que también hay que rechazar estos tres motivos" (Considerando 4.º). "El motivo 6.º y también los párrafos respectivos de los

motivos 1.º y 2.º, sos tienen que la duración del arrendamiento de autos fué superior a dos años, como base para invocar el derecho de prórroga que llega a contradecir, con toda razón y justicia sin duda alguna, una tión no puede plantearse en el recurso por ser nueva en el pleito, pues tal derecho no se ha invocado como acción ni como excepción en los momentos procesales en que debe quedar fijada la cuestión litigiosa, según se hace constar en el apartado A) del considerando 1.º de esta sentencia, y no ha podido después alegarse en el recurso de apelación al amparo del aforismo "iure novit curia", porque lo que éste faculta es que el Juzgado aplique las normas jurídicas que estime pertinentes a las acciones y excepciones utilizadas por las partes, aunque éstas no aleguen tales normas, pero no, como pretende el recurrente, que el Tribunal estime ejercitado ese derecho de prórroga como excepción distinta de la opuesta, cuando lo que han alegado y opuesto las partes en el caso actual son hechos y derechos diferentes, por lo que tampoco son de estimar estos motivos" (Considerando 5.º).

B. OBSERVACIONES: Sólo queremos llamar la atención sobre dos puntos: 1.º La indudable trascendencia de la labor interpretativa verificada, que llega a contradecir, con toda razón y justicia sin duda alguna, una cláusula expresa del contrato; cláusula cuya calificación más adecuada sería tal vez la de simulada, posiblemente con el fin de obviar la prórroga forzosa, y en todo caso insostenible en relación con el total contenido del contrato. 2.º La posibilidad indudable del arrendamiento hecho a un conuero de la cosa arrendada, como fórmula viable para la utilización de la cosa común. Vid. a propósito de este problema la sentencia del T. S. de 1 diciembre 1951, y nuestro comentario a la misma, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, V-1, 1952, págs. 381 ss. (M. G.)

3. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: RETRACTO: PRECIO FICTICIO: CONSIGNACIÓN: *Debe ser consignado el precio real y no el ficticio que se expresó con el fin de dificultar el ejercicio del retracto.* [Sentencia Sala V, 28 noviembre 1952.]

III. Obligaciones.

1. COMPENSACIÓN: FUNGIBILIDAD DE LAS DEUDAS: *Para la compensación de deudas de cantidades de dinero no se requiere, como respecto de otras cosas fungibles, que las monedas sean de la misma especie.*

COMPENSACIÓN: LIQUIDEZ DE LAS DEUDAS: *Una deuda líquida no pierde su liquidez por el hecho de no estar determinados los intereses devengados por cada una de ellas, los cuales, si son debidos, y no están líquidos, caen fuera de la compensación, pero no la impiden ni la anulan.*

COMPENSACIÓN: EFECTOS: *La compensación extingue las deudas recíprocas hasta la cantidad concurrente "ipso jure" aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores.* [Sentencia 27 diciembre 1952.]

2. PROMESA DE VENTA: DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA PERFECTA: *Una de ellas es que el compromiso de venta requiere la voluntad de*

vender de los contratantes para la celebración del contrato prometido, acto personalísimo y que nadie puede reemplazar, lo que no ocurre para consumar el contrato de venta perfecto, puesto que ya quedó expresada su voluntad, y cuyo cumplimiento puede llevar a cabo el Juez. [Sentencia 13 febrero 1953.]

A. El laudo dictado por amigables componedores designados al efecto declaró que se hallaba en vigor un compromiso de venta, en cuya virtud don A. G. y sor M. S. M. estaban obligados a vender a don J. P. determinadas acciones, por lo que se les condenaba a formalizar la venta con intervención de Agente de Cambio, con entrega de las mismas acciones, del resguardo de su depósito o del instrumento necesario para hacerlo efectivo. Instada por don J. P. la ejecución del laudo, se accedió por providencia judicial a verificar los requerimientos oportunos para la formalización de la venta y para la entrega. Contra dicha providencia interpuso la parte contraria recurso de reposición, basándose, entre otras razones, en que sólo cabría exigir el otorgamiento de la venta, nunca la entrega, que sólo podía ser consecuencia de una compraventa ya realizada, y que, siendo la prestación del consentimiento un acto personalísimo, no puede ser reemplazado por nadie. Desestimado, en lo sustancial, el recurso en ambas instancias, el T. S. *casó* el auto recurrido, en base a los siguientes fundamentos:

“Por fundarse este recurso de casación en que la resolución recurrida, de ejecución de un laudo, ya firme, de amigables componedores, resuelve en contradicción con éste, hay que empezar por dejar bien sentado que ese laudo declara que se halla en vigor el contrato de compromiso arraticio de venta objeto del laudo, y que en su virtud están obligados don A. G. y sor M. S. M. a vender en forma legal y a entregar a don J. P. determinadas acciones, y en su consecuencia les condena a que en el término de quince días formalicen con intervención de Agentes de Cambio y Bolsa y mediante póliza o instrumento de venta de las acciones, de lo que aparece, sin necesidad de acudir a interpretaciones laboriosas, que en contra del carácter de contrato perfecto de venta que, como cuestión de Derecho, le atribuye el Tribunal *a quo*, el laudo califica tal contrato de compromiso de venta, porque así lo expresa claramente, y no podría ser de otro modo, pues si hubiera sido una venta civilmente perfeccionada lo que pretendieron celebrar los contratantes, ésta sería totalmente nula porque la propusieron y aceptaron por carta, sin otro documento sobre esto, y el Decreto número 119, de fecha 19 de septiembre de 1936 prohibió en su artículo 1.º, bajo pena de nulidad, la negociación o transmisión de valores industriales o mercantiles sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Notario, disposición que fué ratificada por el artículo 3.º de la Ley de 23 de febrero de 1940 y la Orden de 19 de junio de 1941” (Considerando 1.º). “De acuerdo con esto, el laudo en cuestión declara que los tenedores de las acciones están obligados al contrato prometido, con la necesidad de que en ese momento tengan y expresen los contratantes su voluntad de vender, y otorgar para esto su consentimiento en acto personalísimo y para el que nadie puede suplir esa voluntad, y además no puede plantearse, después de ser firme el laudo, si todos esos pronunciamientos fueron o no sometidos a los ami-

