

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO V
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLII

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El legado de cosa ganancial^(*)

MANUEL DE LA CAMARA
Notario

SUMARIO.—I. Introducción.—II. Eficacia del legado de gananciales en función exclusivamente de la voluntad del testador.—A) Posibilidad de reconocer eficacia plena y absoluta al legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges.—B) Eficacia relativa o limitada del legado de gananciales ordenado por uno solo de los cónyuges: a) Equiparación en todo caso del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena.—b) El legado de cosa ganancial como legado de cosa propia si la cosa se adjudica a los herederos del testador y como legado de cosa ajena en el caso contrario.—c) Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto de aquel se adjudique a los herederos del testador.—d) Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia y en parte ajena.—e) Conclusiones.—III. El legado de cosa ganancial ordenado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.—IV. La partición testamentaria y la adjudicación a los herederos, en virtud de la misma, de bienes gananciales. A) Imposibilidad de cumplir íntegramente la partición como consecuencia de no resultar adjudicados al lote del testador los bienes gananciales incluidos en la partición.—a) Partición testamentaria con fijación de cuotas.—b) Partición testamentaria sin fijación de cuotas.—B) Modalidades de las particiones hechas por ambos cónyuges habiendo acuerdo entre ellos.

(*) El presente trabajo constituyó el objeto de una conferencia que tuve el honor de proclamar el 23 de febrero de este año en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, y será publicado en su día por ese Colegio. Sin perjuicio de ello, he solicitado y obtenido autorización de su Junta Directiva para publicarla con independencia y anticipación. Sirvan estas líneas no sólo para exponer la declaración indicada, sino además para reiterar al Ilustre Colegio Notarial de Valencia mi honda gratitud por el honor y las atenciones que entonces me dispensó y por la autorización que ahora me ha concedido.

I

INTRODUCCION

El legado de bienes gananciales, o si se quiere, para adoptar una rúbrica a la vez más general de un lado y más específica de otro, la disposición testamentaria referente a bienes concretos de naturaleza ganancial, es un supuesto que se registra con harta frecuencia en nuestro derecho sucesorio.

A pesar de ello, y de que los problemas que dicho supuesto puede plantear no son muchas veces de fácil solución, la bibliografía sobre la materia es, al menos entre nosotros, escasísima (1). Y tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasión, que sepamos, de enfrentarse frecuentemente con legados de bienes gananciales. Solamente la Resolución de 18 de diciembre de 1916 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934, que después veremos, han examinado, más o menos colateralmente, este tipo de legado. Pero esta penuria jurisprudencial (2), que sólo sirve en última instancia para probar que todavía en España, por fortuna, el respeto de los hijos a la voluntad de sus padres es suficiente en muchos casos para imponer el acatamiento a disposicio-

(1) Ciñéndonos a nuestra moderna literatura jurídica, no conocemos sobre la materia más que un trabajo de ARENAS, muy breve (*«Alcance de un legado»*, en la *«Revista de Derecho Privado»*, tomo II, pág. 337; otro algo más extenso de GAYOSO ARIAS (*«Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales, ordenado por uno de los cónyuges»*, en la misma Revista, tomo VI, pág. 164 y sigs.); una consulta evacuada por la *«Revista General de Legislación y Jurisprudencia»* (año 1922, págs. 186 y sigs.), y el estudio que sobre el tema incluye DÍAZ CRUZ en su reciente monografía *«Los legados»* (Reus, 1951, págs. 209 y sigs.). Las referencias al problema en las obras de carácter general son también aisladas y succinctas. Cfr., por ejemplo, la que hace ROCA SASTRE en las notas de adaptación y comparación del texto alemán con el Derecho español en el tomo 5.º, vol. 2.º, del *«Tratado del Derecho Civil de ENNECKERUS»* (*«Derecho de Sucesiones»*, vol. 2.º, pág. 177). En las obras clásicas de SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN, VALVERDE, etc. La cuestión no está ni siquiera aludida.

(2) Según mis noticias, en algunas Audiencias Territoriales se registran con alguna frecuencia fallos relativos a legados de bienes gananciales. No me ha sido posible consultar directamente ninguno.

nes más o menos discutibles, no puede convencernos de que el legado de bienes gananciales es una institución carente de problemas. Siempre que lo encontramos en nuestra vida profesional, al hacer un testamento o al ocuparnos de su cumplimiento, nos sentimos asaltados por múltiples dudas y vacilaciones difíciles de disipar.

Conviene para la mejor comprensión de la materia a tratar y al mismo tiempo para puntualizar exactamente los problemas de que vamos a ocuparnos que hagamos, ante todo, un poco de disección con fines clasificatorios, tanto en lo que se refiere a las diversas maneras que tiene el legado de gananciales de manifestarse en la práctica, como en lo que mira a su distinción con figuras jurídicas afines.

En cuanto a lo primero, es decir, en cuanto a los modos de manifestarse en la práctica, el legado de gananciales puede ser fruto de la voluntad exclusiva de un testador, o de la voluntad concorde de una pareja de testadores. Yo no sé si esta distinción, desaparecido de nuestro derecho común el testamento mancomunado, será rigurosamente científica. Pero sí sé, y lo sabe todo Notario en ejercicio, que lo frecuente en nuestro país, cuando se trata de matrimonios bien avenidos, es que marido y mujer acuden juntos a la Notaría, para otorgar simultáneamente sus testamentos, planeados entre los dos y producto generalmente de un acuerdo tácito entre los testadores que desean que sus disposiciones de última voluntad se complementen reciprocamente (3). Cuando esto ocurre no es infrecuente que los testadores quieran que a la muerte de uno de ellos, o a la de ambos, determinados bienes, muchas veces de naturaleza ganancial, sean, a título de legado, para ciertas personas: hijos, parientes o extraños.

Es menos corriente, aunque tampoco la hipótesis resulte excepcional, ni mucho menos académica, que el legado de gananciales sea, de hecho, fruto de la voluntad exclusiva de uno de los cónyuges. A veces, el marido o la mujer, y esto aunque la vida conyugal siga derroteros normales, testan sin contar con el otro, y puede y suele ocurrir en estos casos que sus disposiciones afecten a bienes concretos de la sociedad de gananciales. Justo es reconocer, desde luego, que son más bien los maridos que las mujeres los que, obrando exclusivamente por su cuenta, suelen otorgar estas disposiciones o pretenden otorgarlas. El fenómeno tiene, quizás, una explicación relativamente lógica. De una parte, no es demasiado extraño que el marido, acostumbrado a disponer

(3) El testamento mancomunado responde perfectamente a esta realidad. Por esto fué una lástima que nuestro Código lo prohibiese impresionado excesivamente por los problemas que puede suscitar su revocación, problemas cuya solución, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista práctico, puede ser hallada con relativa facilidad. Lo prueban, en España, el Derecho foral navarro y el aragonés, y aquellas legislaciones extranjeras como la alemana, que admiten el testamento mancomunado.

«inter vivos» con la libertad probablemente excesiva que nuestras leyes le conceden, piense que lo mismo ha de ocurrir «mortis causa». Por otro lado, el hecho de que normalmente sea el trabajo del marido la fuente de ingresos más fecunda y habitual de la sociedad suele desorbitar la opinión del propio marido en orden a sus derechos sobre bienes, que, en fin de cuentas, han sido ganados con su esfuerzo. Y esto sucede aunque el marido sepa (y esto suele saberse) que está casado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales y tenga, en consecuencia, noticia (aunque ésta sea generalmente incorrecta desde un punto de vista técnico) de los derechos de su mujer. El marido es propicio a considerarse dueño, si no legalmente sí moralmente, de los bienes que ha adquirido con su trabajo. Puede recordarse a este respecto una anécdota que atribuyen al que fué famosísimo torero cordobés Rafael Guerra, «Guerrita», y que viene aquí como anillo al dedo. Cuentan que el «Guerra», decidido a otorgar testamento, expuso su voluntad al Notario sobre cómo debía articularse aquél, voluntad que se concretaba en una serie de disposiciones sobre bienes determinados, para su adjudicación a este o a aquel hijo o descendiente. Conocedor el Notario de qué todo o casi todo el patrimonio del torero tenía carácter ganancial se creyó en el caso de advertirle que la gran mayoría de aquellas disposiciones necesitarían, en su día, para su plena eficacia, obtener el beneplácito de la esposa por cuanto, al ser dichos bienes gananciales, aquélla tenía sobre los mismos derecho a la mitad. Y dicen que al oír esto el «Guerra» no pudo por menos de exclamar: «¡Ah!, ¿entonces es que Dolores también ha *toreao*?»

Cuando el legado de gananciales se presenta así, es decir, como fruto de la voluntad exclusiva de uno de los cónyuges, se plantea con el máximo rigor el problema de saber si el legado es eficaz, el de determinar cómo habrá de cumplirse, y el de fijar sus límites; todo ello en relación con los derechos que al otro cónyuge le competen sobre el patrimonio ganancial.

Cuando, por el contrario, el legado de gananciales viene ordenado con el conocimiento y el beneplácito de ambos esposos, surge ante todo una cuestión: ¿En qué forma se armoniza esa voluntad concorde de los testadores? ¿Puede la misma surtir efectos jurídicos como tal voluntad concorde? En otros términos, si los cónyuges quieren que a la muerte de uno de ellos un determinado objeto de carácter ganancial sea adquirido por cierta persona a título de legado, y aunque éste, mientras viva uno de los esposos, haya de concretarse a la nuda propiedad, ¿hay términos hábiles para asegurar a los cónyuges de que, muerto uno de ellos, el sobreviviente acatará la disposición y no ejercitara sus derechos como participe en la sociedad de gananciales para entorpecer su cumplimiento? Es evidente que los problemas que plantea el legado de gananciales, en sí mismo considerado, y que antes

se han enunciado, vienen supeditados, incluso en orden a su posible planteamiento, a la respuesta que se dé a estas interrogantes.

La segunda de las tareas preliminares que, como antes se indicaba, es necesario abordar se refiere a la distinción entre el legado de gananciales y otros supuestos en que también el testador dispone por vía de asignaciones concretas de bienes de carácter ganancial. Estos otros supuestos son los de signo y naturaleza particional. En ellos no se trata de dejar una cosa a una persona que no es heredero, o, caso de que lo sea, de dejársela además e independientemente de sus derechos como tal, sino que la finalidad que se persigue con estas disposiciones particionales permitidas por el artículo 1.056 del C. c. es la de señalar los bienes que cada heredero haya de percibir, como tal heredero, y para evitar que surja la indivisión. Pues bien, en estas hipótesis particionales y si entre los bienes adjudicados por el testador-partidor los hay de naturaleza ganancial se suscitan problemas muy similares a los que provoca el legado de gananciales propiamente dicho. Sin embargo, la finalidad particional que preside la disposición en estos casos da, por una parte, un matiz específico a esos problemas, y, por otra, determina el planteamiento de cuestiones peculiares que no se advierten cuando se trata de un simple legado de cosa ganancial.

Aunque la rúbrica de este estudio se refiere exclusivamente al legado de bienes gananciales, las indudables concomitancias que existen entre esta figura jurídica y aquellas otras disposiciones que, aunque con finalidad particional, se refieren también a bienes determinados de la sociedad de gananciales, abonan, para que este ensayo no sea incompleto, una referencia a dichas disposiciones de finalidad particional cuya importancia práctica es tan grande por lo menos como la del verdadero legado de cosa ganancial.

También en sede particional se pueden hacer distinciones similares a las formuladas al tratar de los legados. Cabe, pues, la partición proyectada y decidida por uno de los esposos, o, por el contrario, la planeada por los dos cónyuges de común acuerdo. Cabe, y esta distinción nos coloca ante un orden distinto de problemas, que el testador no se haya propuesto realizar la partición de toda su herencia y que se haya limitado a establecer que a uno de sus herederos se le adjudique en la división de la herencia y en pago o parte de pago de su cuota un objeto determinado. Si este objeto es ganancial tenemos aquí una hipótesis aparentemente muy similar a la del legado de gananciales, aunque, como ya expondré en su momento, se diferencia desde luego de ella.

Cabe, por el contrario, que el testador pretenda formalizar testamentariamente la partición de toda la herencia. En este caso, si el testador está casado bajo el régimen ganancial y hay efec-

tivamente gananciales en el matrimonio (puntos éstos que admitimos por hipótesis) la partición tiene como supuesto previo la fijación de cuáles hayan de ser los bienes gananciales que, al disolverse la sociedad legal, deban corresponder a la sucesión del testador. La existencia de un acuerdo entre los cónyuges y la posibilidad de dotar de efectos jurídicos al mismo parecen, entonces, bases fundamentales para la plena eficacia de la partición, ya que, de no existir el acuerdo o de negarle toda relevancia jurídica, aquella eficacia habría de depender, al menos en parte, de la actitud que «*a posteriori*» adoptara el cónyuge supérstite, actitud que, de ser disconforme, puede llevar, sobre todo si la entidad económica de los gananciales es importante en relación con los bienes privativos del testador, a la frustración total de los propósitos del partidor.

Aun en la hipótesis de que haya habido acuerdo entre los esposos no son iguales todos los casos. El acuerdo puede limitarse a cómo hayan de repartirse en su día los bienes comunes para, sobre esta base, organizar cada cónyuge, con independencia, la partición de su propio caudal. Por el contrario, pueden haber pensado los esposos sus particiones como complemento la una de la otra. Y hasta sucede, cuando los cónyuges han querido articular en perfecta armonía su sucesión, que su acuerdo se dirija más que a fijar, con fines particionales, la división del haber ganancial, a considerar como una sola masa patrimonial la totalidad de los bienes existentes en el matrimonio, proyectando su reparto con independencia de que dichos bienes sean del marido, sean de la mujer o sean gananciales. Surge entonces, o puede surgir, un verdadero enjambre de problemas, y entre ellos no es el menor el que el cumplimiento de estos repartos patrimoniales, conjuntos y universales, puede llevar a la exclusión, desde un punto de vista jurídico formal, de un hijo de la herencia de su padre o madre. Imaginemos que un matrimonio tiene tres hijos y tres fincas, de valor aproximado, una privativa del marido, otra propia de la mujer y la tercera ganancial. Si el propósito de los cónyuges es el de que al morir ambos una finca sea para cada hijo, resultará que aquel de ellos que herede la finca del padre no habrá heredado nada de su madre, y viceversa. No es necesario decir que un estudio a fondo de este problema y de todos los que pueden suscitar estas particiones excede totalmente de los límites que a este trabajo imponen tanto su objeto como las posibilidades de su autor. A pesar de lo cual algo diremos sobre ello.

Y con esto concluye la labor de simple disección que como preliminar he querido realizar, por considerarla antecedente previo indispensable. Para abordar ahora el estudio de las diversas hipótesis que han quedado esbozadas dividiré este trabajo en tres partes:

Primera. Eficacia del legado de gananciales en función exclusivamente la voluntad del testador.

Segunda. El legado de gananciales ordenado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

Tercera. Las particiones testamentarias y la adjudicación a los herederos, en virtud de las mismas, de bienes gananciales.

EFICACIA DEL LEGADO DE GANANCIALES EN FUNCIÓN EXCLUSIVAMENTE DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Vamos a estudiar ahora, en primer término, cuál sea la eficacia del legado de gananciales en función tan sólo de la voluntad del testador, es decir, prescindiendo de todo posible acuerdo entre los cónyuges, y admitiendo, por hipótesis, que este acuerdo no ha existido, o que no puede probarse, o que, aun habiendo existido y siendo susceptible de prueba se le niega relevancia jurídica.

Determinar exactamente el alcance de la eficacia del legado en los eventos expuestos es del máximo interés para el Notario. Si el problema se plantea cuando se trata de confeccionar el testamento en el cual va a ordenarse el legado, el Notario debe aclarar al testador los efectos que en su día surtirá aquél para tratar de puntualizar lo más exactamente que sea posible la verdadera voluntad del testador y redactar en consecuencia la cláusula testamentaria de manera que no dé lugar a dudas. (Esto, claro es, si el Notario sabe que el objeto legado es ganancial). Si el problema se suscita «a posteriori», es decir, cuando muerto el testador hay que dar cumplimiento a su testamento, el Notario ha de saber, a la vista de los términos en que esté concebida la disposición testamentaria, en qué forma y medida tiene que ser cumplido el legado.

Dos posiciones generales se pueden señalar en torno a cuál haya de ser la eficacia del legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges. Reconocer una eficacia total y absoluta al legado o concederle simplemente una eficacia relativa y limitada. Cabría claro, indicar, además, una tercera posición proclamando su absoluta ineficacia, pero como esta posición, que nadie ha sustentado, parece, a simple vista, completamente indefendible, prescindiremos de ella. Vamos a examinar, por tanto, las otras dos posiciones para estudiar, después de aceptada una solución, las complicaciones que pueden plantearse en algunos casos específicos.

A

Posibilidad de reconocer eficacia plena y absoluta al legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges.

Esta primera solución implicaría la necesidad de entregar al legatario, una vez muerto el testador, el objeto legado íntegramente, excluyendo, por tanto, su posible adjudicación, en la liquidación de la sociedad, al otro cónyuge o a sus herederos.

Esta solución admite dos modalidades. Con arreglo a la primera, el cónyuge supérstite o sus herederos podrían pretender ser compensados en la división del patrimonio común, con otros bienes de valor equivalente al del objeto legado. Es decir, el legado no les afectaría económicamente. Su efecto en orden a la liquidación y división de la sociedad de gananciales quedaría concretado a la necesidad de adjudicar el objeto legado al lote de los herederos del testador. La otra modalidad consistiría en excluir totalmente el objeto legado del haber ganancial, limitándose, por consiguiente, la división de éste al remanente.

Como ambas soluciones presuponen unas facultades dispositivas que en ningún momento ni por ninguna legislación se han atribuido a la mujer, parece claro que dichas soluciones, de ser admisibles (y como veremos no lo son), únicamente podrían referirse a los legados ordenados por el marido (4).

Estudiemos ahora la primera de estas dos variantes que cabe distinguir dentro de la posición general que estamos analizando.

No cabe duda de que cabría dar cumplimiento fiel y exacto al legado de un bien ganancial ordenado por el marido, aunque fuese sobre la base de compensar económicamente a la mujer o a sus herederos, si pudiera sostenerse que el marido es el dueño de los bienes de la sociedad legal, siendo la mujer simple acreedora de un valor, el representado por la mitad del haber ganancial líquido. Sentado esto, no sería violento admitir que la mujer habría de conformarse con que en pago de su crédito se le adjudicasen bienes bastantes para cubrir aquél, pero sin que pudiera pretender derecho alguno sobre la cosa legada.

Ocurre, no obstante, que esta concepción de los derechos de la mujer como un simple crédito, incluso después de haberse disuelto la sociedad legal, no es sostenible ni en el terreno del derecho moderno ni siquiera con referencia a la antigua organización de las comunidades de bienes entre cónyuges.

De todos es conocido el antiguo brocardo del derecho francés reflejado en el texto del artículo 225 de las Costumbres de París,

(4). Excepcionalmente cabría referir esta posibilidad a la mujer, de aceptar alguna de estas soluciones, en los casos en que a ella correspondiera la administración del patrimonio común.

a tenor del cual «Le mari est seigneur et maître de la communauté». Pero también es cosa sabida que la doctrina moderna, en gran parte, al analizar el valor y el alcance que esta máxima tuvo realmente en el derecho antiguo, niega que la misma tuviera jurídicamente el riguroso significado que se desprende de su tenor literal. MESSINEO (5), BAUDRY LACANTINERIE (6), AUBRY RAU (7) y NAST (8), entre otros muchos, piensan que la verdadera finalidad de aquel brocado no era otra que la de señalar los amplísimos poderes reconocidos al marido sobre los bienes de la comunidad, pero sin que quisiera decir que fuese verdaderamente dueño de los mismos. Por el contrario, la tesis dominante entre los antiguos autores (9) reputó dueño de los bienes gananciales al marido. DUMOULIN estableció el principio de que «constante matrimonio maritus est pleno iure dominus omnium bonorum», agregando que «non est socia mulier sed separatur fore», afirmaciones éstas que más adelante son recogidas por POTIER (10). Ahora bien, esta doctrina no llega hasta reputar a la mujer simple acreedora del marido. POTIER, después de calificar de «informe» el derecho que la mujer tiene *durante el matrimonio* sobre los bienes de la comunidad conyugal—afirma—, siguiendo a DUMOULIN, que lo que ocurre en esta fase de la vida de la comunidad es que el dominio de la mujer sobre los bienes comunes está «in habitu quam in actu». *Pero este dominio potencial se convierte en dominio actual tan pronto como el marido muere y hay que proceder a la disolución de la comunidad.* De aquí aquella otra máxima que recoge BOURJÓN (11), a tenor de la cual si bien el marido vive como «maître» muere como asociado.

La tesis que reputa a la mujer copropietaria de los bienes gananciales, al menos desde que el marido muere, es también la dominante entre nuestros clásicos. Opinan éstos en su gran mayoría que la mujer adquiere constante matrimonio la parte que le corresponde en los gananciales, si bien su cuota de dominio en dichos bienes, mientras el matrimonio no se disuelva, puede ser revocada como consecuencia de la actuación de los poderes dispositivos del marido. Más o menos rotundamente se pronun-

(5) «La natura giuridica della comunione coniugale dei beni». Roma, 1920.

(6) «Traité Theorique et Practique de Droit Civil, Du Contrat de mariage ou de régimes matrimoniaux», tomo I, pág. 257.

(7) «Cours de Droit Civil français», 5.^a edición, tomo 8.^o, págs. 3 y sigs.

(8) «Regímenes económicos matrimoniales», 1.^a parte, tomo 8.^o del «Tratado práctico de Derecho civil francés», de PLANOL-RIPERT, traducción española de DÍAZ CRUZ, pág. 191.

(9) Ya, FERRIERE y LAURIERE, cits. por BAUDRY LACANTINERIE (en loc. cit.) entienden que el sentido del art. 225 de las Costumbres de París es simplemente el de expresar que el marido, como administrador de la comunidad, goza de poderes amplísimos.

(10) De la Communauté, en el tomo 7.^o de las obras de POTIER, anotadas por M. BUYNET, 2.^a edición, París, 1861, pág. 57.

(11) «Le Droit commun de la France et la costume de Paris». París, 1747, tomo I, pág. 493.

cian en este sentido, entre otros que pudieran citarse, Antonio GÓMEZ (12), MATIENZO (13), ACEVEDO (14), VELÁQUEZ DE AVENDAÑO (15) y COVARRUBIAS (16), aunque este último autor estime que constante el matrimonio el dominio de la mujer está «in habitu et credito» (17).

En la doctrina antigua, pues, y por lo menos al tiempo de disolverse la sociedad de gananciales que es el momento que interesa a nuestro objeto, no puede reputarse simple acreedora a la mujer sino copropietaria actual y efectiva de los bienes comunes.

En el derecho actual no parece posible estimar que el marido sea dueño exclusivo de los bienes gananciales, ni siquiera constante el matrimonio. Refiriéndonos concretamente a nuestra

(12) «Ad Leges Tauri Commentarius», 1724. Comentario a las leyes 50 a 53, págs. 496-497.

(13) «Commentario in libro quinto recolectionis legem Hispaniae», 1597. Glosa 3 a ley 9, folio 258.

(14) «Commentarium iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones», 1737. Glosa a la ley 9.

(15) Citado por LLAMAS y MOLINA en «Comentario critico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro», 1853, pág. 303.

(16) «Opera Omnia», tomo 2º; «Variarum resolutiones», libro 3º, capítulo 19, pág. 399.

(17) Esto no obstante, algunos autores pensaron que la adquisición del dominio por la mujer, en su cuota correspondiente, exigía la tradición realizada a su favor por el marido o sus herederos. El fundamento de dicha tesis (en torno a esta controversia puede verse a ANTONIO GÓMEZ, ob. y lugar citados) estriba en que, según el derecho común, sólo en la sociedad universal se comunican entre los socios todos los bienes, tanto los presentes al constituirse la sociedad como los adquiridos después, sin que sea posible considerar sociedad universal a la sociedad de gananciales. «Ex quo infertur et resultat—decía ANTONIO GÓMEZ, aludiendo al derecho común—vera et clara deductio e responsio in nostra quaestio, quod lucra quae sita constante matrimonio per maritum attento iure communi non quarantur uxori pro parte ipso iure quo ad dominium et possessionem nisi secuta traditione». Y se inclinan por la aplicación de esta doctrina común, según el testimonio de ANTONIO GÓMEZ, PALACIOS RUBIO, el Dr. SEGURA y RODRIGO SUÁREZ. TELLO, según LLAMAS y MOLINA (obra y lugar citados), sigue también esta orientación al explicar cuál es, a su juicio, la razón de decir de la ley de Toro. (Dice así esta ley: «Si el marido mandase alguna cosa a su mujer al tiempo de su muerte o de su testamento, no se le cuente en la parte que la mujer ha de haber en los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya dicha mitad de bienes, e la tal manda en lo que derecho debiere valer». TELLO, aplicando aquella disposición del Fueru Real, según la cual, «toda cosa que el marido y la mujer compraren de consumo ayanla ambos de por medios, entiende que la mujer sólo adquiere ipso iure» su cuota de dominio en los gananciales cuando el bien de que se trate haya sido comprado en mancomún por los dos esposos. PALACIOS RUBIO, por su parte, al comentar también la ley 16 de Toro antes transcrita, considera al marido deudor necesario de su mujer, para deducir de ahí que la ley es una excepción a la regla de que todo legado hecho al acreedor por su deudor legal y necesario se reputa hecho en satisfacción y compensación de su deuda.

Sin embargo, y a pesar de estas posibles desviaciones, la opinión que prevaleció fué la que se indica en el texto, recogida después por LLAMAS y MOLINA (ob. cit., pág. 315).

legislación, podemos observar que el Código civil habla constantemente de bienes de la sociedad o de bienes comunes (18), lo que excluye naturalmente que puedan reputarse del marido. Además, la extraordinaria amplitud de las facultades dispositivas del marido en el derecho antiguo, amplitud que fué la causa principal de que llegara a considerársele dueño exclusivo, ha sido cercenada en el derecho vigente, aunque quizá sean todavía excesivas las potestades que nuestra legislación confiere al esposo. Ha desaparecido, como regla general, la facultad de disponer de los bienes comunes a título gratuito (19) que el derecho antiguo reconoció (el punto fué, sin embargo, discutido), al marido. Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros, sobradamente conocidas por lo que no es necesario hacer aquí su exposición detallada, pese a que no siempre se han producido con demasiada diafanidad al analizar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, no prestan, desde luego, el menor punto de apoyo para subestimar los derechos de la mujer en la sociedad de gananciales hasta reducirla a una simple acreedora del marido.

Rechazada, pues, esta construcción de la posición jurídica de la mujer en orden a la sociedad de gananciales, y supuesto que es verdadera cotitular del patrimonio común, no parece que pueda sostenerse que el legado de un bien ganancial ordenado por el marido haya de cumplirse «*in natura*» e íntegramente en todo caso, limitándose el derecho de la mujer o de sus herederos a exigir que se les compense con otros bienes de valor equivalente. Y, sin embargo, esta tesis ha sido sostenida, si bien excepcional y aisladamente, no sólo en la doctrina antigua, sino también en la moderna. Entre los clásicos sustentó esta opinión GARCÍA (20), y entre los modernos tal parece ser el criterio de MANRESA (21).

Sostiene GARCÍA que el marido pueda prelegar constante el matrimonio un inmueble ganancial en perjuicio de la mujer (22), debiendo ésta conformarse con recibir, en otros bienes, su parte en el objeto prelegado (23). La razón que para ello alega es doble. De una parte que al marido corresponde, constante matrimonio, la libre disposición de los gananciales, y de otra que

(18) Cfr., por ejemplo, arts. 1.401 a 1.407, en que se define lo que se entiende por bienes gananciales, concepto que se opone al de bienes propios, así como también los arts. 1.413, 1.415, 1.416, etc.

(19) Cfr. art. 1.413 a «*sensu contrario*», y art. 1.415, que reconoce en el marido la facultad de donar sólo en los casos especiales que indica.

(20) «Tractatus de expensis et melioratibus», XIII, 20, folio 258, 1592.

(21) «Comentarios al Código civil español», 5.^a edición, revisada por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. Tomo IX, págs. 656-657. Madrid, 1950.

(22) «... ut vir possit quidem constante eodem matrimonio bona immobilia lucrata prelegare in praediudicium uxoris».

(23) «... atque ipsa uxor ex aliis bonis accipiet partem illam in prelegato-habebat».

admitiendo la solución que propone ningún perjuicio se causa a la mujer (24). Fácilmente se alcanza que estos argumentos no son convincentes. No lo es el primero ni siquiera con relación al derecho antiguo. Debe observarse, en primer término, que si fuera cierto que el marido en función de sus facultades dispositivas, constante el matrimonio, pudiera legar un objeto ganancial lo natural sería excluir totalmente ese objeto del haber de la sociedad de gananciales, sin que la mujer o sus herederos pudieran pretender nada en compensación, que es cabalmente lo que ocurre cuando el marido otorga donaciones dentro de los límites en que éstas le son permitidas. Además, GARCÍA parte de una afirmación errónea. Porque aun cuando se admita que el marido pueda disponer de los bienes gananciales libremente durante el matrimonio, incluso a título gratuito, ésto no puede llevarnos a la conclusión de que sean totalmente eficaces los legados ordenados por el marido durante la vigencia del matrimonio. El legado, negocio de disposición «mortis causa», no surte ningún efecto jurídico hasta que el testador muere, y, como tal negocio dispositivo, sólo podrá valer si el poder de disposición del testador subsiste en dicho momento. Si falta el legado podrá ser eficaz como carga para los herederos del testador (quienes estarán obligados a remover el obstáculo derivado de la falta de poder dispositivo del testador, o, si no pueden, a proporcionar al legatario el valor de la cosa legada), pero nunca podrá surtir efectos dispositivos directos. Por consiguiente no resulta posible apoyar en las facultades dispositivas del marido, *constante matrimonio*, la validez y eficacia absolutas del legado y el supuesto derecho del legatario a la entrega total e incondicionada de la misma cosa legada, salvo que quisiera sostenerse que entre estas facultades dispositivas está incluida la de disponer «mortis causa» de los bienes de la sociedad de gananciales, lo que sería hacer de la dificultad supuesto de la cuestión y es cosa, además, como veremos, negada unánimemente tanto por la doctrina antigua como por el derecho moderno. La otra razón esgrimida por GARCÍA (que la mujer, con la solución que él propone, no sufre perjuicio), tampoco es convincente. Porque aquí no se trata sólo de saber si el marido puede o no perjudicar económicamente a su mujer a consecuencia de los legados que otorgue, sino también de puntualizar si se puede prescindir de la voluntad de la mujer (o de sus herederos), en orden a la forma y manera de dividir los bienes comunes; ya que a prescindir de esa voluntad, al menos en parte, equivale imponer a la esposa que renuncie, en la "división, a un objeto común conformándolo

(24) «... Habet enim liberam constante matrimonio dispositionem vir quae hoc casu in saltem obtinebit, ut refuso damno uxori...», y concluye afirmando que la cosa legada, al morir el marido, pasa directamente al legatario: «... tale enim legatum recta viae moriente viro ad legatarium transiit...».

se con recibir otros bienes en pago de su haber. Lo cual, como ahora indicaré, al ocuparme de la tesis de MANRESA, no lo estimo posible.

Solución similar a la que hace siglos defendió GARCÍA es la que parece patrocinar MANRESA en nuestros días. Empieza MANRESA por afirmar que la palabra gananciales es expuesta a confusión, porque durante el matrimonio son gananciales los bienes a que la Ley asigna este carácter en los artículos 1.401 al 1.407 del Código civil, y, disuelta la sociedad es ganancial el sobrante de la liquidación después de reintegrar por completo a cada socio su capital y de pagar todas las deudas comunes. Ahora bien, el marido puede disponer, según el artículo 1.414, de su mitad de gananciales, expresión ésta que hay que referir al segundo concepto de gananciales, es decir, al remanente líquido, y por consiguiente, si dentro de la mitad de este remanente cabe el objeto legado, la disposición mortis causa puede llevarse a efecto ya que el marido se ha movido dentro de los límites del artículo 1.414 y no han sufrido perjuicio los intereses de la mujer, límite (único, por lo visto, según MANRESA), que el marido está obligado a respetar. E incluso MANRESA sostiene que hay que mantener el legado, si, aún no habiendo ganancias, aquél cabe en lo que por capital propio hay que restituir al marido cuando esta restitución proceda con cargo a los bienes comunes. En la liquidación de la sociedad conyugal, dice MANRESA, se prescinde del carácter concreto de los bienes, determinando numéricamente a cuánto asciende el capital privativo de cada cónyuge y si hay o no ganancias. El verdadero fin de la Ley es que no sufran perjuicio los intereses de la mujer importándole poco que se la reintegre con bienes de los calificados como gananciales o de los privativos del marido.

No puedo estar conforme con esta tesis de MANRESA, en la que, en mi opinión, hay varios equívocos que conviene esclarecer.

En primer lugar, una cosa es que el legado de un bien ganancial surta efectos en relación con los herederos del marido, obligados a su vez con el legatario, lo cual puede admitirse prescindiendo de cuáles sean las facultades dispositivas del marido sobre los bienes de la sociedad legal, y otra muy diferente que dicho legado, en la división del haber ganancial, sea vinculante para la mujer aunque económicamente no la perjudique. Aunque el legado quepa holgadamente en la mitad que sobre el remanente de ganancias corresponda al marido no veo que esa sea una razón para imponer a la mujer la adjudicación del objeto legado al lote del marido.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la distinción que formula MANRESA, cuando dice que la palabra «gananciales» es expuesta a confusión, no está, a mi entender, planteada correctamente. De los términos en que se expresa el comentarista se desprende, que, a su juicio, hay dos conceptos distintos de

bienes gananciales según que la expresión se refiera a la vida de la sociedad o la fase de disolución o liquidación de la misma. Y esto, dicho así, no es totalmente exacto. La verdadera distinción, para nosotros, es la que hay que establecer entre «bienes comunes» y «ganancias», por cuanto que bienes comunes, o bienes de la sociedad, son, justamente, todos los que reúnen las características determinadas en los artículos 1.401 al 1.407 del Código civil, mientras que ganancia sólo es el remanente de dichos bienes comunes después de satisfchos los conceptos que se especifican en los artículos 1.421 y siguientes del mismo Código. Ahora bien, los bienes que dada la índole de su adquisición son comunes no dejan de serlo por el hecho de que la sociedad entre en liquidación (25), ni, por consiguiente, aunque haya de satisfacerse con cargo a los mismos los capitales de los cónyuges o parte de ellos, lo que procederá cuando no existan en la sociedad conyugal los mismos bienes privativos y no se trate de casos en que la pérdida haya de sufrirla el esposo propietario (26).

Supuesto que los bienes comunes no pierden el carácter de tales, porque la sociedad entre en liquidación, a mí me parece claro que la determinación de cuáles tengan que ser los bienes comunes concretos que hayan de adjudicarse a cada esposo, bien en pago de su capital propio, cuando esto suceda, bien en pago de su parte en las ganancias, no es cosa que una de las partes (marido o sus herederos, o mujer o los suyos) pueda imponer a la otra. Las razones son obvias. En primer lugar, la disposición sobre los bienes de la sociedad, una vez que la misma haya entrado en disolu-

(25) Lo contrario, aparte de no haber razón alguna que lo abone, nos plantearía el absurdo problema de saber a quién pertenecen esos bienes en tanto no se adjudiquen a uno de los esposos o a terceros.

(26) Cfr. art. 1.425 del C. c. Por otra parte, si los bienes privativos de los cónyuges (o de alguno de ellos) se han invertido en atenciones de la sociedad, procede indudablemente al reembolso, con cargo a los bienes comunes, de lo gastado en estos conceptos. Si se trata de bienes del marido, esto es evidente, ya que, según el art. 1.426, sólo es divisible el remanente líquido después de deducidos los conceptos que se expresan en los artículos anteriores. En el 1.423 figura como partida a restituir, previa a todo reparto de ganancias, el capital del marido, sin que sea procedente rebajar del mismo dichos gastos, ya que según el art. 1.366, a que se remite el 1.423, tal rebaja sólo será admisible en cuanto a las deudas del marido contraídas por éste antes de casarse (o, por una razón de evidente analogía, en cuanto a las deudas contraídas por el esposo, en su exclusivo interés, aunque lo hayan sido después de casarse). Si los bienes que se han invertido y consumido en atenciones comunes son los de la mujer, ésta tiene igual derecho en base a las mismas razones. Creo, además, con la antigua doctrina, que en estos eventos la mujer no puede pretender que lo gastado para cubrir atenciones de la sociedad a costa de sus bienes propios se impute exclusivamente al capital del marido. Aparte de que el marido tenga responsabilidad, cuando proceda, si los bienes comunes no fueran suficientes, el espíritu de la ley está claro en el sentido de no querer que se repartan como ganancias más que lo que excede después de pagar los capitales de los cónyuges y de cubrir las deudas de la sociedad y las cargas de la misma.

ción, corresponde conjuntamente a todos los interesados en ella. Las facultades dispositivas del marido cesan con él, pues son personalísimas, y se le conceden como gestor de una comunidad en movimiento y como jefe de la unión conyugal, y de aquí que también se extingan aunque la sociedad se disuelva por muerte de la mujer. Por consiguiente, rigen, en orden a la disposición sobre bienes del patrimonio ganancial en liquidación, las normas generales sobre disposición de bienes comunes, de las que resulta (arts. 397, 398, etc. del C. c.) la necesidad de que actúen al unísono todos los partícipes (27). Por otra parte, el derecho de la mujer o del marido a separar de la comunidad, cuando proceda, bienes suficientes para el pago, o parte de pago, de sus respectivos capitales, no puede implicar, cualquiera que sea la naturaleza de este derecho, ni la facultad de elegir, ni la obligación de aceptar determinados bienes a este fin. El ejercicio de este derecho y, naturalmente, la división de las ganancias, cuando las haya, implica en definitiva distribución y reparto de los bienes comunes, siendo indudablemente aplicables las reglas que regulan esa distribución. Y así tenemos que el artículo 1.708 del Código civil, aplicable en última instancia como supletorio por mandato del 1.395, nos remite a las normas reguladoras de la partición hereditaria, entre las que figura el artículo 1.059, sancionador del famoso y vituperado (probablemente con exceso) principio de unanimidad.

De lo dicho se sigue, por lo tanto, que el legado de un bien ganancial ordenado por el marido (o por la mujer, claro es) no puede vincular al otro cónyuge en la división del patrimonio común y sólo será susceptible de ser cumplido «*in natura*» si en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudica al lote de los herederos del testador. Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1934 como la Resolución de 18 de diciembre de 1916 afirman la trascendencia de la liquidación de la sociedad conyugal sobre el legado de gananciales (28).

Naturalmente, la necesidad de contar con el consentimiento de la mujer o de sus herederos para la plena eficacia «*in natura*» del legado no existiría si al marido se le reconociesen facultades dispositivas «*mortis causa*» sobre los bienes gananciales. De ser así, además, el objeto legado quedaría fuera del haber partible, sin que ni siquiera la mujer o sus herederos pudieran pretender compensación. Esta es, precisamente, la segunda de las dos variantes que, como antes indiqué, pueden señalarse dentro de la posición que ahora estamos analizando.

(27) Cfr. Resoluciones de 29 de abril de 1902, de 22 de septiembre de 1904, de 15 de febrero de 1915, de 2 de diciembre de 1929, de 16 de enero de 1941 y otras muchas más.

(28) La tesis que acabamos de impugnar prescinde, además, del problema de los límites cuantitativos del legado de gananciales, problema que después estudiaremos.

El común sentir de la doctrina, en todos los tiempos, ha sido, por lo general, contrario a reconocer al marido facultades de disposición «mortis causa» sobre los bienes de la comunidad conyugal. Ello hasta en el derecho antiguo, y eso a pesar de que en él las facultades dispositivas del marido eran tan amplias que amparaban el otorgamiento «inter vivos» de actos a título gratuito. (29). Esta diferencia de trato establecida para las liberalidades «inter vivos» (permitidas al marido en otros tiempos) y para las «mortis causa», descansan en una razón de tipo técnico conjugada con la determinación del momento en que la disposición ha de surtir sus efectos. Como dice NAST, recogiendo la esencia de la doctrina tradicional, mientras el marido vivía era reputado señor y amo de la comunidad, pero a su muerte sus facultades desaparecían; a la disolución de la comunidad no era más que un asociado con derecho a la partición. Y como el testamento sólo surte efectos a la muerte, es, por tanto, un modo de disponer que sólo puede referirse a la porción del marido en la masa común. Entre nuestros clásicos, expone limpiamente esta doctrina Acevedo, al decir: «Et sic testamento et ultima voluntate non poterit ut post mortem suam alienetur, quia tunc non durat matrimonium» (30).

(29) El art. 225 de las Costumbres de París incluye entre las facultades dispositivas que concede al marido la de donar entre vivos «a son plaisir et volonté, a personne capable et sans fraude». Este era, como dice LAURENT (*«Principes de Droit Civil Français»*, 2.^a edición, tomo 22, pág. 14), el derecho común en los países de costumbres, aunque algunas, como las de Anjou, Maine y Lodunois, según afirma POTHIER (ob. cit., pág. 259), no permitían al marido donar entre vivos. El Código de Napoleón conservó esta facultad del marido, pero restringiéndola notablemente. Así, el art. 1.422 del Code prohíbe al marido las donaciones de inmuebles, y en cuanto a las de muebles, no puede efectuarlas cuando se trate de una universalidad o cuando la donación se haga con reserva de usufructo. La ley de 22 de septiembre de 1942 ha adoptado una actitud más radical y prohíbe al marido toda donación entre vivos, incluso para el establecimiento de hijos comunes, sin el consentimiento de la mujer. El texto de la ley, dicen COLIN y CAPITANT (10.^a edición del Curso elemental, revisada por LEÓN GUILLOT DE LA MORANDIERE, 1950, tomo 3.^º, página 215), no hace ninguna reserva. Quizás quepa permitir al marido que haga los regalos de costumbre, pero entonces cabe entender que tendrá el consentimiento tácito de la mujer.

Entre nuestros autores clásicos se discutió ampliamente si las facultades dispositivas del marido sobre los bienes comunes le autorizaban para otorgar, por su exclusiva voluntad, donaciones de los mismos. ANTONIO GÓMEZ (ob. citada, pág. 405) fué el más caracterizado defensor de la tesis permisiva. MATIENZO, por el contrario, sostuvo la opinión opuesta, negando que en la facultad de enajenar esté comprendida la de donar, dada la naturaleza especial de la donación, «*Donatio est titulus dissipativus...*». No faltaron otros que sustentaron opiniones intermedias. MOLINA (cit. por BENITO GUTIÉRREZ, *«Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español»*, tomo 1.^º, páginas 580-81), estima que el marido puede hacer donaciones moderadas y con causa, mas no copiosas o sin causa que disipe el patrimonio.

En el Código civil la cuestión está resuelta. Como se desprende del artículo 1.413, párrafo 1.^º, el marido, por regla general, no puede disponer a título gratuito de los bienes comunes. Sólo se le permiten las donaciones establecidas por el art. 1.415.

(30) Sin embargo, líneas más abajo el autor hace alusión a un supuesto

En el derecho vigente no existe la posibilidad de que el marido disponga «mortis causa» de bienes concretos de la sociedad de gananciales en perjuicio de la mujer. El artículo 1.414 del Código civil, al decir que el marido no podrá disponer por testamento más que de su mitad de gananciales, establece claramente el principio de que «mortis causa» cesan las facultades que, para actos «inter vivos», se le conceden, limitando el alcance de las disposiciones testamentarias del marido, en lo que a la mujer y sus herederos se refiere, a los derechos que como participe en la comunidad le corresponden. Habida cuenta, pues, de estos principios se comprende que ni siquiera en los casos especiales en que la ley permite al marido disponer a título gratuito de bienes de la sociedad (cfr. art. 1.415 del C. c.) cabe entender que tales liberalidades puedan otorgarse «mortis causa».

Descartada, pues, la posibilidad de reconocer a los legados de bienes gananciales otorgados por uno de los cónyuges (a los ordenados por la mujer son, con mayor razón aún, aplicables los argumentos expuestos) eficacia plena e incondicionada en todo caso, pasemos ahora a examinar las teorías que atribuyen a dichos legados una eficacia relativa o limitada.

B

Eficacia relativa o limitada del legado de gananciales ordenado por uno solo de los cónyuges.

La gran mayoría de los autores que se ocupan, más o menos detenidamente, del legado de cosas de la comunidad conyugal, convienen en no atribuir a estos legados más que una eficacia relativa o limitada. Pero, aun aceptado este común denominador, las soluciones difieren notablemente tanto en orden al relieve práctico de las mismas como en lo que se refiere a su fundamentación técnica.

Las principales posiciones doctrinales que, sobre la base de reconocer al legado de gananciales una eficacia relativa o limitada, pueden señalarse, son cuatro. 1.^a Equiparación, en todo caso, del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena. 2.^a Equiparación alternativa del legado de cosa ganancial a los legados

en el que recuerda, en cierto modo, la opinión de GARCÍA. Dice ACEVEDO: «... ut puta si jubeat testator, quod servum Titium habebat Sempronius in sex mille morapetines, cum plus valerit nam per hoc non potest uxore praediicare in parte sua veri valoris servi illius...». Parece que el único perjuicio a la mujer que preocupa al clásico, en este caso, es el derivado de la valoración hecha por el testador. Cfr. ACEVEDO, ob. cit., libro V, título IX, ley V, tomo 3.^o, pág. 303.

d^r cosa propia si la cosa legada se adjudica al lote del testador o a los legados de cosa ajena en el supuesto contrario. 3.^a Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto del mismo se adjudique al lote de los herederos del testador; y 4.^a Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia del testador.

Expondremos a continuación estas cuatro posiciones para apuntar después nuestra propia opinión sobre el problema.

a) Equiparación, en todo caso, del legado de cosa ganancial al legado de cosa ajena.

Esta tesis es la sostenida entre nosotros primero por ARENAS y después, más ampliamente, por GAYOSO ARIAS (31).

El fundamento teórico de esta solución se encuentra en la construcción de la sociedad de gananciales como persona jurídica. Supuesto, en efecto, que la sociedad de gananciales sea un ente con personalidad propia, independiente de la de cada uno de los cónyuges, habrá que admitir que pertenecen a este nuevo sujeto, y no a los esposos, los bienes que integran el patrimonio conyugal. En consecuencia, el legado de un bien ganancial ordenado por uno de los cónyuges será un legado de cosa perteneciente a un sujeto distinto del testador, un legado, en suma, de cosa ajena que habrá de regirse por los artículos 861 y 862 del C. c. Por tanto, y cuando, a tenor de dichos preceptos, el legado de cosa ganancial sea válido, los herederos del testador estarán obligados a procurar la adquisición de la cosa legada, y no siendo posible deberán dar al legatario su justa estimación (32).

En mi opinión, esta articulación del legado de cosa ganancial como legado de cosa ajena no es aceptable. Y no lo es por dos razones. Primero, porque no creo que la sociedad de gananciales sea una persona jurídica, con lo cual niego que constituye el fundamento principal de esta teoría. Y segundo, porque entiendo que la misma conduce, procediendo con lógica, a conclusiones que estimo excesivas y arbitrarias desde un punto de vista práctico.

Los argumentos de quienes sostienen que la sociedad de gananciales constituye una persona jurídica pueden, sustancialmente, reducirse a dos: la autonomía más o menos absoluta de que goza el patrimonio ganancial en relación con el privativo de cada consorte, y desde el punto de vista jurídico formal, la remisión que el artículo 1.395 del C. c. hace a las normas que disciplinan el contrato de sociedad, entre las que se cuenta el artículo 1.669.

(31) Cfr. trabajos citados en nota 1.

(32) La adquisición de la cosa legada, en el caso de que el otro cónyuge o sus herederos se muestren propicios a facilitarla, puede realizarse de dos maneras: bien excluyendo del patrimonio de la sociedad en liquidación el objeto legado previo pago de su importe, que sería incorporado a aquel patrimonio para su liquidación y reparto con los demás bienes que lo componen: bien, y esto es lo más sencillo y fácil, adjudicando al lote del testador la cosa legada en la división del patrimonio común.

que atribuye, como regla general, personalidad jurídica a las sociedades civiles. Este último argumento es invocado con especial predilección por GAYOSO ARIAS (33) y ha sido esgrimido también recientemente, según tengo entendido, por ROMERO CERDEIRIÑA en apoyo de la personalidad jurídica que se pretende atribuir a la sociedad de gananciales (34).

A mi modo de ver, ni la autonomía del patrimonio ganancial ni la remisión ordenada por el artículo 1.395 son motivos bastantes para estimar que la sociedad de gananciales sea, en sí, sujeto de derechos.

La autonomía del patrimonio ganancial no es una razón para reconocer sin más, en base a la misma, personalidad jurídica a la sociedad de gananciales. Porque, si bien la personalidad jurídica es un instrumento técnico para obtener la autonomía de un patrimonio, ni es el único medio hábil para conseguir tal fin, ni es tampoco el más apropiado en todos los casos. El moderno concepto de la responsabilidad patrimonial, la teoría del patrimonio, enriquecida con la construcción técnica del patrimonio separado individual y del patrimonio separado en comunidad (35), hacen hoy innecesario acudir al artificio de la persona jurídica para explicar con él, forzosamente, todo supuesto de autonomía patrimonial. Por otra parte, la persona jurídica no siempre es el instrumento más adecuado para dotar de autonomía a ciertas masas de bienes. La contraposición terminante entre la persona jurídica de un lado y sus miembros de otro, sólo encaja perfectamente en aquellos supuestos en que el sustratum personal de la asociación (empleando la palabra en su más amplio sentido), dotado de una fuerte organización corporativa, es fungible, careciendo de importancia, o teniéndola muy relativa, las condiciones personales de los miembros. Por eso cuando no se dan esas circunstancias, la utilización de la personalidad jurídica como instrumento técnico conduce, en muchos casos, si se quiere proceder con lógica rigurosa, a consecuencias prácticas inadmisibles, salvo que la rigidez de la construcción dogmática se atempere a la realidad y no se pierda de vista la finalidad práctica que con ella se pretende verdaderamente conseguir y alcanzar (36).

(33) Ob. cit., pág. 165.

(34) Cfr. Actos de disposición sobre bienes gananciales: un parche reglamentario. Conferencia pronunciada en la Academia Valenciana de Derecho, según la resención de JULIO PASCUAL DOMÍNGO en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1949, II, pág. 573.

(35) Como dice AUGUSTO PINO—«El patrimonio separato». Cedam, 1950. pág. 2—, el patrimonio separado y el patrimonio autónomo, expresión utilizada muchas veces para designar el patrimonio común independiente, tienen una idéntica naturaleza jurídica y se diferencian el uno del otro en que el primero pertenece a un solo sujeto y el segundo a varios.

(36) Así lo sostuve, exponiendo mi punto de vista más ampliamente, en mi conferencia «La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas», pendiente de publicación en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*.

Por otro lado, tampoco resulta convincente la invocación del artículo 1.669 a través del artículo 1.395, lo cual permitiría llenar el requisito exigido por la doctrina dominante de ser necesario el reconocimiento del derecho objetivo para que la persona jurídica pueda existir. Entre otras razones, en cuya exposición no puedo detenerme (37), cabe señalar ésta. La función del artículo 1.395 del C. c., al remitir a los preceptos reguladores del contrato de sociedad en todo lo que no se oponga a lo especialmente previsto para la sociedad de gananciales es indudablemente la de llenar los vacíos normativos que puedan observarse en esa regulación especial. Pero la aplicación del artículo 1.669 del C. c. a la sociedad de gananciales, en cuanto que dicho precepto atribuye personalidad jurídica a las sociedades civiles, resulta perfectamente superflua y, por tanto, improcedente, porque la finalidad que se persigue con la concesión de personalidad jurídica a las sociedades civiles no es otra que la de dotar de autonomía al patrimonio social, evitando la aplicación de las normas reguladoras de la comunidad de bienes, y ambas finalidades se cumplen in-

(37) Estas razones, además de la invocada en el texto, son las siguientes:

1.^a Como dice LACRUZ BERDEJO (*Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1950, I, página 28), es evidente que el art. 1.669 del Código civil está pensado para las verdaderas y propias sociedades y, por tanto, no puede ser aplicable a la sociedad de gananciales, que además de hallarse regulada por normas muy distintas, no es una verdadera y propia sociedad. Y es que entre la sociedad de gananciales y las sociedades propiamente dichas existen diferencias verdaderamente fundamentales. La sociedad tiene siempre origen contractual, mientras que la sociedad de gananciales, aunque pueda nacer de pacto, tiene, normalmente, en nuestro Derecho común origen legal. Las sociedades civiles (y las mercantiles) se disuelven por causas totalmente distintas a las que determinan la extinción de la sociedad de gananciales, que no puede terminar por acuerdo de cónyuges, al revés de lo que ocurre en las primeras. La sociedad civil está organizada sobre la base de la igualdad de derechos entre los socios, lo que no ocurre en la sociedad de gananciales, en la que el marido monopoliza la administración y, en cambio, soporta preferentemente las pérdidas. Finalmente, y ésta es la diferencia más importante, el fin de ambos institutos es diferente. Porque, como dice TEDESCHI (*Il regime patrimoniale della famiglia*, volumen tercero, tomo I del «Tratado de Derecho Civil», dirigido por VASSALLI, 1950, pág. 714), mientras el fin de lucro es esencial en el contrato de sociedad, no lo es, en cambio, en la comunidad conyugal (aunque tampoco lo repugne), ya que el natural destino de los bienes de ésta es el de sostener las cargas del matrimonio.

2.^a El segundo término, el funcionamiento de la sociedad legal, muy distinto al de la verdadera y propia sociedad, no se acopla a la idea de que aquélla sea una persona jurídica. Cuando el marido, gestor de la comunidad, realiza adquisiciones a costa del caudal común o contrae alguna obligación de las comprendidas en el art. 1.408 del Código civil, *aunque obre en nombre propio* adquiere para la sociedad y obliga a ésta (cfr. arts. 1.401-1.^º, 1.408 y 1.422). Las personas jurídicas, para resultar obligadas, requieren la actuación en su nombre del que obre por ellas (se le califique de representante o de órgano). Así resulta en nuestro Derecho, con toda claridad, de los artículos 1.697, párrafo primero, y 1.698, párrafo segundo, del Código civil.

No se olvide, además, que una de las dos circunstancias que según el artículo 1.669 privan de personalidad jurídica a la sociedad es precisamente la de que los socios contraten en nombre propio con terceros, que es lo que nor-

dependientemente dentro de la regulación especial dictada para la sociedad de gananciales.

Además, aunque se reputa persona jurídica a la sociedad de gananciales, el derecho indudable que los socios tienen a una cuota del patrimonio social, ejercitable cuando llegue el momento de la disolución de aquélla y máxime tratándose de una sociedad tan especialísima como la constituida por marido y mujer, impiden considerar completamente ajenas las cosas integrantes del patrimonio ganancial, no siendo procedente, en consecuencia, regular el legado de gananciales como un simple legado de cosa ajena, lo cual, como antes se apuntaba, llevaría a consecuencias prácticas excesivas y exorbitantes. Porque, efectivamente, si el legado de cosa ganancial fuera un simple legado de cosa ajena, habría de proclamarse su nulidad en la mayor parte de los casos. Veamos por qué.

Desde el derecho romano hasta nuestros días viene exigiéndose para la validez del legado de cosa no perteneciente al testador

malmente ocurre en la sociedad de gananciales. La contratación habitual en nombre propio es la forma de mantener secretos entre los socios los pactos sociales (primera circunstancia excluyente de la personalidad jurídica según el artículo 1.669), especialmente cuando éstos no han revestido formalización pública, que es el caso normal de la sociedad de gananciales, que aunque rige por ministerio de la ley, puede no existir si se estipula otro régimen conyugal. Vemos, pues, que aunque se estimara aplicable el art. 1.669 a la sociedad de gananciales, sería bastante dudoso que, a tenor de dicho precepto aquélla gozara de personalidad jurídica.

3.* La personalidad jurídica reclama un patrimonio propio que habrá de responder exclusivamente, o al menos en primera línea, de sus obligaciones. De las obligaciones de la sociedad de gananciales responden en el mismo plano los bienes comunes y los privativos del marido (cfr. art. 1.422 del Código civil), y no responden, por lo menos como regla general, los bienes particulares de la mujer.

¿Qué opina sobre esta cuestión la jurisprudencia? Mientras la doctrina de la Dirección general, muy nutrida sobre la materia, tiende a configurar a la sociedad de gananciales como un patrimonio en mano común, la jurisprudencia del Supremo ha hablado en ocasiones de la sociedad de gananciales pensándola entidad jurídica distinta de la personalidad de cada uno de los cónyuges. (Confróntense sentencias de 22 de mayo de 1915 y de 18 de diciembre de 1950). Esta última sentencia sostiene que la sociedad de gananciales constituye una entidad distinta de la persona física de los cónyuges, para deducir de ahí que la venta hecha al marido de una de las condueñas, y referente a una participación proindiviso en una cosa común, es venta hecha hacia un extraño, aunque la participación comprada tenga carácter ganancial del comprador y de su esposa. Da lugar, en consecuencia, al retracto de comuneros. A mi entender, el Alto Tribunal no necesitaba apelar a esta construcción para llegar al mismo resultado práctico. Bastaba con que hubiese afirmado que al adquirir la participación vendida carácter ganancial de una copropietaria y de su esposo, viene a caer bajo el control exclusivo, o casi exclusivo, de éste, extraño a la comunidad. Y, por tanto, como la finalidad del retracto de comuneros es, al mismo tiempo que la de procurar la eliminación del condominio, la de evitar la ingerencia de elementos extraños en la comunidad, pudo dar lugar al retracto estimando que en el caso concreto se daban las razones que justifican la existencia de dicho instituto.

que éste sepa que la cosa que lega es ajena (38). En nuestro derecho, el artículo 861 del C. c. establece que el legado de cosa ajena, si el testador al legarla sabía que lo era, es válido, y el artículo 862, como lógico complemento, declara la nulidad del legado cuando el testador ignoró dicha circunstancia, correspondiendo al legatario probar que el testador sabía ser ajena la cosa legada (art. 861, párr. 2.º) (39).

A la luz de estos preceptos sólo muy raramente podrá sostenerse la validez del legado de gananciales si se estima que el mismo constituye un caso de legado de cosa ajena.

En primer término, no cabe duda que de acuerdo con dicha tesis, el legado de gananciales será nulo si el testador, erróneamente, ha creído que era de su propiedad exclusiva la cosa ganancial legada. Esta solución, quizá demasiado dura, incluso en esta hipótesis, es, desde luego, la que mantiene GAYOSO ARIAS (40) para el evento indicado.

Pero esta primera hipótesis no preocupa grandemente a los partidarios de la teoría que estamos impugnando. Dice GAYOSO, con razón, que siendo el régimen ganancial una noción jurídica tan vulgarizada, lo corriente, lo normal, es que el testador, al disponer de una cosa ganancial, sepa efectivamente que la cosa legada tiene ese carácter. Estamos conformes con esta afirmación de GAYOSO. Pero lo que no cabe sostener, a mi juicio, es que los testadores normalmente consideran ajenas las cosas integrantes del patrimonio ganancial, lo que sería necesario para la validez del legado si éste fuera efectivamente un simple legado

(38) Al decir de BIONDI (cfr. *Successione testamentaria e donazioni*, volumen X del «Trattato di Diritto Romano», dirigido por ALBERTARIO, pág. 421), parece que en un principio el legado de cosa ajena se consideró válido incondicionalmente. Pero después, una decisión de NERAZIO, confirmada por ANTONIO Pfo, declaró válido el legado solamente en el caso de que el testador supiera que la cosa que legaba era de otro. Excepcionalmente, el legado de cosa ajena reputada propia por error, fué considerado válido en algunos casos (legado de manumisión, y el hecho *proximae personae vel uxori, vel tali alii personae*). casos extendidos por los doctores del Derecho común a algunos otros que se consideraron merecedores de favor, como los legados píos y los remuneratorios.

En nuestro Derecho, dice POLACCO (*De las Sucesiones*, segunda edición, revisada por ASCOLI y EVELINA POLACCO, traducción española de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1950, tomo I, pág. 391), refiriéndose al italiano, no se establece ninguna excepción para el requisito de que el testador conozca que lo que lega es ajeno. Y otro tanto puede decirse del Código civil español. El criterio del B. G. B. es, sin embargo, más flexible. Aunque en principio el legado de cosa no perteneciente a la herencia es, como tal, ineficaz, si la voluntad del testador resulta que tiende, de manera demostrable, a que el designado reciba el objeto, aunque no pertenezca a la herencia, el legado es eficaz como legado de «suministro». (Parágrafo 2.169 del B. G. B. Cfr. tomo V, vol. segundo del *Tratado de ENNECKERUS*, por KIP, cit. más atrás, págs. 173 y 174).

(39) En el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, no se exige que el conocimiento del testador resulte del mismo testamento.

(40) Ob. cit., pág. 172.

de cosa de otro. No es fácil que haya ningún marido, pongo por ejemplo, que repute ajeno lo que ha adquirido a su nombre y con su esfuerzo, y esto aunque le conste el carácter ganancial de la adquisición. Sólo de un esposo perito en derecho, conocedor de las diversas teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y convencido, además, de que ésta es una persona jurídica, podría decirse, con fundamento que ha reputado ajena una cosa ganancial y que ha querido legarla como tal cosa ajena. Pienso honradamente que un marido que reúna todas estas condiciones es realmente una «rara avis». Luego, salvo este caso, a todas luces excepcional y académico, en los demás habría que declarar nulo el legado de una cosa ganancial ordenado por cualquiera de los cónyuges.

GAYOSO se hace cargo de esta dificultad. Lo corriente—dice— es que el testador, conocedor de que la cosa es ganancial, crea que aquélla le pertenece por mitad con el otro cónyuge. Pero es que, aunque partamos de esta base, y siempre considerando que los bienes gananciales son ajenos, el legado no será por ello menos nulo. En efecto, si entendemos que el testador ha querido hacer simplemente un legado de cosa en parte propia y en parte ajena, tal como lo prevé el artículo 864 del C. c. (de cuyo artículo nos ocuparemos después ampliamente), tendremos que el legado será nulo en cuanto a la parte que el testador reputó propia, y que realmente no lo es si se acepta la tesis que impugnamos, y será nulo también en cuanto a la parte que el testador estimó que era ajena, porque, en principio, el artículo 864 entiende que los legados de cosas en que el testador tiene una parte se concretan exclusivamente a ella. Y hasta en el supuesto de que el testador hubiese declarado expresa y terminantemente que legaba, no sólo la parte propia, sino también la ajena, el legado habría de limitarse, paradójicamente, a ésta.

GAYOSO reconoce que estas son las consecuencias que lógicamente se desprenden de su tesis. Trata de atenuarlas diciendo que en este caso se debe aplicar la doctrina romanista según la cual aunque el testador ignore que la cosa legada es ajena hay que dar por válida la disposición si puede presumirse que, aún habiéndolo sabido, hubiera ordenado el legado. Pero sobre que esta doctrina no tuvo nunca carácter general, sino que se refirió siempre a casos concretos, más o menos extendidos, su aplicación al derecho vigente olvida el carácter terminante de los artículos 861 y 862 del Código civil que para cortar toda posible discusión sobre el particular exigen concluyentemente el requisito del conocimiento del testador sobre el carácter ajeno de la cosa (41).

(41) GAYOSO, además, al hacer aplicación de esta doctrina invoca el art. 864 del Código civil, limitando en la hipótesis estudiada el alcance del legado a la mitad de la cosa. Pero la aplicación del art. 864 sólo puede conducir, aceptando la tesis de que las cosas gananciales son ajenas, a la nulidad del legado, como

A mi modo de ver, y según ya he dicho, el legado de cosa ganancial no puede considerarse un simple legado de cosa ajena (42) y por ello no cabe, en principio, llegar a las conclusiones prácticas, tan graves, que acabo de denunciar. No es procedente, pues, la aplicación *en bloque* a los legados de cosa ganancial de las normas que regulan los legados de cosas ajenas, lo cual no se opone, naturalmente, a que por analogía puedan invocarse para el legado de cosa ganancial *algunas* de las soluciones dictadas para el legado de cosa ajena cuando la razón de derecho de dichas soluciones se dé igualmente en los dos supuestos.

b) *El legado de cosa ganancial como legado de cosa propia si el objeto a que se refiere se adjudica a los herederos del testador, y como legado de cosa ajena en el caso contrario :*

Con arreglo a esta tesis, que tiene su fundamento teórico en el efecto retroactivo que se atribuye a toda partición, concebida como activo declarativo, si la cosa legada se adjudica en la división del patrimonio ganancial al lote de los herederos del testador hay que entender que a éste ha pertenecido, desde el comienzo de la comunidad, la cosa legada. En consecuencia estaremos, en esta hipótesis, ante un legado de cosa propia perfectamente válido. Por el contrario, si la cosa legada se adjudica al otro cónyuge deberá entenderse que la cosa no perteneció nunca al testador, y, por tanto, debe estimarse legada una cosa ajena. Sobre esta base no es necesario, para dar validez al le-

ya hemos visto. Cualquiera otra aplicación del precepto resulta difícilmente compatible con esta tesis. Por esto los razonamientos de GAYOSO invocando dicho artículo resultan confusos y contradictorios. (Cfr. ob. cit., pág. 170 *in fine*.)

(42) Otra cosa sería, ciertamente, pretender aplicar por analogía al legado de gananciales las normas que regulan el legado de cosa ajena, aun admitiendo que no se trata de un legado de esta clase. Quizá sea éste el pensamiento de KIPP cuando dice (obra y lugar citados) que el legado de un objeto perteneciente a un patrimonio en mancomún en que esté interesado el testador, ha de considerarse legado de cosa no perteneciente a la herencia. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el Derecho alemán se habla más que de legado de cosa ajena de *legado de cosa no perteneciente a la herencia*, y que la regulación de estos legados es más flexible que la del legado de cosa ajena en los países latinos.

Con la tesis que, negando ser la cosa ganancial una cosa ajena, sostuviera, sin embargo, la aplicación por analogía, a los legados de cosa ganancial, de las normas reguladoras de los legados de cosa ajena, podría entenderse sustituido el requisito subjetivo del conocimiento del testador, en orden al carácter ajeno de la cosa, por el conocimiento de la naturaleza ganancial de la cosa legada.

Con todo, y aunque creo que alguna de las soluciones y principios formulados para el legado de cosa ajena son aplicables, por analogía, al legado de gananciales, no me parece procedente una aplicación analógica integral de aquellas normas, como más adelante expondré. Además, el hecho de no ser el legado de cosa ganancial legado de cosa ajena plantea problemas específicos en cuanto a su extensión, que no se suscitan en tema de legados de cosas totalmente ajenas.

gado en la segunda de las dos hipótesis contempladas, que el testador haya reputado ajena la cosa legada. Basta con que haya sabido que es ganancial. Si conoce este extremo, lo cual, como dice la revista de «Legislación y Jurisprudencia» debe presumirse, sabe también que la cosa, en la división del haber ganancial, puede adjudicarse a la otra parte y en consecuencia que puede llegar a ser ajena.

Esta teoría, que es la sostenida entre nosotros por la revista General de Legislación y Jurisprudencia (43), al evacuar una consulta que se le formuló, es también la que palpita en el artículo 1.423 del Código civil francés. Dispone este artículo en su párrafo segundo que si el marido lega (44) un bien de la comunidad conyugal, el legado se cumplirá en especie, y el objeto legado habrá de entregarse por entero al legatario, si dicho objeto, en la partición, cae en el lote de los herederos del marido, y, por el contrario, se cumplirá por equivalente si la cosa legada se adjudica a la mujer o a sus herederos, en cuyo caso el legatario podrá pretender de los herederos del marido el valor total de la cosa legada, respondiendo de este valor dichos herederos tanto con la parte que en la comunidad tenía su causante como con los bienes particulares de éste. Para explicar este precepto, los autores franceses utilizan la teoría del efecto retroactivo de la partición (teoría, por lo demás, netamente francesa) y estiman, en consecuencia, que el legado resultará de cosa propia del marido si se adjudica al lote de éste, o de cosa ajena en el supuesto contrario.

Así entendido el precepto, su contenido (en la segunda de las dos hipótesis posibles), resulta en contradicción, aparente al menos, con lo dispuesto por el artículo 1.021 del mismo Código francés que declara nulos los legados de cosa ajena (45). La doctrina francesa, a la vista de esta disposición del artículo 1.021 del Code, ha tratado de explicar el artículo 1.423 de diversos modos. Para algunos autores como TROPLONG y MARCADIÉ (46), lo establecido en el artículo 1.423 al afirmar la validez del legado en el caso de que la cosa objeto del mismo se adjudique a la mujer, en cuyo caso debe entregarse el valor de lo legado, obedece a la necesidad de prevenir el fraude que en otro caso podría producirse. Si el legado se declarase nulo de ser adjudicada a la mujer la cosa legada bastaría a los herederos del marido,

(43) Cfr. consulta citada en nota 1.

(44) El precepto dice: si el marido «dona testamentariamente».

(45) El fundamento del art. 1.021 del Código civil francés se encuentra, probablemente, como dice TRASBOT (tomo V del tratado de PLANOL RIPERT, cit. página 640), en el deseo de evitar las dificultades suscitadas en la práctica, en relación con la prueba de si el testador sabía o no ser ajena la cosa legada. La jurisprudencia ha templado algo el rigor del precepto. Cfr. sobre la interpretación jurisprudencial del art. 1.021 del Código civil francés la citada obra de TRASBOT, página 641.

(46) Cits. por BAUDRY LACANTINERIE en ob. cit., pág. 626.

para frustrar la voluntad del testador, ponerse de acuerdo con la mujer para incluir en su lote el objeto legado. Para otros autores lo que ocurre es que el artículo 1.021 no se aplica a los legados de cosas en las que el testador tiene una parte (47). Una tercera tesis defendida por LAURENT (48) y NAST (49), sostiene que el artículo 1.423 del Código civil se funda en la presunta intención del testador, que al legar un objeto de la comunidad ha tenido que contar con la eventualidad de que la cosa legada se adjudique a la mujer en la partición, siendo lógico suponer que, para tal evento, ha querido legar el valor de la cosa. Finalmente, una cuarta posición, sostenida entre otros por COLÍN y CAPITANT (50), funda el artículo 1.423 en los poderes especiales del marido sobre la comunidad (51).

La importancia práctica de esta discusión estriba en la posibilidad de extender el artículo 1.423 a los legados de bienes comunes ordenados por la mujer. Parece, que a tenor de las tres primeras teorías, la respuesta debe ser afirmativa (52). En cambio, la cuarta excluye toda posible aplicación del precepto a los legados ordenados por la mujer. Precisamente dicha teoría se ha formulado para justificar el criterio de la jurisprudencia francesa que, muy reiteradamente, ha dicho que el artículo 1.423 del Code es de interpretación restrictiva.

Pero dejemos ya de ocuparnos en particular del artículo 1.423 del Código francés y veamos si la construcción, que, según la doctrina francesa, le inspira es o no aceptable en nuestro derecho, que no cuenta, desde luego, con un precepto similar.

Indudablemente, la teoría que reputa el legado de cosa ganancial legado de cosa propia o legado de cosa ajena, según que la cosa legada se adjudique en la división del haber común al lote del testador o al de su cónyuge, es una teoría que, además de obviar los inconvenientes prácticos que se oponen a la que en primer lugar expusimos, cautiva a primera vista por su sencillez. Tiene, sin embargo, el inconveniente de apoyarse en un fundamento técnico deleznable, el efecto retroactivo de la partición en virtud del cual si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador hay que entender que siempre perteneció a éste, o al otro cónyuge en el caso opuesto. Porque ¿es admisible

(47) En este sentido, DURANTON, MOURLON y otros autores citados por B. LACANTINERIE en obra y lugar citados.

(48) Ob. cit., pág. 44.

(49) Ob. cit., pág. 604.

(50) Ob. cit., pág. 214.

(51) Sin embargo, como dice con razón NAST (ob. cit., pág. 604), le ser cierto que el art. 1.423 se fundara en las facultades especiales del marido, el legado de una cosa común hecho por aquél debería cumplirse, siempre en especie, sin que la cosa legada pudiera incluirse en el lote de la mujer.

(52) Esto, no obstante, LAURENT (obra y lugar citados), estima que por ser el art. 1.423 una excepción a lo dispuesto en el art. 1.021, debe ser interpretado restrictivamente.

esta construcción, de puro sabor francés, según la cual la partición es un acto declarativo con efectos retroactivos? Después de todo lo que se ha escrito sobre el particular no creo necesario ocuparme detenidamente del tema. Basta recordar que la teoría declarativa es rechazable porque se apoya en definitiva en una ficción y trata de borrar la situación previa de indivisión que indudablemente ha existido (53). Como dice MARTÍN LÓPEZ (54) la partición no puede considerarse acto meramente declarativo porque los actos declarativos no modifican situaciones jurídicas preestablecidas, y en cambio la partición altera, indudablemente, el estado anterior de comunidad. Por otra parte los inconvenientes prácticos para evitar los cuales se ha ideado la teoría declarativa y que se atribuyen al sistema traslativo lo son más bien de la concepción atomista y rabiosamente romana de la comunidad hereditaria. Articulando ésta en forma distinta desaparecen aquellos inconvenientes en cuanto no quepa la disposición individual y aislada sobre participaciones o cuotas de derechos concretos (55).

Lo que ocurre en realidad, al morir el testador, es que, con su herencia, pasa a los herederos el derecho que le corresponde sobre el patrimonio común (56), cuyo derecho es sustituido por los bienes concretos que se adjudiquen a su lote en la división de aquél. Es pues a todas luces exagerado e inexacto entender que, en virtud de la partición, el testador ha tenido siempre, o no ha tenido nunca, la propiedad exclusiva del objeto ganancial legado.

También, la teoría que estamos comentando, desde el punto de vista práctico puede conducir a consecuencias absurdas a pesar de que, en este terreno, parezca, a simple vista, sencilla y viable. En efecto, con arreglo a dicha teoría para determinar cuál es la naturaleza del legado de una cosa de la comunidad conyugal ha de esperarse al resultado de la partición. Si en ésta la cosa legada

(53) Entre los mismos autores franceses, muchos reconocen el carácter ficticio de la teoría declarativa. Cfr. MAURY y VIALLETÓN, tomo IV del tratado de PLANIOL RIPERT cit., págs. 694 y siguientes.

(54) Carácter y efectos de la partición de herencia, en «Revista de Derecho Privado», 1936, pág. 88.

(55) A mi modo de ver, la partición puede imaginarse como un acto especificativo cuyo mecanismo consiste en que cada uno de los participes renuncia al derecho que le corresponde sobre los bienes adjudicados a los demás, con lo cual el derecho que el adjudicatario ya tiene sobre los bienes adjudicados y que ha recibido del causante, se convierte en un derecho normal y unitario al cesar sobre el objeto la limitación que supone el derecho de los demás propietarios. Esta elasticidad (la doctrina habla, impropiamente quizás, de acrecimiento) de la copropiedad es como dice SALIS (cfr. *La comunione*, pág. 6 y siguientes), una de sus características más acusadas. Así se explica que en todo caso, y con respecto a la totalidad de los objetos adjudicados, cada heredero haya de reputarse sucesor directo del causante sin perjuicio de las relaciones jurídicas existentes entre los coherederos.

(56) Más exactamente, los derechos que como participe en el patrimonio ganancial le corresponden sobre los bienes que integran éste.

se adjudica al lote del testador, el legado lo será de cosa propia, y si se adjudica al otro cónyuge, de cosa ajena. Por consiguiente: si la cosa legada se adjudica a ambos cónyuges previa su división, hipótesis perfectamente posible, tendremos un legado vulgar y corriente de cosa en parte propia y en parte ajena. Careciendo en nuestro derecho de un precepto paralelo al artículo 1.423 del Código civil francés habrá que aplicar inexcusablemente en tal hipótesis el artículo 864 del Código civil que regula estos legados. A tenor de este artículo, que limita el alcance de dichos legados a la parte propia del testador, salvo que éste expresamente haya declarado que lega la cosa por entero, el legado habrá que limitarlo a la parte de la cosa adjudicada al lote del testador. Y así tendremos la consecuencia absurda de que el legado irrogará un beneficio menor en esta hipótesis al legatario que el que le proporcionaría la adjudicación completa de la cosa legada al otro cónyuge, ya que, en este caso, al ser el legado un legado de cosa totalmente ajena habría que entregar al legatario todo el valor de la misma. Paradójicamente, pues, con esta teoría, saldrá más beneficiado el legatario si a la herencia del testador nada se le adjudica en la cosa legada que si se le adjudica parte. Queda dependiendo, así, de un factor aleatorio, cual es el resultado de la partición, no ya la forma de cumplir el legado, sino la extensión del mismo.

c) *Condicionamiento de la eficacia del legado a que la cosa objeto de aquél se adjudique a los herederos del testador:*

Según esta tercera posición si la cosa legada se adjudica a los herederos del testador, el legado es válido y, naturalmente, debe cumplirse: «*in natura*». Por el contrario, si lo cosa legada, en la liquidación del patrimonio común, se adjudica al otro cónyuge o a terceros (acreedores o adjudicatarios para pago de deudas, por ejemplo), el legado es ineficaz. Y si sólo una parte de la cosa legada se adjudica a los herederos del testador a ella se contrae definitivamente el legado.

Podemos adscribir a esta tesis a SCUTO en la doctrina italiana y a MARIO DÍAZ CRUZ por lo que se refiere al derecho español.

SCUTO (57) estudia de una manera general el legado de cosa perteneciente a una «universitas iuris» sobre la cual corresponda un parte al testador, supuesto amplio dentro del que cabe, claro es, el particular que a nosotros nos ocupa. En la hipótesis expuesta, dice SCUTO, el legatario no subentra en la cuota abstracta que al testador corresponde, sino que sólo tiene derecho a un cieterminado objeto en cuanto éste venga atribuído en la división al testador (o a sus herederos), a menos que resulte clara

(57) *Il legato di cose non existenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, en «Rivista di Diritto Civile», tomo octavo, 1916, páginas 58 y siguientes.

la voluntad de aquél (lo que según SCUTO no puede presumirse), de legar a cambio del objeto su valor en el caso de que el objeto no venga atribuído a su cuota. La suerte del legado queda, pues, subordinada al resultado de la división del patrimonio de que forma parte la cosa legada.

SCUTO invoca en apoyo de su tesis diversas razones. En primer lugar, dice, debe aplicarse a estos legados el principio fundamental de que los actos de enajenación cumplidos por uno de los partícipes y relativos a una cosa que forma parte de un patrimonio en comunidad son válidos o nulos, según el resultado de la división. En segundo término estima que lo más conforme con la voluntad del testador es entender que éste ha querido legar el objeto para el caso, solamente, de que el mismo se le adjudique en la división de la «universitas» de que aquél formaba parte. El efecto retroactivo de la partición determinará la plena eficacia del legado si la cosa se adjudica al lote de los herederos del testador. En la hipótesis contraria, el legado no puede valer como legado de cosa ajena porque el testador, a juicio de SCUTO, sólo ha entendido legar el objeto como cosa propia. Se trata en sustancia de un legado de cosa eventualmente propia y en el que la eventualidad está constituida por el hecho de que la cosa, en la división, venga atribuída al propio lote.

A mi modo de ver estos argumentos de SCUTO no son convincentes. Aunque sea cierto que el legado de un bien ganancial, como acto dispositivo de *mortis causa*, no pueda tener eficacia más que si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador, ésto no presupone que la validez total del legado, *especialmente en su dimensión de carga testamentaria*, haya de quedar subordinada a esta circunstancia. Precisamente, el legado de esta cosa ajena es un ejemplo palmario de cómo un acto «*mortis causa*», ineficaz «per se» como acto dispositivo, tiene, sin embargo, valor jurídico en el sentido de obligación impuesta al heredero. Por otra parte, entender que la voluntad del testador ha sido la de querer ordenar un legado eventual subordinado a la aleatoriedad circunstancial de que la cosa se adjudique a sus herederos en la división del caudal común no me parece una interpretación acertada de la voluntad testamentaria. No es éste, desde luego, el criterio interpretativo que de la Ley se desprende. En el legado de cosa ajena el Código civil estima, si la adquisición de la cosa legada no resulta posible, que la voluntad del testador ha sido la de que, en tal caso, se abone al legatario el valor de la cosa. La misma razón hay para sostener que la voluntad del testador fué ordenar subsidiariamente el pago del valor de la cosa ajena legada en el caso de que los herederos no puedan conseguir su adquisición, que en el supuesto de que no les sea posible obtener su adjudicación en la división del patrimonio común. También el legado de cosa ajena podría quedar subordinado a la circunstancia de que la adquisición de aquélla resul-

tase posible, para establecer, por consiguiente, su ineficacia en el caso de que el dueño de la cosa legada se negara a vender ésta a los herederos. Y, sin embargo, la Ley no lo entiende así. De hecho, además, si la tesis que estamos considerando prosperara es evidente que casi siempre la eficacia del legado quedaría abandonada a la voluntad de los herederos que, de acuerdo con el otro cónyuge, podrían burlar con facilidad la liberalidad ordenada por el testador. Ya hemos visto que una de las explicaciones que la doctrina francesa encuentra al artículo 1.423 del Código civil consiste, precisamente, en entender que este artículo ordena el pago del valor de la cosa legada si ésta se adjudica al lote de la mujer para evitar el fraude que en otro caso se brindaría a los herederos del marido como solución sencilla y excesivamente tentadora.

Expongamos ahora el punto de vista de DÍAZ CRUZ (coincidente en el fondo con el de SCUTO).

Estudiando concretamente DÍAZ CRUZ (58) el legado de cosa ganancial y después de apartarse de la tesis que reputa a éste legado de cosa ajena, cree que para dar solución a los problemas planteados por aquella figura jurídica hay que partir del artículo 864 del Código civil. Según este precepto, al que ya hemos aludido reiteradamente y al que todavía habremos de dedicar después más atención, *si el testador tuviese sólo una parte o derecho en la cosa legada el legado se limitará a esa parte o derecho a no ser que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero*. Ahora bien, dice DÍAZ CRUZ, no puede dudarse de que antes de la división del patrimonio ganancial el testador tiene un derecho sobre la cosa ganancial legada como sobre todos los demás que integran aquel patrimonio. Este derecho no es un derecho de copropiedad ordinario de que el testador pueda disponer, sino que es un derecho eventual sujeto a extinguirse si al liquidarse la sociedad no hay ganancias (59), o a consolidarse plenamente si se adjudica el objeto legado al cónyuge que lo legó, o a proyectarse sobre la mitad del mismo si sólo se lo adjudicase una parte de él. En suma, pues, y en su opinión, el legado será totalmente válido si la cosa legada se adjudica a los herederos del testador, parcialmente eficaz si sólo una parte de aquella cosa resulta adjudicada a los mismos, e ineficaz en los demás casos.

La crítica que antes hemos hecho de la posición de SCUTO parece igualmente referible a la construcción de DÍAZ CRUZ. Dice este autor que el derecho del cónyuge testador o de sus herederos sobre la cosa ganancial legada es un derecho eventual. La afirmación es discutible. Es cierto que la división mo-

(58) Ob. cit., pág. 211.

(59) Lo cual no siempre será exacto. DÍAZ CRUZ no tiene en cuenta la distinción entre bienes comunes y ganancias.

dificará este derecho o podrá extinguirlo por completo, pero hay que tener en cuenta que ésto, por regla general, no se puede hacer sin la intervención y consentimiento de los herederos del testador, que, aunque no sean los árbitros de la división, no pueden, indudablemente, ser excluidos de la misma. Además, la extinción del derecho del testador o de sus herederos sobre la cosa común, como consecuencia de la partición, podrá influir, e influirá, desde luego, en la forma en que haya de cumplirse el legado, pero esto no prejuzga la cuestión, completamente distinta, de saber si la voluntad del testador fué para la hipótesis de imposibilidad de cumplir el legado «*in natura*», la de imponer a los herederos la obligación de satisfacer al legatario el valor de la cosa legada o de parte de ella, voluntad perfectamente presumible para el caso de que los herederos, aunque no adquieran la cosa legada, reciban, a expensas del patrimonio común, y merced a los derechos que sobre él competían al testador, otros bienes de valor equivalente.

En resumen, no creo que, a falta de determinación expresa del testador, pueda presumirse que su voluntad fué la de ordenar un legado eventual. Lo normal es que el testador, al menos el testador no versado en materias jurídicas, se considere dueño sin limitaciones de la mitad de la cosa ganancial legada. Y es también perfectamente posible que el testador suponga que ninguna dificultad se opone a la plena eficacia del legado siempre que a su cónyuge se le adjudiquen otros bienes suficientes en pago de su haber.

d) *Tratamiento del legado de gananciales como legado de cosa en parte propia del testador y en parte ajena.*

Esta teoría, defendida aún por algún autor moderno, PIOLA (60), por ejemplo, es la que con más o menos claridad apuntan los autores antiguos que se ocupan del legado de una cosa perteneciente a la comunidad conyugal (61).

Naturalmente, esta posición doctrinal tiene su fundamento en la idea de que cada uno de los bienes que componen el patrimonio ganancial pertenece proindiviso y por mitad a cada uno de los cónyuges.

Considerado el legado de gananciales como un simple legado de cosas común, el primer problema que hay que resolver, y el principal al mismo tiempo para esta tesis, es el de determinar la extensión del legado. Porque el legado de una cosa sobre la cual el testador sólo tiene una participación proindiviso puede, desde el punto de vista de su extensión, concretarse a esa

(60) *Communione dei beni fra coniugi*, en «Digesto Italiano», vol. VII, parte tercera, pág. 807.

(61) Especialmente entre los antiguos comentaristas del Derecho francés, así BOURJON, LEBRUN, POTHIER, etc.

participación, o puede, por el contrario, comprender toda la cosa, en cuyo caso, y como señala unánimemente la doctrina, el legado funciona como legado de cosa propia por lo que se refiere a la parte del testador, y como legado de cosa ajena por lo que mira a la que no le pertenece. Pero, ¿cuándo debe entenderse que el legado tiene que quedar limitado a la parte propia del testador y cuándo hay que estimar que ha de alcanzar también a la parte ajena? Desde luego, siendo en esta materia factor decisivo la voluntad del testador es incuestionable que la duda no podrá surgir si aquél limita expresamente el legado a su participación en la cosa (como si, por ejemplo, dice, «lego la mitad que me corresponde en el fundo X»), o si, diversamente, expresando en su testamento que sabe no pertenecerle en la cosa que lega más que una parte, declara, no obstante, que la lega totalmente (así si establece «lego en su totalidad el fundo X del que no tengo más que la mitad»). Pero entre estos dos supuestos extremos cabe otro intermedio. El legado que la antigua doctrina llamaba legado «simpliciter» de cosa común. Es decir, aquel legado en el cual el testador no limita expresamente su alcance a la parte que le corresponde en la cosa común, pero tampoco lo extiende terminantemente a la parte ajena. Es el caso, por ejemplo, en que el testador, dueño solamente de la mitad indivisa del fundo X, diga simplemente en su testamento «lego a B el fundo X». En este supuesto, ¿se entiende legada toda la cosa o solamente la parte del testador en la misma?

El problema estriba, entonces, en interpretar conjeturalmente la voluntad del testador, lo cual no es sencillo. Ya en el derecho romano se entendió que para estimar legada la parte ajena no era suficiente que el testador supiese que la cosa que legaba no le pertenecía por entero, con lo cual se marcó una diferencia interesante entre el legado de cosa totalmente ajena (cuya validez dependió sólo, desde este punto de vista, de que el testador supiese que la cosa legada no le pertenecía) y el legado de cosa parcialmente propia, en el cual no bastó para entender también legada la parte ajena que el testador tuviese conocimiento de que la cosa legada no era suya por completo (62). Aparte de esto, el derecho romano no estableció un sistema general de conjeturas para este supuesto. El problema era, en cada caso, una cuestión de hecho, consistente, como dice Biondi (63), en deducir de los términos del testamento la voluntad del testador. Una regla de interpretación aparece, sin embargo, formulada. Si el testador al legar

(62) Esta diferencia es hasta cierto punto lógica. Si se trata de cosa totalmente ajena, y el testador lo sabe, es evidente que su voluntad sólo pudo ser la de imponer a los herederos la carga de su adquisición, mientras que si el legado lo es de cosa parcialmente propia, aun sabiéndolo el testador, la disposición puede ser eficaz a través de dos posibilidades: limitándola a la parte perteneciente al testador o extendiéndola también a la parte ajena. Es ya más delicado saber cuál de estas dos posibilidades fué la querida por el testador.

(63) Ib. cit., pág. 427.

«simpliciter» la cosa en la que sólo tenía una parte había empleado el posesivo «mío» (mi casa, mi fundo) el legado se entendía, desde luego, limitado a la porción correspondiente al testador.

Esta regla interpretativa concreta fué recogida después por la doctrina del derecho intermedio, pero en él se planteó ya con todo detenimiento la controversia sobre la extensión del legado «simpliciter» de cosa común, especialmente cuando aquella regla interpretativa concreta del derecho romano no pudiera ser aplicada. Las opiniones se dividieron y así, mientras ACCURSSIO y DONELLO entendieron que debía estimarse legada la cosa por entero siempre que el testador hubiera conocido que aquélla no era enteramente suya, y esto por aplicación llana y sencilla de la doctrina referente a los legados de cosas totalmente ajenas, otros, como BARTOLO, BALDO, DUARENTO, VENNIO y VOET, seguidos, entre otros, por ANTONIO GÓMEZ (64), sostuvieron lo contrario; es decir, que el legado «simpliciter» de cosa común ha de limitarse a la parte propia del testador. «El legado de una cosa —dice VENNIO (65)—en la que el testador no tiene más que una parte, se presume no ser más que de esta parte, aunque no haya términos en la disposición que la restrinjan expresamente a ella.» Se aplica al caso la máxima de la Instituta «Nemo prae sumit ut haeredem suum redemp tione rei alienae gravare velle» (66).

Esta doctrina, que fué después recogida por algunas legislaciones modernas como la italiana (art. 839 del Código de 1865) y la mejicana, es también la que inspira el artículo 864 del C. c., cuyo texto hemos expuesto ya anteriormente (67).

(64) *Variac resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Madrid, 1780, tomo tercero, página 342, cap. 12, *De legatis*, núm. 15. «Item quaequo, si testator legavit simpliciter fundum, vel rem, in qua habet ius, vel partem, an illam tantum videatur legare, vel totum fundum, vel rem, et sic debeatur aestimatio partis alienae? Et resolutive dico, quod tantum videtur legare ius, vel partem, quam habet in re, et pars aliena non debetur in re, nec in aestimatione... Cujus ratio in nostra conclusione principali vera et fundamentalis est: quia quando legatur res penitus aliena, non potest animus defuncti magis applicari ad unam partem quam ad aliam, sed quando habet ius vel partem in ea, ad illud tantum adaptatur et applicatur mens et voluntas ejus».

(65) Cit. por POTHIER, ob. cit., pág. 262.

(66) No se puede presumir, estima VENNIO, que el testador ha querido gravar al heredero con la carga de adquirir una cosa (en nuestro caso la parte ajena de la cosa común) no perteneciente a la herencia. Por esto la aplicación de la máxima de la Instituta al legado de cosa común presupone la limitación del legado a la parte propia del testador, aunque éste sepa que la cosa no le pertenece por completo y mientras en el testamento no disponga expresamente lo contrario. En cambio, en el legado de cosa totalmente ajena no cabe aplicar el aforismo citado si el testador sabía ser ajeno lo que legaba, ya que en tal caso su voluntad sólo pudo ser la de imponer al heredero la carga de su adquisición.

(67) El precepto, tal como está redactado, no es tan claro como el art. 681 del proyecto de Código de 1851 y el 849 del de 1882, que establecían la limitación del legado a la parte propia del testador, salvo que éste declarase «saber ser la cosa de otro parcialmente y que, no obstante esto, la legaba por entero». Pero en realidad, el art. 864 actual no ha querido decir cosa distinta a lo establecido en el art. 681 del proyecto de 1851 y 849 del de 1882. El requisito de que

Ahora bien, esta tesis que limita el alcance del legado «*simpliciter*» de cosa común a la parte propia del testador fué elaborada pensando en el supuesto de comunidad simple y no precisamente en el caso de que la cosa común se integre dentro de una comunidad más amplia y compleja como es la comunidad conyugal. Por eso observamos que hay autores que aun aceptando el postulado de que el legado «*simpliciter*» de cosa común se limita a la parte propia del testador entienden que esta doctrina no es aplicable al caso de legado de cosa propia perteneciente a la comunidad conyugal. Pothier nada menos es defensor de este criterio. «La razón que sirve de fundamento a la opinión de Vinnio —dice POTHIER (68)— es «*nemo praesumitur heredem suum redemptione rei alienae gravare velle*», pero esta razón milita principalmente respecto de los legados de cosa perteneciente en común al testador y a un tercero con el cual no tenga nada más común que esta cosa. En este caso, si la cosa ha sido legada en su totalidad, el heredero no podrá cumplir el legado más que comprando la parte que ese tercero tiene en la cosa. Mas esta razón no milita igualmente en el caso de un legado que un marido haga de un efecto de la comunidad, pues en ese caso se puede hacer caer la cosa legada en el lote de los herederos del marido en la partición que hay que hacer de la comunidad entre los herederos y la viuda, por cuyo medio el legado podrá ser adquirido sin que el heredero sea gravado «*redemptione rei alienae*». También BOURJON (69) da a entender que el legado de una cosa de la comunidad conyugal ordenado por el marido comprende toda la cosa.

Al margen ya de este problema de la extensión del legado de cosa común, muy interesante para nosotros en todo caso, ¿cuáles serán los efectos de un legado de cosa ganancial si lo asimilamos a un legado corriente de cosa en parte propia y en parte ajena? Admitida esta equiparación, los efectos serían éstos: el legatario adquiriría, desde luego, directamente, la mitad proindiviso que se supone propia del testador, y en el supuesto de que el legado se extendiera a toda la cosa los herederos estarían obligados a dar al legatario, además, el valor de la otra mitad, salvo que el viudo consintiera ser compensado de esta mitad con otros bienes, en cuyo caso el objeto legado pasaría por entero al legatario. La mujer—afirma BOURJON (70)—puede revocar el legado ordenado

el testador declare expresamente que lega la cosa por entero excluye, naturalmente, que pueda entenderse legada la cosa en su totalidad por el hecho de que el testador se refiera *simpliciter* a ella sin limitar expresamente el legado a la parte que le corresponde en la misma. Además, si en el supuesto de legado *simpliciter* de cosa común debiera entenderse legada toda la cosa sin más requisito que el conocimiento del testador de no ser dueño de la totalidad de la misma, el art. 864 soberaría, toda vez que a esta solución podría llegarse sin más que invocar las reglas generales relativas al legado de cosa ajena.

(68) Ob. cit., pág. 263.

(69) Ob. cit., pág. 493.

(70) Obra y lugar citados.

por el marido en lo que se refiere a la mitad a ella perteneciente, pero entonces el legatario tiene derecho a ser indemnizado por los herederos del marido, ya que se puede legar la cosa de otro, poder que funda esta indemnización. Si la mujer—sigue BOURJON—no hace revocar el legado tiene derecho a separar de la masa común, y antes de la partición de aquélla, el valor de ese legado. En resumen, con esta teoría queda siempre en pie la plena y directa eficacia del legado en lo que se refiere a la mitad de la cosa legada que se supone propia del testador.

¿Es esto admisible? En mi opinión, no, al menos por lo que respecta a nuestro derecho positivo. La facultad de disposición «mortis causa» que el artículo 1.414 del C. c. reconoce al marido (y que corresponde igualmente a la mujer) se limita a su «mitad de gananciales», expresión que, a mi ver, se refiere únicamente a la participación genérica que en el patrimonio común corresponde al testador. Por otra parte, la doctrina de la Dirección General de los Registros ha establecido muy reiteradamente, al ocuparse de la situación jurídica de la comunidad conyugal en liquidación, que la participación abstracta que a cada parte corresponde en el patrimonio común, de cuya participación cabe dispongan unilateralmente el viudo o los herederos del muerto (71), no se corresponde con una serie de participaciones concretas referidas a cada uno de los bienes existentes en la sociedad de las cuales pueda disponerse con igual independencia (72). Para disponer de bienes concretos o de partes indivisas en los mismos hace falta el consentimiento de todos los interesados (73).

Esta doctrina jurisprudencial es, a mi juicio, plenamente conforme con la naturaleza de la sociedad de gananciales, cuyas especialidades, en parte al menos, se explican teniendo en cuenta que dicha entidad jurídica es fundamentalmente un caso de patrimonio en comunidad, como ha puesto de relieve Lacruz Berdejo (74). Cuando la situación de comunidad se refiere, no a un objeto o a varios, pero sin relación entre sí, sino a un conjunto de elementos patrimoniales sujetos a un tratamiento jurídico unitario y constitutivos de una masa patrimonial más o menos autónoma se produce un fenómeno especial. Porque, aun cuando no quepa imaginar al patrimonio en sí como objeto unitario al que directamente se refieran los derechos de los cotitulares, tampoco

(71) Cfr. Resoluciones de 13 de noviembre de 1926 y 2 de diciembre de 1929.

(72) Cfr. Resoluciones de 26 de julio de 1907.

(73) Cfr. Resoluciones de 14 de abril de 1905, de 26 de julio de 1907, de 22 de julio de 1910, de 15 de febrero de 1915, de 27 de junio de 1916, de 2 de diciembre de 1929, de 16 de enero de 1941, etc., que niegan que el cónyuge viudo pueda enajenar bienes gananciales mientras la sociedad no se liquide. Las Resoluciones de 9 de enero de 1915 y 12 de diciembre de 1935, entre otras, permiten al cónyuge supérstite y a los herederos del premuerto, actuando conjuntamente y de común acuerdo, enajenar bienes concretos de la sociedad en disolución antes de haber liquidado la misma.

(74) Ob. cit., pág. 44.

es posible prescindir de la evidente interdependencia que existe entre los elementos que integran el patrimonio, generalmente afectos a un pasivo peculiar, no siendo posible reducir la situación a la simple suma de comunidades independientes. Esta recíproca relación o interdependencia es la que determina las especialidades características de estas comunidades, especialidades que están implícita o explícitamente recogidas por la ley, que al regular separadamente estos tipos de comunidad (ganancial, hereditaria, et cétera) ya demuestra con ello que no ve en las mismas una simple yuxtaposición de comunidades independientes.

La construcción expuesta de la comunidad en un patrimonio como fenómeno jurídico especial explica, sin necesidad de acudir al concepto germano de la mano-común tan difícil de encajar en moldes claros y unitarios, que aun cuando se permita a cada interesado disponer de sus derechos en la comunidad, dicha disposición, cualquiera que sea su alcance, haya de referirse a su posición jurídica global como comunero y no a su cotitularidad sobre este o aquel derecho determinado. Explica, igualmente, que no exista una acción de división para cada uno de los elementos que componen el patrimonio, sino que tal acción se refiera al patrimonio en su conjunto. Y justifica, por último, que cada partícipe tenga derecho a exigir la previa liquidación del pasivo especial afectante al patrimonio común antes de que se proceda a repartir éste. A tenor de estas especialidades es, pues, lícito entender que la participación o cuota de cada cotitular, como síntesis o expresión de su posición jurídica como tal y al mismo tiempo como módulo de reparto, se refiera al conjunto patrimonial y no, separadamente, a cada uno de los elementos que lo integran. La ley abona esta concepción, pues ante los supuestos que contempla de comunidad en un patrimonio refiere siempre la idea de cuota o participación de cada interesado, no a cada una de las cosas singulares que componen el patrimonio, sino a éste en su totalidad (cfr. arts. 1.067, 1.085, 1.414, etc.).

Supuesta estas peculiaridades de la comunidad conyugal, por tratarse de un caso de comunidad en un patrimonio, no cabe admitir que el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges atribuya directamente al legatario la copropiedad de la cosa legada en cuanto a los derechos que sobre ella correspondan al testador, derechos que no están cuantitativamente bien determinados, y de los que aquél, en su posición de partícipe en la comunidad, no puede disponer aislada, individual y unilateralmente. La solución contraria, por otra parte, resultaría notablemente perturbadora al interferir en las operaciones de liquidación y división del patrimonio común una comunidad particular y limitada al objeto legado.

e) *Conclusiones.*—De lo dicho hasta aquí se desprende, pues, que a nuestro entender, el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges es un legado de cosa perteneciente a la

comunidad conyugal de bienes, por lo cual, y como ha dicho la Sentencia de 10 de enero de 1934, el que la cosa haya o no de entregarse al legatario dependerá del resultado de la liquidación de aquélla.

Se trata de un legado de cosa sobre la cual el testador tiene un derecho (razón por la que no cabe identificarlo con un legado de cosa ajena), pero de cuyo derecho, mientras tanto la cosa no le haya sido adjudicada, no puede disponer, y por ello, en principio, el legado sólo vale como carga impuesta a los herederos obligados a procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote para poder cumplir así la voluntad del causante.

Pero, aun admitiendo esto como punto de partida, quedan en pie diversas interrogantes: ¿Comprende el legado toda la cosa o sólo la mitad de la misma? ¿Deben los herederos satisfacer al legatario el valor de la cosa legada o de parte de ella en caso de que se les adjudique en la liquidación de la sociedad y división del haber común? ¿Depende la eficacia del legado de que el testador conozca que la cosa tiene carácter ganancial?

Se trata, claro es, de cuestiones (diversamente resueltas, como hemos visto por las distintas teorías que han quedado expuestas) que dependen en definitiva de la voluntad del testador que habrá que interpretar en cada caso. De aquí la indiscutible conveniencia de que el Notario, si tiene posibilidad de ello, exponga al testador las diversas soluciones posibles para que, a la vista de lo decidido por aquél, formule la cláusula testamentaria de manera que la misma no dé lugar a dudas.

Pero si el testamento no aclara suficientemente las cuestiones que han quedado apuntadas ¿cómo resolver las mismas?

Respecto del primer punto (extensión del legado) debe tenerse en cuenta, en primer término, que una cosa es que la disposición testamentaria no pueda tener efectos dispositivos directos ni siquiera con respecto a la parte que se suponga propia del testador, y otra distinta la de si el legado, aun concebido como simple carga testamentaria, deba comprender o no toda la cosa o su valor. En el supuesto, pues, de que el testador se haya limitado a legar «simpliciter» una cosa ganancial surge la duda de si será o no aplicable al supuesto el artículo 864 del C. c., cuyo contenido y antecedentes ya expuse. Para eliminar toda vacilación sobre la extensión del legado no basta con que el testador exprese en su testamento que sabe que la cosa que lega es ganancial, ya que mientras no añada expresa y terminantemente que lega la cosa por entero, el legado no parece pueda comprenderla en su totalidad, de estimar aplicable al caso el artículo 864 del C. c., y dado el terminante rigor del precepto.

Pero ¿es realmente aplicable al legado de cosa ganancial el artículo 864 del C. c.? A mi modo de ver, a su aplicación literal y absoluta se oponen las razones siguientes:

1.º El artículo 864 del C. c., según he puesto antes de relieve al exponer la génesis histórica de la doctrina que contiene, responde a un criterio interpretativo de la voluntad del testador pensado y elaborado con referencia primordial al supuesto de que la cosa legada, perteneciente proindiviso al testador y a un tercero, sea por sí el soporte de una comunidad ordinaria y autónoma. Entonces, para que el legado pueda ser cumplido, si ha de comprender toda la cosa, se precisa inexcusablemente la adquisición por compra de la parte perteneciente al extraño. La ley presume que esto no lo ha querido el testador. Pero si la cosa pertenece a un patrimonio en comunidad, como en nuestro caso ocurre, el problema puede resolverse, según hacia ya notar Pothier, dentro del ámbito de la partición. Si se tiene en cuenta que el testador sabe, normalmente, que a su muerte habrá que dividir los gananciales practicándose entonces la liquidación y partición global de un conjunto de bienes, es perfectamente razonable presumir que su voluntad haya sido ordenar el legado sobre la base de que la cosa legada se le adjudique en la división del conjunto patrimonial común. Nótese que estamos admitiendo, por hipótesis, que se trata de un legado «simpliciter» de cosa común, en el que por definición, el legado no está limitado a una parte de la cosa, por lo cual la presunción de que el testador haya querido legar toda la cosa con cargo a sus derechos en la comunidad es completamente admisible y lógica. El que el artículo 864 del C. c. no tenga en cuenta esta posibilidad es perfectamente explicable si se advierte que dicho precepto, como lo prueba entre otras cosas su simple colocación en el Código, está redactado pensando genéricamente en la hipótesis de legado corriente y normal de cosa en parte propia y en parte ajena, pero no en la hipótesis específica de legado de una cosa ganancial.

2.º El artículo 864, como acabo de decir, se refiere, sin duda, al supuesto de legado ordinario de cosa en parte propia y en parte ajena. El precepto presupone que con respecto a la parte del testador se está en presencia de un legado ordinario de cosa propia y con relación a la parte del extraño ante un supuesto corriente de legado de cosa ajena, contenido únicamente la especialidad, en relación a éste, de que para que sea válido no se conforma con el conocimiento del testador, sino que exige declaración terminante en el testamento. Este planteamiento, que, a mi ver, tanto por los antecedentes del artículo 864 como por su colocación en el Código, es el que dicho precepto tiene indudablemente en cuenta, lleva implícito dos circunstancias, que son, además, presupuesto de la normal aplicación del artículo: que el testador tenga sobre la cosa una parte bien determinada, y que pueda disponer de la misma. Ninguna de estas dos circunstancias se dan en el legado de cosa ganancial. La ley sólo considera divisibles por mitad lo que son *ganancias y beneficios* (cfr. artículos 1.392 y 1.426 del C. c.). Vuelvo a insistir ahora en la dis-

tinción, que ya antes planteé, entre bienes comunes y ganancias. Los bienes comunes sólo serán divisibles por mitad si son ganancias. Pero pueden no serlo. Si el marido-testador, pongo por ejemplo, invirtió parte de su patrimonio privativo en cubrir atenciones de la sociedad, de la masa de bienes comunes (que lo sean por aplicación de los artículos 1.401 y sigs. del C. c.), habrá que reintegrarle lo por él gastado en esos conceptos antes de dividir por mitad aquéllos. Y si este reintegro absorbe la totalidad de los bienes comunes, hipótesis perfectamente posible, ¿podrá decirse con fundamento que el marido, en ese caso, sólo tiene derecho a la mitad de dichos bienes comunes?

Para aplicar en realidad el artículo 864 a nuestra hipótesis habría que esperar a los resultados de la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, dando efecto retroactivo a estos resultados, y entonces podría ocurrir que dicho precepto no fuera ya aplicable. No lo sería, en efecto, si al lote del testador se adjudicó toda la cosa, o si ésta fué adjudicada por completo al otro cónyuge, ya que en ambos casos no podría decirse, con verdad, que al testador correspondía una parte en la cosa legada. Esta solución, además, nos conduciría a la segunda de las teorías antes expuestas, cuya teoría, según vimos en su momento, no es aceptable.

Creo en consecuencia que al no ser el artículo 864 literalmente aplicable en nuestro caso, el legado debe extenderse, en principio, a toda la cosa, ya que, en realidad, y siempre que se trate de un legado «simpliciter» de cosa ganancial, la disposición no limita el legado y objetivamente comprende toda la cosa.

¿Quiere decir esto que se pueda prescindir en absoluto del artículo 864 del C. c. al determinar el alcance del legado de cosa ganancial? A mi juicio, y como acabo de indicar, el artículo 864 del C. c. no es aplicable literalmente a esta clase de legados, pero esto no significa que para regular la extensión del legado de cosa ganancial podamos prescindir totalmente del criterio restrictivo a que el precepto obedece. Si tenemos en cuenta que la participación de cada cónyuge en la sociedad de gananciales, sea por capital o sea por beneficios, se proyecta sobre un conjunto de bienes, yo creo que hay que entender referida a esa participación global la limitación establecida por el artículo 864. La aplicación no de la letra, pero sí del espíritu de este artículo al legado de gananciales, impone una restricción, que el legado quepa dentro de lo que por todos conceptos tenga derecho a pretender el testador del patrimonio común. Imaginemos, y este caso se nos ha presentado profesionalmente, que la cosa ganancial legada es el único bien común existente al disolverse el matrimonio. Si la cosa ganancial legada no cabe dentro de la participación que al testador corresponde en el patrimonio común, la aplicación analógica del artículo 864 debe conducir a la conclusión de que no puede presumirse legado el exceso. El legado simpliciter de cosa ganancial debe in-

interpretarse, pues, como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, funcionando esa participación, y no su supuesta participación en la cosa legada, como límite del legado.