gables componedores" (Considerando 2.º). "El auto recurrido, al confirmar totalmente el apelado, dictado por el Juez, dispone que en cumplimiento del laudo se requiera a sor M. S. M. y al señor G. para que en término de quince días procedan a formalizar a favor del señor P. la venta de las acciones, bajo apercibimiento de que si no lo verifican en ese plazo otorgaría el Juzgado esa venta en su nombre, y que se abstuvieran de realizar acto alguno de dominio sobre dichas acciones, o de transmisión o gravamen de las mismas que no sea la venta al señor P., lo mismo que en el activo de la Sociedad E. A. V., S. A., antes de efectuar esa venta, y que asimismo se les comine para que entreguen al Juzgado, en término de segundo día, el resguardo de depósito de las indicadas acciones y que también se haga saber al Banco E. C. que retenga las respectivas acciones a resultas de las diligencias de ejecución del laudo, y que se abstenga de cancelar el depósito, para lo cual también solicita que se requiera al Gerente de la citada Sociedad E. A. V.; actos todos que no son propios de cumplimiento del compromiso de venta que aprecia y declara el laudo, sino de consumación de una venta ya perfeccionada, o sea de ejecución y cumplimiento de una voluntad de vender ya expresada, y como entre ambas figuras de contrato hay las diferencias que reiteradamente tiene definidas la Jurisprudencia, entre otras sentencias, las de 11 noviembre 1943, 28 marzo 1944 y 1 julio 1950, una de las cuales es que el compromiso de venta requiere la voluntad de vender de los contratantes para la celebración del contrato prometido, acto personalísimo y que nadie puede reemplazar, lo que no ocurre para consumir el contrato de venta perfecto, puesto que ya quedó expresada su voluntad, y cuyo cumplimiento puede llevar a cabo el Juez, como manda la Audiencia, para suplir la acción del obligado, pero éste no puede suplir la voluntad de obligarse en nuevo contrato, éste ya de venta, por lo que es evidente que el auto recurrido comete la infracción del artículo 1.695 de la LEC, acusada en el recurso, y procede declarar haber lugar a éste (Considerando 3.º).

B. OBSERVACIONES: La presente sentencia contempla un supuesto muy análogo al que sirvió de base a la de 1 julio 1950, es decir, el de un supuesto precontratante que se niega, abiertamente, a emitir una nueva declaración de voluntad. Pero la solución es precisamente la contraria a la que allí se dió, a pesar de que, como en aquella ocasión, el Tribunal Supremo trate de presentarla como continuación de su jurisprudencia anterior (sobre el significado de la citada sentencia de 1950, puede verse: F. de Castro, *La promesa de contrato*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-4, 1950, págs. 1133 ss., y González Enriquez, *Naturaleza y efectos de la promesa de venta*, en el mismo ANUARIO y volumen, páginas 1383 ss.). Allí, el T. S. dijo que la voluntad para el contrato definitivo iba insita en el precontrato, y que el Juez podía sustituir dicha voluntad. Aquí se nos dice que es precisa una nueva voluntad, no pudiendo el Juez suplirla. La razón de este nuevo giro del T. S. está tal vez en que, como dice la sentencia, si se hubiera estimado que el precontrato equivalía al contrato definitivo, éste hubiese sido nulo por falta de forma, con nulidad que debía el propio T. S. declarar de oficio por tratarse de un acto *contra legem*. La única forma de salvar la validez del negocio, favoreciendo con ello en último término a la parte recurrida, era

negar la asimilación entre precontrato y contrato, siendo preciso observar por otra parte que esta posición del T. S. lleva implícita la idea de que no es preciso observar, en el precontrato, la forma que esté prescrita para el contrato definitivo (contra, F. de Castro, loc. cit., págs. 1175-76).

Sin entrar, por la índole de esta nota, en consideraciones críticas acerca de la nueva solución, hemos de hacer notar, solamente, la conveniencia de que el T. S. consagrara un criterio uniforme para resolver los casos como el presente, evitando fluctuaciones que, aun que amparadas formalmente en una pretendida doctrina unitaria, implican, en el fondo, concepciones totalmente contradictorias acerca de la esencia y viabilidad jurídica del precontrato. (M. G.)

3. CONTRATO DE COMPROMISO: CALIFICACIÓN: MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DESPUÉS DEL LAUDO. [Sentencia 6 febrero 1953.]

El demandado había traspasado al demandante un local de negocio con otras cosas materiales e inmateriales; en cuanto al local, el contrato no tuvo efectividad por oponerse el dueño del local, acordando entonces ambas partes someter a un Letrado la determinación de la indemnización que el primero debía pagar al segundo; el Letrado la fijó en 65.000 pesetas, y, no habiendo sido satisfecha, se reclamó judicialmente su pago; en segunda instancia se ordenó al demandado a pagar 20.487 pesetas por estimarse que las circunstancias habían cambiado, al moderar el dueño las condiciones en que se mostraba dispuesto a arrendar de nuevo el local al demandante. El T. S. *casó* la sentencia, condenando al demandado a pagar las 65.000 pesetas, y declara:

"Argumenta el último motivo del recurso error de hecho en la apreciación de la prueba, por entender que el Letrado dirimente no tomó como base de la cuantía de la indemnización el hecho de que el propietario exigiese las 25.000 pesetas de prima y la renta de 1.500 pesetas mensuales, sino que fijó la cuantía a indemnizar en 65.000 pesetas, teniendo en cuenta que esa suma es la que el demandado había percibido por prima de traspaso no realizado, y, en efecto, esta aligación del recurrente es cierta sin duda alguna, como lo demuestra el propio dictamen del Letrado... por lo que procede la estimación del tercer motivo del recurso..." (Considerando 2.º). "Estimado el error de hecho referido, son claramente viables los restantes motivos 1.º y 2.º del recurso; porque si el Tribunal *a quo* reconoce la validez del convenio de sometimiento de los litigantes a la decisión del Letrado que designaron para la fijación de la cuantía que el cedente habría de abonar al cesionario por los perjuicios que a éste ocasionó el traspaso comprometido y no realizado, es indudable que, ya se trate de contrato de transacción, según lo califican la sentencia recurrida y el recurso, ya de transacción con pacto inserto de compromiso, ya, como más procedente en técnica jurídica, de puro contrato de compromiso que la Jurisprudencia viene admitiendo en casos similares al de aquí en que no se han observado las solemnidades procesales del juicio de arbitraje, se impone en Derecho el acatamiento a lo resuelto por el perito con la autoridad de cosa juzgada que sólo podría desvirtuarse, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.816 y 1.817 en relación con el 1.821 C. e., si hubiera mediado en el convenio de compromiso

error de hecho, dolo, violencia o falsedad de documentos, vicios que no han sido alegados, sin que, por otra parte, y a mayor abundamiento, pueda enervar la eficacia de lo resuelto por el compromisario la circunstancia sobrevenida de que el demandante, por gestión propia y exclusiva, haya conseguido el arrendamiento del local que ilegalmente le había traspasado la parte demandada, pues no sería justo que ésta se lucrara a cuenta del buen éxito de unas gestiones en las que no tuvo participación y fueron realizadas por el demandante después de fracasar las que el demandado había llevado a efecto antes de haber dictaminado el Letrado dirimente" (Considerando 3°).

4. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: REQUISITOS: *El concepto de industria, tal como es concebido por el artículo 4.º de la LAU, no coincide con el de empresa a efectos mercantiles y fiscales.*

No tiene trascendencia la circunstancia de si con anterioridad al arrendamiento la industria era ejercitada por otros arrendatarios y no por los arrendadores. [Sentencia 13 enero 1953.]

5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: REQUISITOS. [Sentencia 16 marzo 1953.]