Naturalmente, es posible que el testamento limite el legado a una parte de la cosa. No es raro encontrar cláusulas testamentarias en las que se contienen expresiones como ésta: «Legó mis derechos sobre el objeto X de carácter ganancial», o «Legó la mitad que me corresponde sobre la cosa Z que es ganancial.» Estas fórmulas obedecen muchas veces a un concepto equivocado de la naturaleza de la comunidad conyugal, y aunque pretenden ser respetuosas con los derechos del otro cónyuge no sirven, desde luego, para dar eficacia dispositiva directa al legado. Conviene por eso hacer observar a los testadores que esa eficacia dispositiva directa no habrán de lograrla en ningún caso, por sí solos, pero que, en cambio, y desde el punto de vista del legado como carga testamentaria, no hay inconveniente en extenderlo a toda la cosa. Por descontado, cuando el testamento contenga cláusulas como las indicadas, el legado no podrá comprender toda la cosa. Si el testamento limita el legado a la mitad de aquélla, el ámbito cuantitativo del mismo es claro. No así si se utiliza la confusa y peligrosa fórmula consistente en expresar que se legan los derechos que al testador competen sobre la cosa.

En cuanto al problema de si caso de adjudicarse la cosa legada al otro cónyuge, se debe por los herederos del testador el valor de aquélla, ya expuse mi punto de vista sobre esta materia al comentar las opiniones de SCUTO y de DÍAZ CRUZ. No creo que pueda presumirse que la voluntad del testador haya sido la de ordenar un legado puramente eventual. Por eso entiendo que, ante el legado, los herederos están obligados a procurar que la cosa les sea adjudicada en la disolución de la sociedad de gananciales, o a abonar al legatario el valor de aquélla si la adjudicación no resulta posible. La aplicación analógica de las normas del legado de cosa ajena me parece clara en este punto. Debe siempre jugar el límite del valor de la cuota que en el patrimonio común corresponda al testador en base a las razones de que antes se hizo mención.

Finalmente, ¿son aplicables estas soluciones al caso de que el testador haya reputado propia la cosa ganancial legada? Desde luego la duda sobre este extremo no puede surgir si el testador ha expresado en su testamento que sabe ser ganancial la cosa que lega. Y para evitar después toda posible discusión sobre este extremo es aconsejable, por supuesto, consignar en el testamento, siempre que sea posible, el dato del conocimiento del testador. Si el testamento, como es muy frecuente, nada dice sobre el particular, creo, y en esto estoy sustancialmente conforme con la Revista general de Legislación y Jurisprudencia (75), que probado

(75) Cfr. consulta citada.

que el testador tuvo conocimiento exacto de cómo y cuándo se adquirió la cosa legada, el Juez puede sin ningún esfuerzo establecer la presunción («*praesumtio hominis*») de que el testador supo también que la cosa en cuestión era ganancial, ya que pocas nociiones jurídicas hay tan vulgarizadas como este régimen conyugal. Pero si resulta que efectivamente el testador reputó, por error, propia la cosa ganancial legada, ¿es nulo el legado? A mi juicio, y aun reconociendo que la solución es discutible, el legado es válido, pese al error del testador. No es clara la aplicación en este punto de las normas reguladoras del legado de cosa ajena. No es lo mismo legar una cosa que no nos pertenece en absoluto, que legar una cosa integrada en un patrimonio en el que tenemos una participación en base a la cual, y cuando el patrimonio se divide, nos puede ser adjudicada la misma cosa legada u otros bienes equivalentes. Literalmente no es, pues, aplicable al caso el artículo 862-1 del C. c. (76). Pero ¿podría estimarse, con independencia de lo establecido para el legado de cosa ajena, que el legado de gananciales es nulo si el testador reputó propia la cosa legada y en base al error padecido por el disponente? El problema se desplaza, pues, al tema de la trascendencia general del error en materia de disposiciones testamentarias. Y en este punto, a mi entender, lleva razón Albaladejo cuando afirma que el error-vicio de la voluntad no es considerado en nuestro derecho como causa general de la nulidad de las disposiciones testamentarias, siendo sólo admitida su trascendencia en tal sentido sólo en algunas hipótesis excepcionales (77), entre las que se cuenta, precisamente, la del legado de cosa ajena. Pero a la aplicación analógica del artículo 862-1 a nuestro caso se opone, a mi ver, no sólo la diversidad entre los dos supuestos, suficiente quizás para excluir la analogía «legis», sino, además, el carácter excepcional de la norma, unido al principio del «favor testamenti» que proclama el artículo 743 del C. c., del cual se desprende el postulado de que, en la duda, hay que mantener la validez de las disposiciones testamentarias. Por eso, y aunque comprendo que la cuestión es discutible, me inclino, más bien, a defender la validez del legado. Y estimo, además, que al no ser aplicable al caso, por las razones antes indicadas, el artículo 864 del C. c. serán de observar las soluciones apuntadas para el supuesto de legado «simpliciter».

(76) En todo caso hay que tener en cuenta que según el párrafo segundo del art. 862 del Código civil, si el testador adquiere después de otorgado el testamento la propiedad de la cosa legada, el legado es válido. En el supuesto de que la misma sea adjudicada a los herederos del testador en la liquidación de la sociedad de gananciales, no es ciertamente el testador, sino sus herederos, los que devienen propietarios exclusivos de aquélla, pero han adquirido esta propiedad exclusiva en base al derecho que al testador correspondía sobre el patrimonio común.

(77) Cf. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 423 y siguientes.

Las soluciones propuestas, y lo mismo ocurre con las defendidas por las distintas tesis que han quedado señaladas, están formuladas pensando en el supuesto de que sea el testador el cónyuge que primero fallezca y cuya muerte provoque la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Pero ¿qué efectos surtirá el legado si las cosas suceden a la inversa, es decir, si el cónyuge testador sobrevive a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales? (78). La hipótesis debe plantear, lógicamente, menos problemas en la práctica. Lo natural es que el testador modifique, si procede, su testamento adaptándolo a los resultados definitivos de la liquidación de la sociedad conyugal, expresando claramente, a tenor de dichos resultados, su voluntad en orden al legado. Pero ¿qué sucede si el testamento en que se estableció el legado, otorgado antes de la disolución de la sociedad, no experimenta modificación después de liquidada la misma, continuando vigente al tiempo de morir el testador? ¿Qué valor y alcance ha de tener el legado?

- La solución, naturalmente, depende de los resultados de la liquidación y división del patrimonio común. Desde el punto de vista que nos interesa cabe distinguir tres hipótesis: 1.^a Que la cosa ganancial legada haya resultado íntegramente adjudicada al testador. 2.^a Que sólo se le haya adjudicado una parte de la misma. 3.^a Que se haya adjudicado a los herederos del otro cónyuge, o invertido o adjudicado para pago del pasivo ganancial.

En la primera hipótesis el legado será eficaz y comprenderá, además, toda la cosa si el testador lo declaró así en su testamento u ordenó el legado en forma «simpliciter». Incluso, en este último caso, aunque por rebasar la cosa el valor de la cuota del testador en el patrimonio común, aquél, para obtener su adjudicación por entero, haya tenido que abonar el exceso a los herederos del otro cónyuge. La doctrina que refleja el artículo 864 del C. c., aplicable en la forma especial que antes expusimos al legado de cosa ganancial, obedece, como ya se dijo, a la tesis de que no puede presumirse que el testador quiso *gravar a sus herederos* con la redención de la parte ajena. Pero en el caso que ahora estamos contemplando no puede jugar ya el fundamento de la regla limitativa desde el momento en que ha sido *el mismo testador* quien ha adquirido el exceso. Por eso decía ANTONIO GÓMEZ (79) que en el caso de legado «simpliciter» de cosa común (que él, como se ha dicho, limita, por regla general, a la parte del testador),

(78) Si el cónyuge testador sobrevive al otro esposo, pero muere antes de que se haya practicado la liquidación de la sociedad conyugal, la situación en orden al legado es la misma que la que se produce en el supuesto de que sea el testador quien fallezca en primer término.

(79) *Variae Resolutiones* cit., pág. 342.

debe entenderse legada toda la cosa si el testador compra la parte ajena (80).

En cambio, si el legado se limita expresamente a la mitad de la cosa ganancial legada, la cuestión es más compleja, caso de que en la división del haber ganancial se adjudique al testador la cosa por completo. Con referencia al legado de cosa común (en comunidad ordinaria), y para la hipótesis de que antes del fallecimiento del testador se adjudique a éste toda la cosa en la división, la jurisprudencia italiana sostiene la extensión del legado a toda la cosa. DÍAZ CRUZ (81), y para este mismo caso, estima lo contrario, por entender que el legado es «*ab initio*», un legado específico de un derecho determinado. Este también es el punto de vista de SCUTO (82), quien mantiene la improcedencia de extender el legado a toda la cosa si consta expresamente la voluntad del testador de limitarlo a una parte de la misma. Creemos acertada esta opinión y no vemos razones para no aplicarlo al supuesto de que sea ganancial la cosa legada de la que expresamente sólo se legó una parte.

En el caso de que al liquidar la sociedad de gananciales no se adjudique al testador sobreviviente la cosa legada ni en todo ni en parte, a mi entender el legado queda sin efecto. La cosa, en vida del testador, ha resultado completamente ajena a éste. El testador ha perdido, como consecuencia de la división, sus derechos en la cosa ganancial legada, derechos que, por tanto, ya no puede transmitir con su herencia (83). El legado no puede valer como legado de cosa ajena porque no se ha hecho con este carácter. La cosa no era ajena, en efecto, cuando el legado se ordenó, y debe recordarse que el Código en su artículo 861 exige, para la validez de estos legados, que el testador sepa, *al hacer el legado*, que la cosa es ajena. No puede entenderse tampoco que el testador haya querido legar el valor de la cosa en lugar de ésta. Es razonable presumir que haya querido imponer esta carga a sus herederos cuando sean éstos los que en lugar de la cosa reciban su valor en la liquidación de la sociedad conyugal. Pero no cabe establecer semejante presunción, cuando sea el mismo testador quien reciba dicho valor que ha podido o no dejarlo a sus herederos. Estamos, pues, ante un caso de extinción del legado por defecto del objeto a la muerte del testador. Además, y siempre, al menos, que la división del haber ganancial se haya llevado de forma amistosa, será de ineludible aplicación analógica lo dispuesto en el apartado primero del artículo 869 del C. c., que proclama la extinción del legado por enajenación de la cosa legada.

(80) «...secus vero, si simpliciter legavit nullam mentionem iuris vel dominium faciendo ut «Lego Titio talem rem» quia tunc, si postea emat vel consequatur, tota debetur».

(81) Ob. cit., pág. 182.

(82) Ob. cit., pág. 58.

(83) En cambio, como ya se ha dicho, si el que muere primero es el cónyuge testador, si transmite a sus herederos dichos derechos.

Finalmente, si en la división sólo se adjudica al testador una parte de la cosa legada a ella, habrá de limitarse el legado aunque en principio éste, de acuerdo con lo establecido en el testamento, hubiera de comprender toda la cosa. En primer lugar, y de haberse ordenado el legado en forma «*simpliciter*», cabe entender que al haberse concretado la parte del testador es aplicable (literalmente ya) al artículo 864. Además, y en el fondo, son también aplicables las razones esgrimidas para demostrar la total ineeficacia del legado en el caso anterior.

C

Hipótesis especiales

Se estudiarán estas dos: El legado de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro, y el legado en lugar de la legítima cuando tenga por objeto una cosa ganancial.

a) *El legado de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro.*

En este caso se plantean algunas peculiaridades de las que conviene ocuparse.

En primer lugar surge, o puede surgir, la duda de si las conclusiones que hemos formulado sobre la *extensión* del legado de cosa ganancial son aplicables a esta hipótesis particular. Legada una cosa de la comunidad cónyugal por uno de los cónyuges a favor del otro, cabe, como dice LAURENT (84), dos posibilidades. Una, que el esposo legatario separe o retire antes de toda partición el objeto legado, limitándose, pues, aquélla al remanente. Otra, que se realice, en primer término, y prescindiendo del legado, la división de todo el haber ganancial, y a continuación procedan los herederos del cónyuge testador a entregar al cónyuge legatario la cosa legada si ésta se adjudicó al lote de aquellos o su valor en el caso contrario. Es evidente que el beneficio que obtiene el legatario es menor en el primer caso y mayor en el segundo (85).

(84) Ob. cit., pág. 40.

(85) Sea, por ejemplo, el valor del haber partible de 1.000.000 de pesetas, y de 200.000 el de la cosa legada (de carácter ganancial, por hipótesis). Si seguimos la primera de las dos soluciones propuestas en el texto, lo que habrá que hacer, en primer lugar, es detraer del haber ganancial la cosa legada. El remanente, de valor, pues, equivalente a 800.000 pesetas, se repartirá entre los dos esposos. Así el cónyuge legatario tomará, de un lado, el legado igual a 200.000 pesetas, y de otro, la mitad del remanente, o sean 400.000. En total, 600.000 pesetas. En cambio, si se sigue la segunda de las dos soluciones propuestas, tendremos que lo que habrá que hacer, en primer término, será dividir el total de haber ganancial. En consecuencia, percibirá el esposo legatario por este concepto, 500.000 pesetas. Y los herederos del testador deberán entregar, además, la cosa legada, si se les adjudicó, o su estimación, en el caso contrario. En juntó, pues, percibirá el cónyuge legatario 700.000 pesetas.

Saber cuál de estas dos soluciones debe aplicarse es cosa que depende de la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión. Pero la duda puede surgir si aquella voluntad no se manifestó claramente, y especialmente se suscita si el testador legó «simpliciter» a su cónyuge una cosa ganancial. No creo que en este caso, contrariamente a lo que he mantenido para los demás supuestos en general, quepa entender que el testador haya querido legar a su cónyuge toda la cosa con cargo a su participación en el patrimonio común (que es en síntesis en lo que consiste la segunda de las dos soluciones propuestas por LAURENT). Estimo que cuando el legatario es el cónyuge, hay que entender que el efecto perseguido por el legado es simplemente el de convertir a aquél, a la muerte del testador, en dueño exclusivo del objeto legado. A esta conclusión debe llegar a mi juicio no por aplicación del artículo 864, sino en virtud de lo dispuesto en el artículo 878. A tenor de este precepto (párrafo 1.º) si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada. Una inexcusable aplicación analógica de este precepto debe llevarnos a la conclusión de que si la cosa legada pertenece en común al testador y al legatario el legado no puede tener otro alcance que el de proporcionar al legatario el dominio exclusivo de la cosa legada. El hecho de que cada cónyuge no tenga una cuota bien determinada sobre cada uno de los objetos de la comunidad no se opone en absoluto a la ineludible aplicación del precepto en la forma indicada. Aunque la cuota, tratándose de comunidad en un patrimonio, se refiera precisamente a éste, ello no empece para que cada una de las cosas que lo integran sea propiedad de los cotitulares del patrimonio. No se olvide que *la cuota no es el objeto del derecho de los participes*, sino sólo el módulo de reparto, la síntesis de su posición jurídica como comunero.

Es también específico de la variedad del legado de cosa ganancial que estamos examinando, el que el mismo se cumpla necesariamente «in natura». Es evidente que los herederos del cónyuge testador están obligados por el legado y en ningún caso podrán pretender su cumplimiento por equivalente. Por otra parte el cónyuge, si acepta el legado, ha de aceptarlo tal como se le ofrece, y por consiguiente no es admisible que pueda pretender la adjudicación de la cosa en pago de su mitad de gananciales, por ejemplo, para reclamar después el valor de la cosa legada (o la mitad de ese valor) en pago de su legado.

Ahora bien, supuesto que, según hemos dicho, el legado en este caso particular no comprende toda la cosa, ¿cómo valorar el legado? Nótese que la valoración puede resultar absolutamente necesaria, si el testador tiene herederos forzosos, a los efectos de determinar su posible inoficiosidad. La dificultad nace del hecho de que el testador no tiene una parte cuantitativamente bien determinada sobre cada uno de los objetos que componen

el patrimonio ganancial. Normalmente, el cónyuge testador habrá creído que lo que lega es la mitad de la cosa, ya que la concepción más extendida, aunque inexacta, entre los profanos en derecho, es la que cada cosa ganancial pertenece por mitad a los dos cónyuges. Pero esto (salvo que el testamento haya expresamente fijado el legado en la mitad) no nos autoriza a sostener que el testador sólo hubiera querido legar la mitad y nada más que la mitad si hubiera tenido presentes los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal. Lo natural es entender que el testador habrá querido, siempre que los derechos del otro cónyuge sobre el patrimonio común sean íntegramente respetados, imponer el menor gravamen a sus herederos, aunque sobre la base, en todo caso, de que el cónyuge legatario haga suya por completo la cosa ganancial legada.

Para conseguir este fin es necesario, a mi entender, practicar previamente la liquidación de la sociedad conyugal. Habrá que proceder a satisfacer los diferentes conceptos que se especifican en los artículos 1.421 y siguientes del C. c., no utilizando, si es posible, para pago de los dichos conceptos, el bien legado. Si existe remanente suficiente, en él quedará la cosa legada que habrá que adjudicar al legatario-cónyuge, dividiendo luego el resto si lo hay. Es indudable que en este caso el valor del legado puede cifrarse en la mitad del que tenga la cosa legada. Si la liquidación de la sociedad sólo permitiera dejar en el remanente una parte de la cosa legada, en principio el valor del legado habría de fijarse en la mitad de esa parte, salvo en el caso de que el resto de la cosa hubiera tenido que adjudicarse al lote del espeso testador, en pago de sus aportaciones si ello ha procedido. Entonces, como creo que el legado debe proporcionar al legatario toda la cosa, el valor de aquél habrá de cifrarse agregando al de la mitad del resto de la cosa que quedó en el remanente, el de la parte de la misma adjudicada al testador. Pueden darse dos supuestos extremos. El primero, que la restitución de su patrimonio privativo al cónyuge legatario absorba, en la liquidación, todo el patrimonio común, en los casos en que dicha restitución proceda con cargo a los bienes comunes. En este caso no cabe duda de que la cosa legada habrá sido adquirida por el legatario no ya en virtud de su condición de tal, sino en fuerza de sus derechos sobre aquél atrimonio. No cabe, en tal hipótesis, que le vinculen las cargas que acaso hubiera podido imponerle el testador como modo del legado (caso de la resolución de 18 de diciembre de 1916), ni puede proponerse problema alguno sobre la inoficiosidad del legado. A mi juicio, éste, como tal, queda sin efecto. Juega exhaustivamente el límite del art. 864, ya que, a tenor de la aplicación de este precepto que antes hemos propuesto, el legado de cosa ganancial debe entenderse hecho, siempre con cargo a la participación que al testador corresponda en el patrimonio común, lo que, naturalmente, exige considerar presupuesto del le-

gado, que esta participación exista efectivamente. El otro supuesto límite es el inverso; es decir, el que se daría si fuese la restitución del patrimonio privativo del cónyuge testador lo que absorbiera todo el patrimonio común. En este caso debe entenderse legada la totalidad de la cosa, ya que la verdadera voluntad del testador ha sido la de proporcionar al cónyuge el dominio de la cosa legada, que en este caso cabrá por hipótesis, íntegramente, en la participación del testador. No olvidemos que estamos analizando el caso del legado «simpliciter» de cosa ganancial ordenado por un cónyuge a favor del otro.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de diciembre de 1916, ante un caso de legado de cosa ganancial, ordenado por un cónyuge a favor del otro, dice que «parece requisito indispensable la liquidación de la sociedad conyugal y la adjudicación al marido de los bienes». En el considerando siguiente añade, sin embargo, que «contra las exigencias indicadas puede afirmarse que la transmisión de la propiedad de los bienes a favor de la esposa ha tenido lugar como legado de cosa propia en parte del testador y en parte del legatario, o como consecuencia de la confusión en la misma persona del carácter de participe en la sociedad de gananciales con el adquirente a título particular».

Insistimos en que la liquidación de la sociedad es operación preliminar indispensable, por las razones antes apuntadas. Lo que parece improcedente es la adjudicación previa, en todo caso, de la totalidad de la cosa legada a favor del cónyuge testador, si, como antes he expuesto, debe rechazarse, como regla general, la tesis de que el esposo legatario tenga derecho a su mitad íntegra de gananciales (computando en la división la cosa legada), más el objeto legado, si éste se adjudicó a los herederos del testador o a su valor en el caso contrario.

b) *El legado en lugar de la legítima cuando tenga por objeto una cosa ganancial.*

No vamos a entrar aquí en un examen detenido de esta interesante figura jurídica que es el legado en lugar de la legítima, al que han dedicado documentados estudios ORTEGA PARDO (86) y VALLET DE GOYTISOLO (87).

Prescindiendo también de una consideración sobre el tan debatido problema de la naturaleza jurídica de la legítima en nuestro derecho positivo, parece lo correcto en derecho común sostener que

(86) *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945.

(87) *Imputación de legados otorgados en favor de legitimarios*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, páginas 348 y siguientes, y también *Apuntes de Derecho Sucesorio*, cfr. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio de 1951, páginas 421 y siguientes, especialmente págs. 495 y siguientes.

la legítima debe ser pagada, como regla general, en cuerpos hereditarios (88). A falta de otros argumentos cabe invocar el extraído de una razonable interpretación a sensu contrario del artículo 1.056 del C. c. (párrafo 2.).

En nuestro derecho cabe el legado en lugar de la legítima porque lo permite el art. 815 del C. c., pero este legado ha de tener por objeto un bien hereditario. Si la cosa legada en lugar de la legítima es un bien ganancial, el que este bien devenga o no hereditario depende de que se adjudique al lote del testador en la división de la sociedad legal. Y esto, como ya hemos visto, no depende, o no depende sólo de la voluntad del testador o de sus herederos. Puede ocurrir que la cosa legada se adjudique al otro cónyuge, en cuyo caso el legatario habrá de conformarse con recibir su valor. Juega, además, el límite impuesto por la extensión de la cuota del testador en el patrimonio común.

Estos principios, válidos para el legado de cosa ganancial en general, tienen que sufrir las naturales adaptaciones a la posición del legitimario-legatario. Y así parece indudable que en el supuesto de que la cosa legada no se adjudique al lote del testador, el legatario podrá pretender que se le pague el valor de aquélla en bienes de la herencia. Y en el caso de que el legado hubiese de reducirse, por no caber en el lote del testador, el legatario ostentará, sin duda, la acción de suplemento de legítima, si la parte eficaz del legado no basta para cubrir aquélla. En todo caso, la intervención del legitimario-legatario en la división del haber ganancial es inexcusable. Basta para justificarla su carácter de legitimario y la consideración de que el alcance cuantitativo de su legítima depende de lo que se adjudique al lote del testador en la división del haber ganancial, ya que dicha adjudicación integrará, junto con los bienes privativos de aquél, la herencia del mismo, base para calcular la legítima (89).

(88) Cfr. sobre este punto las consideraciones de ANGEL SANZ, en *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, págs. 143 y siguientes, de GONZÁLEZ PALOMINO, en *Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo II, págs. 545 y siguientes, y de PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Estudios de Derecho Sucesorio», Barcelona, 1946, págs. 202 y siguientes.

(89) Cabe plantearse el problema de cuál será la posición sucesoria del legitimario si la cosa legada pro-legítima fuera adjudicada al otro cónyuge. Si sostuviéramos, con ORTEGA PARDO (en ob. cit.), que el heredero forzoso no pierde su condición de tal en el supuesto de legado en lugar de la legítima, figura que no es, a su juicio, más que la expresión de un acto particional realizado por el testador al amparo del art. 1.056 del Código civil, podríamos concluir que en el caso que estamos examinando el acto particional ha quedado sin efecto, ostentando el legitimario, que sigue siendo heredero, derecho íntegro a su cuota legítima. Si aceptamos (como mantuvo VALLET en el primero de sus dos trabajos antes citados), que el legitimario está, en principio, llamado a una cuota de la herencia, si bien el testador puede variar el título de la asignación ordenando a su favor un legado suficiente para cubrir su legítima, también puede pensarse en la ineficacia del legado, caso de no resultar adjudicada la cosa legada al lote del testador, conservando entonces el legitimario su po-

III

EL LEGADO DE GANANCIALES ORDENADO POR AMBOS CONYUGES O POR UNO CON EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO

Como decíamos al comienzo de este trabajo, no es infrecuente que cada uno de los cónyuges otorgue su testamento prescindiendo completamente de lo que haga el otro. En este supuesto, si el testador ordena el legado de una cosa ganancial, la eficacia del legado suscita los problemas que hasta aquí hemos abordado. Pero como también indicaba al principio, la más corriente, cuando se trata de matrimonios bien avenidos, es que los dos esposos proyecten y decidan de común acuerdo sus últimas voluntades, que en muchas ocasiones se complementan recíprocamente (90).

sición de heredero. En cambio, entendiendo (como entiende VALLET en el segundo de los trabajos citados) que la legítima no presupone un llamamiento legal a una cuota de la herencia, sino que se halla protegida simplemente por una serie de medidas de tipo negativo, podría sostenerse que el legitimario, aun en el evento que estamos examinando, sigue siendo legatario, si bien asistido de los indiscutibles derechos que se indican en el texto.

(90) La forma testamentaria que mejor se adapta a estas disposiciones otorgadas por los cónyuges de común acuerdo está constituida, sin duda, por el testamento mancomunado.

En tema de legado de cosa ganancial, sin embargo, no siempre el testamento mancomunado bastaría por sí solo para resolver los problemas que plantea esta figura jurídica y, en todo caso, y como es natural, la eficacia del testamento mancomunado en este sentido tendría que depender de la regulación positiva que para este testamento se adoptase, especialmente en orden al problema fundamental de su revocabilidad.

Así, en el caso de que la voluntad de ordenar el legado sea sólo de uno de los cónyuges, limitándose el otro a consentirlo, aunque sobre la base de que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudiquen bienes suficientes en pago de su haber, el único que puede proporcionar al testador seguridad de que a su muerte el legado será cumplido *in natura*, es el convenio referido a la adjudicación de la cosa legada cuando la sociedad se disuelva. Aunque este convenio pueda recogerse sin esfuerzo, en el testamento mancomunado, será dicho convenio (de naturaleza extratestamentaria en cuanto al contenido, como en el texto se demuestra), y no el testamento mismo, lo que en su caso impondrá el cumplimiento *in natura* del legado.

Si la voluntad de legar es común a ambos cónyuges, el testamento mancomunado *puede* brindar «per se» soluciones autónomas. El legado ordenado por ambos cónyuges conjuntamente en un testamento mancomunado y referente a una cosa ganancial puede entenderse como legado hecho, en definitiva, por el cónyuge a quien se adjudique la cosa en la división del haber común. Si la adjudicación se hace a favor del sobreviviente, y si se aceptara la solución de que el testamento mancomunado es irrevocable muerto uno de los testadores (solución del derecho navarro), el legado habría de cumplirse a la muerte de aquél. También podrían legarse recíprocamente los cónyuges una cosa ganancial estableciendo que a la muerte del supérstite la cosa legada pase a un tercero. En este caso, y sin necesidad de imponerse los cónyuges recíprocamente gravamen fideicomisario (cfr. sobre este punto Kapp, ob. cit., vol. Iº, pág. 191), el legado habrá de cumplirse a la muerte

Así las cosas, puede suceder que uno de los cónyuges desee legar una cosa ganancial a un descendiente o a un extraño, y que el otro esté de acuerdo con ello sobre la base de que a él o a sus herederos se adjudique en su día, y al hacer la división del haber ganancial, otro bien de valor equivalente al legado. En este caso, y si el acuerdo es válido, habrá que adjudicar al cónyuge testador cuando la sociedad se disuelva, o a sus herederos, el bien objeto de la disposición, para que así pueda cumplirse el legado cuando proceda.

Puede ocurrir, también, que la voluntad de favorecer con el legado al legatario sea común a ambos esposos, siendo además deseo de éstos que el usufructo del bien legado lo tenga mientras viva el supérstite. Para este caso podrá convenirse la adjudicación, en su día, de la cosa legada al cónyuge que fallezca primero, ordenando en su testamento el legado cada uno de los testadores, con recíproca reserva del usufructo y condicionando su vigencia a que no haya tenido eficacia el establecido por el otro (91). También pueden los cónyuges desear la división, por mitad entre ellos.

del supérstite en fuerza a la irrevocabilidad del testamento mancomunado para el viudo (siempre que se admita, para dicho evento, la irrevocabilidad). Claro es que no existiendo gravamen fideicomisario el supérstite podrá disponer de la cosa legada, y en tal caso es evidente que el legado no podrá cumplirse *in natura*. Sin embargo, y en fuerza de la irrevocabilidad del legado, debería concederse al legatario derecho a la estimación de la cosa legada, ya que la enajenación de aquélla no podría, en este caso, equipararse a la revocación del legado (cfr. art. 869, 1.^º del C. c.), de suyo irrevocable una vez muerto uno de los testadores.

Como en el derecho común español, al que exclusivamente se refiere este trabajo, el testamento mancomunado está radicalmente prohibido por el artículo 669 del C. c. no cabe que, por ahora, tengan viabilidad a través del mismo las soluciones que quedan apuntadas. El problema, de derecho constituyente, y referente a si debe o no admitirse de nuevo en nuestras leyes el testamento mancomunado, se tiene que resolver, a mi juicio, en sentido afirmativo. Son delicados, empero, los problemas que ha de afrontar previamente la regulación de esta clase de testamentos. Y, por otra parte, si se quieren consagrar medios que permitan directa y eficazmente realizar lo que constituye aspiración frequentísima de muchos matrimonios castellanos, no basta con restablecer esta forma de testar.

(91) Claro es que en esta hipótesis lo que puede tener valor vinculante para ambos cónyuges es el convenio de adjudicación de la cosa de que se trate al lote del premuerto, pero eso no presupone que necesariamente haya de cumplirse el legado. A pesar del convenio, si resulta que al fallecimiento del primero de los cónyuges éste ha revocado su testamento, el legado habrá quedado sin efecto. Los cónyuges no pueden comprometerse a no revocar sus respectivos testamentos, y si lo hiciesen, semejante convenio sería nulo, por oponerse a lo dispuesto en el art. 737 del C. c. En cambio, lo que si pueden hacer es subordinar la eficacia del acuerdo de adjudicación a la circunstancia de que al morir el primero de los cónyuges esté vigente, por su parte, el legado en función del cual se otorgó el convenio. Esta condición, a mi ver, es perfectamente lícita y no afecta para nada a la facultad de revocar cada cónyuge sus respectivas disposiciones testamentarias cuya facultad subsiste íntegra.

del objeto legado, para ordenar separadamente con su mitad respectiva un legado, a favor de distintos legatarios o del mismo (92).

Todos estos convenios de adjudicación a uno o a otro de los esposos de la cosa ganancial legada, para cuando la sociedad se disuelva, contribuirán, naturalmente, de ser válidos, a dotar de mayor firmeza al legado, imponiendo su cumplimiento «in natura», que es, desde luego, lo principalmente querido por el testador, y determinarán, normalmente, que pueda tener plena realización práctica la voluntad de los cónyuges (93).

Estos posibles pactos plantean muchos y graves problemas. ¿Son lícitos, y por tanto pueden establecerse con eficacia, siendo, en consecuencia, aconsejable su celebración? Supuesta su validez, ¿cuál es el alcance de esa eficacia? Finalmente, ¿en qué forma podrá probarse el convenio caso de haber existido?

La validez y licitud de dichos convenios es, a mi juicio, indiscutible. La doctrina se inclina, en principio, a admitir la validez de la liquidación de la sociedad de gananciales, practicada en vida por ambos cónyuges, y para que surta sus efectos cuando la sociedad haya legalmente de disolverse (94). Como dice con acierto MANUEL

(92) Otra fórmula utilizable para asegurar a los cónyuges, en lo posible, que será cumplido su común deseo de que a la muerte de ambos un determinado objeto ganancial pase a cierta persona a título de legado consiste en que los cónyuges, después de haber pactado la adjudicación por mitad de la cosa ganancial de que se trate para el momento de la disolución de la sociedad, se leguen en sus respectivos testamentos su parte en aquella cosa, imponiendo la obligación al que resulte legatario de transmitirla a su muerte a un tercero. Esta disposición sería perfectamente eficaz. En cuanto a la parte del premuerto, por implicar una sustitución fideicomisaria válida, y en cuanto a la parte del legatario, porque esta carga es posible con arreglo al art. 863 del C. c. El tenor literal de este precepto, y en esto coincido con VALLET (Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del C. c. En Revista General de Derecho, 1946, pág. 673, y 1947, pág. 2 y siguientes), y disiento de OCAYAR (tomo 6.^o de los Comentarios al Código civil de MANRESA, 7.^a edición, 1951, pág. 721), no autoriza a sostener, sin más que el gravado pueda a su arbitrio entregar la cosa legada o su estimación. Es evidente que el cónyuge que resulte legatario no podrá aceptar la parte legada rechazando la carga que se le impone respecto de la parte propia, pues ello lo impide el art. 889 del C. c.

(93) El que pueda reconocerse eficacia a los expresados convenios es sumamente interesante si se tiene en cuenta que en la práctica es frecuente que la sociedad de gananciales no se liquide de hecho hasta después de fallecer el cónyuge supérstite. Si los esposos han obrado de común acuerdo, lo más probable es que el sobreviviente respete espontáneamente lo acordado con el difunto. Pero si la cuestión se plantea después de muertos los dos esposos, en cuyo caso serán sus respectivos herederos los que habrán de liquidar la sociedad, es más fácil que alguno de aquéllos (especialmente si no son los mismos los herederos de uno y otro consorte) quiera entorpecer el cumplimiento del legado, al menos «in natura».

(94) Cfr. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: «Disolución de la Sociedad de gananciales. Consulta», en «Revista de Derecho privado», tomo XI, 1924, páginas 543 y sigs., especialmente págs. 546 a 549, y MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, «Sobre particiones realizadas por el testador», en «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», 1927, págs. 166 y sigs., especialmente págs. 171 y sigs.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, nada se opone a la validez de estos actos. No hay alteración en el régimen económico de la sociedad legal, ni conclusión de ésta. El acto no implica que cada cónyuge haga suya anticipadamente su mitad de gananciales, ni presupone renuncia a la sociedad (95). Y como exactamente indica De Diego (96), «la disolución y liquidación no son más que ideales o teóricas, subsistiendo la sociedad después como antes de estas operaciones..., los cónyuges no toman su parte en el haber común, sólo preparan su ulterior sucesión». El régimen, pues, a que están sometidos los bienes de los cónyuges no varía; subsisten íntegros los derechos y obligaciones que a cada uno de los esposos corresponden durante la sociedad. Se trata sólo de establecer cómo habrá de liquidarse la misma cuando legalmente proceda su disolución.

A estas fundamentales consideraciones cabe agregar otras. No se puede pensar, desde luego, que el supuesto implique un pacto sucesorio prohibido. Pacto sucesorio es aquél que tiene por finalidad esencial regular la suerte del patrimonio del disponente a su muerte, bien concediendo directamente derechos sucesorios (pacto sucesorio positivo), bien extinguiéndolos (pacto sucesorio negativo o renunciativo) (97). En la liquidación y división del haber ganancial para el supuesto de muerte de uno de los cónyuges no sucede nada de esto. Los cónyuges no se conceden, en aquélla, derecho hereditario alguno, ni se lo otorgan tampoco a tercero. Cierto que los bienes adjudicados a cada cónyuge pasarán, en su momento, y cuando la adjudicación haya tenido efecto, a formar parte de sus respectivas herencias, pero el derecho a dichas herencias, o a bienes determinados integrantes de las mismas, no vendrá conferido por el convenio de liquidación y división, sino por la ley o testamento del cónyuge de que se trate.

Por último, y a favor de la validez de estas liquidaciones y divisiones, cabe alegar que las mismas son presupuesto lógico de la facultad de hacer la partición que el art. 1.056 del C. c. concede a todo testador. Esta facultad, respecto de los testadores casados bajo el régimen ganancial, quedaría notablemente cercenada si no estuviese permitido que los cónyuges pudieran determinar con relativa exactitud los bienes gananciales que a la disolución de la sociedad corresponderán a cada uno, ya que ello es necesario para precisar el caudal partible, lo que, naturalmente, es base previa de la partición.

(95) Ob. cit., pág. 172.

(96) Ob. cit., pág. 348.

(97) Se considera también pacto sucesorio al que tiene por objeto estipular sobre la sucesión o herencia de un tercero aun no abierto. Pero este supuesto, y a pesar de que la sistemática tradicional lo incorpora a la llamada sucesión contractual, difícilmente puede calificarse de contrato sucesorio en sentido rigurosamente técnico. De todos modos, es indudable que nada tiene que ver con los acuerdos que se estudian en el texto.

Así, pues, si los convenios de liquidación y división del patrimonio ganancial entre los cónyuges, y para el momento en que la sociedad deba legalmente disolverse, son válidos y eficaces, no hay razón, en mi entender, que impida limitar el convenio a regular, tan sólo, la adjudicación, para ese mismo momento, de bienes concretos de la sociedad, sin que se proceda a la liquidación total de ésta. Las mismas razones que abonan la validez de aquellos convenios justifican la licitud de estos otros acuerdos más concretos y limitados. El incuestionable principio jurídico de que quien puede hacer lo más puede hacer lo menos, mientras no haya razón que a ello se oponga (y no la hay en nuestro caso), nos conduce, necesariamente, a admitir la validez de esos pactos concretos y limitados, una vez que hemos aceptado la de los de liquidación y división de todo el patrimonio ganancial.

Admitida la validez de estos acuerdos, ¿cuál es su eficacia? A mi juicio, estos pactos (tanto los que abarquen la liquidación total del patrimonio común y su división, como los que se refieran solamente a la adjudicación de bienes determinados) son vinculantes para ambos cónyuges y sus respectivos herederos, obligados, en consecuencia, a pasar por ellos. Por tanto, no creo que puedan ser revocados por la voluntad unilateral de cada uno de los cónyuges. Supuesto que descansan en un acuerdo de voluntades, no cabe desconocer su naturaleza convencional o contractual (entendiendo la expresión en sentido amplio), y, por consiguiente, no implicando los mismos, según hemos visto, disposición alguna de carácter «mortis causa», no hay inconveniente en aplicar a los mismos el principio general de irrevocabilidad de los contratos que sanciona el art. 1.256 del C. c. Por otra parte, si las convenciones que nos ocupan fueran revocables unilateralmente, perderían prácticamente toda su utilidad.

El que estos convenios sean vinculantes en el sentido expuesto, no significa, sin embargo, que su cumplimiento haya de ser fatal e inexorable. Tratándose de acuerdos que han de surtir sus efectos en un momento posterior, habrán de ser necesariamente adaptados a las circunstancias de hecho del patrimonio común en el momento de la disolución de la sociedad. Esta adaptación, que puede plantear serios problemas si lo que los cónyuges han hecho ha sido una liquidación y división para el futuro de todo el patrimonio común (98), es, en cambio, más simple si los cónyuges se han limi-

(98) La adaptación de estas liquidaciones y divisiones generales a la situación de hecho existente al disolverse la sociedad puede plantear problemas de difícil solución. Sin ánimo de presentar conclusiones definitivas, que exigirían un estudio especial y detenido, se pueden adelantar algunas sugerencias con carácter provisional.

Las alteraciones experimentadas por el patrimonio común durante el tiempo comprendido entre la celebración del convenio de liquidación y la disolución efectiva de la sociedad pueden haber sido de índole muy diversa. Puede haber aumentado el pasivo de la sociedad, en cuyo caso será necesario destinar nuevos bienes a su extinción. La determinación de cuáles hayan de ser estos

tado a convenir la adjudicación a uno de ellos de un determinado objeto ganancial, en pago de su haber y a cambio de adjudicar al otro bienes equivalentes. En este caso, y siempre que quepa en el lote del adjudicatario el objeto de que se trate, el acuerdo habrá de cumplirse prescindiendo de cuáles hayan sido las alteraciones experimentadas después por el patrimonio común. Únicamente si la situación de éste al disolverse efectivamente la sociedad fuese tal que no consintiera la adjudicación íntegra de la cosa en cuestión, por exceder su valor del haber líquido del cónyuge adjudicatario, la adjudicación habría de quedar sin efecto en la medida

bienes exigirá, desde luego, nuevo convenio, con intervención y consentimiento de todos los interesados. Si, por el contrario, el pasivo ha disminuido, habrán de quedar sin efecto, en todo o en parte, las adjudicaciones realizadas para satisfacer el mismo. Lo que haya de hacerse en tal caso con los bienes adjudicados para pago de deudas exigirá también nuevo acuerdo.

Mayores dificultades pueden suscitar las alteraciones en el activo. Si lo que ocurre es que a la disolución de la sociedad existen nuevos bienes no comprendidos en la división, es evidente que dichos bienes habrán de ser objeto de una división complementaria que se regirá por las normas y principios generales. Los aumentos o disminuciones en el valor de los bienes adjudicados sólo pueden dar lugar a la rescisión del convenio si el perjuicio que causen excede de la cuarta parte que señala el art. 1.074 del C. c., cuya aplicación analógica a este supuesto me parece plenamente fundada. Problema distinto es el que plantea la adjudicación a uno de los cónyuges de bienes que «ab initio» fueran insuficientes para cubrir su cuota calculada sobre la base de los bienes entonces existentes. El supuesto roza el tema de las donaciones entre cónyuges.

La pérdida o deterioro fortuitos de los bienes adjudicados fundaría sólo, a mi juicio, derecho a una indemnización por parte del cónyuge perjudicado previo el correspondiente reajuste del valor de los haberes respectivos. ¿Quid de la enajenación de bienes adjudicados? La enajenación es perfectamente posible ya que la división, proyectada para el futuro, no altera para nada el régimen de la sociedad mientras no concurra una causa de disolución. A mi modo de ver hay que distinguir. Las enajenaciones otorgadas por el marido (o excepcionalmente por la mujer cuando ella fuera la administradora de la sociedad legal) y referentes a bienes que se incluyeron en su propio lote no le puede atribuir el derecho a dejar sin efecto la división acordada, porque de lo contrario esta división quedaría, de hecho, completamente a su arbitrio, y además la causa de que aquélla no pueda cumplirse tal como se convino se debe en este caso a un hecho que le es imputable. Tendrá, de todos modos, derecho a que al término de la sociedad se reajusten los haberes respectivos y a tomar lo que le falte para completar el suyo en otros bienes gananciales, si los hubiere, o a ser indemnizado. Si los bienes enajenados corresponden al lote de la mujer, parece lógico atribuir a ésta derecho a optar entre que se resuelva el convenio dejándolo sin efecto (ya que la imposibilidad en orden a su cumplimiento íntegro se debe a un hecho imputable a la otra parte) o a que se la indemnice.

Desde luego, lo preferible es que si los cónyuges practican en vida la liquidación de la sociedad de gananciales para cuando ésta haya de disolverse, prevean y resuelvan por anticipado estas cuestiones. Hay que señalar, no obstante, que no es probable que las mismas lleguen a presentarse. La liquidación y división para el futuro del patrimonio común será normalmente el antecedente de las particiones que ambos cónyuges proyecten otorgar de sus respectivas herencias. Estos actos suelen realizarse cuando ya el final de la vida está próximo, y recaen, generalmente, sobre patrimonios estabilizados cuyos dueños se sienten poco propicios a cambios, modificaciones o a nuevas empresas.

necesaria. El legado, entonces, tendría que entenderse limitado en la misma medida de conformidad con lo que antes hemos mantenido.

Finalmente, queda en pie el problema de la prueba de los convenios que estamos estudiando. Lógicamente, cuando se trate de liquidaciones y divisiones de todo el patrimonio ganancial, éstas se formalizarán documentalmente y, por ello, no surgirá ninguna dificultad particular en orden a su prueba. En cambio, los acuerdos más limitados en orden a la suerte de un bien ganancial, o no llegan a celebrarse (aunque respondan en realidad al verdadero y común sentir de los cónyuges), o son producto de la voluntad tácita de los esposos, o, a lo sumo, se perfeccionan en forma exclusivamente verbal. La labor del Notario, a mi juicio, estriba, de una parte, en estimular a los testadores a que efectivamente lo celebren (si responde, claro es, a sus deseos comunes), y de otra a aconsejar su formalización documental. Es conveniente, en tal caso, que el convenio y su formalización documental sean expresamente recogidos e indicados por los cónyuges en sus respectivos testamentos (99).

(99) Puede surgir la duda de si el simple reconocimiento hecho por ambos cónyuges en sus respectivos testamentos, en orden a la celebración del convenio, y en el supuesto de no haberse éste formalizado documentalmente, puede servir de prueba del mismo. A mi entender, la respuesta debe ser afirmativa. El reconocimiento equivaldrá a la confesión en documento público de que el convenio tuvo efectivamente lugar, y habrá de surtir sus efectos como tal confesión.

¿Conservará esta confesión su valor si resulta revocado el testamento en que se hizo? El problema del valor de la confesión hecha en testamento que después ha sido revocado se ha estudiado principalmente en relación con los reconocimientos de deudas hechos en testamento. La opinión quizá más extendida es contraria a que la confesión pueda surtir efecto alguno si se revoca el testamento que la contiene. No comparto este criterio. A mi modo de ver, el alcance de la revocación de un testamento hay que medirlo en relación con lo que constituya el contenido propio del acto testamentario en cada Ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho, el contenido específico del testamento, como se desprende del art. 667, está integrado por *disposiciones patrimoniales mortis causa*. Es decir, al igual de lo que sucede en el derecho francés (art. 895 del Código civil) y de lo que establecía el art. 739 del Código italiano de 1865, nuestra legislación tiene un concepto técnico restringido del acto testamentario a diferencia del criterio que inspira la clasificación de MONESTINO y al Código alemán, según el cual el testamento es *el acto que expresa las últimas voluntades de una persona*.

Al margen de otros problemas que puede suscitar el concepto restringido del testamento, yo pienso que de dicho concepto restringido ha de seguirse la consecuencia de que su revocación sólo puede referirse a lo que es *propiamente testamento*, pero no a aquellos otros que formalmente se hayan incorporado a él y que sean de naturaleza extratestamentaria. Creo, por tanto, que lleva razón CIRRONI (Cláusula revocatoria, «Dichiarazione di debito», en «Studi e questioni di Diritto civile», Milán, 1915, vol. IV, pág. 275), cuando dice: «La declaración de débito no es, por sí, acto de disposición que forme parte del testamento: le es extraña, y el acto valdrá sólo como prueba del débito, atestiguará, simplemente, la confesión hecha. Se sigue de aquí que si con un testamento posterior se revoca el anterior, éste caerá «sólo en cuanto es testamento», y las otras declaraciones extrañas a su esencia permanecerán

IV

LA PARTICION TESTAMENTARIA Y LA ADJUDICACION A LOS HEREDEROS, EN VIRTUD DE LA MISMA, DE BIENES GANANCIALES

En realidad, y como apuntaba al principio de este trabajo, la hipótesis que ahora voy a examinar es distinta a la de legado de cosa ganancial, objeto principal del presente ensayo, y por ello pudiera parecer que al ocuparme de esta materia extravaso el contenido del tema propuesto. Si se tiene en cuenta, empero, no sólo el interés práctico de un estudio combinado de la partición testamentaria y de la liquidación y división de la sociedad de gananciales, sino también las indudables concomitancias que existen entre el legado de una cosa ganancial y la asignación de cosas concretas gananciales con el carácter de adjudicación particial, se comprenderá que es justificada esta ampliación o extensión del trabajo (en su título ceñido a los legados) sobre el terreno de las particiones testamentarias.

válidas.» «Claro es—sigue CHIRONI—que si la confesión de deuda es un acto simulado (como tal confesión) y lo que el testador se propuso con ella fué simplemente eumascarar una liberalidad *«mortis causa»*, la falsa confesión (y verdadero legado) quedará sin efecto si se revoca el testamento en que se hizo.» Pero tal posibilidad no existe en realidad con referencia a un convenio como el que nosotros estamos examinando.

La más moderna doctrina italiana, al estudiar las disposiciones no patrimoniales, que según el art. 587 de nuevo Código pueden hacerse en testamento, se plantea el problema de si las mismas son o no alcanzadas por la revocación del testamento que las contiene. Cfr. (*Le Successioni*, pág. 285) y GAGGI (*La Successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 1947, tomo I, pág. 32) distinguen entre disposiciones no patrimoniales, pero de última voluntad (como, por ejemplo, el nombramiento de tutor), y disposiciones que no son de última voluntad (como el reconocimiento de hijos naturales). Solamente las primeras quedarán sin efecto si se revoca el testamento en que se hicieron.

En nuestro derecho, un argumento a favor de la tesis que sosteneremos es el que se desprende del art. 742 del C. c., según el cual el reconocimiento de un hijo natural no pierde su fuerza legal aunque después se revoque el testamento en que se hizo. Este artículo, precisamente, lo aduce CHIRONI (en obra citada, pág. 276) en apoyo de su punto de vista.

Sin embargo, el sentir de la doctrina entre nosotros es más bien contrario al criterio expuesto. Cfr., en este sentido, TRAVIESAS (*El testamento*, páginas 144 y 145) y LAVANDERA (*Testamento revocado. Confesión de deudas*. Cfr. resumen en *«Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 120, págs. 144-145, y tomo 123, pág. 104). La Sentencia de 11 de abril de 1916 niega eficacia a la confesión de deuda hecha en testamento revocado.

A la vista, pues, de este fallo, y aunque el caso que a nosotros interesa es ajeno a las confesiones de deuda, será, desde luego, lo más conveniente que los cónyuges formalicen documentalmente su acuerdo, independientemente de que, además, lo reflejen en sus respectivos testamentos, si quieren asegurar la prueba de aquél y su irrevocabilidad.

El parecido entre los dos supuestos viene determinado por el hecho de que tanto en el caso de que el beneficiario de la disposición sea un legatario, como cuando se trata del heredero a quien el testador impone la partición realizada por él, la adquisición «mortis causa» se limita, en principio, a bienes determinados. Por eso, algún autor, como TEDESCHI (100), sostiene que la partición testamentaria se descompone, en suma, en una serie de disposiciones a título singular.

Naturalmente, la controversia sobre si el adjudicatario de bienes concretos, en base a una partición testamentaria, conserva su condición de heredero o debe ser considerado simple adquirente a título singular (es decir, legatario), no es una discusión simplemente académica, ya que la posición jurídica del adjudicatario será distinta según se sostenga una u otra opinión. Entre otras cabe señalar las diferencias siguientes: Si al adjudicatario se le reputa legatario no acrediará derecho, en ningún caso, a los bienes que no habiéndose comprendido en la partición, pudieran existir al fallecimiento del testador; mientras que si se le considera heredero, su derecho a tales bienes será indiscutible. Por otra parte, si el adjudicatario es heredero pesará sobre él la responsabilidad ultra vires por las deudas del causante (que sólo podrá limitar con el beneficio de inventario), lo que no ocurrirá si tiene la consideración de legatario, ya que los legatarios no responden de las obligaciones del testador. Únicamente, si las adjudicaciones hubieran agotado de hecho todo el caudal relicto, el adjudicatario, aun reputado legatario respondería de dichas deudas en base al art. 891 del C. c. (101).

A mi juicio, no obstante, cuando se trata de una verdadera partición testamentaria no cabe estimar que el adjudicatario sea un simple legatario. En el supuesto de partición testamentaria hay que distinguir en la voluntad del testador dos aspectos o direcciones diferentes. De un lado existe (o debe existir para que realmen-

(100) «La divisione d'ascendente», 1936, págs. 27 y sigs., aunque en realidad toda la monografía tiene por principal objeto defender la tesis de que la partición realizada por el ascendiente implica disposiciones a título singular.

(101) Ni aun en esta hipótesis resulta claro, a mi juicio, que sea indiferente estimar que el adjudicatario sea legatario o heredero. Si es legatario no dejará de serlo aunque el art. 891 del C. c. le imponga responsabilidad por las deudas y gravámenes de la herencia. Ni este artículo ni ningún otro declara que el legatario se convierta en heredero en el supuesto de distribución de toda la herencia en legados. Ello, a mi juicio, puede tener trascendencia incluso sobre el alcance de la responsabilidad que excepcionalmente se impone al legatario en esta hipótesis. Así creo que la responsabilidad del legatario en base al art. 891 del C. c. está limitada *cuantitativamente* al valor de los bienes que adquiera, por aplicación de lo dispuesto en el art. 838, párrafo segundo del mismo cuerpo legal. Por esto me parece un tanto discutible la afirmación de MARTÍ MIRALLES (cit. por VALLET en su trabajo «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios», ya citado, pág. 319), suscrita por VALLET (en dicho lugar), en el sentido de que por obra del art. 891 los legatarios, en el caso contemplado por dicho precepto, vienen a tener la consideración jurídica, derechos y cargas de los verdaderos herederos.

te se trate de una partición testamentaria), la voluntad de instituir herederos a los adjudicatarios, otorgándoles el tratamiento y consideración de tales, y por otro, el testador quiere, para evitar la indivisión, atribuir a cada uno bienes concretos, repartiendo entre ellos el patrimonio hereditario. En cambio, en el supuesto de legado no hay la voluntad de otorgar al destinatario de la disposición testamentaria la condición de heredero. Sólo existe el propósito de transmitirle los bienes a que la disposición se refiere.

Por otra parte, aunque se entienda que es esencial, como regla general, atribuir al heredero, para que realmente lo sea, todo el patrimonio hereditario, o una cuota del mismo considerado en abstracto, la excepción que a tal regla supondría el art. 1.056 del Código Civil, estaría perfectamente justificada. Si los herederos son varios es imposible que cada uno reciba todo el patrimonio hereditario. Su concurrencia implicaría necesariamente la atribución, a cada uno, de una cuota en el patrimonio, lo que determinará a la muerte del causante, una situación de comunidad, normalmente transitoria, resuelta por la partición. Si la finalidad del testador ha sido, al hacer las asignaciones concretas, evitar simplemente esa fase intermedia de indivisión, sólo argumentos puramente dogmáticos y formalistas pueden conducir a la conclusión de negar a los adjudicatarios la condición de herederos. No cabe duda, además, que aun cuando se entienda necesario que el heredero precisa, para serlo, recibir todo el patrimonio o una cuota sobre el mismo considerado en su unidad, esto sólo implicaría una regla general excepcionada por el precepto que permite al testador hacer la partición de su herencia (art. 1.056). Como dice acertadamente ORTEGA PARDO (102), si la consecuencia necesaria de la partición testamentaria fuera la de hacer legatarios a los adjudicatarios, sobraría el art. 1.056, ya que el art. 891 permite al testador la distribución de toda la herencia en legados (103).

(102) Heredero testamentario y heredero forzoso, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 2º, pág. 330.

(103) Tiene importancia, de todos modos, ver cómo se conjuga el artículo 1.056 del C. c., y la facultad que concede a todo testador de hacer por sí la partición de su herencia, con lo que se considere esencia de la posición jurídica del heredero, lo cual repercute, o puede repercutir, sobre el problema de saber cuándo estamos en presencia de una verdadera partición testamentaria.

Para enfocar adecuadamente la cuestión hay que partir, a mi entender, del dato cierto y real de que en virtud de la partición testamentaria los herederos no adquieren directamente cada uno más que los bienes determinados (por lo menos en cuanto a los comprendidos en la partición) que, respectivamente, les adjudique el testador. La finalidad perseguida por éste ha sido, precisamente, la de evitar que entre sus herederos surja la indivisión. Por eso no me parece acertada la opinión de aquellos autores (por ejemplo, PACIFICI MAZZONI, RICCI, BORSARI, etc., citados por TEDESCHI en ob. cit., pág. 3), que estiman que en la partición del ascendiente (empleo ahora esta expresión de acuerdo con la situación legal del derecho italiano anterior al nuevo Código) hay que ver en primer lugar una atribución colectiva, a los descendientes, de la masa de bienes, verificándose a continuación, aunque sea de forma automática, la división de aqué-

De lo dicho se desprende, pues, que no es igual que el testador disponga de una cosa ganancial a título de legado, que la atribuya.

La construcción indicada me parece falsa. Como dice con acierto TEDESCHI, en la partición testamentaria deben excluirse estas dos supuestas fases sucesivas, ya que el efecto atributivo y el distributivo se verifican en el mismo momento, el momento de la apertura de la sucesión. Lo que ocurre, a mi juicio, es que la palabra partición, referida a la hecha por el testador, se emplea más bien en sentido económico o de hecho que en su acepción rigurosamente técnica. No se trata de hacer que cese una situación previa de comunidad (esto es, partición en sentido técnico), sino de distribuir o repartir un patrimonio precisamente para evitar que llegue a existir la indivisión hereditaria (lo que en un sentido más amplio y menos riguroso también puede llamarse partición).

Supuesto lo que antecede, ¿en qué forma se compagina lo que es efecto característico de la partición testamentaria, según lo que queda dicho, con la esencia de la posición jurídica del heredero?

La contestación a esta pregunta presupone la fijación previa de dos conceptos antitéticos y fundamentales para el derecho sucesorio. El concepto de heredero y el de legatario. No es mi propósito abordar aquí con detenimiento el estudio de esta distinción tan debatida, lo que me obligaría, entre otras cosas, a la exposición y crítica de toda una larga serie de opiniones y teorías cuyo examen haría interminable esta nota y excedería, además, de la finalidad que me propongo al escribirla. Voy simplemente a apuntar algunas cuestiones y a sugerir cómo pueden las mismas resolverse siempre en relación con nuestro tema: la partición testamentaria.

A mi modo de ver, y en torno a la figura jurídica del heredero, deben separarse dos cuestiones que en realidad son distintas, aunque tengan una íntima relación entre sí. Una, la de saber *quién es heredero*, y otra, la de precisar *cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero, y precisamente por serlo*. La primera interrogante, y tratándose de sucesión testamentaria, tiene una contestación inmediata muy sencilla: Es heredero el designado como tal por el testador. Pero, y aquí surge o puede surgir la complicación, ¿cómo ha de hacerse la designación para que el designado sea efectivamente heredero? Tres criterios pueden mantenerse en este punto: el literalista (será heredero aquel a quien el testador haya designado con esta expresión), el objetivo (será heredero, prescindiendo de las palabras empleadas por el causante, aquel a quien el testador atribuya todo su patrimonio o una cuota del mismo), y finalmente, el voluntarista (será heredero aquel a quien el testador haya querido conceder esta condición). Ahora bien, este criterio voluntarista, que es, sin duda, el de nuestro Código como lo demuestra su art. 668, es en sí mismo incompleto. ¿Cómo saber, en efecto, si el testador ha querido atribuir a una determinada persona la cualidad de heredero? A mi entender, para fijar la voluntad real del testador hay que empezar necesariamente por determinar cuáles son los efectos que el testador ha querido que surta su disposición para compararlos con los que son expresión de la posición jurídica del heredero, de acuerdo con lo establecido en este punto por el Ordenamiento jurídico. El criterio voluntarista tiene que completarse, pues, con una exacta determinación *a priori*, de cuál sea la posición jurídica del heredero. Ello nos lleva al examen de la segunda de las dos cuestiones antes propuestas.

Nuestro Derecho no es muy preciso al condensar en su art. 660 cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero cuando nos dice «llámase heredero al que sucede a título universal». Porque, ¿qué significa en la realidad suceder a título universal? Un estudio conjunto de los diversos preceptos del Código que en cada caso regulan aspectos concretos de la posición jurídica del heredero lleva a la conclusión de que es característica de dicha posición jurídica (y por tanto de lo que el Código llama suceder a título universal) la de que el heredero es un *sucesor en la posición jurídica del causante*. El heredero se subroga en la titularidad de las relaciones jurídicas del causante, no limitándose a ser un simple adquirente de derechos. En este sentido, puede afirmarse que mientras el heredero es un sucesor (aunque al serlo también pueda

ción de cosas concretas de la misma naturaleza, realizada en función de una partición testamentaria, y esto aunque entre ambos

resultar adquirente), el legatario es simplemente un adquirente (aunque el valor de lo que adquiera pueda estar contrapesado por las cargas que se le impongan). (Cfr. en este sentido ORTEGA PARDO en su citado trabajo, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, págs. 326 a 328.)

La característica expuesta de la posición jurídica del heredero como sucesor del causante (idea esencialmente romana) tiene en otras consecuencias, que no es necesario señalar ahora, una fundamental: la responsabilidad por el pasivo, que sólo se atenúa, aunque no se excluye, con el beneficio de inventario.

Es también esencial y característico de la posición jurídica del heredero, como sucesor a título universal del causante, el que adquiera, al menos *prima faciae*, todo el patrimonio del *de cuius*, o una cuota de todo el patrimonio en el supuesto de ser varios los herederos? La respuesta afirmativa se encuentra en la doctrina dominante de todos los tiempos. Se afirma que el heredero, o los herederos, si son varios, y por serlo, adquieren la totalidad (universalidad) del patrimonio hereditario, o el remanente global del mismo después de deducir los legados de cosas de la herencia ordenados por el testador, ya que la propiedad de las cosas específicas legadas (propias del testador) son adquiridas *recta viae* por el legatario (cfr. art. 882, párrafo primero del Código civil). Con mayor rigor aún, ANDREOLI (*Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milán, Giuffré, 1942. Apéndice «Apunti sul legato di quota», págs. 206 y siguientes) indica que la sucesión en la universalidad de las relaciones jurídicas del causante, peculiar de la posición jurídica del heredero como sucesor a título universal, postula necesariamente la adquisición por el heredero, o por los herederos, si son varios, de todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante, sin que ninguna pueda ser sustraída a su adquisición inmediata, ni siquiera los bienes especialmente legados a otros. La universalidad de los derechos pertenecientes a una persona no es más (superado el falso concepto de la *Universitas iuris* como objeto en sí) que la totalidad de dichos derechos. Y el concepto mismo de totalidad presupone la inclusión en la misma de todos los derechos a que se refiere. La totalidad de los derechos patrimoniales de una persona... menos este derecho o menos aquel derecho..., ya no es totalidad. En consecuencia, ANDREOLI estima que el legatario (incluso el que lo sea de cosas específicas propias del testador) es un adquirente *mortis causa* indirecto. Adquirir, sí, del causante, pero a través del heredero. La naturaleza absorbente de la adquisición de éste como sucesor a título universal, exige que él, y sólo él, sea el adquirente directo de los bienes hereditarios. La adquisición *recta viae*, que desde el derecho romano se postula para el legatario de cosa específica y determinada, propia del testador, debe entenderse en el sentido de que la cosa legada pueda hacerla suya el legatario sin necesidad de un acto jurídico de transmisión por parte del heredero. Pero en todo caso, los bienes legados habrán estado, al menos durante un instante ideal, en el patrimonio del heredero. Y por otra parte, sigue ANDREOLI, este sentido limitado que hay que atribuir a la adquisición *recta viae* del legatario, puede tener trascendencia práctica y sirve para explicarnos algunos supuestos que resultan en verdad ininteligibles de no aceptar la construcción por él propuesta, concretamente, la extensión de la garantía de los acreedores «ex beneficio de inventario» (o en caso de separación de patrimonios), a los bienes legados. (Su teoría, a mi juicio, torna compatibles el artículo 882 del Código civil con lo establecido por el 885 del mismo cuerpo legal).

Aceptado que es característico de la posición jurídica del heredero el que como sucesor a título universal adquiera todo el patrimonio del causante (o lo adquieran entre todos los herederos, si son varios), al menos *prima faciae*, esto no significa que aquél a quien el testador atribuya una cuota de su patrimonio haya de ser necesariamente heredero, ni que aquél al que se le hayan asignado cosas determinadas haya de ser forzosamente legatario. Esto sólo podría ser cierto si para resolver la cuestión de saber quién es heredero se sigue un criterio rabiosamente objetivista. Manteniendo en cambio alguno de los otros dos cri-

supuestos exista bastante parecido. Pero como hemos dicho, y no obstante éste, existen diferencias. Las mismas tienen no sólo la

terios cabe que la designación (en el sistema nominalista), o la voluntad del testador (en el sistema voluntarista) se impongan al puro contenido objetivo de la disposición, aunque entonces, claro es, el destinatario de la misma ocupará la posición que le corresponda según sea heredero o legatario. De aquí la necesidad de distinguir, como antes decía, entre aquellas dos cuestiones distintas e íntimamente relacionadas entre sí: determinación de quién sea heredero, en cada caso, y posición jurídica del mismo.

La separación de estas dos cuestiones se observa claramente en el Derecho romano, que admite que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero. En el Derecho romano, la atribución del título de heredero dependía de que el testador hubiera utilizado efectivamente esta expresión. Así, pues, aquel a quien el testador había dejado sólo una cosa determinada de la herencia debía ser reputado heredero si el testador le había conferido *nominatim* y formalmente este título. Pero si el instituido *ex re certa* había de ser reputado heredero, se planteaba una contradicción íntima entre lo querido por el testador (limitar la adquisición del heredero a la cosa en que le instituyó) y la esencia de la posición jurídica del heredero como sucesor a título universal. Esta incompatibilidad, dice BIONDI (ob. cit., pág. 228), debía conducir en rigor a la nulidad del testamento, pero el *favor testamenti* llevó a la solución contraria, si bien manteniendo al heredero en su posición jurídica de tal. Y así la jurisprudencia, desde el tiempo de SABINO, acepta la validez de la institución «*detracta rei certae mentione*», con la consecuencia de que el *heres* adquiere la herencia por completo. La evolución posterior en el Derecho romano tiende a conseguir que los efectos de la institución *ex re certa* se approximen lo más posible a lo querido por el testador, y en el Derecho justiniano el instituido *ex re certa* es equiparado, como indica BIONDI (ob. cit., pág. 239), a un legatario en ciertos casos, hasta que en el Derecho común la equiparación deviene total y completa, eliminándose todos los residuos de la antigua concepción.

¿Cabe en nuestro Derecho, que sigue el sistema voluntarista, la institución *ex re certa*? No me parece clara la respuesta afirmativa. En el supuesto de institución *ex re certa*, el testador ha expresado en principio una voluntad incompatible con uno de los efectos cardinales de la posición jurídica del heredero al querer limitar su adquisición a un bien concreto. Por eso me parece quizás excesivo afirmar, como lo hace ROAN (cfr. *Texto refundido de la ley Hipotecaria*, en «Revista de Derecho Privado», 1946, pág. 644), que el art. 768 del Código civil contiene simplemente una regla presuntiva. Dentro de un sistema voluntarista, y de acuerdo con lo que caracteriza la esencia de la posición jurídica del heredero, la voluntad de instituir, para que verdaderamente lo sea debe manifestarse, por regla general, en el sentido de atribuir al heredero o herederos la universalidad del patrimonio. Esta voluntad sólo puede admitir dos auto-limitaciones. La derivada de la atribución a ciertas personas de cosas específicas de la herencia a título de legado (y sin perjuicio de que las cosas legadas sean adquiridas, también *prima faciae*, por el heredero, si aceptamos la tesis de ANDREOLI), y la que descansa en el hecho de que se nombran varios herederos. Esta última posibilidad, admitida por todos los sistemas hereditarios, implica necesariamente la voluntad de atribuir a cada heredero una parte, tan sólo, de la universalidad que es la herencia, ya que no es posible querer dejar el total de la misma a cada heredero. Por tanto, como siempre que el testador nombra a varios herederos no puede querer dejar a cada uno más que una parte, no creo que sea decisivo para saber cuándo hay institución de herederos el que el testador haya hecho el llamamiento en forma solidaria (tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, en ob. cit., págs. 523 y siguientes). Si el llamamiento solidario falta no se dará el derecho de acrecer (en esto sí estoy conforme con GONZÁLEZ PALOMINO). Pero esto significa sólo que la ley, al faltar el llamamiento solidario, interpreta la voluntad del testador en el sentido de estimar que dicha voluntad ha sido la de que el puesto que deje vacante el heredero instituido que

importancia ya indicada, sino que, además, trascienden también a la extensión de los derechos del adjudicatario «mortis causa» de bienes concretos de carácter ganancial.

no llegue a serlo sea cubierto por el heredero designado por la ley. Cuando el acrecimiento no se da, por faltar el llamamiento solidario, la posición de heredero intestado que reemplaza al instituido que no llegó a serlo es similar a la de un sustituto vulgar. Lo prueba el artículo 986 del Código civil, que establece que en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido a quien no se hubiera designado sustituto pasará a los herederos legítimos del testador, quienes la recibirán con las mismas cargas y obligaciones. Paralelamente cabe interpretar el artículo 764 del Código civil, que permite que la institución se limite a una parte de la herencia, aunque no haya designación testamentaria de heredero para la otra, sobre la base de entender que en este caso la ley considera que la voluntad del testador ha sido la de que el heredero instituido comparta la herencia con el legítimo, razón por la cual limita la participación del primero a la cuota en que le instituye. Esta explicación del art. 764 del Código civil, cuyo artículo implica la derogación del principio romano de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la legítima, me parece más conforme con la orientación general del Código civil en materia sucesoria que la que, ingeniosa e inteligentemente, brinda GINOT LLOBATERAS (cfr. *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. IV, pág. 1095), a tenor de la cual el artículo 764 recoge excepcionalmente, frente al concepto en general romano que tiene el Código del heredero, una concepción germánica del mismo.

Cuando la institución comprende varios herederos, la esencia de su posición jurídica, como sucesores a título universal, consiste en la adquisición, por cada heredero, de la cotitularidad de cada uno de los derechos que integran la universalidad jurídica que es la herencia, y ya que ésta no puede concebirse como objeto unitario. Es decir, adquieren, o han de adquirir, para ser herederos, entre todos, todos los derechos que componen la universalidad. Puesto que cada heredero no puede adquirir, por imposibilidad matemática, todos los derechos, la esencia de su llamamiento exige, en cambio, que participe en todos ellos. Por eso es fundado, aun en un sistema voluntarista, entender que la institución de heredero, para que verdaderamente lo sea, implica como regla general el llamamiento a todo el patrimonio o a una cuota del mismo. La institución *ex re certa*, si es caso, sólo puede tener una manifestación excepcional a través, precisamente, de la partición testamentaria.

En cambio, y siempre en un sistema voluntarista, cabe perfectamente el legado de parte alicuota (cuya viabilidad en el sistema nominalista es indiscutible). En efecto, es perfectamente compatible con la idea de que los herederos han de recibir *prima facie* todo el patrimonio hereditario, la posibilidad de atribuir a una persona, a título de legado, una cuota de patrimonio hereditario líquido. El legatario será, utilizando la terminología de ANDREOLI, un adquirente indirecto. La atribución a una persona de una cuota del patrimonio líquido, indudablemente posible, no podrá otorgar al favorecido la consideración de heredero si el testador (siempre dentro del sistema voluntarista) ha querido considerarlo como simple adquirente indirecto de una cuota líquida de la herencia, excluyendo en él la condición de sucesor jurídico, y con ello, entre otras cosas, su responsabilidad personal por el pasivo, sin necesidad de beneficio de inventario. Hay también, por consiguiente, perfecta compatibilidad entre la voluntad de atribuir a una persona una cuota de la herencia a título de legado y la posición jurídica de legatario. Saber cuándo el testador ha querido atribuir al destinatario de la cuota la posición de simple adquirente indirecto, propia del legatario, o la más trascendente de verdadero sucesor jurídico *mortis causa*, es cuestión de hecho que depende de la interpretación que en cada caso haya que dar a sus declaraciones testamentarias. De esta manera, el legatario de parte alicuota, cuando realmente lo sea, ostentará, como con acierto dice ROA (obra citada, pág. 748), la condición de un simple acreedor de cuota, implicando

El problema principal que puede plantear la inclusión en una partición testamentaria de bienes de naturaleza ganancial, viene

ello las consecuencias que el mismo autor señala y que separan, desde luego, el legado de parte alicuota de la institución de herederos en cuanto a sus respectivos efectos. Agreguemos, además, que sólo así cobra autonomía y claro significado la figura que analizamos, y por ello estimamos infortunada la tesis de la sentencia de 16 de octubre de 1940, que pretende equiparar la posición jurídica del legatario de parte alicuota a la del heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario.

Resumiendo, pues, mi pensamiento, diré que para resolver el problema de saber quién es heredero testamentario, dentro de un sistema voluntarista como el nuestro, hay que atender a la voluntad del testador, y para saber cuál ha sido ésta hay que interpretar, en primer lugar, la disposición testamentaria, para ver cuáles son los efectos que el testador ha querido atribuir a la misma, y comparar éstos con los que constituyen la esencia de la posición jurídica del heredero o del legatario. Aplicando este criterio a nuestro Derecho positivo y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código civil, tendremos que, en principio, habrá que mantener la calificación utilizada por el testador al designar a la persona de que se trate, como heredero o como legatario, ya que primeramente hay que estar al sentido literal de las palabras empleadas por el testador si éstas son claras. Pero si del testamento resulta que el testador no ha querido que se den, en el que llamó heredero o legatario, alguno de los efectos característicos de las respectivas posiciones jurídicas, en tal supuesto habrá de prevalecer lo que constituye verdadera voluntad del testador y prescindir del significado literal de la calificación empleada.

Después de estas reflexiones, quizá demasiado prolijas, pero que he creído convenientes, a fin de plantear con conocimiento de causa la cuestión, podemos ya enfrentarnos con lo que constituye el problema básico planteado en esta nota. El de saber cómo pueden conjugarse los especiales efectos de la partición realizada por el testador con las notas características de la posición jurídica del heredero.

Después de lo dicho hasta aquí, parece claro que en el supuesto de partición testamentaria se producen algunas desviaciones en relación con lo que constituye la esencia de la posición jurídica del heredero. Los adjudicatarios no participan de todos los derechos que integran la *universitas*, en ésta en su conjunto, sino que, al menos en cuanto a los bienes objeto de la partición, cada uno adquiere solamente, si bien de modo exclusivo, aquellos que se le han adjudicado. Se trata, en suma, de una excepción a los principios generales en esta materia, recogida claramente en el art. 1.056 de nuestro Código civil, ya que, como hemos dicho antes, siguiendo a ORTEGA PARDO, de entender que en todo supuesto de partición testamentaria los adjudicatarios son simples legatarios, sobraría aquél precepto a la vista de lo dispuesto en el art. 891. La doctrina dominante en todos los países, de la que sólo se desvian contados autores, estima, asimismo, que la partición realizada por el testador no priva a los adjudicatarios de la condición de herederos.

La excepción tiene su fundamento en la idea de que el testador, al hacer la partición y, por consiguiente, al adjudicar bienes determinados a cada interesado, sólo ha querido evitar la indivisión, pero no excluir de los adjudicatarios la condición de herederos, que en lo demás producirá sus naturales efectos. Esto exige, lógicamente, para que el supuesto encaje en el art. 1.056, que en el mismo esté patente la razón que sirve de base al precepto. Es decir, que sólo podrá estimarse que los adjudicatarios de bienes determinados son herederos cuando esté clara la finalidad partitacional perseguida por el testador, y, por tanto, cuando la razón de que éste haya querido limitar la adquisición de los instituidos a los bienes determinados que les adjudicó sea únicamente la de evitar la indivisión entre ellos y con respecto a dichos bienes. Esta razón no podrá invocarse, o no podrá invocarse como esencial, cuando el testador haya querido limitar de todos modos y en todo caso la adquisición de los adjudicatarios a

suscitado por el hecho de que el cumplimiento de lo querido por el testador y de la partición por él realizada, al menos en lo que a

los bienes que les asigne, *excluyéndolos de los bienes no comprendidos en las adjudicaciones y que queden o puedan quedar a su muerte.*

Para saber, en función de disposiciones testamentarias concretas, cuándo se cumple y cuándo no el requisito que acabo de indicar, y que nos permitirá precisar cuándo estamos en presencia de un caso claramente incluido en el artículo 1.056, creo que hay que distinguir entre dos grandes grupos de supuestos, distinción que, como más adelante se verá, es de relevante interés en orden a los problemas que se abordan en el texto.

El primero de dichos supuestos está integrado por aquellos casos en los que el testador ha fijado previamente las cuotas que en su herencia, considerada en abstracto, han de corresponder a cada heredero, señalando después los bienes determinados que se adjudicarán a los mismos en pago de sus respectivos haberes. Por ejemplo, si el testador dice: «Instituyo herederos por partes iguales a A, B y C. En pago de sus cuotas recibirá cada uno los bienes que se indican en la partición que a continuación establezco, o que se contiene en el documento que uno a este testamento.»

En estos casos la finalidad particial es evidente. La fijación preliminar de cuotas, referidas a toda la herencia considerada globalmente, y la función específica asignada a las adjudicaciones de bienes determinados denota claramente, a mi entender, la voluntad de atribuir a los adjudicatarios toda la herencia, y demuestra plenariamente que el propósito del testador, al hacer adjudicaciones de bienes determinados, fué exclusivamente la de evitar la indivisión entre los herederos, a los que no excluye, sino que, por el contrario, deja, al atribuirles cuotas con respecto a la herencia en general, los bienes que a su muerte pudieran quedar y que no resulten incluidos en la partición. La doctrina dominante en Italia, a pesar del criterio objetivista de su legislación en orden al problema de saber quién es heredero, admite que la adjudicación de bienes concretos en función de pago de una cuota del patrimonio no priva al adjudicatario de la condición de heredero, tesis ésta recogida hoy por el artículo 588 del nuevo Código.

El segundo grupo de supuestos abarca todos aquellos casos en que el testador distribuye sus bienes (o parte de ellos) entre los que llama sus herederos por vía de adjudicaciones concretas, y sin previa fijación de cuotas abstractas y generales. En estos casos, y en el supuesto de que los adjudicatarios puedan considerarse herederos, no debe tener aplicación, a mi juicio, la regla interpretativa contenida en el art. 765 del Código civil, a tenor del cual los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales, ya que si bien no hubo previo señalamiento de cuotas, si hubo, en cambio, asignación a cada heredero de bienes determinados, a los que en principio ha de ceñirse su adquisición, sin que haya razones para presumir que el testador ha considerado de igual valor los bienes adjudicados a cada heredero en relación con los adjudicados a los demás, presunción que no autoriza a formular el art. 765, que se refiere, como es evidente, a un supuesto por completo distinto. Es corriente y usual la fórmula, en las particiones realizadas por los padres (particiones en las que muchas veces se prescinde de la fijación de cuotas *a priori*), con arreglo a la cual la diferencia de valor que pueda haber entre los bienes adjudicados sea imputable a los tercios de mejora o de libre disposición de la herencia de los testadores.

Pues bien, en estos casos yo no creo que quepa sin más, y en todos los supuestos, considerar simples legatarios a los adjudicatarios. Estimo que la hipótesis cabe, o puede caber, dentro de la previsión del art. 1.056. Aparte de otras consideraciones que se expondrán en el texto hay que tener en cuenta: Primero, que no hay ningún precepto que obligue al testador que quiere partir, a fijar previamente las cuotas abstractas a que haya de sujetarse el reparto. Segundo, el significado especial que tiene la partición testamentaria, pues como ya dijimos, cuando se habla de partición referida a la hecha por el testador se

bienes gananciales se refiere, está supeditado a que en la liquidación y división del patrimonio común sean adjudicados a su lote, precisamente, los bienes que se comprendieron en la partición, lo cual, como ya hemos dicho, no es cosa que el cónyuge de que se trata pueda imponer unilateralmente al otro (103 bis). Los trastornos que puede producir en la economía de la partición el que las cosas no sucedan así, justifica que sea extremadamente conveniente, y, por tanto aconsejable, que si el testador quiere ejercitar la facultad que le concede el art. 1.056 del C. c., y está casado bajo el régimen ganancial, llegue previamente a un convenio con su cónyuge sobre la forma en que se liquidará y dividirá, cuando proceda, el patrimonio común. Nos remitimos a lo antes dicho en punto a la licitud y eficacia de estos actos.

Pero puede ocurrir que no haya habido acuerdo entre los esposos, o que habiéndolo habido no pueda ser cumplido íntegramente, ya que, como expuse anteriormente, la eficacia vinculante de dichos acuerdos sólo postula que necesariamente hayan de cumplirse cuando lo consienta la situación de hecho de la sociedad al tiempo de su disolución.

Planteado de esta forma el problema, estudiare, en primer lugar, la trascendencia que sobre la partición hecha por el testador puede tener que no se adjudiquen a su lote los bienes gananciales que se incluyeron en aquélla, para hacer, después, algunas reflexiones sobre las modalidades de las particiones hechas, habiendo acuerdo entre los cónyuges.

usa la expresión más bien en el sentido de distribución o reparto de bienes que en su acepción verdaderamente técnica; no se trata de hacer cesar una situación previa de comunidad (lo que sí exigiría la previa fijación de las cuotas de los interesados en la misma) que con respecto a los bienes adjudicados no ha existido nunca. Tercero, que, por consiguiente, y aunque no haya fijación previa de cuotas, puede haber sido una razón exclusivamente particional (de evitar la indivisión) la que haya movido al testador a limitar la adquisición de cada heredero a los bienes determinados que les haya adjudicado, en cuya hipótesis estaremos dentro de la excepción que establece el art. 1.056 del Código civil en orden a lo que constituye la esencia de la posición jurídica del heredero, como regla general. No podrá decirse, por el contrario, que las razones de la limitación impuesta a cada adjudicatario, al concretar su adquisición a los bienes determinados que se le asignaron, fueron exclusivamente particiales si el testador, sin agotar todo el caudal de que es titular cuando hace el testamento con las asignaciones de bienes determinados no dispone del remanente a favor de los adjudicatarios a los que llamó herederos. Más adelante estudiaremos las distintas hipótesis que pueden darse, distinguiendo en qué casos estamos en presencia de verdaderas disposiciones particiales con institución efectiva de herederos y en cuáles otros se trata simplemente de distribución de la herencia en legados.

(103 bis) Por eso la Resolución de 13 de octubre de 1916 proclama, acertadamente, que no es directamente inscribible en el Registro la partición realizada por el causante y que incluye bienes gananciales, ya que estos bienes no están dentro de su disponibilidad.

A

Imposibilidad de cumplir íntegramente la partición como consecuencia de no resultar adjudicados al lote del testador los bienes gananciales incluidos en la partición.

La solución del problema que en este caso se plantea depende, o puede depender, de varios factores. En primer lugar hay que distinguir, según que el cónyuge partidor sea o no el que primero fallezca. Dedicaremos, paralelamente a lo que hicimos en materia de legados, principal atención a la partición otorgada por el cónyuge que falleció en primer término, a la que vamos a referirnos a continuación, para después hacer también algunas reflexiones sobre el caso inverso.

Partiendo de esta premisa, y para estudiar las repercusiones que en una partición testamentaria pueda tener la no adjudicación al lote del testador de los bienes gananciales comprendidos en ella, creo que hay que distinguir entre dos posibles variedades o especies de la partición testamentaria, que pueden establecerse atendiendo al contenido de la misma.

a) *Partición testamentaria con fijación de cuotas.*—La primera de las dos variantes que puede presentar la partición testamentaria atendiendo a su contenido, es la que tiene lugar cuando el testador ha asignado cuotas de su herencia, considerada en abstracto, a sus herederos, y luego para cubrir, en todo o en parte, esas cuotas ha adjudicado a cada heredero bienes determinados. ¿Qué ocurre si entre esos bienes determinados hay alguno de naturaleza ganancial, y el mismo en la división del haber ganancial no se adjudica al lote del testador o no se le adjudica por entero?

La solución no puede ser sin más, como ahora vamos a ver, la que se propuso para la hipótesis de legado de cosa ganancial. En el caso que estamos analizando la voluntad de instituir herederos a los adjudicatarios, se ha manifestado a través de la asignación a cada uno de aquellos de una cuota de la herencia (asignación fundamental). Las adjudicaciones de bienes determinados son simple complemento o ejecución de esa voluntad. Esto no significa, desde luego (ver lo dicho en la nota 103), que, en este caso, los herederos adquieran primero una cuota sobre toda la herencia, y que en un segundo momento aquélla se convierta en un derecho exclusivo sobre los bienes adjudicados, ya que el mecanismo propio de la partición testamentaria presupone que la atribución y su ejecución tenga lugar simultáneamente. Pero sí significa, en cambio, que el testador ha considerado las adjudicaciones de bienes concretos como simple medio para, evitando la indivisión, cubrir, por lo menos parcialmente, el valor de cada una de las cuotas que ha señalado en su herencia, como módulo de la participación en la misma de cada heredero.

Pues bien, si aplicáramos a este tipo de partición testamentaria las soluciones propuestas para el caso de legado, podría ocurrir que el adjudicatario recibiese, en definitiva, más o menos del valor de su cuota hereditaria, lo que en modo alguno puede presumirse, a mi juicio, que haya podido quererlo el testador. Téngase en cuenta, en efecto, que para saber cuál es el importe definitivo de la herencia del testador (y, en consecuencia, el valor de las cuotas), hay que estar al resultado de la liquidación y división de la sociedad de gananciales, y que puede ocurrir que la situación patrimonial de ésta, al extinguirse, no consienta la adjudicación al testador de todos los bienes (o de otros equivalentes), que aquél comprendió en la partición. Imaginemos, para poner un ejemplo sencillo, que el testador ha instituído a sus dos hijos B y C por partes iguales. A «B» le adjudica bienes privativos por valor de 100.000 pesetas, y a C una finca ganancial que vale otras 100.000. Sucede, sin embargo, que a la muerte del padre la situación patrimonial efectiva de la sociedad de gananciales (que ha empeorado desde el testamento hasta la muerte) no consiente que se adjudique al lote del marido más que la mitad de aquella finca adjudicada a C. Como consecuencia de ello, la herencia del causante (suponemos que no existan otros bienes que los adjudicados a B, y la mitad de la finca adjudicada a C) vale 150.000 pesetas. La cuota de cada heredero (están instituídos por partes iguales) será, pues, equivalente a 75.000. Si en este caso aplicamos la solución que antes mantuvimos respecto de los legados, tendríamos que C habría de conformarse con la mitad de la finca (que vale 50.000 pesetas), con lo cual percibiría menos de lo que importa su cuota. Y si, aceptando alguna de las teorías que antes expusimos al ocuparnos de los legados, sostuviéramos que tiene derecho al valor de la otra mitad de la finca que no le pudo ser adjudicada, resultaría que C percibiría 100.000 pesetas, que es más de lo que vale su cuota, atendido el importe definitivo de la herencia del testador a su fallecimiento.

Creo, por consiguiente, que en esta primera variedad de la partición testamentaria que estamos examinando, hay que prescindir de las soluciones mantenidas para la hipótesis de legado, y hemos de movernos exclusivamente dentro del campo propiamente particional.

Sobre esta base, y para hallar la solución adecuada del problema, consideremos, en primer lugar, la hipótesis de que el testador haya querido realizar la partición completa de su patrimonio. Cabe, a pesar de esto, que a su muerte existan otros bienes no comprendidos en la partición, bien porque haya aumentado su activo después de realizada aquélla, bien porque en la liquidación y división del haber ganancial se le hayan adjudicado, en lugar de los bienes comunes de que dispuso otros bienes diferentes. Tanto en un caso como en otro, estos bienes no están incluidos en la

partición, y por ende, los mismos pertenecen, en principio, a todos los herederos en régimen de comunidad hereditaria.

Así las cosas, el heredero adjudicatario en cuyo lote se incluyó el bien ganancial que después no se ha adjudicado (al menos en su totalidad) previamente al testador, experimenta un evidente perjuicio; recibe menos de lo que debería percibir con arreglo al valor de su cuota y a lo querido por el testador. ¿Cómo subsanar este perjuicio? ¿Procede, realmente, su reparación? En la ley no encontramos respuesta expresa para estas interrogantes, porque el caso que estamos examinando no está directamente resuelto por ella.

La primera solución que se ocurre es la de proclamar la total ineficacia de la partición, ya que la misma no puede cumplirse tal como el testador la planteó, lo que implicaría la necesidad de que los herederos hubieran de proceder a formalizar por su cuenta una nueva partición. Sin embargo, a esta solución pueden oponerse argumentos de peso. En primer término, no cabe pensar en que estemos ante un supuesto de revocación tácita de la partición. Partimos de la hipótesis de que, efectivamente, el bien ganancial adjudicado existe en el patrimonio común al tiempo de la disolución de la sociedad, pero sin resultar íntegramente adjudicado, en la división de aquél, al lote del testador, bien porque no lo consienta la situación de la sociedad al disolverse, bien porque no haya sido posible llegar a un acuerdo con el otro cónyuge (104). Así, pues, el que la partición no pueda cumplirse en estos casos tal como lo ordenó el testador no ha dependido en absoluto de su voluntad y ello excluye, por tanto, la posibilidad de ver aquí un supuesto de revocación tácita.

Por otra parte, existe en nuestro derecho una marcada tendencia a mantener las particiones ya realizadas, no obstante el perjuicio que las mismas hayan podido irrogar a un heredero. En los dos supuestos que guardan mayor paralelismo con el que aquí nos ocupa, el de lesión y el de evicción de alguno de los bienes adjudicados, sólo se otorga al perjudicado derecho a exigir una indemnización, ya que si bien en el caso de lesión la acción a que la misma da lugar se orienta, por ser rescisoria, a dejar sin efecto

(104) El supuesto de que la adjudicación del bien ganancial no pueda realizarse por haber sido aquél enajenado por el testador (lo que es perfectamente posible cuando el testador es el marido) no es diferente del que plantea la enajenación de cualquier otro bien de los incluidos en la partición aunque sea privativo. El que pueda verse o no en esta hipótesis un caso de revocación tácita de la partición, y, más ampliamente, la trascendencia de la enajenación sobre la partición misma es, por consiguiente, un problema que afecta de modo general a todas las particiones testamentarias y no especialmente a las que incluyan bienes de carácter ganancial. Por no ser nuestro propósito ocuparnos más que de las particularidades que pueda específicamente determinar este último supuesto es por lo que no podemos aquí estudiar con detenimiento la cuestión indicada. Cfr., sin embargo, lo que más adelante decimos al ocuparnos de las particiones otorgadas por el cónyuge que falleció en último lugar.

la partición realizada, esto puede evitarlo el heredero demandado por su sola voluntad indemnizando al perjudicado (cfr. art. 1.077 del C. c.). ¿Cabe asimilar la hipótesis que estamos examinando a alguno de estos dos supuestos? La cuestión no es baladí, puesto que si se estimara que estamos ante un caso de lesión debería el perjuicio rebasar el límite de la cuarta parte que señala el artículo 1.074 del C. c. para que pudiera concederse acción al perjudicado, lo que, en cambio, no sería necesario si el supuesto que nos interesa lo considerásemos asimilable a la evicción o sostuviéramos que no encaja plenamente ni en el concepto legal de lesión ni en el de evicción.

A mi ver, no cabe establecer la asimilación con la hipótesis de lesión. Porque si bien es cierto, como dice ALBALADEJO (105), que en un sentido amplio lesión es todo perjuicio causado al heredero en la partición, por lo que también en realidad la evicción es, en cierto modo, determinante de una lesión, no cabe duda de que en nuestro derecho se mantiene un concepto restringido de lesión (como lo prueba el que la evicción se regule como hipótesis distinta) y que se concreta al supuesto de perjuicio causado a un heredero por el menor valor que tengan los bienes a él adjudicados en relación con el que verdaderamente debió percibir, pero no comprende el caso de perjuicio originado por la privación de bienes que le fueron efectivamente adjudicados (evicción) ni tampoco, por tanto, el de que no lleguen a adjudicarse al heredero todos los bienes que habían de componer su lote (supuesto distinto al de evicción, pero que tiene con él indudables concomitancias).

Yo creo, pues, que sin necesidad de invocar la analogía «legis» en orden a la evicción, es indudablemente aplicable a nuestro caso el principio que se desprende de la regulación normativa de los supuestos de lesión y de evicción, y cuyo principio no es otro que el de negar que el perjuicio derivado para un heredero de una defectuosa o incompleta formación de los lotes otorgue al perjudicado derecho a exigir que se proceda a una nueva partición, concediéndosele, únicamente, la facultad de pedir que el perjuicio desaparezca mediante la indemnización correspondiente (106).

Sucede, no obstante, que la posibilidad de que en las hipótesis de evicción y de lesión recabe el perjudicado una indemnización está sumamente limitada por la ley, por lo menos a primera vista, cuando se trata de particiones realizadas por el testador. El artículo 1.070 establece que la obligación de sanear por evicción no existe «cuando el mismo testador hubiera hecho la partición,

(105) Dos aspectos de la partición hecha por el testador en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, fasc. 3º, págs. 962 y 973.

(106) Cfr. a mayor abundamiento los supuestos de omisión de bienes en las particiones, y de preterición de un heredero (arts. 1.079 y 1.080 del C. c.). En ambos casos se mantiene la partición, bien completándola con los bienes o valores omitidos, bien indemnizando al preterito.

a no ser que *aparezca o razonablemente se presuma haber querido lo contrario*, y salva siempre la legítima». Y el artículo 1.075 dispone que «la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que *aparezca o razonablemente se presuma que fué otra la voluntad del testador*». Me parece evidente que la limitación que se desprende de estos preceptos en orden a los derechos del perjudicado por la evicción o la lesión en caso de particiones testamentarias debe ser también referible a nuestra hipótesis, ya que, igualmente, habrán de jugar en ella las razones justificantes de dicha limitación.

La interpretación de los artículos 1.070 y 1.075 especialmente en orden a la determinación de los casos en que procede la indemnización al perjudicado «por aparecer o presumir razonablemente» que esto fué lo querido por el testador ha dado lugar a dificultades que recientemente ha tratado de desvanecer ALBALADEJO (107) en un interesante trabajo. A mi modo de ver, una adecuada interpretación de dichos artículos debe partir de la distinción que nosotros hemos planteado al separar dos grandes tipos de particiones testamentarias en orden a su contenido y según que en ellas haya habido o no previa fijación de cuotas por parte del testador. Si éste ha fijado cuotas (que es el caso de que ahora nos estamos ocupando) la voluntad del testador se dirige, como antes indicaba, a la atribución a cada heredero de una participación general en su herencia cuantitativamente bien determinada, asumiendo la adjudicación de bienes concretos de carácter simplemente complementario o ejecutorio de aquella voluntad. En estos casos estimo perfectamente racional presumir que la voluntad del testador hubiera sido la de otorgar una indemnización al heredero si hubiese previsto que éste recibe un valor inferior al de la cuota que le asignó, por habérsele privado de alguno de los bienes que se le adjudicaron o por no haber podido recibir íntegro el lote que el mismo testador le atribuyó (108). En cambio,

(107) Cfr. ob. cit. en nota 105.

(108) En el supuesto de lesión *strictu sensu* la cuestión es más compleja. Aunque haya habido fijación de cuotas y aunque el valor de los bienes adjudicados, con arreglo a criterios objetivos de valoración, no cubra el de la cuota, yo creo que *habrá que mantener las valoraciones subjetivas del testador* mientras no haya perjuicio para la legítima, o no se demuestre que el testador desconoció, o conocío mal, factores que, de haberlos tenido en cuenta, hubieran variado sus criterios de valoración.

ALBALADEJO (en ob. cit.) sostiene la tesis de que la indemnización debe proceder, en toda partición siempre que haya lesión o evicción. Quizá él parte de la idea de que sólo es verdadera partición testamentaria aquella en que el testador señala previamente las cuotas que han de corresponder a sus herederos en relación a la totalidad de la herencia considerada en abstracto. A mi entender, sin embargo, y aun dentro de la hipótesis de previa fijación de cuotas por el testador, ALBALADEJO, al admitir la rescisión por lesión siempre que ésta exista, va demasiado lejos. Sin que me proponga hacer aquí una revisión crítica a fondo de su trabajo, en el que hay muchos puntos de vista interesantísimos y originales, me permito observar que, de una parte,

si el testador no ha señalado cuotas, sino que se ha limitado a asignar, por vía de reparto, bienes determinados a sus herederos, la voluntad del testador está clara en el sentido de querer que, en relación a los bienes repartidos, cada heredero perciba sólo lo que él le ha adjudicado. Ya no hay base suficiente, a mi juicio, para presumir que en caso de evicción o de imposible adquisición de los bienes adjudicados, el testador, de haberlo sabido, hubiera querido conceder al perjudicado una indemnización que en definitiva vendría a gravar a los otros herederos. La distinción que acabo de plantear como medio de interpretar el artículo 1.070 del C. c. puede, además, esgrimir en su apoyo un argumento de tipo histórico. En el derecho anterior al Código la obligación de sanear en caso de evicción no se daba cuando la partición la había hecho el testador (109), e incluso no se hacía la salvedad de que fuera respetada la legítima. Se entendió, sin embargo, con unanimidad, que el saneamiento procedería, en la medida necesaria, caso de resultar perjudicada la legítima. Por otra parte, un sector doctrinal, siguiendo la opinión de GREGORIO LÓPEZ, entendió que el saneamiento por evicción en las particiones testamentarias también habría de proceder cuando constara que el testador quiso la igualdad entre sus herederos, para lo cual era necesario que los hubiese instituído por partes iguales. A mi modo de ver, el Código no ha hecho más que mantener en este punto el sistema tradicional, dando acogida a la doctrina citada y extendiéndola a todos aquellos casos en que conste de una manera indubitable la proporción en que el testador ha querido que sus herederos se repartan la herencia, lo cual sólo consta, claramente, con arreglo al testamento, si en éste no se señalan las cuotas o módulos de participación de los herederos en la herencia. Esta ampliación que hace el Código de la doctrina que, a mi juicio, le inspira, es perfectamente lógica. No hay razón, en verdad, que abone un distinto tratamiento en este punto para el supuesto de que el testador haya instituído a sus herederos por partes iguales que para el caso, por ejemplo, de que haya instituído a uno de sus herederos en dos tercios de su herencia y al otro en el tercio restante. Siempre que resulte del testamento claramente la proporción en que el testador ha querido que su herencia se reparta entre sus herederos debe presumirse que su voluntad es contraria a que esa proporción se altere como consecuencia de la evicción. En cambio, si dicha proporción no consta, si el testador no ha fijado cuotas de participación, falta la base para establecer aquella presunción. Y el

ALBALADEJO acentúa en exceso la distinción entre «disposición» y «partición», distinción que, a mi ver, se difumina un tanto en tema de particiones testamentarias, y de otra, no tiene en cuenta que la facultad de partir presupone lógicamente la de valorar, facultad ésta a la que hay que atribuir bastante amplitud cuando el que parte es, precisamente, el que dispone.

(109) Cfr. Partida 6.^a, Ley 9.^a, título XI.

Código se atiene entonces al principio tradicional que niega el saneamiento por evicción en las particiones testamentarias (110).

Pienso, por consiguiente, que cuando el testador ha señalado las cuotas que en su herencia han de tener sus herederos, si los bienes gananciales que incluyó en la partición no pueden ser íntegramente adquiridos por el adjudicatario de los mismos, procederá conceder a éste derecho a una indemnización previo el reajuste del valor de las cuotas de acuerdo con el resultado definitivo que arroje la liquidación de la sociedad conyugal (111). La indemnización habrá de hacerse efectiva en dinero, proporcionalmente por los demás herederos, que es la solución legal para el caso de evicción.

Pero cabe preguntarse si el pago de la indemnización será procedente en el caso de existir al fallecimiento del causante otros bienes hereditarios distintos a los comprendidos en la partición, procedan o no de la liquidación de la sociedad de gananciales, si con dichos bienes hubiera bastante para completar la cuota del heredero perjudicado. Como hemos dicho antes al no estar estos bienes comprendidos en la partición pertenecen a los herederos en régimen de comunidad hereditaria. Se puede, en consecuencia, mantener, respecto de lo que haya de hacerse con los mismos, una doble postura: entender que deben repartirse con arreglo a las cuotas de cada heredero, prescindiendo del perjuicio padecido por uno de ellos, que será indemnizado independientemente, o destinar los mismos, preferentemente, a completar la cuota del perjudicado, procediendo sólo la indemnización en metálico por la diferencia, de no ser suficientes aquellos bienes. Aun estimando que las dos posiciones son defendibles, yo me inclino más bien por la segunda. No existe una identidad absoluta entre la hipótesis que aquí estamos examinando y la evicción. Además, que al tratar de

(110) Por esto decíamos en la nota 103 que además de las razones allí invocadas existían otras que amparaban la tesis favorable a la innecesidad de previa fijación de cuotas para que haya partición testamentaria. El hecho de que sólo en el caso de que falte la previa fijación de cuotas tenga fundamento privar al heredero, que ha resultado lesionado o que ha sufrido la evicción, de todo remedio para resarcirse del perjuicio, demuestra que el legislador, al establecer el principio de la improcedencia de tales remedios en caso de particiones testamentarias, ha estado pensando, precisamente, en aquellas particiones (quizá las más frecuentes en la práctica) en las que el testador no ha querido ceñirse a unas cuotas previamente establecidas.

(111) Este reajuste es igualmente necesario en el caso de evicción a pesar de que no esté demasiado claro en este punto el art. 1.071 del C. c. Es evidente que si por evicción se pierde un bien hereditario, el volumen total de la herencia disminuye, y por ende, proporcionalmente, el valor de la cuota de cada heredero. Con arreglo a este forzoso reajuste de cuotas hay que medir la cuantía de la indemnización que hay que satisfacer al perjudicado, porque, de prescindir de dicho reajuste, la indemnización habría de comprender el valor total de la cosa, con lo cual el heredero perjudicado resultaría, paradójicamente, beneficiado. En este sentido se expresa GARCÍA GOYENA al estudiar el art. 920 del Proyecto de Código de 1851. Cfr. Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español, tomo 2º, pág. 274.

la evicción no tenga en cuenta el Código más posibilidad que la indemnización en dinero es lógico, puesto que aquel cuerpo legal, al regular la evicción en las particiones no se refiere sólo a las testamentarias, sino a todas, por lo cual la hipótesis que sin duda ha tenido presente el legislador es la de que la partición haya agotado toda la herencia. Por otra parte, si en definitiva la partición queda firme y firmes las adjudicaciones cuyo cumplimiento ha sido posible es más razonable entender que la voluntad del testador hubiera sido la de completar el lote del perjudicado con los bienes hereditarios que sobren, que imponer a los demás herederos la carga de una indemnización. Lo lógico es entender que lo que el testador quiere es que la situación de los herederos se altere lo menos posible en relación con lo establecido en la partición. Este principio es el que inspira las soluciones legales en estas materias, como hemos visto.

Expuesta nuestra opinión para el caso de que el testador haya querido hacer la partición de toda su herencia, el reflejo de la misma sobre los supuestos en que sólo se haya propuesto hacer adjudicaciones parciales (112) nos conducirá a soluciones claras. Así, la partición habrá de realizarse previa la determinación del valor de las cuotas, adjudicando a cada heredero bienes bastantes para cubrir la suya, prescindiendo de las asignaciones hechas por el testador si éstas no pueden cumplirse o imputando en cada cuota la parte de los bienes gananciales adjudicados que en la liquidación de la sociedad conyugal hayan correspondido al testador.

b) *Partición testamentaria sin fijación de cuotas*.—El segundo de los dos tipos de partición que se pueden distinguir atendiendo a su contenido está integrado, según se desprende de cuanto llevamos dicho, por aquellas particiones en que el testador, sin fijar previamente, las cuotas que en su herencia hayan de corresponder a sus herederos reparte aquélla entre éstos (a quienes ha querido atribuir el título de tales) por vía de adjudicaciones concretas. En estos casos no cabe estimar que los herederos están instituídos por partes iguales por aplicación de lo establecido en el artículo 765 del C. c. Porque si bien el testador no ha señalado cuotas ha determinado, en cambio, en bienes concretos, lo que cada heredero debe recibir de la herencia.

No creo que en todos estos supuestos estemos ante una simple hipótesis de distribución de la herencia en legados. Aunque no haya previa fijación de cuotas, la distribución de los bienes de la herencia mediante adjudicaciones concretas entre los que el

(112) Me parece claro que la facultad de hacer la partición que concede el art. 1.056 a todo testador incluye tanto la facultad de partir toda la herencia como la de limitar la partición a determinados bienes. En este sentido la doctrina casi unánime de Italia y Francia, con la única excepción de VERGA («Divisione d'ascendente. Sua distinzione dal testamento», en *Rivista di diritto civile*, 1927, págs. 595-596). Para la refutación de la tesis de VERGA cfr. BELOTTI, «La divisione dell'ascendente», Cedam, 1933, pág. 117 y sigs.

testador llamó sus herederos puede obedecer exclusivamente a la finalidad de evitar la indivisión entre ellos, en cuyo caso estaríamos dentro de lo previsto por el artículo 1.056 del C. c. (113). El Código no exige que el testador haga la partición acomodándose a unas cuotas que habrían de ser determinadas por él mismo, y ello es lógico, pues en estas particiones el que parte es el que dispone y quien puede hacer con sus bienes lo que tenga por conveniente, salvo el respeto debido a la legítima de los herederos forzados. Y que efectivamente no exige nuestro Código que la partición testamentaria haya de formalizarse ajustándose a unas cuotas predeterminadas lo prueba el hecho de que, por regla general, excluye la garantía de evicción y la rescisión por lesión en las particiones hechas por el testador, lo que tiene sólo claro sentido referido a esta clase de particiones, por lo demás las más frecuentes

(113) Ver sobre esta cuestión los argumentos esgrimidos en la nota 103. Desarrollando lo que allí se decía, podemos ahora puntualizar diferentes hipótesis para señalar en qué casos hay verdadera partición con institución efectiva de herederos y en cuáles otros se trata de simple otorgamiento de legados, y todo ello de acuerdo con los criterios que antes expusimos. Los principales supuestos que cabe distinguir son los siguientes:

1.^o El testador hace asignaciones concretas a favor de determinadas personas a quienes llama herederos, sin agotar su patrimonio actual con dichas asignaciones, y deja el remanente a otras. En tal caso, a mi juicio, los adjudicatarios, en principio, no pueden ser reputados herederos. Sin embargo, si el testador, al instituir *nominativam* a los adjudicatarios de bienes concretos, lo hace otorgándoles el mismo rango que a los destinatarios del remanente y consta expresamente que ha perseguido un propósito partitacional y que considera el remanente como una adjudicación más, la cuestión es dudosa. Supongamos una cláusula testamentaria concebida en estos términos u otros parecidos: «Instituyo herederos a mis hijos A, B y C, que partirán entre sí mi herencia en la forma y medida siguiente (siguen adjudicaciones de bienes determinados a favor de A y de B, adjudicándose el remanente a C)». Ante casos como éste yo me inclino, más bien, por reputar herederos a los adjudicatarios, y me parece que la hipótesis cabe dentro de la previsión del artículo 1.056. Tengase en cuenta que en nuestro derecho es decisiva la voluntad del testador para saber cuándo hay o no institución de herederos.

2.^o El testador no agota su patrimonio actual con las asignaciones concretas por él ordenadas, pero deja el remanente a los favorecidos por aquéllas. En este caso los adjudicatarios deben entenderse herederos en fuerza de esta última disposición. Las asignaciones concretas son prelegados. Radicalmente distinta es la hipótesis en la que el testador, atribuyendo previamente cuotas generales en su herencia, establece, por vía de partición parcial, que a cada heredero (o a uno de ellos) se le adjudiquen bienes determinados en parte de pago de su haber. En este caso, los bienes señalados por el testador los perciben los adjudicatarios como parte de su cuota en la herencia, y por tanto, como verdaderos herederos. La distinción puede tener relieve práctico, ya que en el primer caso lo más acertado, a mi juicio, es repartir el remanente por partes iguales si el testador no estableció expresamente la proporción en que debía dividirse éste (por aplicación del art. 765), mientras que en el segundo supuesto el remanente (y toda la herencia) ha de repartirse de acuerdo con las cuotas generales señaladas por el testador.

3.^o El testador no agota su patrimonio actual con las asignaciones concretas que ha hecho. El remanente no se lo deja a nadie o excluye de él expresamente a los adjudicatarios. A mi juicio no hay aquí base para afirmar la existencia de una verdadera voluntad de instituir, aunque el testador haya llamado herederos a los adjudicatarios. Entra en juego, sin ninguna interferencia posible,

en la práctica. Son normales, en efecto, las fórmulas con arreglo a las cuales el testador instituye herederos a varias personas, estableciendo que las mismas repartirán entre sí la herencia en la forma que a continuación establece (o en la forma y medida que resulta de las adjudicaciones que ordena a continuación).