Los hechos que se declaran probados en instancia y que se aceptan por el Tribunal Supremo son los siguientes: la propietaria de un edificio lo arrendó verbalmente en 1932 para industria de conservas de pescado, juntamente con parte de la maquinaria necesaria para la explotación del negocio; el arrendatario aportó por su lado parte de los elementos de la industria (No se desprende de la sentencia cuáles fueron éstos: en la oposición a la demanda, el referido arrendatario alegó haber adquirido en nombre propio el motor Diesel y otra maquinaria.)

En 1945 se celebró por escrito un nuevo contrato de arrendamiento, calificado de "industria", pactándose un plazo de duración de tres años y reconociendo el arrendatario que las maquinarias y utensilios de que se componía la fábrica eran de la exclusiva propiedad de los arrendadores.

Interpuesta demanda de desahucio al expirar el plazo del contrato, fué desestimada en instancia, y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, afirmando:

"Que el arrendamiento de industria o negocios ha sido definido por el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y según sus términos sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiera, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, y del contrato de arrendamiento celebrado en 1.º de enero de 1944, que es el que rige las relaciones entre las partes litigantes, así como de los demás hechos que se declaran probados por la sentencia recurrida, resulta que el objeto del arrendamiento lo constituyó, no un local con un conjunto de elementos inconexos, susceptibles de ser utilizados en la explotación de un negocio, sino un

todo organizado para la realización de una finalidad productiva y de la propiedad de los arrendadores, como se hace constar en el contrato, constituyendo una unidad patrimonial que no solamente era susceptible de ser inmediatamente explotada, lo cual hubiera bastado, conforme al citado texto legal, para ser calificado el contrato de arrendamiento de industria, sino que en la fecha de la celebración del contrato la fábrica arrendada se hallaba en estado de explotación y así la recibió el arrendatario, por lo cual la Sala sentenciadora, al estimar tal arrendamiento como de local de negocio y no de industria, interpreta erróneamente el citado artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procediendo por ello la estimación del recurso por el primero de sus motivos, lo que hace innecesario el examen de los restantes" (Considerando 2.º).

6. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ECONOMATO DE LA RENFE: *Los locales utilizados por la RENFE (entidad mercantil) para economato, son locales de negocio a los efectos de la LAU.* [Sentencia 24 marzo 1952.]

Declarando haber lugar al recurso, el T. S. afirma:

"El local arrendado por doña X. a la Renfe, entidad de carácter mercantil, y destinado por ésta a economato para suministrar, por el precio correspondiente, artículos de primera necesidad a cierta parte de su personal, es de negocio por razón de las operaciones de compraventa ejercidas habitualmente en dicho local con ánimo de proporcionar a dicho personal el beneficio de la diferencia entre los precios del economato y los del comercio general, actividad mercantil, y estar, al efecto, su establecimiento abierto al público formado por los empleados de la Renfe con derecho a adquirir los géneros suministrados por el economato, características, según el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para calificar el local arrendado como de negocio" (Considerando 1.º).

7. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR DERRIBO CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO DE DESALOJO: *Es nulo el requerimiento del propietario a los inquilinos para que desalojen el local, siempre que en la fecha de desalojo en él fijada continúe vigente el contrato de arrendamiento.*

No subsana esta nulidad la presentación de la demanda después de haber vencido el plazo de vigencia del contrato. [Sentencia 23 enero 1953.]

Dando lugar al recurso, el T. S. declara:

"En cuanto a los motivos segundo y tercero del recurso, en los que fundamentalmente se alega la infracción de los artículos 76, causa 2.ª, y 102, especialmente de la letra b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de la jurisprudencia que se invoca, por haberse realizado el requerimiento del propietario al inquilino para desalojar la finca dentro de la vigencia del contrato (éste expiraba en 15 de marzo de 1951 y el requerimiento se hizo en enero de 1950 y para un plazo anterior a la expiración de dicha vigencia, para enero de 1951), es indudable, por el contrario, la procedencia de su estimación, ya que conforme al tenor lito-

ral del primero de dichos artículos, "transcurrido el plazo por el que hubiese sido pactado el contrato, podrá el arrendador negar la prórroga legal", y que el requerimiento para el desalojo deberá hacerse "con un año de antelación, por lo menos, a la fecha en que haya de empezarse la demolición", y como aquí dicho requerimiento se verificó vigente el plazo contractual y para un plazo en que éste regía todavía, es vista su radical nulidad, y por ello estos defectos no pueden entenderse subsanados con la presentación de la demanda después de haber vencido el plazo de vigencia del contrato, como también se hizo en este caso, procediendo por ello la estimación del recurso y la absolución del demandado" (Considerando 4.º).

8. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: PLAZO DE PREAVISO: *La disposición transitoria 10.ª de la LAU, que amplía el plazo de preaviso del artículo 82, es solamente aplicable cuando el propietario que se opone a la prórroga haya adquirido la vivienda en virtud de compraventa. Dicha disposición no se extiende por analogía a los casos de herencia y donación.*

APRECIACIÓN DE LA NECESIDAD: *La necesidad del arrendador es una cuestión de hecho, que corresponde apreciar al Tribunal de instancia.* [Sentencia 10 julio 1952.]

La Audiencia Territorial estimó la demanda de la propietaria de una vivienda, que se oponía a la prórroga del arrendamiento por la causa primera de excepción. Como dicha vivienda había sido adquirida por la propietaria en virtud de donación, el demandado recurre alegando que la disposición transitoria 10.ª imponía un plazo de preaviso de dos años (ya que la adquisición se había verificado en 1947).

El T. S. no da lugar al recurso, estableciendo la siguiente doctrina:

"En el motivo segundo se aduce la infracción de la Disposición transitoria décima en relación con los artículos 89 y 82, sobre la base de que aquella norma es aplicable no sólo a la compraventa, sino a cualquier título de adquisición, por cuanto el párrafo primero de la misma no distingue, y porque, aunque el segundo hace referencia a la fecha de la escritura pública de venta, debe estimarse aplicable el anterior, en virtud del aludido principio de derecho y del de analogía contenido en el artículo 13 de la citada Ley; pero tales razonamientos carecen de solidez si se tiene en cuenta: que el artículo 82 es de aplicación general, por lo estatuido en el artículo 89, en lo relativo al plazo de preaviso, con la sola excepción establecida en la disposición transitoria décima, que lo amplía, para los supuestos de compraventa, no sólo porque así se infiere del texto literal de dicha norma, sino también porque si la excepción abarcase a las adquisiciones efectuadas, por cualquier título, antes de febrero de 1944 y las posteriores al 31 de enero del propio año, el artículo 82, en cuanto al plazo de preaviso, carecería en absoluto de aplicación; y porque, además, del examen comparativo de los tres preceptos citados cabe deducir que el pensamiento del legislador fué ampliar los plazos

de preaviso tan sólo en los supuestos de compraventa, por ser éste el modo de adquirir que se presta más fácilmente que el de sucesión o donación a privar a los arrendatarios de los derechos inherentes a la prórroga del arrendamiento; y siendo ello así, como el plazo de preaviso en el presente caso fué de dieciocho meses y el artículo 82 sólo exige que se haga con un año de antelación a la fecha en que se desee ocupar la vivienda, cuyo deseo hay que estimar implícitamente querido al finalizar el preaviso, éste no puede juzgarse ineficaz; tanto más, cuanto que no variaron, después de efectuado, las circunstancias determinantes de la necesidad, por lo que procede, asimismo, desestimar este motivo" (Considerando 3.º).