En estos casos, a diferencia de lo que ocurre cuando hay fijación previa de cuotas, no puede decirse que el testador haya considerado las adjudicaciones por él hechas como simple medio de cubrir una cuota matemáticamente bien determinada con respecto a la herencia en su conjunto, ya que empieza por faltar la determinación precisa y exacta de dicha cuota. Cuando el testador ha señalado *a priori* las cuotas de sus herederos con relación a la herencia en su conjunto, su voluntad tiende en primer lugar a que cada heredero reciba un porcentaje determinado en su herencia,

el art. 768 del C. c., por lo cual los adjudicatarios deben ser reputados legatarios. Al remanente serán llamados los sucesores intestados; si no hay remanente a la muerte del testador será de aplicar el art. 891 del C. c.

Claro que para que esto sea así es menester que en el testamento esté clara la voluntad del testador de limitar la adquisición de los adjudicatarios a los bienes que les han sido adjudicados. En otro caso habría que ver simples adjudicaciones parciales de carácter particional. Supongamos que el testador instituye herederos a A, B y C, agregando a continuación que A recibirá una finca determinada, B otra y C unas acciones. Esta disposición debe entenderse, a mi juicio, como institución hecha por partes iguales (por aplicación del artículo 765), con imputación de los bienes especificados a las respectivas cuotas. La limitación concreta a los bienes adjudicados estará, en cambio, patente si el testador instituye directamente a A y a B en sendas fincas y a C en las acciones.

4.^º El testador agota todo su patrimonio actual en sus asignaciones concretas y además establece que si a su muerte quedaren más bienes, éstos serán repartidos entre los adjudicatarios. En este caso creo que hay verdadera partición y que los adjudicatarios son herederos. E incluso que en tal concepto de herederos (y no con el carácter de prelegado) adquieren los bienes que les haya adjudicado el testador.

5.^º El testador agota todo su patrimonio actual con asignaciones concretas sin disponer nada expresamente con respecto a un eventual remanente de bienes. A mi juicio, en este caso, y si el testador otorgó *en nominativis* el título de herederos a los adjudicatarios, éstos tendrán efectivamente tal condición. Los arts. 675 y 668 obligan, en principio, a mantener la calificación empleada por el testador, y si el supuesto entra claramente dentro de lo previsto en el art. 1.056, ningún inconveniente hay en mantenerla efectivamente. Del testamento no resulta que la voluntad del testador sea la de limitar de *todos modos* y *en todo caso* la adquisición de cada heredero a los bienes concretos que le adjudicó. No están los herederos excluidos de un eventual remanente que si llega a existir creo que les pertenecerá en base a la fuerza expansiva de su título de sucesores universales.

En cambio, si el testador llamó legatarios a los adjudicatarios, creo que también procede mantener esa calificación con arreglo a los preceptos anteriormente citados. Esta calificación puede valer como manifestación de la voluntad del testador de excluir a los adjudicatarios de todo posible remanente. Por tanto, si llega a haber remante, se deberá abrir, respecto del mismo, la sucesión intestada. En otro caso será de aplicar el art. 891 del C. c.

Finalmente, si el testador nada dice sobre si reputa, en el caso que estamos examinando, a los adjudicatarios herederos o legatarios, creo que habrá que entender lo primero por aplicación del inciso final del art. 668 del C. c.

Habiendo sido queridas las adjudicaciones de bienes determinados para cubrir ese porcentaje y porque el testador considera que, efectivamente, lo cubre. Pero si falta la fijación previa de cuotas no puede estimarse ya que el testador haya considerado fundamental la proporción que guardan entre sí los diferentes lotes. Por consiguiente, tampoco puede presumirse con seguridad que en los casos de evicción o de imposible adjudicación a un heredero de los bienes a él asignados (114), la voluntad del testador hubiera sido la de otorgar una indemnización al perjudicado, que vendría a gravar a los demás herederos, quienes, en definitiva, no han recibido más que lo que el testador les ha asignado. Se debe estar entonces a la regla general que se desprende del artículo 1.070 del C. c. (115). Por tanto, hay que sostener que el adjudicatario de un bien ganancial que no haya correspondido al lote del testador nada podrá reclamar de los demás herederos.

No obstante, si en la división del patrimonio común corresponden al lote del testador otros bienes distintos a los por él adjudicados (y siempre que no se trate de bienes especialmente adjudicados a otros) el heredero acreditará derecho a estos bienes hasta el límite de lo que valía lo que a él se adjudicó. En apoyo de esta tesis, sustancialmente igual a la mantenida en tema de legados, cabe invocar la consideración de que en el caso de evicción es indudable que el perjudicado, aunque nada pueda reclamar de sus coherederos, hará suyo el precio de la cosa, que podrá recabar del que transmió al causante. Además es lógico presumir que el testador, de haber previsto el caso, hubiera querido otorgar al heredero esta limitada compensación que para nada afecta a las adjudicaciones hechas a los demás. De no ser así, habría que entender que el testador quiso otorgar una liberalidad puramente eventual, lo cual no es posible, como vimos al ocuparnos de los legados (116).

Es, por último, evidente que las soluciones apuntadas han de entenderse propuestas con la fundamental salvedad del respeto debido a la legitimidad de los herederos forzados. Tratándose de salvaguardar la legítima los remedios legales para caso de evicción y de lesión funcionan en todo caso de partición testamentaria.

(114) La analogía, sea «legis», (con respecto a la regulación concreta de la evicción), sea «juris» (en orden a los principios que cabe extraer de la regulación de la evicción y de la lesión), me parece de indiscutible procedencia.

(115) La tesis de ALBALADEJO al sostener que debe admitirse el saneamiento por evicción en todo caso de partición testamentaria, salvo que el testador haya manifestado expresamente su voluntad contraria al saneamiento, torna inútil y carente de significado el art. 1.070, 1º, del C. c.

(116) Si existe remanente privativo del testador, el heredero no acreditará derecho a ser resarcido con cargo a dicho remanente. El testador ha querido que cada heredero perciba, con relación a los bienes repartidos, solamente los objetos concretos que adjudicó. El remanente eventual pertenecerá a todos los herederos, y no pudiendo el perjudicado, en estos casos, ser resarcido a costa de aquéllos, es evidente que no podrá mermar la participación de los mismos en dicho remanente.

ria, sin distinciones, como establecen los artículos 1.070 y 1.075 del C. c., lo cual es perfectamente lógico dada la naturaleza de los derechos del legitimario. Paralelamente, el derecho a ser indemnizado funcionará necesariamente en el caso que nos ocupa si resulta lesionada la legítima al no poder adjudicarse íntegramente al heredero forzoso los bienes gananciales que en la partición le asignó el testador. La indemnización tendrá derecho a percibirla el legitimario en bienes de la herencia si se estima que la legítima ha de ser pagada en cuerpos hereditarios, lo cual, si no hay remanente, puede trastornar gravemente la partición realizada por el testador. A la misma solución hay que llegar, en punto al derecho del perjudicado, a ser indemnizado con bienes de la herencia, en el caso de que haya habido previa fijación de cuotas por parte del testador, y en la medida necesaria hasta que la legítima resulte cubierta.

Lo expuesto hasta aquí lo hemos dicho con referencia a la partición otorgada por el cónyuge que primero haya fallecido. Pero, ¿qué ocurre en el supuesto inverso? Como decíamos al ocuparnos de los legados esta hipótesis tiene menos interés práctico, pues lo natural es que el testador superviviente modifique su partición adaptándola a los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal. Pero, naturalmente, hay que plantearse el problema para el caso, indudablemente posible, de que la partición no haya sido modificada.

Naturalmente no hay problema, y la partición podrá cumplirse si los bienes gananciales adjudicados por el testador a sus herederos le son a su vez adjudicados a él en la liquidación de la sociedad legal. El problema surge si al testador no se le adjudican dichos bienes o se le adjudica sólo parte de los mismos. ¿Cómo repercute ello en la partición?

La cuestión guarda notables concomitancias, aunque no quepa encontrar entre ambas una absoluta identidad, con la que suscita la hipótesis de enajenación por parte del testador de bienes incluidos en la partición por él hecha. La doctrina ha enfocado el problema planteándose la duda de si tales actos implican o no revocación de la partición. En Italia PACIFIZZI-MAZZONI se inclina por la afirmativa y RICCI por la negativa (117), mientras que otros, como BELOTTI (118) mantienen una posición intermedia a tenor de la cual el testador ha enajenado todos los bienes componentes de la cuota de un heredero, la partición debe entenderse revocada y, en cambio, si sólo comprendió algunos, debiendo en este caso estimarse reducida la liberalidad otorgada a favor del descendiente adjudicatario de los bienes enajenados.

A mi entender, el problema, tanto en el supuesto de enajena-

(117) Cits. por BELOTTI en ob. cit., pág. 207.

(118) Ob. cit., pág. 208.

ción propiamente dicha como en el que aquí nos ocupa, es más complejo y para resolverlo creo que hay que acudir a la distinción que antes planteé entre los dos tipos o supuestos de participación testamentaria que cabe distinguir.

Si el testador fijó previamente las cuotas de reparto de su herencia entre los herederos, estimo que si luego no se le adjudican en la división todos los bienes comprendidos en el lote de uno de equéllos, podrá entenderse, si se quiere, que toda la partición queda sin efecto en virtud de una, más o menos fundada revocación tácita, pero lo que no se puede admitir es que el heredero-adjudicatario haya de conformarse con los bienes que formando parte de su lote resten a la muerte del testador si con dichos bienes no basta para cubrir su cuota. El testador ha querido, en este caso, dar a la adjudicación valor de simple pago de una cuota de la herencia cuya atribución fué la querida como fundamental. No hay razones suficientes para sostener que haya querido reducir esa atribución fundamental porque a su muerte no existan todos los bienes que componían el lote de un heredero, y esto, creo, aunque hayan salido por su voluntad de su patrimonio. ¿Habrá que estimar, pues, que la partición queda completamente sin efecto? A mi modo de ver, en contra de esta tesis, apoyada en una supuesta revocación tácita de toda la partición (de muy dudoso fundamento, a mi juicio), milita el principio, antes invocado, favorable a la subsistencia de las particiones ya realizadas. En mi opinión, pues, la posición del adjudicatario es, en estos casos, la misma que la que ostenta en el supuesto de que quien haya fallecido en primer término sea el cónyuge testador.

Si el causante no asignó cuotas de su herencia a los herederos, sino que se limitó a distribuir su patrimonio entre ellos por vía de adjudicaciones concretas, la cuestión cambia. Creo que habiendo sido el propósito del testador atribuir bienes determinados prescindiendo de que dichos bienes cubran o no una cuota previamente fijada, la falta de dichos bienes a su muerte implica la ineficacia de la disposición otorgada a favor del adjudicatario en cuanto a dichos bienes. Las razones esgrimidas para la hipótesis paralela en tema de legados son perfectamente aplicables a este caso. Naturalmente, quedarán firmes las adjudicaciones hechas a favor de los otros herederos.

B

Modalidades de las particiones hechas por los cónyuges habiendo acuerdo entre ellos

Los trastornos denunciados, que puede experimentar la partición otorgada por el testador si comprende en ella bienes pertenecientes al patrimonio común, justifican la conveniencia, para re-

ducir al mínimo la posibilidad de dichos trastornos, de un acuerdo entre los cónyuges sobre la futura liquidación y división de aquel patrimonio. El acuerdo, por otra parte, brota espontáneo en todos aquellos casos, los más frecuentes en la práctica, en que los esposos se proponen regular unitaria y conjuntamente su sucesión.

El convenio puede tener diferente alcance según los casos. Puede limitarse a la adjudicación de un bien determinado si lo que se propone uno de los cónyuges es hacer sólo una adjudicación parcial. Deberá comprender todo el patrimonio de la sociedad si cada esposo (o uno de ellos al menos) quiere hacer la partición completa de su herencia.

Cabe, desde luego, que sea sólo uno de los cónyuges el que se proponga partir, y cabe, por el contrario, que dicho propósito sea común a ambos. En esta última hipótesis, y aunque es posible que cada cónyuge quiera organizar separadamente la partición de su propia herencia, quizás lo más corriente es que los cónyuges quieran articular conjuntamente la partición de todos los bienes de la sociedad conyugal como si se tratase de un patrimonio único. Entre padres labradores, especialmente, es corriente la aspiración de que a la muerte del que primero fallezca, el sobreviviente usufructúe todo el patrimonio familiar (sin distinción entre bienes propios y bienes comunes) para que a la muerte del último ese patrimonio (también sin distinciones) se reparta de una determinada manera entre los hijos.

A la realización práctica de este deseo, sobre todo por vía estrictamente sucesoria o testamentaria, se oponen, como es sabido, obstáculos de importancia en el terreno del derecho positivo, y concretamente dentro de nuestro Código civil. Aparte de las dificultades que en sí misma encierra la posibilidad de conceder, en nuestro derecho, al viudo el usufructo de toda la herencia del premuerto habiendo herederos forzosos, de cuyo tema se ha ocupado ya la doctrina con algún detenimiento, los obstáculos surgen en otra dirección si se tiene en cuenta que en el Código no se conoce la llamada en Aragón sociedad legal continuada que el testador pueda imponer a sus herederos (cfr. art. 53 del Apéndice), ni el testamento mancomunado. Y si estos obstáculos no lo son de hecho para impedir que muchas veces se cumpla la voluntad de los testadores ello ha sido debido, en gran medida, a que en España, por fortuna, las últimas voluntades de los padres son generalmente sagradas para los hijos, sin discusiones sobre su legalidad.

Naturalmente, el dotar de cauce legal claro y eficaz a esta justa aspiración de tantos matrimonios castellanos es tarea que compete al derecho constituyente. Pero mientras tanto llegue la necesaria reforma de nuestro derecho común en este punto, es misión del jurista práctico, y muy en particular del Notario, ver si el derecho positivo vigente brinda algún camino, aunque sea indirecto, para la consecución de los fines perseguidos por los in-

teresados, cuando estos fines, como en el caso que ahora estudiamos, son moralmente irreprochables.

No es solución, a mi juicio, para conseguir esa tan común aspiración que estoy examinando, el que los padres formalicen por separado sus respectivas particiones, aunque pensando y proyectando cada uno la suya como complemento de la querida por el otro. Hay que tener en cuenta, en efecto, que el artículo 1.056 permite sólo a cada testador partir su propia herencia, y que no es posible, jurídicamente, formar una sola masa de bienes paternos y maternos constitutiva de una unidad ideal en las relaciones sucesorias y familiares sobre la cual haya de computarse indistintamente la participación de cada hijo en las herencias de su padre y de su madre. Esta concepción ético-familiar del patrimonio no tiene su paralelo en el terreno jurídico, de donde se sigue, como dice BELOTTI (119), que no se pueda consentir la sustitución de bienes en la división formalizada por los ascendientes. Otorgada por cada cónyuge la partición de su herencia, y aunque hayan calculado la cuota de cada hijo con relación a la herencia de ambos en su conjunto, los hijos heredarán sólo de cada progenitor aquello que él le haya adjudicado, y en consecuencia a esta adjudicación habrá que atender para determinar si con respecto a cada uno de los causantes ha recibido lo que le corresponde. Por otra parte las particiones testamentarias son siempre revocables en nuestro derecho positivo, pues como ha proclamado definitivamente la fundamental sentencia de 6 de marzo de 1945 las dos modalidades de la partición hecha por el testador a que se refiere el artículo 1.056 tienen naturaleza de actos «mortis causa» en lo sustancial, rechazándose la institución híbrida de la donación-partición procedente del derecho francés. Por consiguiente, si el cónyuge supérstite revoca la partición otorgada de común acuerdo con el premuerto, puede resultar alguno de los hijos gravemente perjudicado contra lo que hubiera sido la voluntad de aquel (que si le dejó menos fué en consideración a lo que el otro cónyuge le dejaba), y sin que le queda recurso alguno mientras su legítima esté intacta.

A mi modo de ver la solución relativamente satisfactoria del problema puede encontrar su punto de partida en la posibilidad de que el testador prohíba temporalmente a sus herederos la partición de la herencia. Esta posibilidad la ofrece el artículo 1.051 del Código civil al decir que ningún coheredero está obligado a permanecer en la indivisión *a menos que el testador prohíba expresamente la división*. A mi juicio no es aplicable a esta prohibición el límite de diez años establecido por el artículo 400 al pacto de indivisión celebrado por los comuneros, ya que se trata de prohibiciones que tienen origen diferente, y por otra parte, el C. c. al determinar en qué casos cesará la indivisión impuesta por el testador se remite a las causas de extinc-

(119) Ob. cit., pag. 115

ción del contrato de sociedad. Analizadas éstas y aplicadas a nuestro caso resulta de ello que, pese a la prohibición, cada coheredero podrá pedir la cesación de la comunidad cuando ésta hubiera de tener una duración indefinida (art. 1.705 del C. c.). Pero de este mismo precepto resulta la improcedencia de tal cesación por voluntad de uno de los partícipes si la comunidad ha de tener una duración limitada, de donde se induce la posibilidad de que el testador señale un plazo de vigencia a la prohibición que impone. Y nada obsta a que este plazo coincida con la vida del cónyuge supérstite (120).

Admitida la viabilidad de lo que acabo de indicar es posible que los cónyuges otorguen sus testamentos estableciendo que a la muerte del que primero fallezca permanezca indivisa la herencia hasta el fallecimiento del otro, quien también atribuirá en bloque la suya a los herederos. Y, a mi juicio, se puede imponer, por ambos testadores, la obligación o carga a los herederos de que cuando fallezca el último de los cónyuges los bienes que entonces pertenezcan proindiviso a los sucesores, y procedentes de ambas herencias, se partan en una determinada forma.

No será esto una verdadera partición testamentaria directamente ejecutiva, lo que con tal carácter sólo puede tener lugar refiriéndose a la propia herencia. Habrá, pues, verdadera fase de indivisión tanto a la muerte del cónyuge premuerto como a la del supérstite, lo que es necesario para determinar lo que cada hijo hereda del padre y de la madre, evitando así los inconvenientes que en otro caso pueden presentarse. De la división se saldrá por la partición realizada directamente por los herederos de acuerdo con lo establecido por los testadores, sin que, a mi entender, pueda discutirse la licitud de esta carga u obligación impuesta por los testadores a sus hijos, cuya eficacia puede reforzar con sanciones impuestas al que no la cumpla (121). Naturalmente, no es

(120) No veo inconveniente en que se refuerce la prohibición de partir con una prohibición de disponer mientras la indivisión dure, que será válida mientras no afecte a la legítima y que hasta puede extenderse a la misma por el mecanismo de la cautela «socini».

El que la prohibición de partir la herencia, impuesta con base al art. 1.051 del C. c., pueda comprender también la de promover la disolución de la sociedad de gananciales, con lo cual, y si esto llegara a admitirse, cabría dar entrada en nuestro derecho a lo que en técnica jurídica aragonesa se llama sociedad cónyugal continuada, problema éste del que, según tengo entendido, se está ocupando mi compañero D. PASCUAL LACAL. constituye una posibilidad interesante, pero de la que no puedo ocuparme aquí. Por otra parte, para asegurar en su día un reparto global de todos los bienes existentes en el matrimonio, pueden los cónyuges pactar en qué forma habrá que liquidar la sociedad, para evitar que la liquidación y división directamente realizada por los hijos pudiera frustrar los planes de los esposos. Naturalmente, los bienes correspondientes al lote del cónyuge premuerto ingresarán en su herencia y quedarán sujetos a la prohibición establecida de partir la misma.

(121) No se trata de sustraer a los hijos la facultad de partir unos bienes de que son dueños, sino de imponerles la obligación de que cuando ejerzieren esa facultad lo hagan en determinado sentido. Si alguno de los he-

posible evitar que el cónyuge supérstite revoque su testamento frustrando así la partición conjunta proyectada. Pero en tal caso se procederá separadamente por los herederos a la partición independiente de cada herencia. Y como entonces habrá que entender sin efecto la obligación impuesta por el premuerto y relativa a la división conjunta de las dos masas de bienes (lo que pueden prever expresamente los cónyuges en su testamento), ello evita que ningún hijo pueda resultar perjudicado contra la voluntad real de alguno de sus padres.

El hecho, sin embargo, de que nuestras leyes no ofrezcan un medio directo y seguro para la consecución, por vía sucesoria, de estas frecuentes aspiraciones de los cónyuges, explica y justifica que éstos, para el logro de aquellos fines, suelan acudir al expediente de la donación con reserva de usufructo (122).

Si la donación, como es lo más corriente en estos casos, abarca todo o casi todo el patrimonio de los donantes, no es aconsejable hacerla siempre donando directa e inmediatamente a cada hijo los bienes que los padres quieran asignarle, ya que haciéndolo así puede ocurrir que aunque cada hijo reciba, con relación a la totalidad de los bienes donados, un valor igual o aproximado al que reciban los demás, perciba, en cambio, mucho con respecto al patrimonio paterno y muy poco del materno o viceversa, lo que puede ocasionar serios trastornos si uno de los hijos, que en realidad ha adquirido lo mismo que los otros en relación con el conjunto de bienes donados, prueba que ha percibido, con relación a la herencia de alguno de sus padres, menos de lo que por legítima le corresponda.

Para evitar este riesgo, y cuando dada la procedencia de los bienes y la forma de hacer el reparto el riesgo exista realmente, creemos lo más conveniente es hacer donación proindiviso de todos los bienes imponiendo los donantes a los donatarios la obligación de partir los bienes en una determinada forma^a, obligación cuyo cumplimiento no puede suscitar dificultades en la práctica, ya que nada impide que la donación y la subsiguiente división se otorguen la una a continuación de la otra.

No se ven grandes obstáculos que se opongan a esta solución. No se puede decir, y en esto disiento de la opinión de TEDESCHI (123), que de la misma forma que no cabe, transmitiendo la propiedad, reservarse la facultad de disponer de los bienes transmitidos, tampoco se puede reservar el transmitente la potestad

rederos no quiere cumplir esta obligación, es dudoso que pueda imponérsela por los demás la partición prevista por los testadores; pero, a mi juicio, será indiscutible la procedencia de la sanción que aquéllos pueden haber establecido para este supuesto.

(122) Es dudosa la estricta legalidad de la fórmula por la cual los cónyuges se reserven el usufructo conjunto de los bienes donados. El problema, que roza el tema de las donaciones entre cónyuges (¿donación *emortis causa*?), tiene enjundia suficiente para justificar por sí solo un detenido estudio, que no cabe, naturalmente, en este lugar.

(123) Ob. cit., pág. 3.

de dividir los bienes atribuídos colectivamente a varias personas. Contra esta afirmación de TEDESCHI, aplicada a la solución que hemos propuesto, hay que oponer: Que no es cierto que en nuestro derecho no sea posible reservarse la facultad de disponer de bienes cuya propiedad se ha transmitido, ya que el artículo 639 establece que el donante, precisamente, puede reservarse la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, siendo también admitido entre nosotros por la jurisprudencia y la doctrina que la facultad de disponer no pertenezca al titular del dominio, como sucede en el caso del llamado usufructo de disposición. Que implica una restricción mucho menos grave para el adquirente el que el transmisor asuma la facultad de partir que el que se reserve la de disponer, por lo que el paralelismo que TEDESCHI pretende establecer no resulta completamente exacto. Que no se trata, en la solución que hemos apuntado, de excluir de los donatarios la facultad de partir. Los adquirentes, que serán siempre los que partan, podrán partir o no, únicamente asumen la obligación, si parten, de hacerlo de acuerdo con lo establecido por los donantes. Que no hay inconveniente en que éstos establezcan sanciones para el supuesto de incumplimiento e incluso sometan la donación a condición resolutoria para dicho supuesto, toda vez que con ello no se vulnera ningún precepto legal, y, además, el artículo 641 permite que pueda establecer el donante la revisión a su favor de las cosas donadas para cualquier caso y circunstancia. Todas estas razones son, a mi juicio, más que suficientes para sostener la firmeza de la partición que los donatarios realicen cumpliendo la voluntad de los donantes, y la absoluta improcedencia de impugnar aquélla, en base al supuesto carácter antijurídico de la obligación en tal sentido impuesta por los disponentes (124). Finalmente, tampoco puede pensarse que el reparto por vía de donación, en la forma que indicamos, implique dar carta de naturaleza a la famosa partición «démission», o partición-donación del derecho francés e italiano (anterior al nuevo Código), y cuya institución rechaza la ya citada sentencia de 6 de marzo de 1945. La partición del ascendiente, realizada por acto entre vivos, y característica del derecho francés e italiano, es un instituto híbrido que, aunque participa de la naturaleza de las donaciones (125), se halla íntimamente ligada con la sucesión hereditaria que le sirve de causa, según frase de la calendada sentencia. Sólo aceptando la causa sucesoria del acto puede explicarse, como dice BELOTTI (126), que la donación-partición sea enteramente nula si es preferido un hijo.

(124) Quedan a disposición de los comuneros los recursos legales correspondientes en los casos de evicción, de lesión o de vicios ocultos. Es indiscutible, a mi juicio, la improcedencia de aplicar a este supuesto los arts. 1.070 y 1.075 del C. c., que son, lógicamente, de interpretación restrictiva. Además de que en este caso hay, necesariamente, fijación previa de cuotas.

(125) Es irrevocable en el C. c. francés, que invocó un tanto las directrices del antiguo derecho en esta materia.

(126) Ob. cit., pág. 57.

Y, lógicamente, como sostiene el citado autor (127), admitido el íntimo enlace entre la partición «*inter vivos*» y la sucesión, debe concluirse que la eficacia de aquélla debe depender, en definitiva, de que los donatarios-herederos acepten la herencia del donante-causante (128).

El que esta institución híbrida no sea conocida por nuestro derecho, no quiere decir que por vía de donación no puedan los padres repartir su patrimonio en vida entre los hijos. Como dice CICU (129), al comentar el sistema del nuevo Código civil italiano, que ha proscrito la división «*inter vivos*» del antiguo derecho, la nueva legislación no impide que el ascendiente pueda hacer hoy lo que podía hacer antes: donar sus bienes a los descendientes repartiéndolos entre ellos. Lo que pasa es que se trata de donaciones comunes sin más nexo con el derecho hereditario que el que une a todas las donaciones con la sucesión del donante. Estimamos posible que en lugar de donar a cada hijo bienes completos se donen participaciones indivisas a los mismos, creándose una comunidad transitoria, que habrá de cesar por la división que los hijos realicen de acuerdo con la voluntad de sus padres. No hay finalidad sucesoria (en el sentido técnico de causa del acto) ni en la donación, que despoja actual e irrevocablemente a los donantes de los bienes donados, ni en la división subsiguiente de dichos bienes, enteramente independiente, también, de la muerte de aquéllos, con efectos inmediatos, y distinta en absoluto de la que haya de practicarse en su día, cuando los donantes mueran, y respecto de los bienes que entonces dejen. En consecuencia, ninguna especialidad presentan estas donaciones que pueda hacerlas rechazables. Ni la omisión en ellas de un descendiente podrá anularlas (y si sólo cabrá pedir su reducción por inoficiosas cuando proceda), ni es posible entender que las mismas queden sin efecto respecto del aquel hijo que repudie la herencia del donante, ni escaparán al deber de colación, como, en cambio, estimaba la doctrina italiana, en orden a los bienes incluidos en la división «*inter vivos*». No puede entenderse, tampoco, que para fijar la lesión padecida por uno de los donatarios haya que esperar a la muerte de los donantes, valorando en ese momento los bienes donados, como sostiene para la «*donation partage*» la jurisprudencia francesa. La rescisión por lesión y las acciones correspondientes en caso de evicción y de vicios ocultos, procederán como en todo caso de división, ya que no hay razón para aplicar esos recursos nada más que a las particiones hereditarias. Dichos recursos podrán ejercitarse en cualquier tiempo (mientras no hayan prescrito las respectivas acciones), siempre con relación al momento

(127) Ob. cit., págs. 67 y sigs.

(128) Para un examen de las distintas teorías expuestas en torno a la naturaleza jurídica de la donación partición, cfr. la citada obra de BELOTTI, páginas 46 y sigs.

(129) «La divisione ereditaria», Milán, Giuffrè, 1947, pág. 91

en que se efectuó la división, y en base, exclusivamente, a las cuotas que sobre los bienes divididos correspondan, respectivamente, a los donatarios.

En suma, pues, si la viabilidad de una donación de bienes propriedad indiviso de los padres a los hijos, con reparto subsiguiente acordado libremente por éstos, es indiscutible, no hay razones suficientes para entender lo contrario, por el hecho de que aquella división la lleven a efecto los hijos, de acuerdo con la voluntad de sus padres y cumpliendo lo establecido por ellos.

Y, con lo expuesto, concluyo. Una más detenida consideración de estos problemas me llevaría fuera, por completo, de los que es objeto de este trabajo. Su interés, extraordinariamente vivo y actual, merece, por otra parte, un estudio minucioso y detenido que brindo a los que, con más capacidad, quieran abordarlo.

Derecho marítimo y Derecho aéreo

(Notas sobre la autonomía de las ramas jurídicas)

JESÚS RUBIO

Profesor de Derecho Mercantil
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. *La delimitación de las ramas jurídicas.*—2. *La “disolución” del Derecho mercantil y el Derecho marítimo.*—3 a). *Derecho marítimo y Derecho de la navegación marítima.*—4 b). *Derecho marítimo y Derecho mercantil.*—5. *Derecho del comercio por mar.*—6. *Las especialidades del Derecho marítimo en la navegación moderna.*—7. *Las notas del Derecho marítimo:* a) *Tradicionalismo y movilidad.*—8. *Su alcance.*—9 b). *Internacionalidad.*—10. *El Derecho aéreo.*—11. *El Derecho de la navegación.*—12. *El problema de la autonomía: autonomías legal, jurisdiccional, científica y didáctica.*—13. *La autonomía “jurídica” y los “principios generales” del Derecho autónomo.*—14. *El criterio formal y el criterio técnico.*

1. La delimitación y calificación de aquellas ramas del Derecho que, como el marítimo o el aéreo, se expresan con una referencia eminentemente extrajurídica, exigen previamente el ponerse de acuerdo sobre el alcance de lo que se pretende. A diferencia, por ejemplo, de los términos Derecho civil o Derecho administrativo que suponen ya por sí mismos una serie de restricciones históricas y doctrinales en el propio campo del Derecho, las calificaciones geográficas o económicas conducen a una inevitable anfibología. En primer lugar, el sentido que directamente se desprende de la rúbrica: constituirá Derecho marítimo, o Derecho aéreo la normativa de los fenómenos relacionados con el mar o con el aire, como Derecho forestal o fluvial, la que afecte a los bosques o a los ríos. Pero, de otro lado, lo que la legislación y la doctrina, la teoría y la práctica jurídica elaboran con tales designaciones no suele coincidir—puede decirse que no ha coincidido nunca—with los términos de su acotamiento técnico. Ramas políticas y sociológicas han excluido de códigos y tratados materias di-

rectamente vinculadas con el ámbito calificador, incluyendo, en cambio, otras que, al menos externamente, le eran ajenas. Resulta así un cuerpo de disposiciones que sólo aproximadamente—a veces ni siquiera con proximidad—afectan al objeto apriorísticamente supuesto. Y con él la posibilidad de un doble y perturbador significado. Porque podrá decirse que una norma pertenece a tal o cual Derecho, tanto si afecta a la materia técnica que su rúbrica designa, como si viene estando incluida históricamente en el sector de las que se reputan de tales.

Quien más se ha resentido y sigue resintiéndose de esta ambigüedad es, sin duda, el Derecho mercantil. Como tal puede entenderse, sin más, el derecho de comercio y de los comerciantes. Será denominada como Derecho mercantil toda norma de cualquier naturaleza que afecte al tráfico mercantil o a la actividad de los mercaderes. Mas ocurre que la tradición legislativa, científica y jurisdiccional, nos ha legado un cuerpo y un sistema de Derecho mercantil más o menos precisamente delimitado en códigos de comercio, leyes mercantiles, tratados y cátedras de Derecho "mercantil"; que muy poco tiene que ver con aquéllos. Así ha venido reconociéndolo la doctrina casi unánimemente, pero sin resignarse a aceptar las ineludibles consecuencias. Esto es, a prescindir de la ecuación Derecho mercantil, Derecho del comercio, que se ha revelado inexacta para el Derecho mercantil históricamente recibido, e intentar aprehender, sin referencia con aquél, el espíritu y los contornos de éste. Porque lo que no resulta lógicamente correcto es pasar alternativa e insensiblemente de una a otra acepción y de uno a otro problema. No hay inconveniente en decir que la legislación de abastos es mercantil en cuanto afecta al comercio o que los cheques o los viajes en ferrocarril engendran siempre relaciones reguladas por el Derecho mercantil positivo. Pero, claro está, teniendo conciencia del alcance con que en cada caso se utiliza el ingrediente jurídico-comercial (1).

(1) Por eso, determinar el sentido y el contorno del sistema de Derecho conocido universalmente como mercantil es cosa distinta a la de investigar y seleccionar las normas que en unos u otros períodos han regido el comercio y su ejercicio. Definitivamente abandonado, a lo que parece, el forzado intento de adaptar el Derecho mercantil al concepto económico del comercio; no muy convincente la tesis—surgida cabalmente para superar tal discrepancia—del Derecho de las empresas, sigo pensando que no puede entenderse y formularse el "Derecho mercantil" tal como venimos conociendo esta rama jurídica, sino como el complejo de normas que en el sector del Derecho patrimonial general han ido provocando el espíritu y la organización capitalista en creciente constitución de las tradicionales (V. mi artículo "Sobre el concepto de Derecho mercantil", R. D. M., 1947, III). Porque cuando se opone a este criterio que "ha existido Derecho mercantil antes de que hubiese economía, régimen o espíritu capitalista" (F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., pág. 126), se juega con el expuesto doble sentido de la expresión Derecho mercantil. Todo sistema de Derecho ha tenido que preocuparse de regular las relaciones comerciales: en esta acepción, nadie niega que haya habido siempre un Derecho mercantil. Pero la normativa mercantil así entendida, muy poco tiene que ver—y precisamente en ello estriba la dificultad—with el conjunto de relaciones e institucio-

Las imprecisiones acerca del propósito que quiere lograrse constituye también la principal dificultad cuando se habla del concepto y contenido del Derecho marítimo. Con características ciertamente distintas a las del Derecho mercantil, derivadas principalmente de su mayor abclengo, de su tratamiento separado y del carácter materialmente inequívoco del objeto a que alude su calificativo. Puede tratarse de establecer lo que constituye hoy en uno u otro ordenamiento nacional el sistema conocido con el nombre de "Derecho marítimo". O bien de determinar los criterios con que se han agrupado, según los períodos históricos, las reglas que en cada caso se han entendido bajo esta rúbrica. Bien, finalmente, de qué es lo que debe constituir el Derecho marítimo, según las exigencias científicas y las necesidades prácticas. Problema este último de ordenación científica y de política legislativa al que la actual crisis del Derecho mercantil lleva a interferir con los anteriores.

2. La llamada "disolución" del Derecho mercantil, que se inicia a fines del pasado siglo, ataca al conjunto sistemático de unos códigos de comercio que encierran dentro de sí las normas que se consideran propias del Derecho marítimo. En otro lugar (2) quedó ya expuesta la significación de este fenómeno de desmembración del tronco jurídico comercial. La clasificación por partida doble de relaciones civiles y mercantiles cede el paso a un Derecho general de la contratación monográficamente tratado: Derecho de la compraventa, de seguros, de títulos valores, por ejemplo. El Derecho mercantil, que ha invadido el entero campo del Derecho mobiliario, podrá así acoplarse e incluso codificarse con el inmobiliario, dentro del Derecho general de obligaciones. Pero su rama más antigua, la del Derecho marítimo, está precisamente calificada por su *objeto*. Se considera como Derecho mercantil, pero como derecho mercantil marítimo, opuesto en bloque al restante adjetivado de *terrestre*. Nada puede, pues, extrañar que cuando desaparecen los supuestos que produjeron su codificación conjunta, tienda a imponer su unidad. Esta es, en realidad, se dice, la naturaleza propia del Derecho marítimo y la que siempre ha conservado. "Recluido en el cuadro del Derecho mercantil—dice Ri-

nes, unas comerciales y otras no, que ha llegado a nosotros—a la comunidad jurídica presente europea y americana—with the name of "Derecho mercantil". Al sistema de reglas nacido de las corporaciones ciudadanas, recogido en las Ordenanzas consulares, al que consagra con su fisonomía general y su naturaleza jurídico-privada la gran codificación y que, a partir de ella, difunden de modo creciente e incontenible las leyes y las obras científicas llamadas "mercantiles" sobre sectores que carecen en absoluto de ese carácter. Este es el Derecho mercantil, cuyo concepto y sentido se trata de fijar. No el de cualquier norma jurídica referente al comercio, ni tampoco—camino que con gusto se recorre a menudo—el de un futuro, deseable y "científico" Derecho mercantil: es decir, no lo que el Derecho mercantil es, sino lo que parece que debe ser.

(2) *Sobre el concepto de Derecho mercantil*, cit. núm. 10.

pert—se ahoga". "Anterior, incluso, a la división del Derecho público y privado, sólo por su objeto puede definirse" (3).

Aunque, en realidad, el examen de la evolución histórica de legislación y doctrina de aquel sector de normas que se han considerado no simplemente de Derecho marítimo, sino constituidas *del* Derecho marítimo propiamente tal, nos muestra, de acuerdo con lo hasta aquí sugerido, una doble tendencia: la que le hace, en efecto, recortarse sobre el ámbito geográfico de aplicación o, más concretamente, sobre el dato técnico de la navegación marítima. Pero junto a ella, no ha dejado de actuar la que alude directamente a la naturaleza de la norma de Derecho marítimo, en relación con la finalidad predominante que ha presidido su desarrollo, como disciplina especial. Corriente que, cualquiera que sea la postura que sobre su valor técnico o práctico se adopte, no puede estimarse exclusiva de la codificación napoleónica, ni reducir, por tanto a este único antecedente el de los sistemas que, como el nuestro, la comparten.

3. Prescindiendo de la posibilidad de una delimitación puramente espacial, mucho menos "clara y precisa" de lo que a primera vista parece (4), la reunión legislativa y científica de las normas marítimas por su referencia a la navegación por mar, parece contar con precedentes históricos calificados, y hoy con el autorizado ejemplo del "Codice della navigazione". Como a menudo recuerdan los partidarios—no sólo franceses—de la doctrina del "particularismo", las compilaciones colbertianas de 1673 y 1681 no oponían comercio terrestre a comercio marítimo, sino, al tenor de sus mismas denominaciones, comercio y navegación. Junto al insoslayable sector de instituciones mercantiles, la "Ordonnance sur la marine" agrupa las normas sobre la justicia del Almirantazgo y la enseñanza de las ciencias náuticas (Libro I), las presas y el testamento marítimos (Libro III), la policía de puertos (Libro IV) y la reglamentación de la pesca (Libro V).

Toda la disciplina pública y privada de los fenómenos marítimos queda así reunida alrededor del dato técnico de la navegación por mar. Y pues en principio no se ve inconveniente para la reunión orgánica del Derecho público y del Derecho privado con la finalidad de reglamentar una institución determinada, nada se opone a construir unitariamente un código y una doctrina sobre aquellas relaciones con el

(3) *Droit maritime*, I, pág. 2.

(4) Es la que propugna RIPERT, que habla del Derecho marítimo como "droit de tous les rapports juridiques dont la mer est le théâtre..." (*Droit maritime*, I, pág. 2). También sería ésta la última aspiración de BRUNETTI: "Toda la fenomenología jurídica que se desenvuelve en torno a la navegación, a la industria y al tráfico marítimos" (*Diritto marittimo privato*, I, pág. 1). La sola referencia a la navegación se estima—por lo demás sin razón—excluyente de una serie de fenómenos, cuya conexión con el mar los hace penetrar en el sistema. (V. SANDIFORD-PAPI SPANU: *Istituzione di Diritto della navigazione*, 1948, I, págs. 20-21.)

Estado y con los particulares que provoque el hecho de la navegación (5).

Sobre esta tendencia hacia un derecho comprensivo de cualquier clase de normas: internas o internacionales, materiales o procesales, civiles o administrativas, se han apoyado las tesis *particularistas o autonomistas del Derecho marítimo*. La primera expresión es la empleada por los autores franceses. La segunda, la más usada por italianos y españoles (6). Sin que dejen de reconocerse diferencias de planteamiento entre unos y otros (7), la corriente coincide en lo esencial: en una calificación del Derecho marítimo por su objeto, por el hecho técnico y económico regulado, de la que se deriva la exigencia lógica de un Código marítimo único y de una investigación y sistematización científica conjuntas.

4. Pero también se han dado históricamente otras fuerzas de aglutinación del Derecho marítimo, más directamente relacionadas con la finalidad perseguida por el orden jurídico mismo, es decir, con la naturaleza de la norma en sí. Como el Derecho mercantil, el marítimo se desenvuelve en la Edad Media sobre los usos y prácticas profesionales de las corporaciones de mercaderes. Ciento que frente a las continentales, las normas que afectan al tráfico por mar son más antiguas y más homogéneas. Su muy anterior desarrollo se explica por la peculiaridad del medio y del vehículo marítimos que permiten

(5) SCIALOJA: *Sistema del Diritto della navigazione*, Introd., págs. 11 y siguientes. Naturalmente, la consideración del Derecho marítimo como Derecho general de la navegación comprende—aún con más facilidad que el que lo califica especialmente—el tráfico por aguas interiores. Y, desde luego, el aéreo. Pero, sobre este punto, ver más adelante ap. 10.

(6) La tesis del "particularismo" puede considerarse constante de la brillante doctrina francesa del siglo XIX. Desde PARDESUS que, sin usar el término, se ha reputado como "uno de sus primeros y más autorizados defensores", hasta DANJON y, con salvedades, el propio RIPERT. Así, BOISTEL: "Précis de Droit commercial", pág. 817; BEDARRIDE: *Commentaires du Code de commerce; du commerce maritime*; DESJARDINS: *Introduction historique à l'étude du Droit commercial maritime*, págs. 2 y siguientes; CRESP-LAURIN: *Cours de Droit maritime*, I, pág. 9; WAHL: *Précis théorique et pratique de Droit maritime*, núm. 4; DANJON: *Traité de Droit maritime*, I, págs. 21-25; RIPERT: *Droit maritime*, I, páginas 1 y siguientes, y páginas 71 y siguientes. Contra esta dirección publica en 1921 BONNECASE su conocida obra *Le particularisme du Droit commercial maritime*, recogida dos años más tarde en la primera parte de su *Traité de Droit commercial maritime*. Contesta a BONNECASE, pero planteando el problema en el terreno de la "autonomía" ASQUINI (*Archivo giurídico*, vol. 88, fascículo 2º, 1922). Videm también BERLINGIERI: *Sull'autonomia del Diritto maritimo* en su obra *Verso l'unificazione del Diritto del mare* (Génova, 1933) y BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, I, págs. 10 y siguientes. En cuanto sigue se alude con frecuencia a la tesis desarrollada por SCIALOJA en la "Introducción" de su *Sistema* citado. En España, GARRIGUES considera "lícito hablar de particularismo del Derecho marítimo" (*Curso II*, pág. 584). También, en último término, FARIÑA: *Derecho comercial marítimo*, I, págs. 21-22, y GAMECHOCOICHEA: *Tratado de Derecho marítimo español*, I, pág. 15.

(7) Las señalan, por ejemplo, SCIALOJA: *Sistema*, págs. 8-9, y DOMINEDO: *Introduzione al Diritto della navigazione*, Roma, 1945, págs. 47 y siguientes.

mucho antes que los procedimientos terrestres el transporte en masa y con un volumen económico incomparable. Ello aclara el nacimiento precoz de instituciones favorables al gran tráfico (responsabilidad limitada, régimen de seguros), que utiliza más tarde el Derecho general de obligaciones al adecuarse a la economía capitalista. De otro lado, la inercia de las técnicas náuticas hasta el siglo XIX y los contactos internacionales, favorecen la uniformidad de las líneas generales de la disciplina.

Esta uniformidad responde a la existencia de unas mismas constantes, sobre las cuales va a recortarse el sistema. Las instituciones típicas de Derecho marítimo, en cuanto significan desviaciones del Derecho general y constituyen la trama de un derecho propio, se han producido, claro está, sobre el dato técnico de la navegación, esto es, del transporte marítimo autónomo; pero con referencia sustancial al dato económico de su ejercicio para el comercio. Y concretamente para subvenir a dos fundamentales necesidades: la de atenuar los grandes riesgos de la industria mercante (formas especiales de copropiedad y de crédito, avería común, seguro, limitación de responsabilidad, y, como consecuencia, crédito privilegiado) y la de corregir la desconexión de los medios de la empresa con su titular (poderes del Capitán, representación marítima en general). Frente a la existencia de un Derecho marítimo general comprensivo de toda norma jurídica de la navegación por mar, se produce y concibe así un Derecho especial regulando y protegiendo el ejercicio de la empresa de navegación lucrativa, con el naviero como sujeto, el buque mercante como objeto y el fletamiento como acto jurídico central.

Esta es la fisonomía que prevalece en el momento de la codificación general europea. Y ésta fué la predominante en Derecho español. Hay, sin duda, que distinguir entre el tráfico americano íntimamente ligado a la actividad del Estado, y el resto del comercio marítimo nacional. La Recopilación de las Leyes de Indias reúne el Derecho privado y el público marítimos con indudable preferencia por el segundo. Pero, tanto la tradición medieval como la de los puertos del Norte y Levante de la Península, las compilaciones y la jurisdicción consulares se mueven fundamentalmente en el terreno de lo mercantil privado. Desde el "Consolat de Mar" hasta las Ordenanzas de Bilbao —que, en significativo contraste con el precedente francés, reúnen en un mismo cuerpo Derecho terrestre y marítimo—, las instituciones jurídicas marítimas que se articulan en texto legislativo propio, ya solas, ya unidas a las del comercio general, se mantienen esencialmente dentro del Derecho privado y, sin perjuicio de las inevitables interferencias, remiten a las Recopilaciones generales los principios públicos—e incluso los privados no mercantiles—sobre navegación. Análogas son las repercusiones doctrinales: HEVIA reúne con la disciplina marítima la terrestre en su "Laberinto del comercio". En el medio siglo que precede a la codificación, la autoridad de las Ordenanzas bilbaínas no hará sino reforzar la tendencia.

A su consolidación contribuirá decisivamente el inmediato precedente francés, en el momento de redactarse el Código de 1829. Su Libro II se titula "Del comercio marítimo". La revisión de la disciplina publicística de la navegación, tarea que Sáinz de Andino considera inaplazable, requiere, sin embargo, con arreglo a su naturaleza y al sistema adoptado, lugar aparte. Idéntica rúbrica va al frente del Libro III del Código de 1885, sin que, como en otros casos, se deje llevar en éste de la novedad que a la sazón supone el italiano recientemente promulgado para añadir el inciso relativo a la "navegación" en general. Su contenido se ciñe al ejercicio del comercio marítimo y su naturaleza no permite extenderlo fuera del círculo de la actividad ejercida con el buque mercante. Quedan al margen, no sólo la preceptiva pública—penal, procesal, administrativa—, sino el resto de la privada. El Código civil recoge el matrimonio (art. 94) y el testamento (artículos 722 y siguientes) marítimos; el régimen de la propiedad de puertos, playas, etc. (arts. 339 ss. y art. 371); la adquisición de la propiedad por pesca (art. 611) y de los objetos arrojados al mar y por el mar (art. 617) (8).

5. Pero incluso la tendencia particularista del Derecho marítimo, ¿no opera con una disciplina jurídica que sólo muy contadas ocasiones franquea los límites entre la navegación para el comercio y la navegación en general? Aunque el Derecho marítimo se haya, a veces, configurado y se esfuerce otras en configurarse por su "objeto" y no por la naturaleza de las relaciones jurídicas que ordena (9), ¿ha sido en realidad aquél objeto cualquier fenómeno marítimo relativo a cualquier navegación o más bien el hecho de la navegación *mercantil*? Mucho me inclino por lo segundo. Las tan invocadas Ordenanzas de Luis XIV oponían, es cierto, comercio y navegación, pero el mismo paralelo parece indicar que nos movemos entre comercio terrestre y navegación comercial. Aunque sí es cierto que pretende abarcar—cualesquiera que sea su naturaleza—las disciplinas enteras de esta última. Es decir, el Derecho privado, el penal, el procesal y el administrativo *comerciales* (10). La Ordenanza aspira a codificar la protección jurídica completa del *comercio* por mar.

(8) Este es también el sistema germánico. El H. G. B. se limita a la reglamentación del comercio marítimo emprendido con un barco *mercante*. Quedan fuera de este "Derecho de la navegación" o "Derecho marítimo", propiamente tal, no sólo el Derecho público, sino el privado general, entre cuyas normas se comprenden, v. g., las que disponen sobre ausencia marítima, testamento naval e incluso hipoteca del buque. La doctrina entiende del mismo modo por Derecho especial marítimo el que regula el tráfico mercantil por mar. A él se limitan, tanto los que le incluyen dentro de obras (GIERKE, COSACK, MÜLLER ERZBACH y LEHMANN) o enciclopedias (LEWIS, WÜSTENDÖRFER) generales del Derecho mercantil, como los que le dedican estudios separados (BRANDIS, WAGNER y PAPPENHEIM).

(9) RIPERT: *Droit maritime*, cit., págs. 1-2.

(10) La inclusión del título relativo al testamento marítimo, materia propiamente civil y hoy mismo eliminada del ámbito del Derecho de la navegación,

El examen de la problemática, recogida en los tratados de Derecho marítimo, nos lleva a análoga conclusión. No son muy diversas las materias estudiadas por quienes reducen este Derecho a una parte del mercantil, de aquellos otros que le hacen abarcar cualesquiera fenomenología marítima. Mientras estos últimos abandonan, en el momento de redactar sus obras, unas veces por razones confesadas y varias otras inexplicablemente, la mayor parte de los preceptos civiles, penales, procesales o de Derecho internacional público o privado; los primeros, probablemente por no dividir la materia, prestan atención a los sectores administrativos conexos. El índice, en lo esencial invariable, de cualquier exposición del Derecho marítimo, dentro o fuera de otra de Derecho mercantil y de la ortodoxia autonomista, comprende, junto con la reglamentación privada del comercio marítimo: sujeto y actos de la empresa naviera, el régimen de la policía de la navegación y del personal navegante. Es decir, el Derecho privado y la generalidad del administrativo, mercantiles (11).

El Derecho marítimo resulta así Derecho del comercio, con mucha más puntualidad que el Derecho mercantil, propiamente dicho. La más autorizada doctrina nos ha señalado detenida y convincentemente la inadecuación de este último a la actividad comercial, tanto enfocada en razón de su naturaleza como por la de quien profesionalmente la ejerce. Las instituciones del llamado Derecho comercial terrestre han sobrepasado largamente el ámbito económico originario y constituyen derecho general del tráfico (12). El Derecho marítimo no ha podido, en cambio, sino en muy escasa medida, desviarse de las instituciones mercantiles. Tanto por la peculiar naturaleza de las comunicaciones que sirve como por el hecho de que la actividad económica desarrollada por la navegación ha permanecido esencialmente circunscrita al ejercicio del comercio y de modo específico al comercio de transportes. Diferenciada en lo esencial—pese a momentos y zonas de promiscuidad—de las Armadas nacionales, la empresa navegante ha venido orientada invariablemente hacia el transporte marítimo de mercancías. El pasaje, la pesca de altura, el dragado, el remolque, la asistencia ejercitada como industria, son figuras de hoy. La ordenación de la construcción de buques, de la dotación de éstos, de los se-

se concibe en la Ordenanza en directa referencia al ejercicio de la empresa comercial. Aparte de que en el siglo XVII el viajero civil no merece consideración a la propia Ordenanza que le impulse a reglamentar un contrato de pasaje, el tono de sus preceptos sobre sucesiones nos muestra que, a pesar de aludir a marineros y pasajeros, se está pensando siempre en aquéllos (art. 2º: "Aucun ne pourra, par testament reçu par l'écrivain disposer que des effets qu'il aura dans le vaisseau et des gages qui lui seront dûs".

(11) Puede servir de ejemplo, entre otros muchos que pueden encontrarse sin más que abrir cualquier tratado de Derecho marítimo, cómo pretende justificar DANJON la reducción de la materia (obra cit., I, ap. 15 y 16) y cómo la extiende arbitrariamente BONNECASE, a pesar de las restricciones del concepto de la materia y de la rúbrica de su obra. (*Droit commercial maritime*, ap. 14.)

(12) V. por todos GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1, págs. 10 y siguientes.

guros marítimos o de los créditos navales está concebida como antecedente o consecuencia de la reglamentación del fletamento. El Derecho marítimo ha sido esencialmente Derecho del transporte, y, por consiguiente, hasta el siglo XIX el Derecho de todo el transporte.

6. De cuanto antecede parece deducirse sin dificultad una doble consecuencia: la delimitación del Derecho especial marítimo por la navegación mercantil no sólo tiene para nosotros la autoridad que le presta ser el sistema propio del Derecho español vigente, sino que resulta mejor acordado con su proceso general de formación y con las exigencias de la justicia. Evitando patrocinar aquella tendencia que extiende a toda suerte de navegación preceptos nacidos de una política económica encaminada a favorecer el desarrollo del comercio marítimo, protegiéndolo de sus especialísimos riesgos. No parece fácil de defender, por ejemplo, la derogación del principio general de responsabilidad, en daño de los perjudicados por el titular de un buque destinado a expediciones deportivas o de lujo.

En segundo lugar, la transformación de los supuestos que han hecho nacer la disciplina excepcional influyen necesariamente sobre el curso y la viabilidad de esta última. Desde comienzos del siglo XIX el descubrimiento del vapor y del motor de explosión y su empleo en la técnica de los transportes producen, de un lado, el que los terrestres—tanto por carretera como por camino de hierro—sean capaces de abordar por primera vez un tráfico en masa. De otro, la perfección en las construcciones navales y las comunicaciones telegráficas, telefónicas y de radio mitigan los riesgos del mar a la vez que superan las dificultades de distancia entre el naviero y los elementos de su empresa. Transportes terrestres y marítimos van acercando sus condiciones y, en consecuencia, su disciplina. Las formas de protección del comercio terrestre y del marítimo son ya comunes. A los sistemas de condonamiento y de limitación de responsabilidad peculiares, sustituyen los que ya se han convertido en generales (compañías anónimas). Se uniforman los procedimientos de seguros. Desaparece el préstamo a la gruesa, las averías evolucionan, abandonando sus características tradicionales. Y la figura del capitán pierde aquellas facultades excepcionales que la hicieron típica durante la vieja navegación aventurera.

Es incluso muy posible que las modernas tendencias autonomistas favorables a la sistematización del Derecho marítimo por su objeto, independizándolo del Derecho mercantil general, no respondan en el fondo sino al propósito, consciente o no, de salvar su especialidad amenazada. Una dirección sistemática dominante a comienzos del siglo (13), había desarticulado los distintos capítulos del Derecho marítimo, distribuyéndolos junto a los paralelos del terrestre, incluyendo

(13) Vid., por ejemplo, para España, BENITO ALVAREZ DEL MANZANO O ESPEJO DE HINOJOSA. En Alemania, igualmente, los tratados de COSACK y LEHMANN.

al naviero con el comerciante, al buque junto a las restantes cosas mercantiles y a los contratos de comercio por mar con los terrestres más afines. A la yuxtaposición de las normas mercantiles terrestres y marítimas dentro de una misma legislación, podría suceder, en virtud de las nuevas condiciones de tráfico, la fusión interna de sus respectivas instituciones. Determinada, en cambio, por el objeto y comprendiendo tanto su sector público como privado, pretenderá esquivarse este peligro para proclamar de nuevo la independencia—en frase de Ripert—de “una de las más antiguas disciplinas que haya conocido el mundo” (14).

7. Este impulso autonomista puede explicarnos la insistencia con que la doctrina se ocupa en señalar las “notas” del Derecho marítimo. Parece que en esta materia cualquier característica es apta para afirmar la peculiaridad del sistema; al menos si se juzga por la rapidez con que sucesivamente se ha convenido en considerar como calificadoras específicas dos propiedades definitivamente irreductibles: la *estabilidad* y la *movilidad* del ordenamiento.

Era lugar común de la dogmática tradicional la naturaleza, asimismo tradicional, del Derecho de la navegación. Por la doctrina francesa, principalmente (15), se señaló, en correspondencia con las necesidades permanentes del comercio naval e incluso con el carácter conservador de la gente de mar, la condición impasible de una legislación “que ha atravesado los años sin envejecer y en la cual la historia del Derecho se confunde muchas veces con el Derecho positivo”. “Inmutable en medio de las transformaciones sociales, el Derecho marítimo ha llegado hasta nosotros, después de treinta siglos, como en los primeros días en que la navegación establecía relaciones entre los pueblos” (16). La literatura mercantil y marítima de los últimos veinticinco años comienza por reducir el rigor de la nota tradicionalista para acabar proclamando la contraria. De ningún modo es nuestro Derecho marítimo el de hace milenarios. Ciento que las codificaciones navales son arcaicas y reproducen un Derecho secular, pero éste poco tiene que ver y nada que disponer para la realidad actual. Las legislaciones nacionales marchan en constante retraso respecto del Derecho vivo. No sólo los viejos Códigos de comercio del XIX, sino cuantos han venido sustituyéndolos durante esa centuria y el primer tercio de la siguiente, son incapaces de ofrecer un cuadro siquiera aproximado de las reglas del tráfico marítimo efectivo, que en su mayoría deben buscarse en los acuerdos entre las sociedades de navieros y aseguradores,

(14) *Traité*, cit., I, pág. 2.

(15) PARDESSUS: *Collection des lois maritimes*, I, pág. 2; BEDARRIDE: *Commentaires*, I, págs. 3 y siguientes; DESJARDINS: *Introduction historique*, pág. 2; DANJON: *Traité*, I, núms. 9 y 10. Ver también WÜSTENDÖRFER, pág. 9. En España, por ejemplo, VICENTE GELLA: *Curso de Derecho Mercantil comparado*, II, página 188 y GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 595, aunque para señalar la reacción contraria.

(16) PARDESSUS: *Introduction*, cit., pág. 2; DANJON: *Traité*, I, pág. 22.

en los formularios de conocimientos de embarque, pólizas de fletamiento y seguros y en los usos del tráfico general. Lejos de estar anquilosado, el dinamismo del Derecho marítimo ofrece abierto contraste con el proceso evolutivo más lento de las instituciones civiles o de las mercantiles terrestres (17). Lo que—se concluye—constituye nueva causa y al propio tiempo efecto de su cada vez más acentuada autonomía (18).

8. Como desde Ripert se ha señalado con acierto (19), ambas nectas, estabilidad y mutabilidad, son cada una, para su momento, históricamente exactas. Desde sus orígenes hasta el descubrimiento del vapor, los progresos de la náutica no modificaron esencialmente sus supuestos técnicos. Los factores determinantes del Derecho marítimo tradicional son hasta entonces los riesgos y condiciones apenas variables de la navegación a vela. El volumen, la seguridad, la regularidad y el alcance de la navegación mecánica y de los medios náuticos de comunicación transforman radicalmente, a mediados del siglo XIX, el anterior estado de cosas y hacen vacilar los apoyos de una estructura jurídica milenaria. Crisis que ni la gran codificación pudo adivinar, ni la legislación de fines de siglo supo recoger. Ni nuestro Código de comercio ni, en mayor o menor medida, los ajenos tuvieron agudeza o perspectiva para adecuarse al proceso. La inercia legislativa y las resistencias de los grupos interesados, que preferían resolver sus problemas al margen del Estado y con arreglo a la situación de las fuerzas económicas en cada caso, han producido esa inmensa fisura entre el Derecho de las leyes y el tráfico.

Pero eso no quiere decir que el Derecho marítimo deba ser inviolablemente inestable y consuetudinario y legislativamente inaprehensible. Ni siempre ha sido así—la nota de arcaísmo es propia del Derecho escrito de un determinado período, el nuestro, muy breve para el amplio decurso del comercio por mar—, ni tiene por qué seguir siéndolo. No me siento demasiado persuadido a creer con Scialoja que nos movemos aquí más que en parte alguna del orden jurídico, fuera del campo de las fórmulas y “de lleno en la vibrante atmósfera de la aplicación del Derecho a los infinitamente varios y alejados de la norma precisa, fría, genérica y abstracta de los códigos” (20). Pienso,

(17) FARIÑA y OLONDO: *Derecho marítimo*, pág. II.

(18) SCIALOJA (*Sistema*, págs. 20 y siguientes, 46 y siguientes) expone su tesis sobre el proceso característico de aparición de la norma jurídica, que llama “el derecho vivo”, apoyado de una parte en la interpretación, y de otra, en la fuerza vinculante de la voluntad privada que crea una norma escrita contractual singular, formación consciente de la costumbre que puede terminar por constituir regla sancionada por las legislaciones: las Reglas de La Haya o de York y Amberes representarían ejemplos típicos. Derecho vivo que forma el meollo del Derecho marítimo moderno, al que comunica ese carácter “oscilante y mutable” que le es propio.

(19) RIPERT: *Droit maritime*, cit., I, pág. 78; BRUNETTI: *Diritto marittimo*, cit., I, núms. 5 y 6; GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 594.

(20) SCIALOJA: *Sistema*, cit., pág. 15.

por el contrario, que es misión de todos los códigos la de adaptarse a la infinita variedad de los hechos de cualquier clase que sean. La adecuación de la norma a los fenómenos que pretende regular, la corrección del concepto por la primacía del supuesto específico, constituye la tarea del legislador. Y en la medida en que ello es posible, debe constituirla también para el Derecho marítimo. Otra cosa es que no interese demasiado a la gran industria comercial naviera y aseguradora.

9. Segunda nota del Derecho marítimo, subrayada unánimemente como la primera en importancia, es la de internacionalidad (21). La navegación marítima está, por naturaleza, destinada a salvar las comunicaciones internacionales a través del mar, frontera común de naciones, y por medio de una nave cuya movilidad no habrá de entorpecerse con normas incompatibles en cada puerto. Los riesgos de este medio común y único de transporte son idénticos en todos los países. La formación consuetudinaria ha favorecido esta uniformidad internacional. La gente de mar procura entenderse entre sí, a veces de espaldas a cada legislador nacional.

No deben, sin embargo, dejar de exponerse algunas salvedades. En primer término, las que resultan de comparar los distintos períodos de desarrollo del Derecho marítimo. Hasta el siglo XIV el proceso de formación medieval se manifiesta por derechos particulares, sobre la base de los estatutos corporativos que, pese a innegables semejanzas, consignan en cada caso reglas especiales. El siglo XV señala, en cambio, un movimiento de intensa unificación sobre la base de colecciones de vigencia general, que en el Norte de Europa logra el influjo de la Hansa y en la cuenca del Mediterráneo la progresiva recepción del Derecho romano. La transformación renacentista de la economía urbana en economía nacional y el advenimiento del absolutismo, señalan una reacción centrífuga de la que son exponentes la Ordenanza francesa de la Marina y el proceso codificador de fines del XVIII y comienzos y mediados del XIX. La doctrina contemporánea consideró cerrado este tercer ciclo con la promulgación del Código alemán de 1861; el italiano, de 1863, y el español, de 1885. La revolución técnica del ochocientos y el consiguiente desajuste de las leyes nacionales producirán un posterior momento de tendencia incontenible hacia la uniformidad internacional, basada en usos e interpretaciones al margen de las leyes nacionales aparentemente vigentes (22). La internacionalidad no se produce, pues, siempre, o al menos no siempre, con análoga tensión.

(21) GARRIGUES: *Curso*, II, pág. 525; FARIÑA, cit., I, págs. 23-24; PIPÍA: *Diritto marittimo*, I, introd.; BRUNETTI, cit., I, pág. 34; SCIALOJA: *Sistema*, cit., pág. 74; PARDESSUS: *Collection*, cit., I, pág. 2; DECOURCY: *Questions de Droit maritime*, I, pág. 5; CRESP-LAURIN, cit., I, pág. 9; DANJON, cit., I, pág. 11; RIPERT, cit., I, pág. 74; WÜSTENDÖRFER: *Seeschiffahrtsrecht*, cit., página 9. Conviene leer las reservas de BONNECASE: *Traité*, pág. 135.

(22) WÜSTENDÖRFER, cit., págs. 11-24.

En segundo lugar, las conclusiones señaladas en cuanto al último período, es decir al actual, son, si se examinan de cerca, bastante relativas. No es fácil deducir de la actitud de los Estados marítimos en las dos últimas postguerras demasiada tendencia a armonizar necesidades comunes, mediante legislaciones transaccionales. La política de nacionalismo económico utiliza hoy gustosamente, como uno de sus más poderosos auxiliares, la organización de su comercio naval (23). El hecho, por lo demás, y en una u otra forma, dista mucho de ser nuevo. Pero representa una dificultad no pequeña para las doctrinas autonomistas favorables a la delimitación del Derecho marítimo por su objeto. La uniformidad está muy lejos de ser dato que caracterice a esta rama jurídica frente a las demás, en cuanto afecta a sus sectores públicos. El Derecho penal, el administrativo, incluso el procesal, marítimos no pueden menos de resentirse abiertamente de las diferencias políticas de los correspondientes sistemas de gobierno. Cuando se conviene unánimemente en la uniformidad internacional del Derecho marítimo se piensa simplemente en la del Derecho marítimo privado y, concretamente, comercial. Para éste, la conclusión puede ser —con las atenuaciones señaladas— oportuna e incluso eficaz respecto de una posible unificación internacional (24).

10. Pero antes de penetrar en el capítulo de la autonomía, debe intentarse la calificación de otra rama jurídica estrechamente unida —si es que no constituye parte integrante— al Derecho de la navegación. Rama novísima, en contraste con la encarecida longevidad del Derecho marítimo. Me refiero al Derecho aéreo o aeronáutico.

El rápido desenvolvimiento de la aeronáutica despierta desde los primeros momentos la atención de los profesionales del Derecho. No puede decirse que en esta materia los juristas se hubieran dejado sorprender por los hechos. Cuando hacia 1918 se establecen las primeras líneas aéreas regulares, la literatura ha examinado ya con atención sus nuevos problemas y está preparado científicamente el camino al movimiento de leyes especiales que va a producirse al concluir la primera guerra general (25). Casi inmediatamente, se tiende a la constitución

(23) GARRIGUES: *Curso II*, pág. 596.

(24) El esceticismo en cuanto a la posibilidad y oportunidad del internacionalismo jurídico en materia de Derecho marítimo se va extendiendo: SCIALOJA: *Presentazione*, "Riv. Dir. Nav.", 1935, I, págs. 3 y siguientes; IDEM: *Utopie, risposta al Prof. Berlingieri*, "Riv. Dir. Navig.", 1936, I, págs. 3 y siguientes; LEPEVRE D'OVIPITO: *In torno all'unificazione del Diritto del mare*, "Riv. Dir. Navigazione", 1936, I, pág. 348; AGO: *Teoria del Diritto internazionale privato*, I, 1934; SCERNI: *Il Diritto internazionale privato marittimo ed aeronautico* en el *Trattato de Diritto internazionale*, dirigido por Fedozzi y Santi Romano, vol. VI, 1936; GIANNINI: *Frasi fatte e senso di realtà nel Diritto marittimo*, 1930, páginas 3 y siguientes; *L'unificazione internazionale del Diritto marittimo*, en "Archivio giurídico", 1936, pág. 150; SPASIANO: *Recensión a GIANNINI*, "Riv. Dir. Mar.", 1937, pág. 325.

(25) MEILI: *Das Lustschutz in internen Recht und Völkerrecht*, 1908; WARSCHAUNER: *Luftrecht*, 1910; BODENHEIM: *Das Privatrecht des Luftschif-*

de un Derecho aéreo unitario. Con rapidez queda superado este período, inevitable para toda disciplina que trata de abarcar un fenómeno recién aparecido, durante el cual se entrecruzan disposiciones aisladas con otras suplementarias de leyes generales y cada rama de doctrina recoge el nuevo sector limítrofe. Antes de 1914 aparece ordenado un Derecho aéreo homogéneo en tratados y revistas especializadas.

Sin negar cuanto pudiera haber contribuido a esta disposición independiente, el atractivo de la materia—también los juristas pueden sentirse juveniles—jugaron aquí muy principalmente la indiscutible originalidad externa del objeto y la tendencia irresistible durante los años de la entreguerra hacia el reconocimiento de cualquier suerte de autonomías. En lo jurídico reducidos ya los últimos focos de rebeldía contra la del Derecho mercantil, se abrieron camino con su correspondiente “particularismo” el derecho industrial, el laboral, el agrario, el minero, el inmobiliario, el forestal y otros muchos más reclamando su tratamiento científico adecuado y su código correspondiente. Pero, sobre todo, el movimiento hacia la autonomía del Derecho marítimo cuya materia presenta conexiones evidentes con la que va a constituir el objeto del Derecho aéreo. El concepto y la naturaleza de este último se han investigado en íntima relación con aquél y las razones que se objetaron para separar tráfico general y tráfico por mar, fueron repetidas y remozadas para diferenciar tráfico marítimo y tráfico aéreo.

En iniciar paralelo con aquella tendencia que caracteriza al Derecho marítimo por comprender cualquier ordenación relativa a todo fenómeno producido en los correspondientes límites geográficos o en relación con ellos, cabe una primera consideración del Derecho aéreo, como regla de cualquier actividad que utilice predominantemente el espacio atmosférico o se verifique a su través. Quedarían así comprendidos, por tanto, junto a los medios de locomoción, las comunicaciones aéreas en su más amplio sentido: radiotelegráficas y radiotelefónicas, el telégrafo y el teléfono alámbricos e incluso los funiculares aéreos (26).

farts; VON BAR: *Luftschiffahrtsrecht*, 1900; CATELLANI: *Il Diritto aereo*, 1911; CORRADI: *Diritto aereo*, 1911; BONNEFOY: *Code de l'air; L'Aeronautique et l'Aviation en Droit français et en Droit international*, 1909; BALDWIN: *The law of the airship*, 1910; MAZELTINE: *The law of air*, 1911. Aparte los artículos en las diferentes revistas—de Derecho público o privado—y los informes y comunicaciones a los Congresos nacionales e internacionales. Es de destacar la publicación en esta época de la *Revue juridique internationale de la locomotion aérienne* y la *Deutsche Zeitschrift für Luftschiffahrtsrecht*. V. otra mucha bibliografía anterior a 1918 en la conocida obra de COUANNIER, traducción española (1930) de G. PONTE: *Los principios del Derecho aéreo*.

(26) *Le Droit aérien est l'ensemble des règles qui régissent le milieu aérien et son utilisation*; F. DE VISCHER: *Les conflits de lois en matière de Droit aérien* (Cours de l'Ac. de Dr. Int. de La Haye, 1934). Vid CATELLANI: *Diritto aereo*, pág. 34; FRAGALI: *Principii*, pág. 19. A este amplio contenido correspondía, en principio, la expresión Derecho aéreo, utilizada preferentemente por franceses y alemanes (“Droit aérien”, “Luftrecht”), aunque el hábito la haga compatible con una delimitación más específica de la materia. Cuando ésta se re-

Pero la doctrina hoy dominante coincide en negar que el amplio antecedente de convivencia en la atmósfera baste para justificar un sistema jurídico unitario. Sólo el dato experimental de la navegación aérea y su ejercicio será capaz de constituir el elemento de hecho sobre el que descansen la especialidad del Derecho. La utilización y explotación de las aeronaves compone un conjunto orgánico de fisonomía bien determinada, cuyas condiciones, peligros y peculiaridades técnicas producen aquellas desviaciones características frente al Derecho general que integran el sistema de reglas de Derecho aéreo o, con expresión más congruente, de Derecho aeronáutico.

11. Fácilmente se advierte que esta directa referencia al fenómeno de la navegación y precisamente a las específicas condiciones de este género de tráfico: riesgos, distancia y estrecha solidaridad de intereses, provoca la reaparición de los términos alrededor de los cuales se planteaba el contenido y la naturaleza del Derecho marítimo. Si este último es el Derecho de la navegación por mar y el aeronáutico el derecho de la navegación por aire, ambos coinciden en un primordial denominador común. La tendencia a asimilar ambos sistemas de reglas surgirá inevitablemente y el criterio para fundirlos o separarlos dependerá, en último término, de que se estimen más fuertes frente al transporte general las peculiaridades derivadas del hecho de la navegación, sea ésta marítima o aérea, o decisivas en cambio las divergencias entre las condiciones en que cada una de estas últimas se desenvuelve.

La doctrina italiana mantiene, desde hace una veintena de años, sobre este punto animada polémica que, contra cuanto pudiera haberse supuesto, se reaviva con la publicación del "Codice della navigazione".

Fundamentada en primer término en la autoridad de Scialoja, se abre camino la tesis del Derecho aeronáutico como una adaptación parcial de las instituciones de Derecho marítimo. El derecho del tráfico por mar y por aguas interiores cumple la función de derecho general respecto al conjunto de normas especiales aéreas, simple capítulo indisolublemente ligado a aquél por la unidad sustancial del Derecho de la navegación. Unidad que no pueden quebrantar las características específicas de cada una de sus ramas, simples elementos cuantitativos o extrínsecos (27). Cuando no constituye, como su pretendido

duce al campo de la navegación, propiamente dicha, a las relaciones que resultan de la circulación y explotación de aeronaves, tiende a ser sustituida por la de Derecho aeronáutico. Este término es hoy invariable en la literatura italiana.

(27) El concepto "integral" del Derecho de la navegación, que quedó ya apuntado por SCIALOJA en la primera edición de su *Sistema*, en 1928 (pág. 5), es desenvuelto en la tercera, especialmente en la "Nota" que completa la introducción (págs. 48-51). Vid. también su *Presentazione*, "Riv. Dir. Navig.", 1935, I, pág. 8. En el mismo sentido: SPASIANO: *Unità del Diritto della navigazione marittima ed aerea* ("Riv. Dir. Navig.", 1938, I, pág. 39) y *Corso di Diritto*

cuño político, accidente transitorio o prejuicio doctrinal precipitado (28). Las mismas nltas características que la doctrina autonomista señala para el Derecho aeronáutico coinciden con las propias del marítimo. Así, las de internacionalidad y movilidad y mucho más la de politicidad, atributo de todo derecho moderno (29).

La escisión entre el Derecho marítimo y Derecho aeronáutico se produce en cambio cuando se subrayan frente a las situaciones comunes a toda navegación las particulares de la aérea. El hecho de desarrollarse en el agua o en el espacio se estimará circunstancia de consecuencias jurídicas insoslayables. La norma para el Derecho aéreo surge y se desarrolla independientemente para atender peculiares y decisivas urgencias. Quienes así se pronuncian por el particularismo o la autonomía del Derecho aeronáutico (30) desenvuelven esta afirmación básica a través de dos series de argumentos. La primera, relativa al objeto de la disciplina jurídica: ni el medio ni el vehículo aéreos pueden asimilarse a los marítimos. Mientras la atmósfera cubre todo el globo y por tanto el cruce con problemas de derecho terrestre y con los derivados del vuelo sobre territorios soberanos puede reputarse normal, la navegación en aguas jurisdiccionales tiene carácter de excepción. Tampoco cabe equiparar, desde el punto de vista técnico, nave y aeronave. En esta última no sólo los riesgos son notoriamente mayores, sino su comunidad entre los interesados mucho más estrecha.

aeronautico, 1941; FERRARINI: *La materia aeronautica del Codice della navigazione* ("Riv. Dir. Com.", 1942, I, pág. 193); IDEM: *I contratti di utilizzazione della mare e dell'aeromobile*, Roma, 1947, pág. 20; LEFEVRE D'OIDIO: *La pretesa autonomia della parte aeronautica del Codice della navigazione* ("Riv. Dir. Navig.", 1942, I, pág. 321); DOMINEDO: *Teoria generale e Diritto marittimo*, "Riv. Dir. Navig.", 1936, I, pág. 43; IDEM: *Introduzione al Diritto della Navigazione*, 1945. Aunque principalmente sobre problemas de Derecho internacional privado, GHIONDA: *Sull'unità del Diritto internazionale privato della navigazione*, 1938, I, págs. 87 y siguientes.

(28) SPASIANO: *Corso*, cit., págs. 13 y siguientes.

(29) Verlas, por ejemplo, señaladas entre nosotros por TAPIA: *Derecho aeronáutico*, págs. 16 y siguientes.

(30) En primer término AMBROSINI: *Del metodo di trattazione del Diritto aeronautico* ("Il Diritto aeronautico", 1927, pág. 241); *Corso di Diritto aeronautico*, 1930; *Per un sistema di Diritto aeronautico* ("Riv. Dir. Aer.", 1932, páginas 5-29); *Consensi e disensi su un programma (a proposito del Diritto della navigazione)*, "Riv. Dir. Aer.", 1938, págs. 127 y ss.; *Il codice della navigazione e il Diritto aeronautico*, "Riv. Dir. Com.", 1942, págs. 129-138. Ya antes: *La notion technico-juridique de l'aéromobile*, París, 1923; *Il problema della legiferazione en Dir. Aer.*, 1924, págs. 66 y ss. Con ciertas divergencias, FRAGALI: *Principii di Diritto aeronautico*, 1930; *Possibilità attuali del Diritto aeronautico e metodo della sua costruzione*, "Riv. Dir. Aer.", 1935, pág. 243; *Lezioni di Diritto aeronautico*, 1939; V. también DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, 1929, págs. 217 y ss.; Bosco: *Il Diritto internazionale aeronautico*, "Riv. Dir. Aer.", 1934, pág. 1 y ss. Escisionista parece también, en último instancia, el criterio de BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, I, págs. 56-9. El americano COSENTINI concluye asimismo en que la primera misión en esta materia es la de separar el Derecho aéreo del Derecho marítimo: "la diferencia está ya en los hechos, hay que trasladarla al Derecho". (*Code international de l'aviation*, 1939, trad. fran., pág. 9.)

El segundo grupo de especialidades afecta a la naturaleza misma de la norma. Ya se indicó el sello fuertemente político del Derecho aeronáutico derivado de la importancia militar y comercial de la aviación y de su facilidad para atravesar fronteras y eludir los medios tradicionales de seguridad (31). Pero además, su carácter internacional y, por consiguiente, su tendencia hacia la uniformidad, se produce con una celeridad de ritmo muy superior al que presenta el Derecho marítimo hasta el punto de que la diferencia deja de ser simplemente cuantitativa para convertirse en cualitativa (32).

Los mantenedores de la sustantividad del sector aeronáutico no niegan la utilización y adaptación de instituciones marítimas al nuevo Derecho, que en gran parte ha ido ramificándose—en frase de Scialoja—sobre el viejo tronco del marítimo. Pero donde ello no significa la deformación inicial inevitable cuando está aun por construir el sistema propio, responde simplemente a la articulación derivada de la unidad última del Derecho entre los distintos brazos del ordenamiento general. Los principios del Derecho marítimo no cumplen función distinta a las generales del Derecho privado, al cual pertenece tanto el aeronáutico como el civil, el marítimo como el ferroviario. La autonomía no significa aquí, como no significa nunca, desconexión con el Derecho-general; sus principios siguen siendo el fundamento de la construcción entera (33). Como el transporte civil, el transporte comercial y el transporte marítimo, el transporte aéreo supone una exteriorización de relaciones económicas sustancialmente unitarias. Cabe constituir orgánicamente en el seno del Derecho privado, concluye Asquini, “tantas partes cuantas sean las instituciones reguladas, aunque de ellas sólo tengan carácter autónomo las que respondan a fenómenos económicos con notas distintivas bien marcadas; no parece por ello incorrecto hablar de un derecho autónomo aéreo” (34).

Si el derecho aeronáutico no queda incluido en el Derecho de la navegación, el problema de su articulación dentro del orden jurídico

(31) AMBROSINI: *Per un sistema*, cit.; *CORSO*, cit.; emplea la palabra *politidat*, “no bella, pero ciertamente expresiva”, para designar que “el Derecho aeronáutico y su desarrollo están fuertemente influenciados por elementos y consideración política militar y política económica. El control estatal sobre el vehículo aéreo debe ser continuo y perfecto”.

(32) Vid. AMBROSINI, cit., y especialmente *L'universalità del Diritto aeronautico e le sue esigenze in rapporto al Diritto interno*, estudio por BERLINGIERI, 1933, págs. 19 y ss. Partiendo de este concepto, MALEZIEUX formula lo que llama “autonomía dinámica” del Derecho aéreo, que hace posible su adaptación a las necesidades sociales que le corresponde regular. Autonomía que se manifiesta en la singularidad de sus órganos de elaboración, de aplicación y jurisprudencia fuertemente impregnados de internacionalismo (*Essai sur les caractères et sur la nature du Droit aérien*, “Revue général Droit aérien”, 1948, págs. 33 y ss.).

(33) COGLIOLO: *Note minime di Diritto aeronautico* (“Riv. Com.”, 1927, I, página 50); *Codice aeronautico*, Milano, 1927, págs. 20 y ss.; DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, cit., pág. 226; FRAGALI: *Principii*, cit., núm. 18.

(34) ASQUINI: *Sull'autonomia del Diritto del Lavoro*, “Scritti giur.”, I, página 110.

general, vuelve a plantearse a su respecto de modo paralelo a como ocurría para el marítimo. Renunciando al vago intento que supone referirlo a cualquier preceptiva relacionada con el espacio atmosférico, cabrá delimitarlo, por tanto, en relación con el objeto o con la naturaleza. Por su objeto, haciéndole comprender toda norma pública o privada relativa a la navegación aérea. Atendiendo a su finalidad y considerando como tal la predominante de explotación industrial, estimar, en primer término, un derecho privado aeronáutico, es decir, un derecho de transporte que al servicio de la moderna economía quedaría, por definición, inserto en el Derecho mercantil.

Aunque quizás se juzguen pocos los decenios transcurridos para una conclusión fundada, todo induce a pensar que las fuerzas que hoy actúan sobre el proceso de formación de esta rama jurídica se mueven en sentido favorable a la primera de ambas tendencias. Desde el punto de vista científico, e incluso didáctico, puede considerarse vencida esa etapa—a veces definitiva—de todo derecho naciente a constituir nuevos capítulos de las ramas tradicionales. Los problemas de Derecho aeronáutico ya no tienden a recogerse como apéndices de los tratados de Derecho internacional, privado, mercantil o administrativo, por ejemplo, sino en libros y revistas propios. Una vez realizado este desglose, la inclinación a redondear la materia fuerza asimismo a incorporarle todas las cuestiones de algún modo relacionadas con ella. Del lado legislativo, la dirección parece ser también la indicada, aunque por razones distintas. El punto de vista sistemático suele pesar poco en la formación separada de las ramas del Derecho. Ni el Derecho mercantil se ha agrupado y codificado como el Derecho de comercio—with the natural disgrado of quienes le desearon una mayor elegancia de contornos conceptuales—ni el Derecho marítimo, como todo el Derecho de la navegación por mar, sino en virtud de razones históricas: la inercia del sistema legislativo, la preponderancia de tráfico naval respecto del terrestre y el influjo de las Armadas reales sobre las mercantes en función del régimen político.

Circunstancias de carácter aproximado serán las que determinen el contenido definitivo del Derecho de la navegación. Aún no pueden preverse con exactitud, pero ya nos hallamos en presencia de datos que inclinan a anunciarlas. La permanencia, por ejemplo, de la actual tensión internacional entre grandes potencias, al favorecer el mantenimiento del control de la aeronáutica en manos de organismos públicos y preferentemente militares, conducirá inevitablemente a la unificación de toda la materia y a la publicación de códigos generales del aire en los que se reunán tanto las normas privadas como las públicas, con marcado predominio de estas últimas. Si, en cambio, se logra un mínimo de paz general y a su amparo un considerable desarrollo de la aviación mercante, podría prevalecer el carácter privado del sistema de normas de protección del tráfico aéreo y la tendencia a separarlo del aeronáutico militar. Sobre todo si el perfeccionamiento de la técnica lograse adecuar la aeronáutica al transporte de cosas en

masa, en volumen apreciable para el tráfico internacional e intercontinental y la rentabilidad del negocio permitiera prescindir con carácter general del principio de empresa protegida.

De estos y otros variados impulsos depende la configuración del Derecho aéreo como Derecho especial. La originalidad en el modo de formación de una rama jurídica y su separación legislativa o doctrinal, pretendiendo comprender de modo completo una materia peculiar, suponen sin duda la existencia de un Derecho especial sujeto, como todo otro Derecho especial, a los superiores principios del Derecho general. Ahora bien, ¿son bastante a autorizar la condición de este Derecho como autónomo o substantivo? Porque éste es el término definitivo de discusión, tanto para el Derecho aéreo como para el marítimo y para el propio Derecho mercantil. ¿Cuáles son las características de un Derecho para que pueda predicarse como autónomo?

12. A enturbiar las respuestas ha contribuido, junto con preocupaciones de la más diversa índole, la ausencia de un mínimo de precisión en el empleo del término. Una veces se considera fundamental la autonomía legislativa—recordemos la cuestión sobre unidad o dualidad de códigos—, otras, la autonomía llamada *científica*, de la que aquélla sería simple consecuencia. Parece que por esta última habrá de entenderse la que la investigación doctrinal ha deducido del examen de los principios característicos del sistema. Pero no sólo esta autonomía suele apoyarse, muy en primer término, en la independencia—histórica o actual—de la legislación y en aquellos preceptos de los códigos especiales que decretan un sistema “autónomo” de fuentes, sino que también el tratamiento científico se ha reputado de dato sustantivo simplemente externo que no cubre en todos los casos un Derecho realmente sustantivo. Por último, los defensores e impugnadores de la autonomía de una concreta y determinada rama del Derecho—forma en que normalmente se plantea el problema—hacen jugar indistintamente, preocupados por el éxito de sus tesis, unas y otras características autonómicas y no convienen, ni mucho menos, en cuáles deben reputarse esenciales y cuáles accesorias.

Un primer paso parecía haberse logrado con la distinción entre cuatro primeros grados de autonomía: legal, jurisdiccional, científica y didáctica. No creo sea muy necesario ocuparse del último, ya que la inclusión separada de un sector jurídico en cursos y planes de enseñanza, si de un lado es repercusión de los anteriores, especialmente del científico, puede corresponder, cuando no a motivos simplemente accidentales, a conveniencias de la división del trabajo.

Los efectos de aislar un grupo mejor o peor delimitado de normas en un Código especial o de integrarlas con otras más o menos próximas en un cuerpo legal más amplio, sobre la naturaleza del Derecho recogido y, a la inversa, los que esta naturaleza imponen sobre la corrección y oportunidad de la unidad legislativa, han venido planteándose tradicionalmente por la doctrina mercantilista. El problema que-

dó, sobre este punto, examinado en otro sitio (35). Para el propósito de ahora, baste recordar que desde hace lustros—casi podría fijarse con exactitud la fecha haciéndola coincidir con la promulgación del Código suizo de las obligaciones—se ha convenido que las separaciones o fusiones legislativas son indiferentes a la verdadera autonomía de la rama jurídica de que se trata. Es esta autonomía claramente externa, puramente formal y no hace sino rozar el verdadero problema (36).

Tampoco resulta decisiva la autonomía jurisdiccional. El sometimiento en España de los procesos civiles, mercantiles y marítimos a unos mismos tribunales no ha servido ni de reparo a los “sustantivistas”, ni de argumento a los unitarios. Otra cosa hay que decir ciertamente en cuanto a su proyección histórica, esgrimida con reiteración para apoyar la naturaleza y la independencia del Derecho de los mercaderes (37). Pero para la organización contemporánea, la cuestión se estima de política y de técnica procesales: “El problema de la autonomía del Derecho comercial supera las controversias un poco estrechas a las cuales da lugar, sobre todo en Francia, el del mantenimiento o supresión de los Tribunales de comercio. Su conservación, obstáculo ínfimo a la unidad formal, aun comprometería menos la unidad científica. Su desaparición no significaría facilidad alguna suplementaria para la unidad substancial. La autonomía del Derecho mercantil permanece tan viva en Italia, donde desde 1892 no existen Tribunales de comercio, como en Francia, donde existen, al menos en los centros de una cierta actividad comercial” (38). Tampoco cabe suponer que la reciente floración entre nosotros de jurisdicciones o quasi jurisdicciones especiales, repercuta en la mayor o menor autonomía de la normativa aplicable. Nos queda, por tanto, la autonomía científica. ¿Con qué alcance entiende esta expresión la doctrina que parece debe moverse aquí en su propio terreno?

Con el término autonomía científica no se alude normalmente al tratamiento separado de la materia por los científicos del Derecho. La existencia de una literatura propia, circunscrita a un determinado sector del ordenamiento jurídico, puede indicar el interés técnico, político o práctico del asunto, pero la abundancia en un momento de obras sobre Derecho bancario o de seguros, como en otro de Derecho de divisas o de asilo, no basta para afirmar la presencia de un nuevo Derecho autónomo (39). Responde, además, a la marcha progresiva

(35) Concepto del Derecho mercantil, cit.

(36) Desde WIELAND: *Handelsrecht*, I, párrafo 6. Por ejemplo, Rocco: *Principios*, pág. 61-62; ARCANGELI: *Il Diritto agrario e la sua autonomia*, “Scritti giur.”, III, pág. 334; ROTONDI: *La riforma*, cit., págs. VII y VIII; ESCARRA: *Principios*, I, pág. 56 y ss. Entre nosotros, GARRIGUES: *Tratado*, I, págs. 64 y ss.

(37) J. RUBIO: *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, especialmente páginas 87 y siguientes.

(38) ESCARRA, cit., pág. 59.

hacia la especialización impuesta por la amplitud y complejidad de la economía y de la técnica actuales. Y si es cierto que puede existir una interdependencia entre la autonomía que podemos llamar provisionalmente sistemática y la literaria, será el de aquella primera concepto distinto y previo.

Al hablar de autonomía científica, los autores más preocupados suelen añadir que se refieren a la de orden interno, intrínseco, es decir a la autonomía propiamente jurídica derivada de la naturaleza de la materia, independiente y en gran medida condicionante de su tratamiento legal, doctrinal y didáctico. Autonomía que, si bien no significa aislamiento respecto de las demás ramas, ni disolución de la unidad del Derecho, supone la presencia de un conjunto orgánico de normas cuya homogeneidad repercute en el proceso de investigación y aplicación del Derecho y en el plan de inclusión y distribución legal y científica de las materias que lo componen. Esto es, en el método y en el sistema.

Precisamente por coincidir en que la cuestión del método de investigación y determinación de la norma es consecuencia y no razón de la autonomía, es por lo que debe considerarse insuficiente para reconocerla el criterio derivado de la ordenación y jerarquía de sus fuentes. No sólo es el intérprete el que debe deducir la posible autonomía de un sector de normas, de los resultados de su aplicación, sino que todo criterio de alterar el orden jerárquico general de las fuentes del Derecho español, forzando de antemano a encastillarse en un círculo autónomo, es profundamente perturbador y probablemente inútil. Frente a los artículos 5.^º, 6.^º y 16 del Código civil, el 2.^º del Código de Comercio ha conseguido prolijar disquisiciones doctrinales, pero para bien poco ha servido en la práctica.

Conjugándola en mayor o menor escala con la "novedad orgánica de la materia" y el "carácter completo de la disciplina" (40), la doc-

(39) Se ve, sin embargo, esgrimir a Rocco como una razón de la autonomía del Derecho mercantil la existencia, desde hace siglos, de una abundante y valiosa bibliografía. *Principios*, pág. 68.

(40) De estas dos notas, la más vulnerable al escepticismo es la de "integridad". Parece que no existen grandes dudas acerca de que, tanto el Derecho mercantil como el marítimo o el aeronáutico son eminentemente incompletos. Toda rama del Derecho lo es, más o menos—más bien más que menos—, y en todo caso resulta imposible establecer con cierto rigor cuándo su carácter fragmentario es lo suficientemente relativo para que permita hablar de autonomía. La nota de "novedad" de la materia no puede ser más movediza, si se considera que un derecho, aunque recaiga sobre materias nuevas y de cierta entidad, puede ser simplemente un derecho especial o un nuevo capítulo de otro bien conocido. Piénsese en la reglamentación de las nuevas normas o métodos en el Derecho internacional o en el penal (delito financiero, genocidio, etc.). En cuanto a la novedad orgánica, ¿qué significa? Si no un simple círculo vicioso para indicar que constituye un cuerpo sustutivo nuevo (es decir, autónomo), parece referirse a que responde a conceptos y principios peculiares. Entramos aquí en la característica que inmediatamente se examina en el texto.

trina dominante apoya la naturaleza autonómica de una rama especial de Derecho en la existencia de principios generales propios, es decir, *comunes* a toda esa materia y *peculiares* de ella, que le confieren su unidad, producen normas específicas y requieren un tratamiento doctrinal adecuado. El Derecho mercantil, el marítimo, el aéreo, como el de trabajo, el agrario o el minero, podrán reputarse de autónomos en cuanto se asienten en un sistema de supuestos y conceptos homogéneos y originales (41).

13. Sin embargo, también este terreno de los “principios generales especiales” resulta, desde un poco más cerca, extraordinariamente inseguro:

- a) En primer término, cuando se trata de precisarlos, por oposición a los del Derecho general. La doctrina suele resistirse a proclamarlos y cuando los formula lo hace por vía de ejemplificación. Si bien, entre los que se citan no haya, ni mucho menos, coincidencia (42).
- b) Con el mismo alcance de los principios que suelen ofrecerse para caracterizar de autónoma una rama del Derecho, existen otros en Derechos reputados simplemente de especiales y aun de simples capítulos más o menos calificados. Y es que todo Derecho especial, por razón de la materia, tiende a poner de relieve, e incluso a exagerar, sus características. Es decir, propende a subrayar la propiedad que le ha hecho significarse dentro del Derecho general. Pero esto no sólo no le convierte en autónomo respecto de los principios comunes, sino que significa simplemente la adaptación de estos principios a la infinita variedad de los supuestos sociales particulares. Con la misma justificación e idéntica fuerza que se afirman los principios peculiares del Derecho mercantil, del marítimo o del aéreo, pueden señalarse los del Derecho de sociedades, del inmobiliario, del cambiario, del bursátil o

(41) Aparte cuanto se citó al hablar del problema de la autonomía del Derecho mercantil, vid., especialmente: ASQUINI: *Sull'autonomia del Diritto del Lavoro*, “Scritti giur.”, I, pág. 110; SCIALOJA: *La sistemazione scientifica del Diritto marittimo*, “Riv. Dir. Com.”, 1928, I, reproducida en la Introducción del *Sistema*; ROCCO: *Principios* (trad. esp.), págs. 67 y ss.; ARCANGELI: *Il Diritto agrario e la sua autonomia*, “Scritti”, III, pág. 344; BRUNETTI: *Diritto marittimo privato*, págs. 11 y ss.; DONATI: *Fondazione della scienza del Diritto*, Pádova, 1929; SPASIANO: *Corso de Diritto aeronautico*. Entre nosotros, aceptan el criterio de los principios generales como fundamental de la autonomía: GARRIGUES: *Tratado*, I, págs. 35 y ss., esp., pág. 43, y URÍA: *Derecho mercantil y Derecho fiscal*, Conf. en el Col. Notarial de Madrid, 1944. Sigue también a Rocco, GAMECHOCOICOECHEA: *Derecho marítimo español*, II. Parece que también comparten tal criterio, aun cuando para negar su existencia respecto del Derecho mercantil, BENITO y ENDARA: *Manual*, I, págs. 37 y ss., y LANGLE: *La autonomía del Derecho mercantil*, págs. 4 y siguientes.

(42) Prácticamente no se está todavía de acuerdo en la formulación de un solo principio general que sea exclusivo del Derecho especial (DOMÍNEO: *Introduzione al Diritto della navigazione*, pág. 49).

del sucesorio. En todos ellos y en muchos más se puede con la misma facilidad enumerar determinados principios generales que los informan (43).

(43) La autonomía coincidiría así con la *excepcionalidad* de una rama jurídica: es decir, con la existencia de principios directivos "diversos y opuestos" con destino a relaciones de estructura idéntica a las reglamentadas por el Derecho común. Criterio recientemente utilizado por FERRARA jr. (*Imprenditore e società*, págs. 8-10), para negar el carácter autónomo del Derecho comercial italiano a partir de la publicación del Código civil de 1942. Pero el propio autor advierte ya la relatividad e inseguridad de tal fórmula al reconocer que, con arreglo a un riguroso criterio de autonomía científica, tampoco puede reconocerse esta condición al anterior. Y es que las normas vivas de carácter excepcional responden a transformaciones ideológicas o sociales que tenderán a generalizarlas para aquel completo sector de relaciones a que se destinan. Mientras las que simplemente afectan a sectores "especiales" propenden, según ya se ha indicado en el texto, a establecer y deslindar principios y conceptos propios. Esta consideración me obliga a insistir frente a la crítica de F. DE CASTRO (*Derecho civil de España*, 2.^a ed., pág. 101, núm. 3) en la compatibilidad en Derecho español de la naturaleza especial y excepcional de un sector jurídico. No cabe hablar de especialidad como un tercer género entre la regla y la excepción. Por el contrario, el examen de los distintos "Derechos especiales" nos muestra que no sólo tienden a regular, a través de una separación puramente mecánica, una institución o una serie de relaciones determinadas, sino a derivar para ellas principios privativos distintos de los del ordenamiento general. En este sentido, todo Derecho especial es, más o menos, excepcional (Rubio: *Concepto del Derecho mercantil*, págs. 360 y ss.). Es sabido que el carácter "contra tenorem rationem" o "contra rationi iuris receptum" de las normas de Derecho singular no significó pugna con el fin racional o el estado de la conciencia social, sino simplemente desviación de los principios generales establecidos o de los predominantes en el viejo Derecho de Roma. Y aun más conocida la muchedumbre de normas de "ius singulare" que se convierten en "ius commune" en el Derecho justiniano. En cuanto a la característica que se estima propia del Derecho excepcional y que impide extenderlo más allá de su propia "ratio iuris", esto es, del alcance de la "aliquam utilitatem", ¿no debe de reputarse válida para cualquier norma jurídica?

Lo que ocurre es que cuando CASTRO escribe sobre Derecho singular, está pensando en nuestro Derecho foral. Distinguendo Derecho especial, por la materia, y Derecho excepcional: el que frente al común rige en determinadas instituciones para los territorios forales. Y con cierto justificado recelo para las ordenaciones forales, "conjuntos de regías caducas, meros restos del pasado que se mantienen por inercia o por motivos políticos", pretende excluirlas del concepto de Derecho especial, categoría inevitable de todo ordenamiento general. Pero aquí es preciso distinguir: la hipótesis del Derecho especial, que se hace notar por el volumen, sentido o peculiaridad de la materia, y más o menos excepcional, con arreglo a los principios generales y la hipótesis—ligada al problema de las fuentes del Derecho—de un sistema que emana de órganos distintos a los que producen el Derecho general y que a) o bien son anteriores en rango invariablemente subordinado, b) o bien se decide con relación a un reparto de competencias—sistemas federales, en general, c) o se conservan para determinadas materias como producto residual de fuentes jurídicas, ya cegadas, y que por ello se delimitan no por su naturaleza o su destino, sino por su origen. De esta última clase son las que componen nuestro Derecho foral, del que podría decirse que es un Derecho federal "a extinguir". Mientras que si se enfoca por su distribución, según zonas delimitadas geográficamente, ya el problema pierde toda conexión con el de Derecho general y especial;

c) Finalmente, conviene analizar si estos principios generales del Derecho autónomo le son realmente característicos o si más bien varián según las épocas y resultan intercambiables con los del Derecho general o con los de otros especiales. El Derecho marítimo, sin perder su particularismo, había transformado nada menos que su impasibilidad en mutabilidad. Este último atributo, con los de internacionalidad y politicidad, se afirman simultáneamente para sostener la autonomía de los Derechos marítimo y aéreo. Piénsese en las famosas *notas* del Derecho mercantil, hoy generales a todo el Derecho patrimonial. La mayoría de los principios propios de la ordenación secular del tráfico marítimo se trasvasaron, por medio del comercio terrestre, al tráfico general contemporáneo (44), que hoy están comenzando a abandonar, impulsados por una nueva tendencia que va borrando, y precisamente a partir de los sectores más caracterizados del Derecho especial, la libertad de formas, la impersonalización y el predominio de la autonomía privada (45).

Pero no sólo se invoca la existencia de los principios generales como causa de la autonomía, sino su utilidad para la pureza misma de la disciplina, con el fin de lograr aquella formación unitaria de sus conceptos y principios que responda a un criterio rigurosamente científico y evitar el peligro que entraña, para el buen orden jurídico, el hecho de que conceptos elaborados en determinadas ramas del Derecho pierdan su contenido y significación al ser empleados en otras.

constituyendo el de vigencia territorial de la norma que CASTRO llama de Derecho particular para distinguirlo del excepcional (1.^a ed., pág. 73).

La distinción, pues, propiamente tal entre Derecho especial y excepcional tendría que establecerse en el terreno de la otra categoría de normas singulares: "las de derecho ocasional nacido para regular una situación de carácter anómalo o transitorio". Pero no me parece que la mayor o menor persistencia en el tiempo, como el mayor o menor volumen en el espacio, de un conjunto de normas destinadas a adecuar el Derecho general a supuestos nuevos e incluso extraordinarios, pueda alterar la naturaleza de tales normas. El problema de su aplicación seguirá siendo fundamentalmente el mismo: acomodar su interpretación en el derecho general en cuanto no prevea especialmente, sin desvirtuar la finalidad específica que persigue su desviación de los principios comunes, es decir, su excepcionalidad. Así nos lo muestra la serie de normas excepcionales que han surgido anómala y transitoriamente y que se han convertido en regulares y permanentes. Baste pensar en el moderno Derecho de trabajo o en el de arrendamientos rústicos o urbanos—es decir, la normativa marcadamente juspublicista que suele designarse como Derecho de la economía—que comenzó como "Derecho de guerra" provisional para constituirse definitivamente en Derecho victorioso.

(44) Como ilustración a estas consideraciones, merecen la pena de transcribirse, por ejemplo, los *Principios homogéneos*, en que Rocco apoya la autonomía del Derecho mercantil: "El dinero siempre se presupone fructífero", "las obligaciones se presumen contraídas "in solidum", ninguna prestación se presume gratuita", "es libre la prueba de los actos jurídicos en materia comercial", "son eficaces los contratos en favor de tercero" (*Principios*, pág. 68).

(45) V. mi *Concepto del Derecho mercantil*, cit., ap. 11.

(46) URIA, refiriéndose al Derecho fiscal. (Conferencia citada.)

Dos son los términos que aquí se utilizan: *principios* y *conceptos*. Respecto de aquéllos, ya se ha repetido cuán difícil resulta formular los propios e *intranscribibles* de una rama del Derecho. Responden más bien a movimientos políticos y económicos de carácter general, que unas veces producen la "maritimización" de Derecho mercantil; otras, la "mercantilización" del Derecho civil; otras, la "publificación" del Derecho de obligaciones. El fenómeno es conocidísimo y no puede sorprender a quienes se han cansado de oír que la Edad Media trataba la ordenación pública con arreglo a principios de Derecho privado, mientras las tendencias actuales están impregnando el Derecho privado con principios de Derecho público.

Y si lo que quiere señalarse es el peligro de la petrificación de los conceptos, también se trata de un problema más general. No es más grave introducir *conceptos* elaborados para una rama del Derecho, en otra que se considere autónoma, que en otra que no logre esta antefirma o incluso que en apartados más o menos cualificados del Derecho común. El concepto debe tener siempre un valor instrumental de regla general de la que nunca se está seguro no pueda escapar el caso concreto—a su vez más o menos general—en el proceso de adaptación del Derecho al fin perseguido. Tanto si se trata de relaciones de Derecho civil, mercantil, marítimo o aéreo, como de Derecho de arrendamientos urbanos o rústicos, de sociedad de gananciales o de derechos de terceros, es el supuesto de hecho y no el concepto lo que importa adelantar.

14. ¿Habremos, pues, de concluir en la imposibilidad de definir como autónoma una rama del Derecho general? Entendiendo la autonomía en su sentido tradicional y riguroso, así es, sin duda. Pero ella no obsta a la existencia de Derechos especiales, a que éstos se delineen con mayor o menor fuerza y extensión respecto del general subrayando sus características excepcionales—en el sentido en que más arriba quedó entendido este término—; a que tales características sea más o menos vigorosas; a que su estudio requiera particular atención al margen del Derecho general. Es decir, que estos sectores de la legislación y, correspondientemente, de la ciencia del Derecho, sean más o menos significativos y considerables o, si así se quiere, más o menos autónomos.

Para apreciarlo en su verdadero alcance, convienen algunas precisiones acerca de las posibilidades y realidades de clasificación y sistematización de las familias jurídicas. Como ha podido inducirse del examen de los distintos pareceres en torno a la naturaleza del Derecho aeronáutico y, sobre todo, del Derecho marítimo, dos vienen siendo los métodos predominantes para plantear la articulación de las distintas ramas del Derecho. Uno, el tradicional, de criterio *formal*, es decir, basado en la naturaleza misma de la norma. Otro, que parece en la actualidad predominante, apoyado en criterios técnicos, es decir, enfocado hacia el objeto al cual aquélla se dirige.

Al primero, responde la clásica bipartición durante tanto tiempo fundamental: Derecho público, Derecho privado. Este último, núcleo de instituciones las más diversas, cuyo lazo de unión es no ser Derecho público (principios generales de Derecho no político, derecho de la persona, derecho de la familia, derecho del tráfico) y a cuya disgregación se resiste, sin embargo. A su vez, el Derecho público, clasificado en político, administrativo, penal y procesal; distribución establecida no sobre esquemas técnicos, sino jurídicos: el Estado, su actividad; el delito y su sanción, el proceso. Incluso la división en Derecho internacional e interno, no tanto caracterizada por la esfera de aplicación, como por repercusiones sobre la naturaleza de la norma.

La segunda posición tiende a englobar, *por razón del objeto*, normas cuya condición, a tenor del anterior criterio, es distinta. Se ha aprovechado principalmente la multiplicidad y aparente heterogeneidad de las instituciones del Derecho privado, para desglosarlas por materias, completando la segregación con el incremento de la correspondiente preceptiva pública. Se habla así de un derecho agrario, de un derecho minero, de un derecho industrial y de nuestros derechos marítimo y aéreo.

Ninguno de los dos criterios se ha concebido como único y terminante, ni históricamente lo ha sido. En agregados de normas delimitados por la materia se ha podido notar el predominio de las de una determinada naturaleza, mientras que en los más importantes sectores del derecho calificado como *privado*—tanto civil como mercantil—han vivido largamente preceptos jurídicos públicos. Pero admitida la realidad de tales interferencias, creo puede hablarse de zonas del derecho calificadas predominantemente con un criterio objetivo, mientras otras lo han sido con arreglo a una calificación formal.

Partiendo de esta distinción no parece que cuando un conjunto de fenómenos sociales cobre especial relieve y éste se acuse en el número y significación de las relaciones producidas, haya inconveniente en agrupar legislativa, científica y didácticamente el conjunto de normas destinado a regularlas. En un momento histórico será la explotación rural; en otro, la relación de trabajo, por ejemplo, las que impulsen a ordenar respectivamente a su alrededor un Derecho señorial o un derecho laboral intrínsecamente mixtos. Hoy puede ocurrir lo mismo, accediendo a las pretensiones de los respectivos "autonomistas", con el Derecho marítimo o con el aeronáutico. Aunque sin olvidar que las consideraciones lógicas acerca de su conveniencia no constituyen sino uno—y no el más importante—de los factores que han producido la delimitación del Derecho especial; factores variables, de orden histórico y eminentemente relativos.

Reconocida la posibilidad legislativa y doctrinal de un derecho autónomo—es decir, desglosado del Derecho general por su especificidad—con códigos y tratados específicos a los que darán unidad la identidad del objeto a que se aplican, esta autonomía resultará—para

emplear el vocabulario usual en la materia—preferentemente externa o extrínseca. En el momento de las investigaciones e interpretaciones de la norma, con vistas a su aplicación, lo que habrá de tenerse en cuenta, en primer término, es la naturaleza de la norma en sí y la conexión y analogía se establecerán más fácilmente entre normas de una misma naturaleza. Dicho de otro modo, si en un código del automóvil coinciden normas procesales, de Derecho internacional privado, de Derecho administrativo, de Derecho mercantil y de Derecho penal, no creo resulte discutible que en el momento de determinar su ámbito y sentido, pesará más la cualidad específica de cada tipo de norma, que el hecho de que todas afecten a la circulación por carretera. Frente al problema de la aplicación por analogía, del que tanto y tan ligera-mente se suele hablar como consecuencia de cualquier derecho autónomo, esta consideración me parece insoslayable (47).