9. ARRENDAMIENTO URBANO: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: IRRETROACTIVIDAD: *Las disposiciones de la LAU sobre la excepción a la prórroga del arrendamiento carecen de efecto retroactivo.*

APRECIACIÓN DE LA NECESIDAD: *La necesidad del arrendador es una cuestión de hecho que ha de impugnarse al amparo de la causa 4.ª del art. 173 de la LAU, demostrando mediante la prueba documental o pericial obrante en autos el manifiesto error en que la Sala sentenciadora haya incurrido.* [Sentencia 2 junio 1952.]

Según el considerando único, las causas de excepción a la prórroga son causas de resolución del arrendamiento urbano, conforme al artículo 149, 10.ª, de la Ley, y como dicho artículo carece de efecto retroactivo, por lo prevenido en la disposición transitoria 13, de aquí se deduce la irretroactividad del art. 92 de la LAU.

OBSERVACIONES: Sobre la necesidad del arrendador como cuestión de hecho, véase en este mismo número del ANUARIO la S. de 10 julio 1952.

10. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: ARRENDATARIO QUE EJERCE PROFESIÓN OBJETO DE TRIBUTACIÓN: *Para que el apartado final del art. 79 de la LAU proteja a los arrendatarios que ejercen una profesión u oficio objeto de tributación, es condición necesaria que tengan su hogar familiar en la vivienda antes de ser advertidos de los propósitos del actor de ocupar el local.* [Sentencia 16 octubre 1952.]

Desestimado el recurso contra la sentencia de instancia, que declaraba haber lugar a la excepción de la prórroga, el T. S. afirma:

"Para que el apartado final del artículo 79 de la LAU proteja a los profesionales u oficiales a que el mismo se refiere, se precisa vivir y ejercer en las viviendas arrendadas profesión u oficio objeto de tributación, con la oportunidad y permanencia que se inferen del espíritu de la Ley, para evitar los consiguientes perjuicios que, de otro modo, pudieran derivarse para los demás inquilinos y para el propio arrendador; y en el presente caso el fallo recurrido aprecia que el piso litigioso, desde

la fecha del arriendo y durante varios años, estuvo dedicado a consultorio médico y no sirvió de hogar familiar hasta fecha muy próxima a la notificación prevenida en el artículo 82, y con el designio de d-tener la demanda, advertido el demandado de los propósitos del actor por los requerimientos amistosos que precedieron a aquélla..." (Considerando 3.º).

11. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: CARÁCTER TAXATIVO DE SUS CAUSAS: *Las causas de resolución del art. 149 de la LAU no pueden ampliarse por analogía ni aplicando como supletorias otras disposiciones legales.* [Sentencia 8 abril 1952.]

En 1931, el propietario de un inmueble arrendó los bajos del mismo para vivienda e industria de verduras y frutas, estipulándose en la cláusula 4.ª del contrato que el arrendatario no podía destinar el local a uso distinto del consignado. Vendido el inmueble en 1945, el adquirente —después de otro proceso infructuoso— pide el desahucio por haberse alterado el destino del local, al utilizarse éste para depósito de carros de mano y para almacén de puestos ambulantes de un mercado próximo. Desestimada la demanda en ambas instancias, el propietario recurre en casación.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, formulando la siguiente doctrina:

"Las condiciones del contrato de arrendamiento existente entre las partes litigantes, testimoniadas en autos, que son las que cita el demandante como infringidas por los arrendatarios, no contienen estipulación alguna que determine la aplicación de lo dispuesto en esta materia en el Código civil, por lo que la demanda de desahucio entablada por don J. F. D., tiene que ser resuelta con arreglo a las normas establecidas en la Ley especial de Arrendamientos Urbanos" (Considerando 1.º).

"Al no estar comprendida la causa que se invoca en este juicio para el desahucio entre las de resolución de estos contratos que se consignan en el artículo 149 de esa ordenación legal, cuyas causas no pueden ampliarse por analogía ni aplicando como supletorias otras disposiciones legales, dado el carácter limitativo que tienen las enumeradas en ese artículo, como expresamente se dice en el párrafo 22 del preámbulo de dicha Ley, es indudable, y así debe declararse, que el Tribunal a quo ha interpretado debidamente las disposiciones legales que rigen esta clase de desahucios al desestimar las pretensiones del demandante." (Considerando 2.º).

"Es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras sentencias, en la de 31 de marzo de 1926, en la que ya se citan muchas anteriores, que sólo se falta por el arrendatario a la obligación contraída de destinar la cosa al uso pactado, cuando deja de utilizarla en el convenido y se sirve de ella por completo para otro distinto, en términos que desvirtúan o contrarían su propia naturaleza, o si con algún aprovechamiento además del pactado se le hace desmerecer, ocasionando daños a lo arrendado; no siendo esto lo ocurrido en el contrato de que se trata, pues expresándose en su condición décima que se dedicará la tienda objeto

del mismo a la industria de frutas, verduras y a vivienda, el cambio de uso realizado destinándola a depósito de carros con verduras, frutas y otras mercancías, dada la relación que guardan entre sí unas y otras actividades y conforme a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, no implica un aprovechamiento contrario al convenido; y que así debió entenderlo la parte recurrente lo revela el hecho de que en el anterior juicio de desahucio que ha seguido contra los mismos demandados y que terminó por sentencia de 23 de enero de 1950 absolviéndoles de la demanda, alegó dos causas para el lanzamiento, entre ellas, y como primera y principal, que necesitaba el local para ejercer su propia industria, sin hacer ningún pedimento en relación con el cambio del uso pactado; deduciéndose de todo lo dicho que aun en el supuesto de que se entendiera aplicable a la presente litis como norma supletoria de la legislación especial de alquiler de fincas urbanas lo dispuesto en el número segundo del artículo 1.555 del Código civil en relación con los números tercero y cuarto del 1.569 del mismo cuerpo legal, siempre resultaría que el cambio de destino de la cosa arrendada realizado por los demandados no implica el incumplimiento del contrato estipulado con la parte actora, y, en su consecuencia, no han sido infringidos por el Tribunal de instancia los citados artículos del Código civil al no aplicarlos en su sentencia, por lo que de igual modo procedería desestimar el único motivo del recurso, que se funda en esa supuesta infracción" (Considerando 3.º).

12. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: POR ALTERACIÓN EN LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE: *En la nueva LAU no es preciso para que proceda la resolución que las obras que modifican la configuración del inmueble hagan desmerecer a éste.*

La apreciación de si unas obras modifican o no la configuración de una finca es punto que por su naturaleza, y salvo casos de patente equivocación, queda sujeto a la apreciación del juzgador de instancia [Sentencia 29 diciembre 1952.]

13. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR USO INMORAL: *Si la sanción de clausura de una casa de huéspedes impuesta por la Dirección General de Seguridad por razones de moralidad continúa durante la vigencia de la actual LAU, es procedente la aplicación de dicho cuerpo legal a los hechos originarios de la sanción. [Sentencia 14 noviembre 1952.]*

Los copropietarios de un inmueble instan la resolución del contrato de arrendamiento de uno de los pisos del mismo, al amparo del núm. 7.º del art. 149 de la LAU. En primera instancia y en apelación se decreta la resolución solicitada, por haberse dedicado la encargada de la casa de huéspedes instalada por el arrendatario en el local a un tráfico inmoral de habitaciones, que determinó la clausura por la Dirección de Seguridad de todas las habitaciones de la casa no ocupadas por la referida encargada. En recurso de injusticia notoria, el arrendatario alega que la clausura de la casa de huéspedes se realizó en mayo de 1946, continuando sin interrupción hasta la fecha del proceso, y que por ello es notoria

la inaplicabilidad del art. 149 de la LAU, el cual carece de efectos retroactivos.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, estableciendo en su primer considerando "que en la comunicación de la Dirección General de Seguridad fecha 7 de marzo de 1949 se dice que doña X, encargada por el arrendatario del hotel o pensión instalado en los pisos arrendados, "ha sido sancionada en 5 de marzo de 1946 con la clausura de dichos cuartos por su pertinaz desobediencia y dedicarlos al tráfico ilícito", lo que claramente indica que en la fecha de la comunicación, posterior a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, subsistía, como reconoce el recurrente, la sanción de clausura impuesta por tráfico inmoral, por lo que la sentencia recurrida aplicó la citada Ley a los hechos originarios de la sanción, sin incurrir en las infracciones acusadas como primera causa del recurso, improcedente, en consecuencia, por la misma."

14. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: PRÓRROGA DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA: ART. 1,566 C. C.: *Dicho precepto no se aplica a los arrendamientos regidos por la legislación especial, que establece causas de prórroga sujetas a peculiares formalidades.* [Sentencia Sala V, 26 febrero 1953.]

15. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO RÚSTICO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: CONVERSIÓN A NUMERARIO DE LA RENTA EN TRIGO: *Según el art. 3.º de la ley de 23-VII-1942, la conversión se hará a razón del precio de tasa oficial vigente en el día en que la renta deba pagarse, aunque dicha tasa haya variado durante el lapso de tiempo del arrendamiento a que se contrae el pago, y por ello debe entenderse mal hecha la consignación que atiende para fijar la cantidad a los diversos precios de tasa vigentes durante el plazo, produciendo así la consignación de una cantidad insuficiente.* [Sentencia Sala V, 18 febrero 1953.]

16. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: CONTINUACIÓN DE LA RELACIÓN ARRENDATICA POR LOS FAMILIARES DEL ARRENDATARIO FALLECIDO: *El art. 18 de la ley de 15-III-1935 no concede tal derecho en comunidad a todos los parientes que cita, sino que establece prelación entre ellos por el orden en que aparecen designados, y con carácter excluyente de los parientes posteriores por los anteriores en grado, que determina la preferencia en la sucesión del cónyuge viudo, y a falta de éste de los sucesivos parientes por grados, con obligación, en el caso de que los llamados dentro de un mismo grado sean varios, de nombrar un cabezalero, para evitar la división del arrendamiento, prohibida por el mismo precepto.* [Sentencia Sala V, febrero 1953.]

17. APARCERÍA: CAUSAS DE DESAHUCIO: CESIÓN POR EL APARCERO DE PARTE DE LA FINCA CON AUTORIZACIÓN DEL CONCEDENTE: *Aun en el supuesto de que la cesión sea autorizada, constituye causa de desahucio en cuanto que está prohibida por la ley.* [Sentencia Sala V, 9 diciembre 1952.]

18. TRANSFORMACIÓN DE LA APARCERÍA EN ARRENDAMIENTO: TIEMPO DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN: *Tiene que ser ejercitada durante la vigencia de la relación de aparcería, y no procede, por tanto, cuando se hace una vez terminada ésta, pero antes de la fecha que se había fijado por las partes para la entrega definitiva de las fincas.* [Sentencia Sala V, 5 febrero 1953.]

DERECHO MERCANTIL.

1. CARÁCTER JURÍDICO DE LA RENFE: ENTIDAD MERCANTIL: V. Sentencia 24 marzo 1952. D. C., III, 6.

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *A los efectos de resolver la competencia suscitada, se considera como tal el domicilio comercial del comprador cuando el primer envío realizado en cumplimiento del contrato se hizo a dicho lugar por cuenta y riesgo del vendedor, sin que nada signifique en contra de esto que otras remesas posteriores se hayan realizado a porte debido, porue los primitivos actos de reconocimiento del lugar de entrega hechos por el vendedor no quedan desvirtuados por otros posteriores debidos a su exclusiva voluntad unilateral, ni tampoco denota cuál sea el lugar del pago el que el comprador haya remitido el precio a la cuenta corriente del vendedor en la residencia de éste, cuando, como en el presente caso, se hizo para que constara con más seguridad y no se había pactado tal forma de pago, antes al contrario, el mismo vendedor había encargado a su representante legal en la localidad en que el comprador tiene su domicilio que cobrara el importe de la mercancía vendida.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *La presunción de que las ventas mercantiles se cumplen en el establecimiento del vendedor no es aplicable cuando consta que fué otro el lugar de cumplimiento del contrato.* [Sentencia 24 enero 1953.]

3. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *A efectos de competencia, se presume que las mercancías han sido entregadas en el domicilio del vendedor, cuando son remitidas al comprador por cuenta y riesgo de este último.* [Sentencias 11 junio 1952 y 11 diciembre 1952.]

4. COMPRAVENTA MERCANTIL: PRESUNCIÓN DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA EN EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL DEL VENDEDOR: *Dicha presunción es "àris tantum", y no tiene aplicación en el supuesto de que haya prueba de lo contrario, aunque no sea más que en principio.* [Sentencia 1 julio 1952.]

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *El libramiento de letras de cambio realizado con la finalidad exclusiva de facilitar el pago del precio de una compraventa mercantil no altera, a efectos de competencia, el lugar en que, conforme al contrato, debería verificarse el pago que se reclama.* [Sentencias 25 junio 1952 y 11 diciembre 1952.]

DERECHO PROCESAL

1. Parte general.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Constituyen un principio de prueba, a efectos de resolver la competencia, los documentos presentados por una de las partes que aparecen firmados por la parte contraria o que no han sido impugnados por ella.* [Sentencia 27 enero 1953.]

2. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Lo son, a los efectos de resolver la competencia, las facturas extendidas en papel timbrado del demandado y que éste, aunque no las firmara, no ha impugnado al promoverse la competencia.* [Sentencia 24 enero 1953.]

3. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Constituyen un principio de prueba para resolver la competencia las facturas presentadas por el demandante y citadas por el demandado como pruebas para justificar algunas de sus manifestaciones.* [Sentencia 11 diciembre 1952.]

4. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA: *La cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de determinado lugar, establecida en un contrato de préstamo pignoraticio, es plenamente eficaz para determinar la competencia del juzgado que ha de entender de la acción personal que asiste al prestatario para reclamar el sobrante del precio de venta de la cosa pignorada, después de satisfecho el préstamo, intereses y demás responsabilidades garantizadas, sin que sea obstáculo para ello la quiebra del prestatario, porque dicha reclamación no constituye una cuestión incidental de las que serán regladas y se tramitan en los juicios de quiebra, y, por otra parte, aquella cláusula relativa a la sumisión expresa obliga a los síndicos de la quiebra, que representan legalmente no sólo a la masa de acreedores, sino también al mismo quebrado.* [Sentencia 27 junio 1952.]

5. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN TÁCITA: *La sumisión tácita a la competencia de un juzgado ante el que se contesta a la demanda y se interviene en todas las sucesivas actuaciones del juicio, no puede desvirtuarse por la circunstancia de que antes de personarse en dicho juzgado el demandado hubiera promovido la cuestión de competencia por inhibitoria en otro juzgado distinto* [Sentencia 27 enero 1953.]

6. COMPETENCIA TERRITORIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL FUERO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *Cuando fuere procedente determinar el fuero por aplicación del principio del lugar de cumplimiento de la obligación, pero el Juez de dicho lugar no fuere contendiente en la cuestión de competencia, procede elegir el del domicilio del demandado, según sentencias 7 octubre 1949 y 12 enero 1950.* [Sentencia 1 julio 1952.]

7. COMPETENCIA TERRITORIAL: DOMICILIO DEL DEMANDADO: RELEVANCIA DEL DOMICILIO MERCANTIL: *No habiendo mediado entre los litigantes más relaciones que las comerciales, el domicilio que debe tenerse en cuenta es el comercial, sin que importe nada, a los efectos de esta competencia, cuál sea el lugar donde tiene su domicilio privado el demandado.* [Sentencia 13 enero 1953.]

8. COMPETENCIA TERRITORIAL: NEGADA LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA: *Faltando la prueba en principio de la existencia de la obligación reclamada, que el demandado niega, se ha de atribuir el conocimiento del asunto al Juez del lugar donde el demandado tiene su establecimiento y domicilio.* [Sentencia 27 enero 1953.]

9. COMPETENCIA TERRITORIAL: NULIDAD DE CONTRATO: *El Juez competente para conocer de lo relativo al cumplimiento de un contrato en lo principal, lo es también para entender en lo que se refiere a sus diversas incidencias o modalidades y, por tanto, en lo que se refiere a la demanda sobre nulidad de dicho contrato.* [Sentencia 18 febrero 1953.]

10. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *El Juez competente para conocer de las acciones derivadas de un contrato, lo es también para todas sus incidencias, incluso su incumplimiento.* [Sentencia 24 enero 1953.]

11. COMPETENCIA TERRITORIAL: EMBARGO PREVENTIVO: *Habiendo pasado el embargo preventivo a constituir un incidente del juicio entablado para reclamar el cumplimiento de una obligación, el Juez competente para conocer en lo relativo a dicho cumplimiento, lo es también para entender en lo referente al embargo preventivo trabado para asegurar el repetido cumplimiento.* [Sentencia 11 junio 1952.]

12. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REPRESENTACIÓN LEGAL: *Conformes los Jueces contendientes y los litigantes en que corresponde a los Tribunales españoles el conocimiento de la demanda promovida por acción personal contra la representación legal de una entidad que no tiene domicilio en España, pero sí agentes en distintas poblaciones españolas, la competencia debe resolverse en favor del Juez de la localidad en que radique la representación central o principal de la entidad demandada, sobre todo si en la misma población se celebró el contrato.* [Sentencia 10 febrero 1953.]

13. LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No se da falta de personalidad en quien demanda en su propio nombre, ni puede estimarse como tal la insuficiencia de los títulos en que el actor apoye su demanda, lo cual afecta tan sólo a la existencia de la acción ejercitada, que es cuestión de fondo.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No puede alegarse falta de personalidad contra quien aparece en el Registro de la Propiedad como titular del derecho que*

reclama en el juicio, mientras no se destruya, en virtud de prueba en contrario, la presunción que a todos los efectos establece, en favor del titular inscrito, el artículo 38 L.H. [Sentencia 14 febrero 1953.]

14. PRUEBA PERICIAL: FORMA DE PRACTICARLA: *El dictamen de un ingeniero, con cuya prueba no se trata de acreditar la existencia de un hecho realizado anteriormente, sino de hacer constar en autos, para mayor ilustración de los juzgadores, la opinión de un técnico sobre determinados extremos, constituye una prueba pericial, sin que pueda alterar su naturaleza la circunstancia de que el recurrente solicitara que dicho informe se diera en forma de certificado y sin que, por consiguiente, pueda practicarse en forma documental, como propuso el recurrente, sino con los requisitos adecuados a su clase, establecidos en el párrafo quinto, sección quinta del Capítulo 2.º del Título II del Libro segundo de la LEC. [Sentencia 31 enero 1953.]*

15. PRINCIPIO "IURA NOVIT CURIA": SENTIDO Y ALCANCE: *Este principio faculta al Juez para que aplique las normas jurídicas que estime pertinentes a las acciones y excepciones utilizadas por las partes, aunque éstas no aleguen tales normas, pero no para que estime ejercitada una excepción distinta de la opuesta. [Sentencia 14 marzo 1953.]*

Véase D. C., II, 2.

16. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Al declararse expresa y claramente haber lugar a la demanda, se entienden rechazados, según constante jurisprudencia, todas las excepciones y puntos de oposición alegados por el demandado. [Sentencia 14 marzo 1953.]*

Véase D. C., II, 2.

17. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS: MOMENTO PROCESAL ADECUADO: *Constituye constante jurisprudencia que no puede dejarse para la ejecución de la sentencia la investigación de la realidad de los mismos, sino sólo su cuantía. [Sentencia 7 junio 1952.]*

18. BENEFICIO DE POBREZA: *No pueden utilizarlo los miembros de una Cooperativa para reivindicar bienes pertenecientes a ésta. [Sentencia 12 marzo 1953.]*

El demandado, dueño a la sazón de determinadas industrias, las cedió por escritura pública a sus dependientes. Posteriormente, todos los cesionarios, entre los que se encontraban los hoy demandantes, se organizaron colectivamente formando una Cooperativa mercantil. Los demandantes reclamaban en la demanda su correspondiente participación en las industrias que fueron cedidas por el demandado a sus antiguos dependientes, y habiendo solicitado el beneficio de pobreza les fué denegado en primera y segunda instancia.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 20 LEC, el T. S. declara *no haber lugar al recurso,*

considerando que los cesionarios de las industrias de que se trata "... al organizarse colectivamente y constituir la Cooperativa mercantil aludida se desposeyeron voluntariamente de su respectivo derecho individual, traspasándolo a la nueva entidad cooperativa formada, y, por tanto, los actores no tienen acción directa para ejercitar la reivindicación a que antes se alude frente a los antiguos dueños, la cual, en su caso, habría de corresponder a la Cooperativa, razón por la que debe estimarse que la que pretenden ejercitar los actores no es la reivindicación de un derecho propio, aunque se diga que es el relativo a su alícuota participación en la industria tantas veces citada que, como antes se dice, aportaron voluntariamente a la Cooperativa, sino un derecho ajeno que afecta a dicha entidad y... sin que haya sido vulnerada tampoco la doctrina jurisprudencial que se cita referente a casos de condominio, la cual sería aplicable si los actores litigasen con la Cooperativa en la que, en efecto, son condóminos..." (Considerando 2.º).

19. BENEFICIO DE POBREZA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: *Es inadmisibile la demanda solicitando el beneficio de pobreza si en ella no se concreta la edad del solicitante ni se indica el domicilio o domicilios del peticionario en los cinco años anteriores a la petición.* [Sentencia 17 enero 1953.]

II. Procesos en especial.

1. JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS: *Del hecho de la copropiedad del arrendador y arrendatario y un tercero sobre la cosa arrendada no surge la complejidad de relaciones que haga imposible dilucidar en juicio de desahucio la terminación de la situación creada por el arrendamiento, cuando es ésta la única discutida.* [Sentencia 14 marzo 1953.]

Véase D. C., II, 2.

2. RECLAMACIÓN DE SALDOS EXPOLIADOS: PLAZO PARA FORMULARLAS: *El plazo señalado en el Decreto de 24 de mayo de 1945 para formular las reclamaciones de saldos expoliados, a que se refiere la Ley de 12 de diciembre de 1942, era improrrogable y no puede estimarse interrumpido por haber presentado el recurrente, antes de finalizar aquel plazo, el anuncio de reclamación, prevenido por la Ley de 27 de junio de 1943, sin otro alcance y finalidad que el que se considera el número de posibles reclamaciones para constituir las Comisiones que en ellas habían de entender, anuncio que no puede confundirse con la reclamación misma.* [Sentencia 2 febrero 1953.]

III. Recursos.

1. LA APELACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: JUICIO DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: *Los motivos de oposición a la demanda que se aducen*

por primera vez en la vista del asunto en segunda instancia no pueden ser estimados. [Sentencia 23 enero 1953.]

En el caso de autos, el propietario de un inmueble pretendía, y consiguió en primera instancia y en apelación, la resolución del arrendamiento de un local de negocio por derribo con propósito de reedificar. El arrendatario alegó—pero solamente en la vista de la apelación—que el propietario no se había comprometido a respetar su obligación de conservar un local de negocio para el arrendatario en la finca que había de reedificar, conforme a lo prevenido en el apartado a) del artículo 102 de la LAU. El recurso de injusticia notoria contra la sentencia de apelación se fundamenta, en uno de sus motivos, en no haberse tenido en cuenta la excepción alegada. El T. S. *no da lugar* al mismo por dicho motivo.

“El motivo primero, en cuanto alega que el propietario no se comprometió a respetar su obligación de conservar un local de negocio en la finca que habría de reedificar conforme a lo prevenido (en el apartado a) del artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, constituye una cuestión nueva, pues este motivo de oposición no se adujo en la contestación a la demanda, sino por primera vez en la vista del asunto en segunda instancia, y por ello procedió acertadamente la Sala al declararlo así, y, por lo tanto, no puede ser objeto del presente recurso de injusticia notoria, ello aparte de que habiéndose concedido por el Gobernador al interesado propietario la autorización para el derribo sobre la base de respetar las condiciones de los apartados a) y b) del citado artículo, según se deduce del oficio de comunicación del mismo a dicho propietario, es indudable que éste contrajo tal obligación y, por lo tanto, no podría basarse en esta circunstancia la estimación del recurso.” (Considerando 3.º).

El recurso se estima, sin embargo, por otro de los funcionarios. (Véase D. C., III, 7.)

2. LA APELACIÓN: RECIBIMIENTO A PRUEBA: *Habiendo sido expedidos por el Juzgado los documentos para la práctica de la prueba solicitada y entregados a la parte solicitante, ésta no ha acreditado haber gestionado su despacho normal, ni que fueran debidamente cursados, ni que encontrara graves obstáculos para el cumplimiento de lo que le interesaba y se le había encomendado, por lo que su conducta denota una negligencia que el Tribunal a quo acusa y que impide apreciar que no le sea imputable que la prueba propuesta no se realizara totalmente en primera instancia.* [Sentencia 27 marzo 1953.]

3. ELECCIÓN DE LA APELACIÓN EN EL SUPUESTO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª, LEY DE 21-IV-1949: COSTAS: *Elegida la apelación, el recurso de injusticia notoria caduca para todos sus efectos, puesto que por disposición expresa de la Ley se convierte en recurso de apelación, y, por lo tanto, las suposiciones que sobre costas rijan en este último son las aplicables.* [Sentencia 12 julio 1952.]

4. LA CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *Reiteradísima jurisprudencia, interpretando el artículo 944 LEC, ha declarado que los términos de esas liquidaciones no pueden ser impugnados en el recurso de casación.* [Sentencia 7 junio 1952.]

5. LA CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *El auto que se limita a ordenar que el actor de una tenencia de dominio sea oído y tenido por parte en el procedimiento correspondiente, no puede considerarse como resolución definitiva, a tenor del número 1, artículo 1.690 LEC, puesto que no termina ningún proceso haciendo imposible su continuación, y por ello no es susceptible de ser recurrido en casación.* [Auto 13 noviembre 1952.]

6. LA CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *A los efectos de la admisión del recurso de casación, no tiene el concepto de resolución definitiva el auto que pone término a un incidente de recusación, pero no al juicio en que aquél se había promovido, y que, por tanto, no impide la continuación de este juicio.*

LA CASACIÓN: ADMISIÓN INDEBIDA DEL RECURSO: *La indebida admisión del recurso por la Sala sentenciadora de instancia no puede dotar al mismo de la viabilidad de que carece, cuya circunstancia lo hace desestimable porque las causas de inadmisión, cuando ésta no se hubiere acordado oportunamente, lo son también de desestimación del recurso.* [Sentencia 7 enero 1953.]

7. LA CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden ser propuestas en este recurso.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

8. LA CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: REQUISITOS: IMPUGNACIÓN DEL FALLO: *No procede la casación de una sentencia cuando en el recurso no se impugna el verdadero y esencial fundamento del fallo.* [Sentencia 19 junio 1952.]