(47) Así, por ejemplo, DOMÍNEGO pretende, en sentido contrario, derivar del "principio de autonomía" no sólo la "absorción de normas cualitativamente diversas", "inescindiblemente conexas por la comunidad del objeto", sino las peculiaridades del método de interpretación, que debe buscar, en primer término—cualkiera que sea su naturaleza—, la aplicación analógica de la regla especial y los principios generales especiales. Obligado así a lograr para este derecho especial una cierta coherencia, se decide, a pesar de haber definido "por su objeto", a excluir de su sistema un sector de las normas administrativas, la mayor parte de las procesales y todas las de Derecho internacional privado y penal (frente al propio criterio del "Codice della Navigazione"). La atracción de tales normas por la materia especial no significa que dejen de ser un capítulo de la disciplina de origen. "Trátese, en su caso, de delitos marítimos propios en los que se señalan nuevas hipótesis criminosas o de delitos marítimos impropios, respecto de los cuales la norma no hace sino reconducir el hecho criminoso-a una figura de delito común o se limita a establecer una pena diversa o a corininar con una accesoria; la disciplina de las varias hipótesis especiales no puede concebirse sino *en función de los principios del Derecho general subyacente*" (Introducción, cap. II, págs. 29 y s.). En cambio, LENOINE, al publicar su tratado de Derecho aéreo, con arreglo a un sistema (págs. 15-16) que comprende normas de cualquier naturaleza relativas a la navegación aérea, y mostrándose partidario de la unificación del Derecho aéreo (pág. 9), no deja, sin embargo, de advertir "que el Derecho aéreo no constituye una ciencia aparte de la jerarquía de las disciplinas jurídicas. Por el contrario, procede largamente, en el plano doctrinal, de cada una de las grandes divisiones del Derecho: Derecho público y administrativo, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho penal, etc...., cuyos principios son, en cada momento de aplicación, puestos en juego" (pág. 11). También para BEHERI (*La police de la navigation aérienne*, 1938) el Derecho aeronáutico no constituye una unidad inseparable y sus distintos elementos deben examinarse a la luz de las divisiones generales del Derecho, de las que forman parte.

Donación y reversión a personas futuras⁽¹⁾

IGNACIO NART
Notario

Una de las más prestigiosas figuras del Notariado, don José Luis Díez Pastor, se ha venido preocupando estos últimos tiempos por el problema de las disposiciones patrimoniales inter-vivos y mortis-causa en favor de *nascituri*. Sobre este tema pronunció tres conferencias: una el año 1948 en la Academia Matritense del Notariado, otra en 1949 en la Universidad de Verano de Santander y, la última, en 1950 en el Colegio Notarial de Barcelona. Ninguna de ellas ha sido publicada hasta la ahora; pero han llegado a nuestro poder notas muy completas (2), cuya lectura nos ha apasionado por lo magistral del planteamiento, profundidad y exposición y, a nuestro modesto juicio, equivocación de conclusiones.

Por ello vamos a intentar una refutación del admirado compañero y maestro, aunque anticipada en el tiempo, seguros de que él ha de apreciar más la divergencia razonada que la recepción pasiva de sus ideas. En este caso se trata, pues, de un estudio que implica una discrepancia y un homenaje: una acción de gracias, en fin, hacia quien remueve cuestiones jurídicas de un modo tan sugestivo e inteligente que nos hace pensar y reaccionar (3).

De aquí que esta exposición le siga más o menos inicialmente, para aprovechar su claro planteamiento de la cuestión y exponer sus argumentos y conclusiones. Y después, sobre su mismo planteamiento, trataremos de rebatir aquéllos y modificar éstas.

(1) Para redactar este trabajo aprovechamos notas de otros realizados en colaboración privada con nuestro compañero de Madrid MANUEL DE LA CÁMARA, a quien queremos rendirle lo que le debemos.

(2) Creemos que son fieles; pero si tuvieran algún error, y por tanto, atribuimos a Díez PASTOR algún concepto por él no enunciado o no lo expresamos exactamente, queda sentada nuestra buena fe en ello.

(3) Lo mismo nos ocurre con respecto al profesor GARRIGUES, algunos de cuyos puntos de vista hemos combatido en varios trabajos; pero queremos declarar, con esta ocasión, nuestra admiración por este ilustre mercantilista, a quien debemos, directa o indirectamente, nuestros conocimientos sobre el Derecho Mercantil.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

El concepto de «persona futura» (que, como dice Díez Pastor, ofrece grandes dificultades filosóficas), no tiene relevancia jurídica, por lo que su determinación no corresponde al campo del Derecho, en el que se usa tal término y otros equivalentes (*modum conceptus, concepturus, nasciturus*), con un valor convencional, por comodidad de expresión.

El problema a estudiar respecto a tales entes no está en el *punto de llegada*, o sea, *en si es posible atribuir derechos a personas futuras*, porque la contestación negativa se impone de un modo terminante: la persona futura «no es» y la nada no puede adquirir algo.

En cambio, cabe cuestionar acerca del *punto de partida*, es decir, *el valor y eficacia de las disposiciones patrimoniales hechas por una persona presente a favor de otra futura para el caso en que ésta se actualice*, es decir:

- 1) Si en el caso de que la persona futura llegue a existir podrá entonces adquirir los derechos que de aquella disposición deriven; y supuesta la contestación afirmativa,
- 2) Cuáles serán los efectos interinos de tal disposición; y
- 3) Cómo aplicar técnicamente estos efectos, si se dan.

1) Posibilidad adquisitiva del «concepturus».

El problema de si la persona futura, una vez actualizada, puede adquirir lo que a su favor dispuso, se ha planteado corrientemente por la doctrina con una *questión de capacidad*, en vez de como *questión de posibilidad*.

Defendiendo esta verdadera orientación, Roca Sastre (4) y Díez Pastor razonan que la *persona futura, como tal, no es ni puede ser capaz o incapaz*, calificación que sólo puede atribuirse a personas existentes, y gráficamente dice el segundo que preguntarse si el «concepturos» es capaz o incapaz es lo mismo que pretender saber si es varón o hembra, cojo, manco o ciego.

(4) Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri», en Rev. D.º Pdº. XXX, 1946, pág. 318. «La necesidad de que el heredero exista in rerum natura al morir su causante—dice—no implica problema alguno de capacidad sucesoria, pues constituye un presupuesto legal o, mejor dicho, una conditio iuris de la efectividad del llamamiento sucesorio. La inexistencia de quien es llamado a una sucesión al abrirse ésta no provoca simple incapacidad sucesoria, sino algo más importante o completamente distinto. Para que una persona pueda calificarse de capaz o incapaz es preciso antes que exista: la incapacidad, como la capacidad, presupone la existencia del sujeto en cuestión. Como afirma LAFAILLE, en la transmisión mortis-causa es requisito fundamental que exista el llamado a recoger los bienes. No puede recibirlas quien no sea sujeto de derecho. Se necesita, pues, que el causante, en el momento de fallecer, encuentre a quién traspasar su patrimonio. El asunto atañe, pues, a la existencia y no a la capacidad. No se puede llamar incapaz al no concebido».

Sin embargo, todavía Lacal (5) defiende el planteamiento del problema como cuestión de capacidad, en el sentido de que, supuesto el nacimiento del favorecido por una disposición hecha a su favor cuando todavía no existía, es capaz o no de adquirir los derechos de ella derivados; pero, como vemos, cae en un juego de palabras, y llama capacidad a la posibilidad jurídica, extraña a la persona del sujeto.

No se trata, en efecto, de saber si la persona actual (que antes de serlo fué tomada en consideración como persona futura) tiene o no determinadas cualidades que sean presupuesto de su aptitud para adquirir derechos, que es la cuestión de capacidad en sentido técnico: lo que se pretende saber es, simplemente, *si es presupuestado de la adquisición la existencia del sujeto favorecido en el momento en que la disposición se otorga o toma vigencia*.

Pues bien: la solución de este problema depende exclusivamente, a nuestro entender, del momento en que ha de verificarse la adquisición del derecho que la disposición tiende a atribuir, y si ese momento es precisamente aquel en que la disposición se otorga o toma vigencia (en los testamentos, la muerte del testador), es evidente que la inexistencia del sujeto favorecido por la disposición tiene que frustrar necesariamente la adquisición; pero si tal momento es posterior al otorgamiento o a la vigencia, nada obsta para que el favorecido, inexistente entonces, pero que llegue a existir en el entretanto, pueda adquirir.

Supuestos estos principios, que consideramos axiomáticos, proyectémoslos brevemente en las sucesiones *mortis-causa* y en las donaciones.

En la esfera de las sucesiones, es principio general el contenido en el art. 637 del Código civil, a cuyo tenor:

«Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento mismo de su muerte.”

Ello presupone necesariamente que los sujetos comprendidos en el llamamiento hereditario que no existan (es decir, que ni siquiera estén concebidos), cuando el testador o causante muere, no pueden heredar.

La evidencia de este resultado hace innecesaria una declaración legislativa que expresamente lo consagre.

Ahora bien, hay casos en que la adquisición del derecho hereditario se retrasa hasta un momento posterior al de la muerte del causante: no hay inconveniente, entonces, en que los no concebidos antes de ese momento, pero que lleguen a estarlo cuando el mismo llegue, puedan heredar.

Estos casos, prescindiendo de llamamientos legales y fijándonos ahora sólo en los que tengan su origen en una disposición testamentaria, son esencialmente dos: *sustitución fideicomisaria* y *lla-*

(5) En tema de los nodum concepti, en Rev. Crit. D.º Inmobiliario, 1947, págs. 252 y sigs.

mamiento hecho bajo condición suspensiva, sin sustitución fideicomisaria en sentido técnico, (bien porque mientras la condición esté pendiente no se atribuya a nadie los derechos de que se trate, bien porque lo atribuido sea simplemente el usufructo de los mismos).

Aunque para ambos casos la *solución lógica* del problema debiera ser favorable a la posibilidad de adquirir de los «*concep-turus*» que lleguen a nacer antes del momento en que haya de verificarse la restitución fideicomisario o del cumplimiento de la condición, la *solución positiva* del problema sólo consagra claramente dicha posibilidad cuando se trata de sustitución fideicomisaria.

En el otro supuesto, la ley parece cerrar el camino a tal posibilidad, al exigir que la «capacidad» para suceder se tenga, tanto en el momento de cumplimiento de la condición, como en el de la apertura de la sucesión; así resulta del párrafo 3.^o del art. 758 del Código civil, que establece que «si bien la institución o el legado fuere condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición».

Los inconvenientes derivados de la aplicación rigurosa de este precepto han tratado de ser orillados, bien tratando de convertir en sustituciones fideicomisarias las disposiciones que en principio no lo son, o al menos no lo parecen (tesis de González Palomino), bien entendiendo que en nuestro Derecho el ámbito de la sustitución fideicomisaria se ensancha hasta comprender todo supuesto de vinculación, en sentido económico al menos (tesis hasta cierto punto muy similar a la anterior, que ha apuntado Núñez Lagos). (6).

(6) Personalmente nos adherimos a la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (expuesta en Anales de la A. M. del N. II, págs. 441 y sigs.), y a la que coincidentemente con MANUEL DE LA CÁMARA (en Rev. de D.º Pd.º, XXXII, 1948, págs. 637 y sigs.) sostiene de que es posible, mediante subrogación real controlada judicialmente, la enajenación, partición y división de los bienes fideicomitidos (Anales, V, págs. 839 y s.), aunque la Dirección General de los Registros haya perdido una preciosa ocasión de recoger tan clara y útil doctrina en su reciente Resolución de 22 de diciembre de 1950 (*B. O.* de 14 de febrero de 1951), cuyo considerando tercero dice prudentemente que se ha de examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos en favor de nasciturus nodum concepti que no revistan la forma expresamente consignada en el art. 781 del C. c.s.

Se trataba de la denegación de registración de una escritura en la que una persona enajenaba una participación indivisa de casa en cuyo usufructo había sido instituida heredera y a cuya nuda propiedad eran llamados los herederos legítimos o testamentarios de ésta. Siendo éstos indeterminados e indeterminables, la «usufructuaría» (verdadera fideicomisaría, como reconocía el mismo Registrador) acudió al Juzgado y obtuvo autorización para enajenarla «como bienes de menores» por auto dictado en 1938, pero se demoró la efectiva enajenación hasta 1947.

La escritura no era inscribible, pero a nuestro parecer por dos razones solamente: 1), que la autorización judicial se concedió para enajenar bienes de menores (personas ciertas y actuales, susceptibles de ser representadas) y no para subrogar bienes fideicomitidos (que es otra cosa distinta, y 2), que entre la autorización judicial y la enajenación habían pasado nueve años y, en

En la esfera de las *donaciones*, la aplicación de los principios que hemos expuesto nos lleva también a la conclusión de que como la adquisición del donatario no se produce hasta su aceptación, mientras ésta pueda válidamente producirse no urge la existencia de aquél.

la actual coyuntura económica, han podido cambiar radicalmente las circunstancias que habían servido de base a aquella autorización.

La Dirección sólo recoge esta segunda razón, que es de prudencia, y no la primera, que es de rigurosa técnica y, en cambio, se apoya en otras de muy dudosa aceptación, cuales son:

1) Que en nuestro ordenamiento jurídico no se regula la institución de herederos bajo la condición suspensiva (considerando 4.^o). Esto no es exacto, de todos es conocida la célebre autonomía entre los arts. 759 y 799, unánimemente resuelta por la doctrina en favor del primero, o sea, en el sentido de que el heredero o legatario que, sobreviniendo al testador, muera antes de que la condición (suspensiva) se cumpla, no adquiere ni transmite derecho alguno sobre la herencia de su causante: por otra parte, el 805 dispone que «será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado»; y, finalmente, el 801 ordena que «si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse», precepto complementado por el 804, a cuyo tenor «los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente». Hay, pues, una amplia y completa regulación de la institución de heredero bajo condición suspensiva. Y precisamente en la analogía (no identidad) de esta situación con la de los herederos fideicomisarios se funda la solución del problema de la posibilidad enajenativa del heredero fiduciario, que es más que un mero administrador; y si a éste se le permiten los actos enajenativos «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida» (186, p. 3.^o C. c.), ¿por qué no se le van a reconocer a aquél iguales posibilidades guardando las mismas garantías? Este es en síntesis el argumento de CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO en prueba de su tesis y a cuyos trabajos nos remitimos.

2) Que para ser admitidos estos supuestos de delación hereditaria retarda hay, que admitir y afirmar la posibilidad de derechos sin sujeto (final de considerando 4.^o), lo que lleva a estimar creada, por la indeterminación temporal de los sujetos, una situación jurídica de pendencia, con una titularidad interina conferida a la usufructuaría (considerando 5.^o). En cuanto a la posibilidad de derechos subjetivos sin sujeto nos remitimos a lo que en el texto diremos más tarde; pero con respecto a la titularidad interina nos parece rara tal calificación, porque la llamada usufructuaría, tanto si lo es tal como si es una verdadera fiduciaria, tiene una titularidad definitiva, aunque sea limitada en el tiempo y en la intensidad.

3) Que la aplicación analógica «más o menos forzada», de los artículos 804 y 186 del Código civil supone prescindir del valor que ha de atribuirse a la voluntad del testador, ley de la sucesión. Ahora bien, decimos nosotros con nuestros citados compañeros: para que la voluntad del testador se cumpla y puedan adquirir los *nodum concepti* no hay más camino que el de configurar aquella su voluntad manifestada en el testamento como ordenadora de una sustitución fideicomisaria, porque si no lo hacemos así no podría llamarse, en cuanto a la nuda propiedad, a los no concebidos (29, 30 y 758 del Código civil, habría una larga vacancia de la nuda propiedad (situación jurídicamente absurda), y en el caso de llegar a faltar todos los posibles nudo propietarios, como el dominio no puede consolidarse en el nudo propietario, al fallecimiento de éste habría que llamar, en cuanto a la plena propiedad de los bienes, a los herederos intestados del causante, lo que, indudablemente, es contrario a la voluntad de éste manifestada en una clara, aunque mal expresada ordenación testamentaria.

Pero en el *Derecho francés* la cuestión no resulta tan clara, pues el artículo 906 del Code establece que «la donación exige para su validez la existencia, o al menos la concepción del donatario *en el momento de la donación*», lo que ha planteado la duda de si tal «momento de la donación» es el de la oferta o el de la aceptación, problema que, según Trasbot, ha resuelto la doctrina en el sentido más riguroso, es decir, exigiendo que la oferta de donación se dirija a persona existente.

A nuestro modo de ver, contrario a la posición francesa, no hay inconveniente en que una oferta de donación se dirija a un «concepturus», no para que la acepte como tal (lo que sería un absurdo), sino para que pueda aceptarla cuando llegue a existir, si tal cosa sucede, siempre que ello ocurra en vida del donante (633 del Código civil), con el cual perece la oferta. (Problema distinto, y que tocaremos a continuación, es el valor vinculante que tal oferta pueda tener para el que la hace.)

En nuestro ordenamiento no hay un precepto semejante al francés transcrita y comentada que pueda limitar esta nuestra posición.

Con esto dejamos resuelto el primer problema que plantea la disposición a favor de una persona futura, a saber: si una persona actual puede adquirir derechos derivados de una disposición patrimonial hecha a su favor cuando aún no estaba concebida.

2) *Efectos interinos de la disposición.*

Veamos ahora el segundo de los problemas que antes indicábamos, a saber: admitida la posibilidad de que el favorecido por la disposición pueda adquirir, si nace, ¿qué efectos produce en el interin la disposición?

O sea: ¿quedá el disponente vinculado, o puede revocar la disposición que otorgó a favor de una persona futura mientras no se dé el mero hecho de su concepción o el negocio de la aceptación por el «natus» o en representación del «conceptus»?

Este problema no surge en las disposiciones testamentarias, plenamente revocables «ad nutum» por el testador (abstracción hecha de que favorezcan o no a personas futuras).

En cambio, en aquella pregunta se encierra todo el meollo de las donaciones a personas futuras, porque si contestamos que el donante-disponente no puede revocar, la donación será eficaz *ab initio* (aunque se cuestione acerca de sus efectos); pero si respondemos que sí puede revocar, negamos absolutamente toda posible eficacia de tales donaciones (al menos a las «directas» a favor de no concebidos, pues las *indirectas* o reversionales ofrecen otras características).

En definitiva, la cuestión se reduce a ésta: *la donación, ¿es un acto unilateral o es un contrato?*

Si la donación se construye como un negocio unilateral, su perfección no dependerá de la aceptación del donatario, aunque siga

dependiendo de éste la *adquisición*; es decir, la aceptación será siempre precisa para que el donatario adquiera (nadie adquiere sin su voluntad), pero ya no pertenece al ciclo de la perfección del negocio, que surtirá sus efectos antes de que aquélla recaiga, quedando el donante vinculado en forma tal que la titularidad que seguiría ostentando sobre los derechos donados sería una titularidad limitada, interina o provisional, en forma tal que cuando la aceptación se produjera aquellos derechos serían adquiridos por el donatario sin que el donante pudiera impedirlo.

Distinguiéndose así *perfección de la donación* y *adquisición del donatario*, como momentos y actos diferentes, la donación al no concebido resultará vinculante desde que el donante exprese en forma su voluntad de donar, si bien la adquisición definitiva del derecho por el donatario exigirá, por una parte, su nacimiento, y por otra, su aceptación.

En cambio, si la donación se construye como contrato, las soluciones serán diferentes, porque la aceptación del donatario será no sólo presupuesto de la adquisición de su derecho, sino, y además, requisito de la perfección del negocio.

Así, pues, mientras tanto que la aceptación del donatario no recaiga, el donante no quedará vinculado y podrá revocar libremente su oferta; y la adquisición del derecho por el donatario (si éste aún no está concebido cuando el donante dona) requerirá no sólo los dos requisitos que exige el sistema anterior (existencia posterior del donatario y aceptación por su parte), sino un tercer requisito negativo: que la oferta permanezca (lo que presupone que el donante viva y que no la haya revocado).

En este sistema, pues, se arbitra un medio para que la aceptación tenga lugar aun cuando el donatario no exista todavía (lo que parece sumamente difícil), o prácticamente hay que reconocer que la donación a una persona futura no pasa de ser una especulación teórica, porque aunque se admita que tal donación no es *per se* imposible (por no ser presupuesto de su validez la existencia del donatario cuando la donación tiene lugar), su *viabilidad* es prácticamente irrelevante, puesto que en tanto que la aceptación no sobrevenga, ningún vínculo atacará al donante.

A pesar de ello, la necesidad de deslindar con toda pulcritud los conceptos en materia tan propensa a la confusión, aconseja distinguir, como nosotros lo hemos hecho, entre posibilidad de adquirir el donatario (que es independiente de la perfección del negocio), y el problema de los efectos de la donación antes de que la aceptación recaiga.

3) *Naturaleza de los efectos interinos.*

Finalmente, en este orden general de materias que hemos ido perfilando, sólo resta por tocar una cuestión de índole puramente constructiva: si la disposición ha de surtir por de pronto efectos, ¿cómo explicar teóricamente la naturaleza jurídica de los mismos?

Para contestar a esta pregunta, la doctrina ha acudido al expediente técnico de los *derechos sin sujeto*; pero, a nuestro modo de ver, y sin que deliberadamente queramos hacer hincapié en este problema tan discutido, hablar de derechos subjetivos sin sujeto (y no por razón de pura terminología) es imposible y absurdo.

Sea cualquiera el concepto de derecho subjetivo, y salvo que quiera prescindirse de la realidad, hay que convenir en que constituye una *situación esencialmente subjetiva* que, por consiguiente, presupone necesariamente la existencia de un sujeto que se encuentre en dicha situación.

Cuando se presenten algunas de las hipótesis que han determinado que en la doctrina se hable de derechos sin sujeto, estaremos, si se quiere, ante un caso de vinculación del objeto, como quería Bekker, o de la falta del lado activo del derecho, subsistiendo el pasivo, como propuso con fortuna Ihering; pero nunca ante un derecho «completo».

La necesidad de recurrir a la idea de derechos sin sujeto es menos urgente en el caso de donaciones a *concepturus*; porque si se trata de donaciones directas, y en tanto los *concepturus* no llegan a tener existencia, seguirá siendo titular de los derechos donados el propio donante, si bien su titularidad se halle amenazada de resolución si aquéllos nacen y aceptan.

Y si se trata de donaciones por vía de reversión (como incorrectamente se suele decir), el titular de los derechos donados, con igual limitación, será el primer donatario.

Del lado de los «*nasciturus*» existe sólo una probabilidad (objetiva) de adquisición, tutelada precisamente por la limitación que afecta a la titularidad del sujeto actual.

PLANTEAMIENTO CONCRETO

De la disquisición conceptual que acabamos de hacer resulta que el problema queda reducido a la pregunta presentada en el segundo punto anterior; a saber: *la donación, ¿es un negocio unilateral o es un contrato?*

En términos de Derecho positivo parece indudable su naturaleza contractual; pero, ¿es así realmente, o es artificiosa la contractualidad legal de la donación y por lo tanto, pueden y deben ser corregidas las que parecen sus naturales consecuencias, admitiendo, por ejemplo, en nuestro caso, la posibilidad de hacer donaciones a personas futuras?

Estudiemos la cuestión a través de los dos tipos de estas disposiciones: las directas y las indirectas o reversionales (según el defectuoso tecnicismo del Código civil).

DONACIONES DIRECTAS

Es doctrina universalmente aceptada que no se puede donar a personas no concebidas por vía directa, y si únicamente por vía de sustitución fideicomisaria, o, como impropriamente dice nuestro Código civil, de reversión.

El fundamento de esta doctrina es la concepción rigurosamente contractualista de la donación, aceptada legislativamente por los Ordenamientos jurídicos, porque siendo la esencia del contrato el «cruce de los consentimientos», como dice Carnelutti, no cabe admitir la viabilidad de una oferta a un no concebido, que habría de perpetuarse indefinidamente hasta el momento, incierto en el *an* y en el *quando*, en que la persona futura se actualice y acepte directamente o por su representación legal.

Así expuesta, esta doctrina es equívocada, porque como ya dijimos antes, la concepción contractualista de la donación sólo se opone a la irrevocabilidad del negocio dispositivo, que califica de *medio negocio*, es decir, de oferta contractual; y esta oferta ya vimos que, si bien ha de ser aceptada en vida del donante por el *natus*, o por el representante legal del *conceptus*, puede haber sido hecha a éste cuando aún era *concepturus* y mantenida vigente durante la vida del donante sin acto explícito, porque es indiferente al Derecho que el oferente haya olvidado su oferta o aun se arrepienta de ella, mientras tal estado de ánimo no cuaje en una declaración contraria a la que primeramente hizo.

La concepción contractualista de la donación sólo lleva necesariamente consigo la posibilidad de revocación *ad nutum* de la oferta hecha por el donante.

Ahora bien: conviene investigar si la concepción contractualista de la donación viene impuesta por su propia naturaleza o si, por el contrario, debe admitirse la posibilidad de que el donante quede vinculado por su sola voluntad.

POSICIÓN DE DÍEZ PASTOR

Afirma Díez Pastor la posibilidad de donaciones directas a favor de personas futuras, apoyándose en tres argumentos: teórico, histórico y de interpretación analógica del Derecho positivo.

a) *Argumento teórico*.—El problema de la donación a favor de personas futuras se integra en el más general de la *voluntad unilateral como fuente de las obligaciones*, y, como para éste, hay que admitir que una cosa es su normación positiva y otra su posible solución en el terreno de la lógica jurídica.

Y desde este ángulo de visión, piensa Rocco que ningún inconveniente se opone a la posibilidad de que el acto de voluntad de una persona engendre para ella una situación de vinculación irretrotractible, aunque la atribución patrimonial, para consumarse definitivamente, requiera la intervención de un tercero.

tivamente, requiera la aceptación del favorecido, porque no hay inconveniente en que la norma positiva, en vez de exigir dos límite a uno el número de actos que integran el supuesto de hecho del que depende la producción del efecto vinculante.

Si hay algún negocio jurídico (atributivo) que pueda construirse de esta forma—continúa—, es la donación, porque en ella el centro de gravedad se halla en la declaración del donante, que es quien se empobrece sin ninguna contrapartida, al par que la declaración de aceptación del donatario es profundamente distinta de la que se presta en un contrato sinalagmático, en el que se acepta asumiendo una obligación cuyo cumplimiento empobrece el patrimonio, mientras que la aceptación del donatario se limita a consumar la adquisición de un beneficiario.

A pesar de esto, la donación se ha construído como contrato, exigiendo la aceptación del donatario, no sólo para consumar su adquisición, sino para el perfeccionamiento del negocio jurídico del donante y dejarle vinculado, si bien desde antiguo se han ideado expedientes que suavicen los extremos rigoristas que resultan de tal concepción.

b) *Argumento histórico.*—La donación no apareció en el Derecho romano como un negocio típico, sino como causa de una atribución patrimonial que se realizaba por medio de los antiguos negocios formales dispositivos (*mancipatio*, *in iure cessio*), más frecuentemente por *stipulatio* y también después por *traditio*.

Y como no era un negocio independiente, no cabe cuestionar acerca de si era o no negocio bilateral; pero que no repugnaba la unilateralidad a su esencia lo prueba la *pollicitatio*, o promesa hecha a un municipio.

La doctrina romanista tradicional entendió la *pollicitatio* como prototipo de la promesa unilateral vinculante y, por tanto, como excepción al principio de la necesidad de un negocio bilateral para que haya obligación.

Albertario, en un detenido estudio sobre la materia, estima que la solución en este sentido no es clásica y que, por consiguiente, en la época anterior a la revolución bizantina la *pollicitatio* no obligaba mientras no existiese un principio de aceptación tácita; pero en el Derecho justiniano la eficacia unilateral de la promesa fué plenamente admitida. Y a diferencia de lo que sucedía en el Derecho clásico, la *pollicitatio non ob honorem*, pero hecha con una justa causa (en el sentido de un justo motivo), se estimó obligatoria.

Se llegó así a sancionar la eficacia de promesas unilaterales a título gratuito, sin duda alguna (ya que la naturaleza gratuita de la *pollicitatio ob honorem* no parece muy defendible).

A pesar de que, como se acaba de indicar, la donación no fué necesariamente concebida como acto bilateral en el Derecho romano, de este Derecho procede la tendencia a estructurarla como contrato, como mecanismo de oferta y de aceptación.

Se debe ello a que de las diversas formas que de realizarse tiene la donación, la que deja marcada en ella más hondamente su huella es precisamente la *stipulatio*.

De ahí la tendencia que se observa en el Derecho intermedio a construir como contrato a la donación.

Esto no obstante, la convicción indicada no está demasiado arraigada en el ánimo de los juristas, y éstos vacilan ante una serie de supuestos en que se pretende, por lo menos por un fuerte sector de autores, consagrar la irrevocabilidad de la donación no obstante ser muy difícil estructurar la *ab initio* como contrato.

En nuestro Derecho, las Partidas sitúan la donación entre los contratos, sin exigir para ella, sin embargo, las formalidades de la *stipulatio*, no obstante lo cual se *exige el consentimiento* para su perfección.

Pero lo mismo que en el Derecho bizantino, encontramos supuestos en que la aceptación se esfuma: son los casos de donación a personas desconocidas o la donación hecha al que está ausente (en sentido material): la llamada donación «al que está en otra tierra». Ante este tipo concreto de donación, las Partidas se limitan a exigir que el que dona lo haga por «carta o mensajero» y por medio de él dé a conocer al donatario qué es «señalmente lo que le da».

No dice la ley si la aceptación es o no necesaria para que quede irrevocable la donación, ni precisa el momento en que la donación se perfecciona.

Ante la necesidad de resolver este problema, la doctrina se dividió. Unos autores (Gregorio López, Molina, Salgado de Somoza y Gutiérrez) entendieron que la aceptación seguía siendo necesaria, y se fundaban en la doctrina del Derecho común generalmente admitida y formada bajo el influjo indirecto de la antigua forma de la *stipulatio*, y rechazaban el argumento derivado de la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, apoyándose en que la referencia de esta ley a la *pollicitatio* no significaba que sancionase el principio contrario al dogma del consentimiento, sino simplemente quería expresar la innecesidad de formalidades en los contratos.

Hay que convenir en que quizá esta interpretación fuera más ortodoxa, pues en la práctica y en la doctrina el término *pollicitatio* había perdido su riguroso significado técnico, y lo mismo se empleaba para designar la declaración unilateral vinculante que la simple oferta de contrato, y aun incluso el simple pacto.

Otra corriente doctrina mantiene un criterio opuesto: Rodríguez Suárez, Pedro de Dueñas, Antonio Gómez, Antonio López, Diego Pérez, etc., consideran, en base a la eficacia de la *pollicitatio* sancionada en el Ordenamiento de Alcalá, que la donación hecha al que está en otra tierra es válida sin necesidad de nuncio ni epístola.

Sin embargo, ni uno ni otros defienden abiertamente sus convicciones.

Los primeros llegaron a admitir la eficacia y la irrevocabilidad de las donaciones sin verdadera aceptación, mediante el expediente de la renuncia o promesa de no revocar sancionada por juramento (Gregorio López), o de la aceptación por el ausente realizada por el ausente realizada por el notario autorizante.

Los segundos, aunque parezca paradójico, tratan también de amparar la irrevocabilidad en fórmulas parecidas y, especialmente, en la *aceptación celebrada por medio del notario*.

La posibilidad de que el notario autorizante aceptase por el donatario que no estaba presente, o que, en general, no podía aceptar, tiene, además de la aplicación práctica que acabamos de indicar, otra no menos importante para nuestro estudio.

Una antigua *práctica francesa*, que arrancó de la costumbre de hacer en contrato matrimonial donaciones a los hijos, estipulando por ellos el notario, fué extendida por la Jurisprudencia a supuestos en que no se trataba de contratos prenupciales.

En nuestra patria fué discutido si era o no posible que el notario estipulase por el no presente, y si bien de las Partidas parece desprenderse que fuera de juicio tal cosa no era posible, la práctica, interpretando la ley antes citada del Ordenamiento de Alcalá, entendió que podían estipular, aun fuera de autos, los escribanos públicos y reales.

Quedaba en pie, sin embargo, el problema de si la donación aceptada por el notario tenía o no carácter revocable por el donante en tanto el donatario no ratificase la aceptación.

Las Partidas no resolvieron el problema, pero la práctica y la corriente de opinión dominante se pronunciaron por la irrevocabilidad, reforzando en este sentido los notarios su intervención con cláusulas de estilo en que el donante renunciaba a su facultad de revocar.

Que tal fué la solución que debió imperar en el Derecho inmediatamente anterior al Código, lo evidencia la opinión de García Coyena, quien sosténia que en tales casos la donación quedaba tan firme como si el donatario mismo la hubiese aceptado.

Pero es más: los anotadores de Febrero, cuya doctrina puede considerarse como la más recibida en la práctica, llegan a sostener que el dona a un ausente ya no puede revocar, y que el donatario puede aceptar, aun después de muerto el donante, todo ello sin necesidad de que el notario estipule para él.

La solución de Febrero, como dice Díez Pastor, es lógica: el notario no puede intervenir en el negocio en la misma forma en que hoy lo hace el que llamamos estipulante en la estipulación en favor de tercero, porque no está interesado en el negocio. También es evidente que no puede intervenir como parte; finalmente, no puede decirse que represente al donatario, a quien desde luego no puede obligar.

La voluntad del donante, dice gráficamente Díez Pastor, se refleja en él como la voz en el muro y con el eco finge otra persona;

el notario hace, pues, de mero elemento que simetría formal: el negocio se perfecciona, en realidad, unilateralmente.

La intervención del notario es sólo un tributo estéril a la preocupación contractualista, y por eso mismo termina por desaparecer.

A pesar de que nuestra tradición jurídica no estaba aferrada, en el fondo y en modo alguno, a una construcción contractualista del acto donatario, el Código civil no siguió sus huellas, sino que se inspiró directamente en el espíritu y en la letra del Código civil francés.

En el *Derecho francés* se había producido una reacción contraria a la práctica antes aludida del notario estipulante, que había sido aceptada unánimemente por los doctores hasta el siglo xvi.

El Ordenamiento de Villiers Cotterets (1539) exigía la aceptación del donatario en presencia del notario, y si éste estipulaba por aquél, la donación era revocable hasta ser aceptada, y, según Pothier, el donatario antes de aceptar no adquiría ningún derecho y la aceptación no retrotraía sus efectos hasta el tiempo de la donación. Finalmente el art. 5.^o de la ordenanza del canciller D'Aguesseau (1731) prohíbe al notario estipular por el ausente y declara ineficaz tal estipulación.

El Código civil francés concluye de dar a la donación una estructura formalista, trasladando el momento de su perfección al del conocimiento de la aceptación por el donante, y, además, como ya hemos dicho, el artículo 906 exige que el donatario esté concebido al tiempo de la donación, con lo que parece cerrarse el camino a toda liberalidad en favor de personas futuras.

Nuestro Código civil no contiene una regla que formalmente prohíba las donaciones a favor de no concebidos.

Por lo mismo, y según decíamos antes, ningún inconveniente hay en aceptarlas, en principio, como válidas y entender que surtirán sus efectos si el donatario llega a nacer y acepta en vida del donante y antes de que la donación haya sido revocada.

Ahora bien y como también dijimos, el interés práctico de esta posibilidad es escaso, porque el esfuerzo de la doctrina tradicional en este sentido lo que procuró fué conseguir la irrevocabilidad antes de la aceptación y hacer viable ésta aun después de muerto el donante.

Pues bien: ambos resultados parecen completamente inasequibles en el Código civil, porque aunque este cuerpo legal define la donación, no como contrato, sino como acto, hace de la aceptación del donatario punto fundamental de la perfección del contrato.

La aceptación aparece ya recogida como elemento esencial en la definición legal de la donación (art. 618); en el art. 630 se establece que el donatario debe aceptarla por sí o por apoderado con poder especial o con poder general y bastante, so pena de nulidad; en el art. 629 se dice que la donación no obliga al do-

nante ni produce efecto sino desde la aceptación; el art. 623 (diversamente interpretado al ponerlo en relación con el 629) establece que la donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donatario, y, finalmente, del art. 633 resulta que la aceptación ha de hacerse en vida del donante.

Ante el conjunto de normas que antecede parece realmente imposible pensar en la irrevocabilidad de la donación antes de la aceptación.

Pero, ¿será posible que alguien acepte por el no concebido con la finalidad de tornar así irrevocable la donación?

Díez Pastor, después de criticar duramente esta posición cerrada del Código civil, estima que a pesar de todo es posible llegar a una solución satisfactoria, partiendo de la idea de que, si bien la aceptación de la donación (como requisito de perfección de la misma) es una exigencia del derecho positivo, tal exigencia ni viene impuesta por una tradición histórica uniforme (antes bien, todo lo contrario), ni es tampoco una consecuencia que necesariamente se derive de la naturaleza del acto donatario, que no hay inconveniente alguno (a base de distinguir entre perfección del acto y adquisición de su derecho por el beneficiario) en construir como unilateral.

Por eso, estima que el intérprete debe sentirse en libertad al enfrentarse con el Derecho positivo sin que le aten excesivamente preocupaciones dogmáticas, ya que el mismo Código civil (como habremos después de ver) admite en la donación reversional una donación que se perfecciona sin aceptación del donatario.

Partiendo de estas ideas, Díez Pastor cree que en principio no hay inconveniente *que el posible padre de los donatarios «nondum conceptus» acepte por ellos*.

Se suele presentar como obstáculo a esta tesis el art. 627, que al otorgar la representación del concebido pero no nacido a las personas que le representarían de haber tenido lugar su nacimiento, parece excluir, mediante una interpretación a «*sensu contrario*», que los concepturus puedan ser representados.

A ello opone Díez Pastor que mejor que este criterio interpretativo, fundado en el aforismo, no demasiado seguro, «*inclusio unius exclusio alterius*», debe aceptarse la regla, mucho más lógica, de que cuando hay igual razón debe aplicarse la misma regla de derecho.

Las dificultades teóricas que puedan derivarse del concepto de representación no pueden oponerse como obstáculo insuperable para resolver un problema que el nuevo Código italiano corta radicalmente atribuyendo al padre la representación de sus hijos futuros, y que el Código alemán decidió proveyendo de un curador para la administración de los bienes dejados a concepturus.

CRÍTICA A DÍEZ PASTOR.—Esta es la línea del pensamiento de Díez Pastor, cuyo esfuerzo no apunta, en el fondo, a donde parece (viabilidad de las donaciones directas a personas futuras).

sino a construir por la vida de la donación reversalas verdaderas sustituciones fideicomisarias... sin sustitución fideicomisaria, figura ésta que él cree admitida en el Código civil como cosa excepcional, que sólo puede darse con precisas y estrechas circunstancias. Con esta visión teórica y la de la vida que impone la realidad de las vinculaciones de bienes, trata de hacer éstas viables por el camino de las donaciones a personas futuras, en vez de aceptar el criterio de González Palomino, que tiene un concepto amplio de la sustitución fideicomisaria, ya que dice que lo es tanto la que sea llamada por su «nombre» como la designada por sus «señas», es decir, la construida como tal, aunque no se la «bautice».

El fallo de su razonamiento intentaremos descubrirlo siguiendo todos sus pasos.

1) *Critica al argumento teórico.*—Frente a la solución conceptual de que la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones levantamos un definitivo obstáculo en este caso concreto: *nos repugna admitir una autovinculación sin interés actual para alguien.*

En el terreno de los intereses prácticos, la donación «al que está en otra tierra» de nuestro Derecho histórico (interés actual de alguien) no es igual al de la donación a persona futura (interés de nadie, porque el que no existe, aun es nadie).

Nuestro Código tiene un espíritu contrario a la admisión de tales vinculaciones, porque (abstracción hecha de cuestiones teóricas sobre el valor de la voluntad con energía creadora de obligaciones) el dogma contractualista obedece a la idea de que *no cabe admitir obligación sin titular activo de un interés actual, sin que pueda bastar un interés futuro que, como la persona futura, es también y por de pronto un interés inexistente.*

2) *Critica al argumento histórico.*—El argumento histórico expuesto por Diez Pastor es ineficaz por incompleto.

Lo forma a base de la falta de tipicidad original de la donación, en que ésta tipicidad fué «deformada» por la preponderancia de la «*stipulatio*» y en pretendidas desviaciones en un breve momento histórico, y vamos a examinar brevemente estos tres apoyos para dar su completa refutación.

Es cierto, en efecto, que la donación careció de tipicidad originaria y que vivió acogida a las formas solemnes y abstractas (abstractas, notemoslo bien) de la *mancipatio*, *iuri cesso* y *stipulatio...* como todas las demás razones transmisivas, que al adquirir la relevancia jurídica de «causas» dieron origen a las formas contractuales típicas que hoy manejamos.

Por no citar más que un ejemplo definitivo, tomemos la hipoteca, creada por evolución desde un «*pactum fiduciae*» superpuesto a una transmisión por «*mancipatio*» o «*un iure cesso*» de «*res mancipi*», pasando por la «*traditio*» pignoraticia de cosas «*ne mancipi*» y terminando por llevar al través del «*interdictum Salvianum*» y de las «*actio Serviana et quasi Serviana*» a la atribu-

ción al acreedor, por obra de una «nuda conventio» de un derecho real pretorio sobre la cosa, que la faculta para adquirir su posesión al vencimiento de la deuda impagada y proceder a su venta para cobrarse con su precio (7).

De modo que la atípicidad original no prueba nada y en cambio vamos a ver cómo la formación evolutiva de la donación llevó, fatal y necesariamente, a conformarla como negocio bilateral.

La formación negocial de la donación se obtuvo de rechazo y como resultado de la corrección y fijación de estado a que había llevado el régimen limitativo de las liberaciones creado por la «lex Cincia de donis et munéribus».

La «lex Cincia», que el tribuno M. Cincius Alimentus propuso e hizo aprobar (y que no ha llegado íntegramente hasta nosotros, no obstante lo cual se conoce en lo fundamental su contenido), tuvo por fin prohibir, salvo excepciones, «dona et munera».

Cuáles fueron las razones concretas que determinaron esta prohibición es cosa que a Savigny pareció un misterio, toda vez que, a su juicio, el espíritu romano era de suyo muy poco propenso a la liberalidad, por lo que no parecía tener justificación práctica muy clara una prohibición, como la de la ley Cincia, general y rigurosa.

Pero sin desconocer que el espíritu romano de los antiguos tiempos era muy poco propenso a la liberalidad, es probable que en la época en que fué dictada la ley, como por otra parte parece resultar de Cicerón, se hubiesen hecho frecuentes dilapidaciones que alarmaron el espíritu conservador de los romanos.

Sea de ello lo que se requiera, lo cierto es que la ley Cincia prohibió, salvo contadas excepciones, «dona et munera».

Del contenido, pues, de esta ley parece seguirse que, en realidad, lo que con ella hizo fué, más que establecer una limitación, impedir la vida jurídica de las liberalidades.

Sin embargo, lo que resultó de su aplicación práctica fué una verdadera limitación en favor del donante, ya que el decir de Biondo Biondi (8), cualquiera que pudo ser la razón de la prohibición, el pretor y la jurisprudencia lo entendieron no como prohibición de dar y de recibir una donación, sino como *prohibición para el donatario de constreñir al donante a la ejecución de la donación*.

No sabemos si la aplicación primitiva de la lex Cincia llevó consigo sanciones más rigurosas (sobre lo que han presentado diversas conjeturas Karlowa, Cuc, Mitteis, Wlassack, Beseler y otros); pero lo cierto es que, en la época de la que tenemos datos ciertos, la aplicación de la ley no aparejaba la nulidad de las donaciones que caían dentro de su ámbito, que eran todas menos las expresamente exceptuadas, por cierto, las entre cónyuges.

(7) Véase a ARIAS RAMOS. *La doctrina de la «conventio» y el origen de la hipoteca romana*, en «Revista de Derecho Privado», XXVII, 1943, págs. 213 y 85.

(8) *Successioni testamentaria, donazioni*, pág. 636 y siguientes, de quien tomamos las otras citas no registradas especialmente.

El primero y uno de los principales efectos prácticos de la prohibición, tal como la entendió la jurisprudencia, fué la llamada *exceptio legis Cinciae*, concedida al donante contra la pretensión del donatario tendente a obtener el cumplimiento de la donación, su ejecución efectiva.

Si el donante ha hecho «*mantipatio*» o «*in iure cessio*» o ha prometido mediante «*stipulatio*» (recuérdese que la donación en el Derecho clásico no es un negocio típico, sino solamente una causa de atribución patrimonial, que se realiza acudiendo a diversas formas negociales), sin transferir la posesión de la cosa, como el negocio típico empleado «*ure civilis*» es productivo de efectos, el donatario puede obrar contra el donante; pero su acción queda paralizada con la «*exceptio legis Cinciae*».

En estos casos, la donación sólo queda firme con la transmisión de la posesión o el cumplimiento de la prestación.

En régimen de la lex Cincia lleva, pues, a la formación del concepto de *donatio perfecta*, no bien delineado en las fuentes, y que es la, que deviene definitivamente irrevocable y firme por no poder ya utilizar el donante ninguno de los remedios expuestos, según la naturaleza del negocio y la índole concreta de la donación.

La «*donatio perfecta*» (concepto que guarda cierto paralelismo con el de «*emptio perfecta*») no es, pues, lo mismo que donación celebrada.

El paralelismo sólo es admisible en orden a las donaciones que excepcionalmente queda fuera de la prohibición de la lex Cincia.

Para las demás, la «*perfectio*» sólo tiene lugar cuando, por no disponer el donante de ninguno de los medios concretamente previstos para cada caso, destinados a dejar sin efecto la donación, esta queda *firme y definitiva*.

De todo esto resulta, como dice Biondi (9) que la lex Cincia no se extendió realmente como ley prohibitiva, sino como garantía contra donaciones impremeditadas, puesto que se escinde la donación en dos momentos: la celebración del acto y su definitiva ejecución.

Se trata en realidad (fueren los que fueren los motivos que tuvo el legislador para dictar la ley) no de hostilidad hacia la donación, sino de permitir al donante reflexionar todavía en un segundo momento sobre la oportunidad de la atribución por él hecha.

En vista de la gratuitad, se quiere excluir el carácter definitivo del acto hasta que la donación sea el producto de una voluntad firme y permanente de hacer una atribución patrimonial sin contrapartida.

La prohibición se transforma, «de facto», en una facultad de

(9) Cit. pág. 645.

revocar la donación, aunque siempre dentro del ámbito de los medios jurídicos especialmente concedidos al donante, según la índole particular de cada caso.

El sistema de la *lex Cincia*, tal como lo hemos delineado, es el que caracteriza al Derecho clásico.

Al adelantar la evolución jurídica, este régimen va experimentando paulatinas modificaciones.

En primer término, modificación importante es la de que supone la llamada *confirmatio donationis*: mientras al principio los herederos del donante podían ejercitar los mismos medios que hubiera podido emplear éste para dejar sin efecto la donación, Papiniano admite que cuando el donante haya muerto sin mudar su voluntad respecto a ella, el donatario podrá replicar a la «*exceptio legis cinciae*» opuesta por los herederos con la «*replicatio doli*».

Esta decisión es confirmada legislativamente por Caracalla, quien fija el principio «*morte Cincia removetur*», en virtud del cual los herederos no pueden ejercitar ninguno de los medios que se reconocieron al donante para dejar sin efecto la donación.

El principio «*morte Cincia removetur*» hace que el donatario adquiera definitiva e irrevocablemente a la muerte del donante: mas ello no implica que el donatario adquiera «*mortis causa*», como lo prueba que los «*Latinus Iunianus*», que no podían «*capere mortis causa*», podían, sin embargo, conservar las donaciones por premoriencia del donante.

Una fase importantísima en la historia de la donación está representada por una Constitución de Constantino, ley ésta no siempre apreciada en su verdadero valor.

Así, por ejemplo, Savigny la considera como un siempre instrumento para la redacción de documentos referentes a donaciones; pero, en realidad, es el punto de partida para una regulación totalmente nueva del instituto, porque la ley de Constantino afecta de una manera directa e inmediata a la forma de las donaciones.

Durante toda la época clásica, la donación, que no es un negocio típico, no tiene una forma determinada: en cada caso son de aplicar los requisitos de forma pertinentes, según la naturaleza del acto que se utilice para cumplir la donación.

Tratándose de donaciones traslativas de la propiedad, la «*traditio*» no era forma de un negocio donatorio (que como negocio típico no existía), sino medio de volver irrevocable, de hacer «perfecta» la donación: pero al evolucionar el Derecho romano van admitiéndose una serie de casos en que la «*donatio*» no necesita de la «*traditio*» para ser perfecta, sembrándose la confusión en orden a cuáles eran exactamente esos casos.

Constantino, para hacer desaparecer la incertidumbre, adopta un sistema general de formalidades para las atribuciones traslativas de derechos, realizadas «*donationis causa*».

No pudiendo adoptar el tipo de la «*mancipatio*», ya en desuso,

establece bajo pena de nulidad el acto escrito, la «*traditio*» y el depósito del documento «*apud acta*».

Las modificaciones posteriores actúan sobre el requisito de la tradición, que se elimina como innecesario, y sobre la «*insinuatio*», que en el derecho Justiniano se exigirá solamente para las donaciones de más de 300 sueldos (límite que después es elevado por el mismo Justiniano a 500), y se excepcionan algunas donaciones de estas formalidades.

Ahora bien: *estas reformas, que miran directamente a las formalidades de la donación, tienen una repercusión fundamental en otros aspectos.*

Por una parte contribuirán poderosamente a la concepción de la donación como negocio típico: donaciones serán aquellos actos de liberalidad para los cuales se prescriben esas formas especiales que hemos indicado.

Frente a unas normas, como son las que se iniciaron con Constantino, que establecen unas formalidades autónomas y generales para un grupo de liberalidades, se hace necesario saber cuáles de esas liberalidades quedan sujetas a la ley, y éstas constituirán ya una categoría específica, separándolas del resto indefinido de posibles actos de liberalidad.

Y siguiendo esta orientación, se concebirán sólo como donaciones en sentido estricto, en la ley de Constantino, la donación real, y en el Derecho justiniano, las atribuciones patrimoniales, consistentes en el traspaso de un derecho o en la constitución de una obligación de dar.

Por otra parte, estas modificaciones en orden a la forma determinan otro cambio fundamental.

Desde el punto de vista de la transferencia de la propiedad, regulada en forma autónoma la forma de la donación y eliminada de ella la tradición, resultará suficiente para Justiano el cumplimiento de las formalidades establecidas para que la propiedad se entienda transmitida aun sin tradición (10).

Esto constituye un interesantísimo precedente para nuestro derecho que, a nuestro juicio, tampoco requiere la tradición para que la donación transfiera la propiedad (11), como evidencia el art. 609, según el cual: La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Queda, pues, visto cómo la donación, al dejar de ser el motivo

(10) BIONDO BIONDI, cit. pág. 688.

(11) En este sentido, aunque sin citar este precedente histórico, y en forma quizás un poco vacilante, se pronuncia CALVO SORIANO en su magnífico estudio *Tradición y donación*, en «Anales de la A. M. del Notariado», III, páginas 404 y siguientes.

irrelevante de la celebración de un negocio transmisivo abstracto, para elevarse a causa jurídicamente relevante, *halla su vestidura funcional*, su forma (forma dat esse rei) en un negocio bilateral solemne, en el que la solemnidad es, no «forma de valer», sino «forma de ser» (en la nueva terminología, exacta y expresiva, de González Palomino).

En el Derecho intermedio se presentan las aparentes desviaciones a la concepción contractualista de la donación que hemos señalado antes, tomándolas de Diez Pastor, que en ellas se apoya.

Pero, si bien se mira, la práctica francesa y española de que el Notario aceptase por el ausente significa cabalmente que tal aceptación era absolutamente necesaria, por lo que el Notario actuaba como gestor de negocios ajenos sin mandato, produciendo una *«utiliter coeptum»*, unas ventajas, que impedían jurídicamente la desautorización del donatario *«dóminus negotii»*, ya que el donatario ausente era una persona actual que, como tal, podía ser representada (12).

El error de la práctica no era el funcional, sino el instrumental, pues el Notario no debe ser otorgante. La opinión de los anotadores del Febrero no es más que... una opinión... aislada y equivocada.

3) *Critica del argumento analógico.*—Afirma Diez Pastor que el art. 627 del C. c. debe interpretarse no restrictivamente, sino extensivamente y por analogía, y por lo tanto, que el posible padre de los donatarios «concepturus» puede representarlos en la aceptación de la donación dispuesta a su favor.

A esta tesis hay que oponer, en primer lugar, que tal representación no podría resolver todos los problemas de la tutela de

(12) Esta es la explicación conceptual que se nos ofreció como clara; pero NÚÑEZ LAGOS (*Hechos y Derechos en Documento público*, página 215 y siguientes, obra que llegó a nuestras manos después de redactado este trabajo), con su profunda erudición, nos da una explicación histórica perfecta de esta anomalía, que confirma aquélla nuestra: «La Partida 5.^a, título XI, ley VIII—dice—excluyó terminantemente la representación voluntaria directa: pero la ley VII reconoció un mecanismo para adquirir muy cercano...: la adquisición por el *siervo* producía directa e inmediatamente sus efectos sin necesidad de cesión de acciones alguna, en cabeza del *señor*.» Partiendo de esta base—dice BUSI en *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, página 304—, los doctores del Derecho común elaboraron una teoría ya por nosotros divulgada. Observaron que los notarios desempeñaban un *munus publicum* en cuanto les era demandada la redacción de los documentos, que tenían valor *erga omnes* de los hechos en ellos narrados ocurridos a la presencia del notario. Como tales, no pudiendo rehusar su oficio a quien se lo reclamaba, fueron llamados siervos públicos... De este punto, a afirmar que el notario, como *servus publicus*—sigue BUSI—tuviere facultad para adquirir por quien ausente, o todavía no *in rerum natura*, recibía por herencia o donación un derecho real o un derecho de obligación, no había más que un paso. Y este paso lo dieron las Partidas en la misma ley séptima citada, que habla de la adquisición por personas *in potestate*: «E aun dezimos que los... Escribanos de Concejo... pueden rescebir promission en nome de otro..., porque éstos... son *siervos publicos* del Concejo en que biven...»

los intereses eventuales de los *nodum concepti* (por ejemplo, la enajenación y reinversión de los bienes a que estén llamados), ya que la representación que la ley atribuye al padre respecto de sus hijos *concepturus nodum nati*, aunque no se limite a la aceptación de donaciones, sólo se refiere a aquellos «efectos que le sean favorables» (art. 29), y no a los que pudieran resultarle perjudiciales; y claro es que la hipotética representación del *concepturus* no puede extenderse a más de lo que se extienda aquella en la que se funda por analogía.

En segundo lugar, si la solución de Díez Pastor fuera aceptada plantearía irreductibles dificultades prácticas: pensemos en la hipótesis de que el llamado a la representación analógica-legal de los «nasituri» fuera el mismo donante (tal es el caso de que una persona trate de hacer donación a sus propios hijos futuros).

Díez Pastor apunta que en tales casos, y si se trata de donaciones otoñadas en capitulaciones matrimoniales, deberá ser la madre futura (es decir, la ruborizada novia) la que acepte, porque—agrega—«la posibilidad de aceptar por el no concebido no se funda en una patria potestad imposible».

Pero entonces—objetamos—la aplicación analógica del artículo 627 empieza a tambalearse, toda vez que en él se atribuye la representación del concebido y no nacido «al que habría de representarle si viviese».

Claro que sabría atribuir la representación al mismo padre donante; pero en tal caso, en el que es perfectamente viable la auto-contratación, no deja de resultar fuertemente anómala esta auto-vinculación en favor de una persona futura.

El mismo Díez Pastor reconoce que la donación hecha después del matrimonio en favor exclusivo de los hijos nacedores, no le parece viable «por lo que tiene de autolimitación en vacío de la responsabilidad patrimonial».

Así pues, ni teórica ni históricamente, ni tampoco por analogía legal, como hemos visto y veremos también en lo que sigue, podemos dar la razón a Díez Pastor.

REVERSION DE DONACIONES

En nuestro Código civil se habla de «reversión de donaciones» para designar dos supuestos diferentes que contempla el artículo 641:

a) La hipótesis de que se establezca en la donación que lo donado vuelva al donante en determinados casos, que pueden ser libremente fijados; y

b) La de que lo donado haya de pasar a tercera personas al cumplirse determinados eventos. En este último caso la disposición queda sujeta a las limitaciones que el Código civil señala para las sustituciones testamentarias.

El término *reversión*, que se usa adecuadamente para designar la primera de dichas hipótesis, es impropriamente aceptado también para designar la segunda.

Como dice Mucius Scaevola, *reversión* es palabra que designa la idea de que lo que salió del patrimonio de una persona vuelva a él (revierta), pero no guarda correcta relación con la hipótesis de sustitución, que es de lo que realmente se trata en el segundo caso.

Posición de Dies Pastor:

Al permitirse que la *reversión* se ordene en favor de terceros, en los casos y con las limitaciones previstas para las sustituciones hereditarias, dicho se está que el Código autoriza la donación a favor de personas futuras por la vía indirecta de sustitución.

En efecto: entre las sustituciones hereditarias, el Código civil consagra la fideicomisaría, que precisamente admite el llamamiento a favor de quien no esté concebido a la muerte del testador, con tal de que los llamamientos que en este sentido se hagan no pasen del segundo grado.

Así, pues, el Código permite francamente que el donante al hacer la donación en favor de cierto sujeto, establezca que al morir éste (o en cualquier otro evento), los bienes donados pasen a ciertas personas, y es posible, desde luego, que tales personas sean *concepturus*, con tal de que los llamamientos que a favor de los mismos se hagan no pasen del segundo grado.

Se permite, pues, una donación mixta con sustitución fideicomisaria, o si se quiere mejor, una sustitución fideicomisaria establecida por vía de donación.

En esto, el Código civil sigue el criterio de la doctrina dominante, que si bien prohíbe las donaciones a favor de personas futuras por vía directa, las consiente cuando lo donado haya de pasar primero por el poder de un tercero, o donatario directo e inmediato.

A) *La «carga» y la «reversión».*

La doctrina y la jurisprudencia francesas han aceptado que en estos casos no se vulnera lo dispuesto en el artículo 906 del Code.

Cabe que al donatario se le imponga una carga cuyo contenido consiste en la devolución a un tercero de todo o parte de lo donado.

El beneficio de la carga (dice Trasbot sintetizando las ideas dominantes) no es ni un donatario ni un legatario; no hay en realidad, pues, que aplicarle la regla prohibitiva del artículo 906: la disposición será válida aunque se otorgue en favor de no concebidos cuando la donación se perfecciona.

Ante esta doctrina, y ante la innegable influencia que ha ejercido en nuestro Código civil, conviene preguntarse si en realidad también la posibilidad que sanciona el art. 641 ha de construirse como una modalidad de las donaciones con carga.

Para responder a esta pregunta (detrás de la cual se encierra, no una cuestión baladí, sino la solución de muchos problemas prácticos en orden a los efectos de estas disposiciones), creemos que hay que aceptar fundamentalmente un punto de partida.

Al no existir en el Código civil normas específicas que regulen los efectos concretos de estas disposiciones, parece obligado remitirse a la *sedes materiae* que el legislador ha considerado, en parte al menos, fundamental para la fijación del régimen jurídico de estas donaciones.

Será, pues, necesario poner en juego las normas y los principios que a la sustitución fideicomisaria se refieren. Ello, además, como ha dicha Díez Pastor, es plenamente conforme con lo que de la tradición resulta.

El *antecedente concreto de la sustitución fideicomisaria* del Código civil no está en el clásico fideicomiso concebido a la romana, sino en el mayorazgo; y el mayorazgo tiene en nuestro Derecho histórico dos formas claras de establecimiento: por testamento y por donación concertada con el llamado en primer lugar a los bienes amayorazgados.

La primera variedad es, sin duda, el antecedente concreto de la sustitución fideicomisaria establecida testamentariamente, y a que se refiere el artículo 781 del Código civil.

La segunda lo es de la reversión de donaciones, que encuentra en el mayorazgo constituido por medio de una donación su más clara expresión histórica en nuestro Derecho.

Pues bien, a la luz de este criterio interpretativo la asimilación de la figura creada por el artículo 641 del Código civil a una donación con carga parece imposible.

Sin duda, y empleando el concepto en un sentido lato, tanto la reversión de donaciones como la donación con carga en favor de otra persona, caben dentro de la llamada estipulación en provecho de tercero (13).

Pero si esta figura jurídica la limitamos a su configuración más característica (y así la pensamos como contrato en el cual una persona promete *proprio nomine* a otra hacer una prestación en favor de un tercero), tendremos que convenir en que se darán una serie de consecuencias prácticas, que si bien podrán predicarse de la donación con carga propiamente dicha, difícilmente, en cambio, no aceptables para explicar la figura jurídica a que se refiere el art. 641, si para la misma hemos de poner en juego, en primer

(13) Seguimos la línea del pensamiento de DÍEZ PASTOR, y por eso hablamos de esa falsa figura jurídica de las estipulaciones a favor de tercero, que para nosotros son simples casos de representación, en los que la acción del tercero contra el promitente se funda en la ratificación o en la *utiliter coepsum* de aquél, es decir, que identificamos el contenido de los párrafos segundos de los artículos 1.257 y 1.259 del Código civil. Así lo hemos sostenido en un trabajo titulado *Notas sobre los contratos a favor de tercero*, en «Anales de la A. M. del Notariado», V, páginas 449 y siguientes.

lugar, normas y principios referentes a la sustitución fideicomisaria. Para verlo, confrontemos esas consecuencias:

1) En la estipulación en provecho de tercero propiamente dicha, y en la donación con carga, hay, desde luego, una liberalidad indirecta del estipulante (donante) al beneficiario, pero la adquisición, de quien se efectúa es directamente del promitente.

Pero según la opinión dominante, en la sustitución fideicomisaria, el fideicomisario recibe directamente del causante los derechos que adquiere. Como dice Von Tuhr, el fideicomisario adquiere directamente del testador una expectativa, que es lo que funda directamente su adquisición cuando muere el fiduciario. En ningún caso puede considerarse al fideicomisario como sucesor jurídico del fiduciario.

2) En la estipulación en provecho de tercero, y en la donación con carga propiamente dicha, la restitución al beneficiario no se realiza automáticamente al llegar al evento previsto por el disponente.

La donación *sub modo* crea sólo una obligación personal del donatario hacia el beneficiario, y un correspondiente derecho de crédito de éste para exigir el cumplimiento de la prestación.

Como consecuencia de ello, la titularidad del donatario directo e inmediato no aparece limitada por la carga (sin perjuicio de que se hayan adoptado especiales garantías); pero ellas no afectan a la facultad dispositiva plena que ostenta sobre los bienes donados.

Como efecto de este mecanismo obligacional, a las donaciones *sub modo* les afectan algunas normas relativas a los contratos onerosos: el donatario no estará obligado a ninguna prestación mientras no haya recibido lo donado; el donante estará obligado a la evicción hasta la concurrencia del gravamen; y se precisará para el donatario la capacidad de obrar.

Ahora bien, todas estas importantes consecuencias no se pueden predicar de la reversión de donaciones a que se refiere el artículo 641 del Código civil.

En primer término, porque el Código civil no confunde, sino que, por el contrario, separa la donación modal (que define en el artículo 619) de la reversión de donaciones (que estudia prescindiendo de aquel art. 641).

En segundo lugar, porque el juego de la sustitución fideicomisaria es por completo opuesto a los expresados efectos.

En la sustitución fideicomisaria propiamente dicha (según una corriente de opinión unánime y una no menor uniforme interpretación jurisprudencial), llegada la ocasión en que tiene que producirse la restitución al fideicomisario, ésta tiene lugar automáticamente, sin necesidad de acto ni intervención ninguna del fiduciario ni de sus herederos.

El fiduciario no está obligado a restituir, sino que, sencillamente, es titular de los derechos que la disposición se refiera, pero con titularidad limitada.

La aplicación de esta doctrina a las donaciones impide que la posición del primer donatario se configure como en la donación con carga.

El primer donatario no se obliga a nada: sólo recibe una titularidad menoscaba por las limitaciones que, en interés de los donatarios del segundo llamamiento, se hayan señalado.

Tampoco será preciso exigir la capacidad de obrar, si (según la interpretación dominante de las normas del Código civil, en materia de capacidad para aceptar donaciones) se estima que basta, salvo tratándose de donaciones onerosas, la simple capacidad natural para consentir. Ni el donante responderá frente al donatario por ningún saneamiento.

En fin, como dice la Resolución de 17 de diciembre de 1925, la reversión de donaciones no impone ninguna obligación personal al adquirente, sino que implica más bien «deducciones de la cosa donada».

Este dato, finalmente, acaba de demostrarnos que el donatario, en la reversión de donaciones no adquiere en realidad del llamado en primer término, sino del disponente, aunque sea por el *arcaduz*, como decía nuestro Solórzano de Pereira, del primer llamado.

Las diferencias, pues, desde este punto de vista entre la donación *sub modo* y la reversión son fundamentales, y precisamente por no apreciarlas con claridad censura Pacchionni a Winscheid.

3) La validez de los llamamientos hechos en segundo término no depende de la del primero.

Ciertamente esta solución (que se condensa para muchos aspectos en la máxima de que «la sustitución fideicomisaria lleva consigo la vulgar»), no está admitida expresamente por el Código civil, ni por la Jurisprudencia.

Era, sin embargo, el criterio unánime de la doctrina en el antiguo Derecho, y no hay el menor inconveniente en admitir que sigue vigente después de regir el Código civil, pues ningún precepto del mismo se opone a ella.

Supongamos que ordenada una de esas donaciones, el primer donatario no la acepta, o muere antes de haberla aceptado: ¿implicará ello la ineeficacia absoluta de la donación? Es decir, los donatarios del segundo llamamiento, ¿podrán aceptarla reclamando la entrega inmediata de los bienes donados, o ya no podrán aceptarla?

Por otra parte, y para el caso de una solución afirmativa, ¿subsistirá la eficacia de la donación al amparo del art. 641, aunque los segundos llamados sean *concepturus*?

La aplicación de las normas y principios que gobiernan la sustitución fideicomisaria deben llevarnos a una solución afirmativa, lo que, desde luego, sería imposible si hubiésemos de configurar la reversión de donaciones como un caso más de donación modal.

B) *La «reversión» y la sustitución fideicomisaria.*

Pues bien, aceptadas estas consecuencias prácticas y el paralelo con la sustitución fideicomisaria, y descartando que estemos en presencia de una donación *sub modo* o de una estipulación en beneficio de tercero, en sentido técnico, ¿cómo articular la donación reversalista?

Establecida la comparación con la sustitución fideicomisaria parece que hay que admitir con Díez Pastor que en el supuesto existen, en realidad, dos donaciones independientes, aunque co-nexas: una, realizada en favor del primer llamado, y otra, de actuación aplazada o condicionada, en favor de los llamados en segundo término.

Pero, ¿cuál será la naturaleza de esta segunda donación, especialmente en el caso de que, como será frecuente, el segundo llamamiento se refiere a *nondum concepti*?

Díez Pastor estima que *estamos ante un caso de donación unilateral perfecta, vinculante e irrevocable unilateralmente*, que no necesita para su perfección la aceptación de los donatarios.

Díez Pastor apoya su afirmación en el dato de que a estas donaciones, que el Código permite expresamente, no pueden ser les aplicables las normas relativas a la aceptación de donaciones ordinarias, porque ello equivaldría a permitirlas por un lado y a hacerlas imposibles por otro.

Si hubiera de aplicarse el artículo 633 (que exige para la perfección de la donación el que la aceptación tendrá lugar en vida del donante), ello equivaldría a impedir la eficacia de la donación reversalista en favor de los donatarios del segundo llamamiento que no estuvieron concebidos en el momento de la muerte del donante; y es claro que este resultado es incompatible con lo que se desprende del artículo 641 del Código civil.

De ahí se sigue que estas donaciones no necesitan para su perfección la aceptación del donatario y devienen, por tanto, irrevocables para el donante, que ni solo, ni con la intervención del primer donatario, podrán deshacerlas.

Al referirse a la reversión, el tecnicismo legal apoya la tesis de que opera sobre ideas diferentes de la consabida articulación contractualista de la donación: dice el artículo 641 que el donante «podrá establecer» la reversión.

Se trata de una pura disposición unilateral, una *lex rei dicta*, cuya eficacia es automática.

Apurando el argumento—concluye Díez Pastor—, podría decirse que puesto que ningún inconveniente hay en configurar la segunda donación como perfecta y vinculante en virtud de la declaración del donante, y el Código implícitamente lo admite así, no existen razones para negar que lo mismo pudiera suceder con la primera, con lo que se comprueba la tesis mantenida por el au-

tor en el sentido de ser posibles, al menos teóricamente, las donaciones directas a no concebidos.

Critica a Diez Pastor:

Tiene razón Diez Pastor al afirmar que no puede aplicarse a las donaciones reversionales, y en cuanto a los donatarios *nodum conceptus*, llamados en segundo lugar, la necesidad de la aceptación de éstos en vida del donante, que exige en general el artículo 633 del Código civil, porque ello equivaldría a negarles la viabilidad que les concede el artículo 641.

Pero no la tiene cuando las concibe como unilateralmente vinculantes ni cuando las define irrevocables «ni aun con la intervención del primer donatario», porque su concepción es radicalmente equivocada, pues parte del error común, y general en nuestra doctrina, de que en nuestro ordenamiento jurídico son imposibles las donaciones *mortis causa* (14).

Estamos conformes en ver en la donación reversal dos donaciones superpuestas: una *inter-vivos*, a favor del primer donatario, que precisará en todo caso la aceptación de éste, con lo que queda firme e irrevocable, y otra *mortis-causa*, a favor de los segundos donatarios, sean o no *concepturus*, que *como tal donación «mortis-causa» no precisará ser aceptada en vida del donante, y es revocable «ad nutum» por éste* (no por sus herederos).

La donación *mortis-causa* es la madre de los legados, en una época de la evolución del Derecho romano, en que el testamento contraído a la institución del heredero no permitía las disposiciones a título singular.

Reconocidas éstas, perdió importancia aquel tipo de donación; pero esto explica la analogía del tratamiento jurídico de ambas instituciones y el que los legados fueran concebidos como donaciones *mortis-causa* incorporadas al testamento.

Era la disposición patrimonial hecha *contemplatio mortis*, y por ser ésta su esencia, el donante no abdicaba la titularidad de la cosa donada, sino que conservaba su dominio. El tipo normal de esta donación era la hecha en consideración a la *muerte remota*, y, por su propia naturaleza y finalidad, excluía el traspaso inmediato de la propiedad (independientemente del momento de la entrega), que quedando aplazado al fallecimiento del donante, exigía la sobrevivencia del donatario. Además, era esencialmente revocable.

La posición de *nuestro C. c.*, con respecto a la donación *mortis causa*, está consagrada en el art. 620, que es del tenor siguiente: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposicio-

(14) En el tomo V de los «Anales de la A. M. del Notariado» aparecen dos trabajos en que coincidentemente se refuta esta equivocada posición doctrinal: el nuestro, ya citado, y el notabilísimo de VALLET DE GOYRISOLÓ *La donación «mortis-causa» en el Código civil español*, páginas 634 y siguientes.

nes de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

De este precepto deduce nuestra doctrina (Castán, Mucius, Roca Sastre) que el Código suprime totalmente esta figura, y razonan así: puesto que la donación mortis-causa y el legado son dos figuras que se identifican en todo menos en su forma de otorgarse (testamento y contrato), es vital para aquélla que pueda realizarse empleando el mecanismo de la donación (disposición patronial y aceptación en vida del donante); pero al exigir el Código la forma testamentaria, niega la posibilidad de esta figura.

Tal razonamiento nos parece totalmente falso. En efecto ya es francamente fuerte que se niegue lo que el mismo Código dice: que cabe donar mortis-causa (a ello equivale tratar y regular esta donación); pero es que, además, *el Código dice dos cosas perfectamente claras*:

1) Que *participan* de la naturaleza de las *disposiciones de última voluntad*: estas disposiciones de última voluntad son las *testamentarias*, y en ellas *el juego de la aceptación es distinto del contractual*, y sólo puede realizarse, por ser aquéllas esencialmente revocables, cuando la muerte del disponente ha fijado su última voluntad, es decir, después de su fallecimiento y no en vida del donante; y

2) Que estas *disposiciones patrimoniales* se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, y es erróneo entender que «se regirán por las reglas de la expresión testamentaria»: lo que el Código dice de un modo evidente es que *la voluntad sólo podrá disponer dentro del ámbito que le concede la ley cuando se expresa por testamento*.

Queda así perfectamente aclarado el juego y ámbito de la segunda donación insita en la reversional: puede y será normalmente aceptada «post-mortem» del donante y éste en vida, si bien no puede revocar la primera donación directa, si ha sido aceptada, puede revocar la segunda (bien cambiando la designación de los segundos donatarios, bien disponiendo que al fallecimiento del primer donatario vuelvan los bienes a él o a sus propios herederos), puesto que es un poder que aun no ha salido de su patrimonio.

Queda también identificada plenamente esta donación con la sustitución fideicomisaria.

Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada (*)

JERONIMO LOPEZ LOPEZ
Ayudante de Cátedra en la Universidad Central

Y

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario

SUMARIO: Introducción.—I. *Significado y fundamento de la limitación de responsabilidad*: A) Alcance de la personalidad jurídica en orden a la responsabilidad.—B) Admisibilidad de los pactos limitativos de la responsabilidad de los socios.—C) Significación de la sociedad de responsabilidad limitada.—II. *Régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada*: A) Naturaleza personalista o capitalista de la sociedad: a) Crítica del criterio clasificador. b) Carácter multiforme de la sociedad de responsabilidad limitada en su realidad práctica. c) Examen de algunos argumentos utilizados: 1.º La razón social. 2.º El valor de la doctrina legal.—B) Criterios para la determinación de las normas aplicables.—C) Aplicaciones concretas: a) El nombre de la sociedad. b) El principio de estabilidad del capital. c) Admisibilidad del socio industrial. d) División del capital en acciones. e) Transmisibilidad de la cualidad de socio.

La Ley de 17 de julio de 1951 sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas ha de ser considerada como la primera fase de un proceso legislativo más amplio, que encontrará su complemento en la regulación legal de la Sociedad de responsabilidad

(*) Después de redactado este trabajo, llega a nuestras manos la obra de SOLA CAÑIZARES, «Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el Derecho español», Barcelona, 1951, con prólogo de A. Polo. Se trata, por lo que hemos podido apreciar, de una obra práctica, bien orientada en general, con abundantes referencias de Derecho extranjero y una serie de sugerencias orientadas a señalar el camino de la próxima regulación legislativa de este tipo social.

Nos alegra observar algunos puntos de coincidencia con los criterios expuestos en el presente trabajo: así, en cuanto a la crítica de la distinción entre sociedades personalistas y capitalistas en relación con la sociedad de responsabilidad limitada (págs. 23 y ss. y 46 y ss.), y en cuanto a la conceptualización de la razón social de esta forma social (págs. 196 y ss.). Sentimos en cambio disentir del autor en algunas cuestiones: aparte de su posición, que parece dar por resuelto, sin posibilidad de discusión, el problema de la admisibilidad legal (págs. 41 y ss.), hemos de señalar como ejemplo su tesis sobre la inadmisibilidad de socios industriales en este tipo de sociedades (páginas 91 y ss.).

limitada (1). El legislador ha tenido que partir, para la tipificación de la sociedad anónima, de un concepto previo de la naturaleza, régimen jurídico y valor que en la realidad social presenta esta última forma de sociedad (2). Pero la consideración expuesta no constituye un motivo determinante de la regulación que se anuncia en la Exposición de Motivos de la citada Ley, sino que ya existen otras razones que la hacen necesaria: así la de circunscribir este tipo social al campo de acción que por su naturaleza le es propio, evitando de esta manera su utilización abusiva (3), reforzar su crédito al dar certidumbre a su régimen jurídico y evitar la inseguridad de la aplicación, por analogía, de preceptos dictados para otros tipos de sociedad, inconveniente, este último, que sólo

(1) Ya indica la Exposición de Motivos de la ley que «como suplemento del sistema adoptado, en breve se someterá también a las Cortes un Proyecto de ley que, con carácter más flexible que el actual, regule la sociedad de responsabilidad limitada, totalmente huérfana de regulación en nuestro ordenamiento positivo, a pesar del gran número de sociedades de este tipo que funcionan en nuestra Patria».

SUÁREZ (MODESTO) señalada, a la vista del anteproyecto de la ley referida: «Habrá que pensar, sin demora alguna, incluso para evitar que puedan evadirse a las cautelas de la ley, en una regulación positiva de la sociedad de responsabilidad limitada, tipo que en la vida comercial española campa hoy por sus respetos.» *Algunos rasgos de la Sociedad de Responsabilidad limitada en el Derecho comparado*, «Revista de Derecho Mercantil», VI, números 17-18 (septiembre-diciembre 1948), pág. 202. La razón apuntada del peligro de evasión queda en gran parte desvirtuada al impedir hoy la ley que puedan constituirse sociedades de responsabilidad limitada con capital superior a cinco millones de pesetas (art. 4.º); la innovación queda justificada en este punto por el peligro señalado, aunque tal vez hubiese sido preferible mantener la prohibición anterior, de constituir sociedades anónimas con capital inferior a la cifra indicada. No obstante, la admisión de éstas no parece envolver peligro de evasión fraudulenta, puesto que ya la Exposición de Motivos señala como cauce adecuado a las sociedades con capital inferior a dicha cantidad el de la sociedad de responsabilidad limitada. En ellas, la adopción de la forma anónima, con las garantías y complicaciones a ella anexas, es un plus que la ley permite, pero no exige.

El mencionado peligro de evasión fué también señalado por GARRIGUES, *Tra-*
tado de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, 1-2, páginas 1.143-44, y con relación al proyecto de reforma del libro 2.º del Código de Comercio de 1926, por PÉ-
REZ SERRANO, *La proyectada reforma del Código de Comercio*, «Revista de De-
recho Privado», 1927, páginas 18-19.

(2) Partiendo de esto, la Exposición de Motivos quiere que se reserve la forma anónima para las sociedades de mayor volumen económico, y de sociedad de responsabilidad limitada para las de tipo más modesto. La admisión de anónimas modestas se debe, según se dice, al deseo de respetar el uso de algunas regiones españolas (Cataluña, al parecer), lo cual hace ver el sentido en cierto modo excepcional que en la intención del legislador tiene tal admisión.

(3) Cabe distinguir utilización abusiva y utilización fraudulenta. Esta última supone que al adoptarse la forma «sociedad limitada», se burle una finalidad legal inherente a la regulación de otro tipo social; la primera, por el contrario, implica meramente la adopción de la forma indicada para supuestos que, según la concepción que se estime procedente de la misma, deben quedar fuera de ella. Para lo primero no es preciso tener un previo concepto de lo que debe ser la sociedad de responsabilidad limitada; para lo segundo, sí.

una doctrina legal estable, hoy inexistente, podría evitar (4). Hemos partido, hasta ahora, del supuesto de que se estime útil y conveniente mantener la forma social a que nos venimos refiriendo. La mencionada Exposición de Motivos parece indicar que éste es el pensamiento del legislador. Sin embargo, no parece inoportuno señalar qué significado tiene hoy día, en nuestro sistema jurídico, la sociedad de responsabilidad limitada, y qué trascendencia alcanzaría para el mismo su consagración legal abierta y definitiva. Es preciso que la existencia de una realidad social, introducida praeter legem o contra legem, no sirva de pretexto, por su pretendido arraigo e inatacabilidad, para que se consagre legalmente sin antes meditar, suficientemente, acerca del significado, actual y futuro, que entraña su admisión.

Aportar algunas ideas sobre dicho significado, y sobre el régimen jurídico vigente, del que habrá de partir el legislador, hecha abstracción en este último punto de la admisibilidad legal actual de la sociedad de responsabilidad limitada, es el objeto del presente trabajo (5).

(4) Un sector de la doctrina ha estimado innecesaria la regulación en España de la sociedad de responsabilidad limitada: para unos, por la propia falta de necesidad de tal tipo social, cuando aún funcionaba la anónima según el régimen del Código de Comercio, PÉREZ SERRANO, loc. cit., pág. 16; para otros, era preferible la falta de regulación, por ser mejor el régimen de libertad absoluta, SORJUS, en la discusión habida sobre el tema en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en 1905 (sesión del 15 de febrero), recogida en la «Revista Jurídica de Cataluñas», 1905, págs. 509-10; para GARRIGUES (loc. cit., pág. 1143), dicha necesidad no se sentía cuando la reglamentación amplia de la anónima no hacía temer el peligro de evasión fraudulenta. Fiente a todos estos autores, estimamos decisivas las razones señaladas en el texto.

Desde otro punto de vista, TAULET y RODRÍGUEZ LUESO ha creído innecesaria la regulación, por pensar que la moderna legislación intervencionista acabaría por extirpar de nuestra realidad comercial las sociedades de responsabilidad limitada, *Sociedades de Responsabilidad limitada*, en «Estudios de Derecho Histórico y Moderno» (Conferencias del Cursillo de 1947 en el Colegio Notarial de Barcelona), pág. 244. Frente a este razonamiento, hay que señalar que con arreglo al decreto de 14 de diciembre de 1951, la ley de 17 de julio del mismo año ha derogado dicha legislación intervencionista referente a la autorización gubernativa previa, en cuanto a la sociedad anónima; esta derogación no debe estimarse aplicable por ahora a la sociedad limitada, pero indica un criterio legislativo cuya extensión a esta última no debe hacerse esperar. Para la anónima, *víd.* GARRIGUES -URIA, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1952, páginas 99-100.

VALLET DE GOYTISOLO tampoco estima necesaria la intervención legislativa, por el especial concepto que tiene de la formación del Derecho y del significado de la Ley, siendo suficiente para él una recta intervención registral y jurisprudencial, *La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada, frente a las sociedades y frente a terceros*, «Revista de Derecho Privado», 1949, páginas 618-19. Por el contrario, parece preferible partir del primordial valor ordenador de la Ley en nuestro actual sistema jurídico. V. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, segunda edición, 1949, páginas 357 y siguientes, y *La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho!*, «A. D. C.», 1-2, 1948, páginas 565 y siguientes.

(5) Basado en anteriores y sucesivas elaboraciones sobre el tema, su ocasión inmediata ha sido la reciente discusión de estos problemas en el Seminario

Significado y fundamento de la limitación de responsabilidad.

A raíz de la introducción en la realidad española de la sociedad de responsabilidad limitada (6), la doctrina discutió acerca

del «Anuario de Derecho Civil». Fué ponente en esta discusión don IGNACIO NART, quien sostuvo la tesis de la imposibilidad de llegar a la sociedad de responsabilidad limitada partiendo de la sociedad colectiva o de la comanditaria, siendo preciso, a su juicio, partir de la sociedad anónima, con las modificaciones pertinentes. Intervinieron, entre otros, los señores DE LA CÁMARA, FUENMAYOR, ROAN, RUBIO (don JESÚS), URÍA Y VALLET. Nuestra aportación a la discusión ha sufrido ulteriores rectificaciones, no expuestas en el Seminario, y que los asistentes al mismo podrán comprobar en estas páginas.

(6) Dicha introducción pareció tener en cuenta casi exclusivamente el modelo inglés de la *private company*, debiendo haber sido muy escasa la influencia alemana. V. CASTELAR, *Sociedades mercantiles a responsabilidad limitada*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1895, pág. 437; LANFRANCO, *Las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y nuestro Código de Comercio*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1904, páginas 112-113; ESTASÉN, *De las sociedades de responsabilidad limitada*, «R. G. L. J.», 1906, páginas 552 y siguientes; BENITO (L.), *Formas que pueden adoptar las sociedades mercantiles*, «R. G. L. J.», 1904, páginas 544 y siguientes, y prólogo a MORET Y DEL ARROYO, *Las sociedades de responsabilidad limitada y la legislación española*, Madrid, 1925, págs. 5, 8 y siguientes; PELEGRI Y NICOLÁV, *Las societats de responsabilitat limitada en el nostre país*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1917, págs. 250 y siguientes; MORET Y DEL ARROYO, ob. cit., págs. 15, 20 y 79-80; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, *El proyecto de reforma del Código de Comercio*, *Las Sociedades Mercantiles*, «R. G. L. J.», CXLIX (1926), pág. 454; PONSA GIL, *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*, segunda edición, Barcelona, 1923, I, página 224; CASTÁN, en el Código civil de SCAEVOLA, XXV, Madrid, 1933, pág. 580, y VALLS DE GOMIS, *La sociedad mercantil de responsabilidad limitada en el Derecho español*, Palma, 1945, págs. 26 y 40. Sobre el Derecho inglés puede verse en español, FEINE, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, traducción española de W. ROCES, Madrid, 1930, págs. 6-7, y CASTRO RIAL, *Evolución del Derecho de sociedades en Inglaterra*, «Revista de Derecho Mercantil», 1946, I, páginas 247 y siguientes. La introducción debió iniciarse en los últimos años del siglo XIX y primeros del XX, especialmente en Cataluña, donde se manifestó la preocupación doctrinal por la nueva forma social. Según LANFRANCO, loc. cit., página 113, cuando él escribía (1904), eran escasísimas las que existían. A juicio de NAVARRO AZPEITIA (*La configuración de la sociedad limitada a través de la práctica notarial*, «Revista de Derecho Privado», 1942, pág. 24), fué en el de cenio 1910-1920 cuando a consecuencia del auge de los negocios, debido a la guerra, se produce en España el movimiento de tendencia hacia la sociedad de responsabilidad limitada.

La influencia inglesa en el origen de nuestra sociedad limitada tuvo importancia en el planteamiento del problema de su admisibilidad. La *private company* era una variante de la anónima inglesa y, según la doctrina española, encajaba en nuestra sociedad anónima, por lo que la cuestión vino a plantearse únicamente sobre el dato de la razón social, que se estimaba incompatible con la limitación de responsabilidad propia de esta última forma social. Por eso algunos autores (por ejemplo, BENITO) asimilaron el problema de la admisibilidad de la sociedad limitada al de la posibilidad de que las anónimas tuvieran razón social. Lo que sucedió es que el régimen liberal de que la anónima gozaba en nuestro Código de Comercio, no hizo sentir la necesidad de orientar la limitada por este camino, tendiéndose más bien en la práctica a con-

de la admisibilidad en nuestro sistema jurídico de esta nueva forma social. La principal objeción que se le oponía era el peligro de que la existencia de una razón social (que por entonces parecía consustancial a tal tipo de sociedad) determinase la responsabilidad ilimitada de quienes dieran su nombre a la misma, por aplicación de los arts. 126 y 147 C. de c. (7). La misma doctrina comenzó a reaccionar frente a esta argumentación, sosteniéndose que los arts. 119 y 122 C. de c. establecen un *numerus appertus* de tipos sociales, y que, por consiguiente, no hay que temer que un nuevo tipo pueda quedar excluido por la aplicación, improcedente, de normas dictadas para otros tipos diferentes (8). Este razonamiento, unido al de la tipificación de la nueva forma social, por el uso de un *nomen iuris* adecuado (9), pareció triunfar en la práctica, e

figurarla como sociedad colectiva con limitación de responsabilidad. Pero este hecho, no uniforme por otra parte, no debe hacer olvidar el originario planteamiento de la cuestión, que ha tenido gran trascendencia ulteriormente.

(7) En tal sentido, CASTELLAR, loc. cit., págs. 438-39 y 441; ILLAS Y FABRA, en el «Diario de Barcelona», del día 24 de febrero de 1904; ESTASÉN, loc. citadas, págs. 552-53; PELEGRI Y NICOLÁU, loc. cit., págs. 274 y siguientes, y *Les societats mercantils de responsabilitat limitada segons el Codi de Comerç de 1885*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1918, pág. 342; este autor, sin embargo, admite aquella forma de la sociedad ilimitada que consiste en una anónima con razón social, por creer que el art. 152 del Código de Comercio es un precepto sin sanción: asimismo, mantuvieron una posición negativa, aunque luego rectificaron, PONSA GAL, ob. cit., primera edición, cit., en segunda edición, páginas 218 y siguientes, y ROIG Y BERGADÁ, cit. por BENITO, *Formas...*, cit., página 558. Por otras razones, mantuvieron una posición opuesta a la admisibilidad de la sociedad de responsabilidad limitada, TELL, en la citada discusión de la Ac. Jur. Barc., R. J. C., págs. 190-91 y 510-12; y MORET DEL ARROYO, obra citada, páginas 94 y siguientes.

(8) Se inspiraron en este razonamiento o, más ampliamente, en el criterio liberal del Código de Comercio, LANFRANCO, loc. cit., págs. 110-11; BENITO, *Formas...*, cit., págs. 558 y siguientes; DURÁN Y VENTOSA, POMÉS, SORJUS Y BARELLA, en la cit. discusión en Ac. Jur. Barc., págs. 191-92, 508-10, 512, 576 y 640; ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1916, II, pág. 621. Este es, por otra parte, el razonamiento básico que subsiste en la doctrina moderna: VALS DE GOMIS, ob. cit., páginas 23 y siguientes; EIZAGA GONDRA, *Problemas actuales de la sociedad de responsabilidad limitada*, «Revista de Derecho Mercantil», núm. 4, pág. 90; AVILÉS CUCURELLA Y POU AVILÉS, *Derecho Mercantil*, 1947, pág. 143; GARRIGUES, loc. cit., pág. 1142; FUENMAYOR, *Resolución parcial de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada*, «Revista d. Derecho Privado», 1947, pág. 449, y SALVADOR BULLÓN (HILARIO Y PABLO), *Problemas fundamentales de la sociedad limitada en nuestro Derecho*, «R. Cr. D. Imp.», 1950, pág. 668.

Desde otro punto de vista han considerado admisible la sociedad limitada en nuestro ordenamiento, por encajar en el concepto legal de sociedad anónima, GRÀU Y GRANELL, discurso «Ac. Jur. Barc.», cit., págs. 507-08; GONZÁLEZ ECHAVARRI, *Comentarios al Código de Comercio*, segunda edición, Valladolid, s. f., I, págs. 208-09, y según vimos, PELEGRI Y NICOLÁU (V. supra nota 7).

Para un estudio más completo de las opiniones de los distintos autores, V. TAULET Y RODRÍGUEZ LUESO, loc. cit., págs. 211 y siguientes. En el presente trabajo sólo se analiza la evolución en lo que pueda interesar para nuestra posición.

(9) La solución consiste en identificar a la sociedad limitada con una adición a la razón social que hiciera constar la limitación de responsabilidad, con lo

incluso fué consagrado reglamentariamente, ya que no es otro el alcance y significado del art. 108 del Regl. Reg. Merc., que no debe ser interpretado sin ponerlo en relación con el estado doctrinal, en aquel momento, del problema de la admisibilidad legal de la sociedad de responsabilidad limitada.

Sobre la base de estas ideas, la Legislación (10), y la Jurisprudencia (11) posteriores acogieron, sin grandes dificultades, la rea-

que se evitaria el error de terceros, fué apuntada, de *lege ferenda*, por CASTERLLAR, loc. cit., pág. 441, y ESTASÉN, loc. cit., pág. 554, y sostenido en nuestro Derecho constituido por BENITO, Formas..., cit., pág. 561, cuya influencia debió ser decisiva en el art. 108, R. R. M.

(10) A continuación del R. R. M., aludieron a la sociedad de responsabilidad limitada los textos de la ley de Utilidades de 19 de octubre de 1920 y 22 de septiembre de 1922, la orden de 27 de junio de 1931, que les prohibió explotar empresas de seguros; la ley de Reforma tributaria de 16 de diciembre de 1940 y la moderna legislación sobre reservas y autorización gubernativa. Sobre la legislación fiscal relativa a la sociedad limitada, véase EIZAGA GONDRA, loc. cit., y GARRIGUES, loc. cit., págs. 1169 y siguientes; sobre la Orden de 27 de junio de 1931, DE MUNSURI, *El interés público y las sociedades de responsabilidad limitada*, «R. G. L. J.», CLXI (1932), págs. 439 y siguientes; la legislación sobre reservas y autorización puede verse recogida en cualquier obra moderna; en lo relativo a reservas, ha sido casi totalmente derogada por el decreto de 9 de abril de 1948 y el decreto-ley de 11 de marzo de 1949; en cuanto a la autorización, véase supra nota 4.

Aunque a veces se ha pensado lo contrario, toda esta legislación no resuelve el problema de la admisibilidad en nuestro ordenamiento de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que por su carácter adjetivo o fiscal, y por no ser esa su finalidad, no podrían derogar la solución contraria del Código civil y del Código de Comercio, si se estimara que tal era la posición de estos cuerpos legales sustantivos, rectamente interpretados. La mencionada legislación se limita a recoger un estado de hecho, y a imponerle determinadas consecuencias, sin prejuzgar su legalidad. En contra parecen opinar, entre otros, MARTÍNEZ DE LA FUENTE, loc. cit., págs. 458-59, y TAULET, loc. cit., págs. 211 y 214. Respecto a la legislación fiscal, PÉREZ SERRANO, loc. cit., pág. 16, ha dicho que sometió a la sociedad limitada a tributación «con esa celeridad que entre nosotros caracteriza al Fisco, y que ya le ha hecho preceder al Derecho sustantivo en no pocas instituciones». PELEGRI Y NICOLÍ, loc. prim. cit., página 267, también impugnó el supuesto carácter decisivo de las normas fiscales. Sobre el significado del R. R. M., GARRIGUES, loc. cit., págs. 1142-43, cree que por su carácter adjetivo no pudo dictar normas sobre la sociedad de responsabilidad limitada, y se limitó a reconocer su existencia al sólo efecto de la inscripción.

(11) Sobre casos extraños a la sociedad de responsabilidad limitada, pero con una interpretación del art. 122, Código de Comercio, que puede estimarse favorable a la admisión de aquella, véanse sentencias de 4 de abril de 1921 y 17 de noviembre de 1928. Además, las sentencias que resuelven concretas cuestiones relativas a este tipo social parten, como es natural, de la idea de su admisibilidad legal. Pero hay que dejar sentado desde este momento que ni unas ni otras sientan doctrina legal acerca de la cuestión. En cuanto a la Dirección general de los Registros, se ha mostrado a veces teóricamente contraria a la admisibilidad, aunque nunca, como es natural, ha olvidado el mandato reglamentario de inscribibilidad de tales sociedades. Según la Resolución de 11 de agosto de 1943, «la sociedad de responsabilidad limitada... carece de organización legal, y funciona al amparo del criterio de libertad que con mayor o menor fundamento pretende inferirse del artículo 117, con absoluta falta de garantías y posibilidades de eludir los requisitos formales de las anónimas y las normas sobre responsabilidad de las colectivas», limitándose a admitir la exis-

lidad práctica del nuevo tipo social, partiendo de su existencia legal para imponer las consecuencias que en cada caso estimaron procedentes. Igual camino siguió la doctrina, salvo reacciones aisladas (12), que no alcanzaron especial repercusión. Finalmente, se ha juzgado incluso innecesario examinar el problema, por su intrascendencia práctica, siendo básica, en cambio la existencia de hecho de la sociedad limitada, que se estima imposible de desarrigar (13).

A nuestro juicio, el enfoque dado a la cuestión por una y otra parte es erróneo y excesivamente restringido. Los contradictores

tencia de las limitadas como mero hecho, «realidad del comercio, de la práctica notarial y de la Jurisprudencia de los Tribunales». La Resolución de 15 de enero de 1945 dice: «La sociedad de responsabilidad limitada, admitida en el régimen jurídico español por una costumbre notarial, en algunos casos de tan atrevidos vuelos que quizás en lo futuro pueda dar origen a intervenciones legislativas...». No parece necesario indicar que la palabra *costumbre* ha debido emplearse en esta última resolución en sentido no estrictamente técnico.

(12) BENITO, entusiasta defensor en un principio de la nueva forma social, reaccionó más adelante y llegó a estimar que los Tribunales considerarían que se trataba de sociedades comanditarias por acciones. (Prólogo a MORET Y DEL ARROYO, cit., página 5; aludiendo también a los posibles abusos que podrían cometerse, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1929, III, pág. 356.) Conocida es la posición negativa de W. ROCES, prólogo a FEINE, ob. cit., y recensión a *Las sociedades de responsabilidad limitada* de ASCARELLI, R. D. Pr., 1925, página 250; la argumentación de ROCES se basa especialmente en que las limitadas son, o anónimas que quieren burlar las garantías legales, o colectivas que tratan de eludir el art. 127 del Código de Comercio; cree que el criterio de libertad de formas del art. 122 puede servir para admitir otros tipos que completen los de dicho artículo, no que los contrarien. Asimismo, SUÁREZ DE FIGUEROA, *Sociedades de responsabilidad limitada*, «Revista de los Tribunales», 1933, págs. 265 y siguientes, cree que los gestores de la sociedad limitada deben responder ilimitadamente, por imponerlo así las normas sobre sociedades colectivas y comanditarias, aplicables, en general, a todas las no anónimas. También cree que se viola el art. 1.911 del Código civil. Hay que hacer constar, finalmente, que ARENAL Y G. DE ENTERRÍA, *Recientes modalidades en el Derecho de sociedades*, «An. Ac. Matr. Not.», V, págs. 582-83, entiende que el artículo 108 R. R. M. dió estado de derecho a una situación de hecho contraria al espíritu de los artículos 147, párrafo segundo, y 148, párrafo último, del Código de Comercio, si bien cree que hizo bien, por exigirlo las corrientes mercantiles.

A pesar del carácter aislado de estas reacciones, no cabe olvidar, a la vista de las mismas, que el problema no debe darse por definitivamente resuelto.

(13) La fundamentación jurídica es sustituida a veces por la meramente fáctica, PÉREZ SERRANO, loc. cit., pág. 16, o por un entusiasta elogio a la sociedad de responsabilidad limitada como creación notarial autónoma, sin más base, al parecer, que su simple existencia. TAULET, loc. cit., pág. 225 (aunque también alude al R. R. M. y a la ley de Utilidades), y CORONAS Y MÉNDEZ CONDE, *El contrato de sociedad en el libro del Lavoro del Código civil italiano*, en «Temas varios de Derecho Público y Privados» (Conferencias del cursillo de 1942 en el Colegio Notarial de Barcelona), pág. 145. Los aciertos indiscutibles del Notariado en la configuración de este tipo social, a los que sin duda se debe el escaso número de litigios que el mismo ha suscitado, no deben, sin embargo, impedir el adoptar una postura acerca de la procedencia o improcedencia de la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro ordenamiento jurídico actual.

se han basado, especialmente, en el dato de la razón social, cuya escasa trascendencia en esta materia ha venido a ser demostrada por la evolución posterior, al permitir sociedades limitadas con denominación objetiva (14), y anónimas con razón social (15). La configuración externa del nombre ha perdido, por consiguiente, todo su significado, para pasar a ser decisivo, en cambio, el sentido que el nombre, sea cual sea, tiene en cada tipo de sociedad. Los partidarios de la admisión, por su parte, han centrado sus razonamientos en el criterio general de libertad de pactos que preside nuestro Derecho codificado de sociedades, y, más concretamente, en el *numerus appertus* de tipos sociales que consagra el artículo 122 C. de c. Ninguno de estos dos hechos pueden ser negados. Pero no creemos que decidan ni en un sentido ni en otro: se limitan a probar que además de los tipos específicamente regulados por el C. de c., pueden introducirse otros, pero no constituyen un permiso legal para crear, por la simple voluntad de los particulares, manifestada en un contrato de sociedad, excepciones a cualquier norma imperativa o a cualquier principio general de nuestro ordenamiento.

Es preciso, por el contrario, estudiar la posible fundamentación del hecho de que, sin una norma legal expresa que lo permita, quepa limitar o suprimir la responsabilidad de los socios de una sociedad por las deudas de la misma. Es decir, investigar la naturaleza, alcance y admisibilidad del régimen de responsabilidad que se trata de atribuir a la sociedad limitada. Para ello hay que seguir un doble camino: A) Determinación del alcance normal que, en orden al régimen de responsabilidad, tiene para una sociedad la concesión de personalidad jurídica. B) Determinación del significado y ámbito de actuación que tiene el art. 1.911 Código civil, respecto de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Trataremos de ambas cuestiones sucesivamente, siendo preciso advertir previamente que la investigación se ha de desenvolver, sobre todo, en el ámbito del Derecho civil, donde tienen su asiento las cuestiones centrales de la personalidad jurídica y la responsabilidad.

A) Aunque se hayan señalado precedentes, parece que el más claro origen de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles está en la evolución de la doctrina en el siglo XIX. La personalidad se introdujo a través de la sociedad anónima, y en esta concesión parece que fué decisiva la consideración de la limitación de responsabilidad propia de esta última forma social

(14) Véanse resoluciones de 15 de enero y 12 de diciembre de 1945, 10 de mayo de 1946 y 3 de junio de 1948.

(15) Ya la Real orden de 12 de junio de 1925, de discutible legalidad, por oponerse al art. 152 del Código de Comercio, pero aplicada en la práctica. Hoy no hay problema, a la vista del art. 2 de la ley de 17 de julio de 1951.

(16). Así, lo que en su raíz era un clarísimo privilegio (17), pasaría a ser—se pensó— una consecuencia normal de la concesión de personalidad. No obstante, como señala De Castro (18), si la concesión de tal personalidad a la anónima fué algo artificial por no merecer ninguna sociedad, con arreglo a su naturaleza intrínseca, el concepto de persona jurídica, según la significación tradicionalmente atribuida a ésta, es evidente que la referida concesión trajo consigo una deformación de dicho concepto de persona jurídica; y, llegados a este punto, no había motivo suficiente para detenerse, y la única posición lógica es la que adoptó el legislador español, y la doctrina francesa, de reconocer la misma personalidad en todas las sociedades civiles y mercantiles.

En la sociedad civil y en las demás sociedades mercantiles, parece que fueron decisivas para la admisión de la personalidad otras razones muy diferentes, en especial la conveniencia de la unificación a efectos procesales y de domicilio, y la autonomía patrimonial relativa determinante de la preferencia de los acreedores sociales sobre el patrimonio social, y de la exclusión de toda compensación entre las deudas de la sociedad respecto de un tercero, y los créditos de un socio contra el mismo tercero o viceversa (19).

(16) V. F. DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C., II-4, 1949, págs. 1307 ss., esp. págs. 1309 ss. En esta primera parte de nuestro trabajo será fácil advertir una limitación bibliográfica y tal vez en ocasiones una cierta inseguridad en las conclusiones; todo ello se debe a haber sido redactada a la vista de las referidas discusiones en el Seminario del Anuario de Derecho Civil, sin base en nuestras anteriores elaboraciones sobre el tema.

(17) La limitación de responsabilidad del accionista parece no haber existido hasta el C. c. francés, V. GARRIGUES, *Tratado*, I-2, págs. 606 ss., esp. página 615; pero el sistema de autorización que este Código instauró aun conserva el sentido de privilegio; este carácter fué hecho notar por SÁINZ DE ANDINO en un discurso parlamentario pronunciado en 1847, y, recientemente, por WALTER LIPPMANN, *La cité libre*. Cits. en GARRIGUES URIA, *Comentario*, cit., I, pág. 60.

(18) Loc. cit., págs. 1404 ss.

(19) Ya PARDESSUS, defendiendo la personalidad jurídica de la sociedad mercantil en general, señalaba como consecuencias: 1.º Independencia de la condición de socio y la de tercero en una misma persona. 2.º La quiebra de la sociedad no produce la de los socios. 3.º La sociedad tiene un nombre independiente de los de los socios, *Cours de Droit commercial*, 3.^a ed., Paris, 1825, IV, núms. 975 ss., págs. 16 ss. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, impugnadores de la personalidad de la sociedad civil, *de lege lata*, pero defensores de ella *de lege ferenda*, señalan que las consecuencias serían: 1. Las cosas aportadas no serían comunes y su reparto a la disolución no sería retroactivo. 2. Carácter mueble de las participaciones sociales, aunque en el patrimonio social hubiese inmuebles. 3. Efectos procesales. 4. Capacidad para recibir liberalidades. 5. Preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes sociales y exclusión de compensación. 6. Los administradores sólo tendrían acción contra la sociedad, no contra los socios. 7. Los socios no podrían enajenar ni hipotecar los bienes sociales. 8. Efectos fiscales. *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 3.^a ed., XXIII, Paris, 1907, págs. 19 ss. Las consecuencias señaladas bajo los núms. 1, 2, 4 y 5 son las que más suelen interesar a la doctrina francesa: V. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. espa-

Las normas de los Códigos españoles que otorgan personalidad a la sociedad han de ser interpretadas en relación con estas finalidades, que son, por otra parte, aproximadamente, las reflejadas en nuestros textos legales (20). Pero nadie había pensado en que la concesión de personalidad a las sociedades tuviera como resultado la alteración en el régimen de responsabilidad, típico de cada una de las formas sociales.

En la sociedad civil, el problema se plantea en la siguiente forma: El Proyecto de 1851 parecía no conceder, rectamente interpretado, personalidad a la sociedad civil (21). El C. c., que sí se la concede (V. arts. 35-2.^o, 36 y 1.669), copia, sin embargo, las normas de aquél con sólo algunas excepciones, entre las que se encuentran la introducción como nuevos de los arts. 1.697 y 1.699. Fuera del título consagrado a la regulación de la sociedad, hay, asimismo, normas importantes, en especial los arts. 28 y 41, congruentes con la nueva situación creada. También son decisivas las consecuencias que impone el art. 38, en orden a la capacidad de la sociedad como persona jurídica. Encontramos, por consiguiente, reflejada la concepción doctrinal aludida, relativa al significado de la concesión de personalidad a la sociedad: domicilio y nacionalidad (22) propios, capacidad procesal (V. art. 2 L.

ñola, IV, Madrid, 1925, págs. 446 ss., y PLANOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3.^a ed., II, París, 1949, pág. 928.

Estos últimos autores ya admiten francamente la personalidad de la sociedad civil, sobre la base de la Jurisprudencia, que cambió su criterio en tal sentido a partir de 1891. Un detenido análisis de la cuestión en el momento clave de la discusión, así como abundante bibliografía sobre ella puede verse en BAUDRY, loc. cit., págs. 8 ss.

Las aspiraciones de la doctrina francesa del siglo XIX al postular la personalidad, recogidas en los autores cits., deben considerarse decisivas para la interpretación del sentido que se dió en nuestras leyes al reconocimiento de la personalidad de las sociedades. En España, MARTÍ DE EIXALÁ señalaba como consecuencias: 1. Tener domicilio propio. 2. Obligación de llevar libros de contabilidad. 3. Nombre distinto del de los socios. 4. Los acreedores de un socio no lo son de la sociedad, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 7.^a ed., adic. por DURÁN Y BÁS, Barcelona, 1875, págs. 257-58. Para SÁNCHEZ ROMÁN (con referencia al Derecho anterior al C. c.) parecía ser decisivo el hecho de que la sociedad entrara en relaciones con terceros y se obligara, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., IV, Madrid, 1899, págs. 520 ss., 524-25 y 527-28.

(20) Arts. 28, 38, 41, 1.607 y 1.609 C. c. y 1-2.^o y 16 C. de c. y el análisis que de ellos se hace más adelante.

(21) Según el art. 33. «Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la Ley se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles», de donde deduce DE CASTRO, ob. cit., pág. 1401, n. 15, que se seguía la doctrina tradicional. En contra, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, IV, pág. 26, entendía, con referencia al citado artículo, que la sociedad es persona moral.

(22) DE CASTRO, loc. cit., pág. 1412, hace notar que la cuestión de la nacionalidad (¿debe considerarse nacional en tiempo de guerra una sociedad que nominalmente lo sea, pero que en realidad esté bajo el control de súbditos enemigos?) obligó por primera vez a descorrer el velo artificial de la personalidad de la sociedad.

E. C.), unificación de los socios a efectos de relaciones con terceros, autonomía patrimonial relativa. Fijémonos, especialmente, en este último extremo: La sociedad, se dice, como persona jurídica, tiene un patrimonio propio, del que es titular, y con el que responde de sus obligaciones, siéndole normalmente aplicable el art. 1.911 C. c. Si, además, responden los socios, según la tesis más generalizada (art. 1.698, princ.), se trata de responsabilidad por deuda ajena; es decir, fianza (23). ¿Hasta qué punto es esto exacto? Parece indudable que frente a terceros es la sociedad misma la que queda obligada; así hay que entenderlo a la vista de los artículos 38 y 1.697 C. c. Mas parece muy dudosos que los socios no se obliguen asimismo por deuda propia, sino por deuda ajena. El artículo 1.698 habla de que los socios se obligan (24), y lo hacen precisamente en virtud de