9. LA CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY: REQUISITOS: IMPUGNACIÓN DEL FALLO: *El recurso de casación no se da contra los razonamientos de la sentencia impugnada cuando el fallo no es consecuencia exclusiva de ellos.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

10. LA CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: ERROR MATERIAL EN LA SENTENCIA RECURRIDA: *Fundado el fallo de la sentencia recurrida en lo dispuesto en un determinado precepto legal, la circunstancia de que, en vez de este precepto rectamente aplicado, se cite en los fundamentos del fallo otro precepto distinto, por evidente error material, no autoriza a pedir la casación, basándose en la infracción de este último, que no tiene relación alguna con el caso controvertido.* [Sentencia 20 febrero 1953.]

11. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, 1.692 LEC: *El error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba no puede alegarse al amparo del núm. 1.º, 1.692 LEC.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

12. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 3.º, ART. 1.692 LEC: *No puede invocarse omisión o defecto de pronunciamiento en el fallo cuando en éste se resuelven todas las pretensiones formuladas en el pleito.* [Sentencia 28 febrero 1953.]

13. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 5.º, ART. 1.692 LEC: *La sentencia recaída en una causa criminal, motivada por la venta que el demandado hizo a un tercero de una de las tres plantas de un edificio vendidas anteriormente al demandante, y en cuya sentencia se condenaba al vendedor a indemnizar al primer comprador, hoy demandante, la cantidad recibida de éste a cuenta del precio de dicho piso, no puede alegarse en el pleito entablado para reclamar del vendedor la entrega de las dos plantas restantes.* [Sentencia 27 diciembre 1952.]

14. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, ART. 1.692 LEC: *Para impugnar hechos que en la sentencia recurrida se estiman probados debe apoyarse la impugnación en algún documento o acto auténtico que demuestre el supuesto error en la apreciación de las pruebas.* [Sentencia 13 febrero 1953.]

15. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, 1.692 LEC: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen tal carácter a los efectos de casación los contratos de arrendamiento.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

16. LA CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: MOTIVOS: NÚM. 7.º, ART. 1.692 LEC: *Para combatir en casación la apreciación de las pruebas por el Tribunal de instancia, alegando error de derecho, es requisito inexcusable para la eficacia del recurso que se cite la norma probatoria que se supone infringida.* [Sentencia 20 febrero 1953.]

17. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, ART. 1.692 LEC: *La interpretación dada por la Sala de instancia a una carta suscrita por uno de los demandados, sin contradecir los términos en que dicha carta está concebida, no puede combatirse en casación por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 LEC.* [Sentencia 28 febrero 1953.]

18. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, ART. 1.692 LEC: Apreciación de la prueba testifical: *No incumbe al Tribunal Supremo, por ser meramente admonitiva y sometida exclusivamente al prudente arbitrio del Tribunal "a quo".* [Sentencias 31 mayo 1952 y 28 febrero 1953.]

19. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, 1.692 LEC: *No puede pretender la parte que su apreciación de la prueba prevalezca sobre el criterio interpretativo del Tribunal de instancia.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

20. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, ART. 1.692 LEC: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN SU CONJUNTO: *No es lícito desarticular los elementos probatorios tomados en consideración en la instancia para acoger el que se cree favorable y prescindir del que perjudica.* [Sentencias 31 mayo 1952 y 28 febrero 1953.]

21. LA CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: REQUISITOS: DEPÓSITO PREVIO: *Con arreglo al art. 1.751 LEC, es preciso presentar con el escrito en que se interponga el recurso el documento que acredite haberse hecho el depósito prevenido en el art. 1.698 de la propia ley, siendo ineficaz, a dicho efecto, la presentación en metálico de la cantidad correspondiente.* [Sentencia 7 enero 1953.]

22. LA CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: EFECTOS DE LA DES-ESTIMACIÓN DEL RECURSO: *Si el recurso de casación por quebrantamiento de forma es desestimado por no ser definitiva la resolución recurrida, no ha lugar a la entrega de los autos a la parte recurrente que hubiese hecho la protesta de interponer el recurso de fondo, pues éste habría de ser rechazado en el trámite sobre admisión.* [Sentencia 7 enero 1953.]

23. LA CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MOTIVOS: NÚM. 6.º, ART. 1.693 LEC: *La única incompetencia que puede hacerse valer como motivo de casación por quebrantamiento de forma es la territorial, mientras que la incompetencia por razón de la materia, cuantía y grado de la jurisdicción, sólo puede combatirse mediante el recurso por infracción de ley.* [Sentencia 24 enero 1953.]

24. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMULACIÓN: *No basta citar en los motivos los preceptos que se suponen infringidos, sino que es preciso hacer constar el concepto por el cual se estima cometida a infracción.* [Sentencia 10 julio 1952.]

15. RECURSO DE REVISIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden plantearse en este recurso* [Sentencia, Sala V, 26 febrero 1953.]

26. RECURSO DE REVISIÓN POR INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Conforme a la doctrina jurisprudencial, su planteamiento está vedado en este recurso.*

RECURSO DE REVISIÓN DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVO FUNDADO EN OTRO DESESTIMADO: *No es estimable un motivo cuando se basa en la estimación, no verificada, otro.* [Sentencia, Sala V, 27 junio 1952.]

27. RECURSO DE REVISIÓN POR INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVO FUNDADO EN LA ESTIMACIÓN NO EFECTUADA DE OTRO: *Negada la premisa quedan negadas sus consecuencias.* [Sentencia, Sala V, 20 junio 1952.]

28. RECURSO DE REVISIÓN POR INJUSTICIA NOTORIA: REQUISITOS: IMPUGNACIÓN DEL FALLO: *La impugnación de uno de sus fundamentos carece*

de eficacia cuando deba ser mantenido en virtud de otros que no se impugnan. [Sentencia, Sala V, 2 febrero 1953.]

29. RECURSO DE REVISIÓN POR INJUSTICIA NOTORIA: CAUSAS: MANIFIESTO ERROR EN LA ApreciACIÓN DE LA PRUEBA: *Habiéndose estimado por el Tribunal de instancia al apreciar la prueba que las afirmaciones contenidas en uno de los documentos no correspondían a la verdad, por lo que no fueron aceptadas, no puede pretenderse, basándose solamente en dicho documento, que se incurriera en manifiesto error en la apreciación de la prueba.* [Sentencia, Sala V, 9 marzo 1953.]

30. RECURSO DE REVISIÓN: EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD SOCIAL: INDEMNIZACIONES POR LA RÁPIDA OCUPACIÓN DE LA FINCA: *Como ya señaló la S. 20 marzo 1952, quedan excluidas de dicho recurso, por disponerlo así el párr. 2.º del art. 4.º, en relación con el art. 7.º de la ley de 27-IV-1946* [Sentencia, Sala V, 15 abril 1952.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Invalidez e ineficacia del reconocimiento de la filiación natural.*

SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURE, Ignacio: *Notas sobre los albaceas y contadores partidores. Analogías y diferencias.*

ESTÉVEZ, José Lois: *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico.*

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel y LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: *El valor actual de la Ley y los defectos legislativos.*

2. VIDA JURÍDICA

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA.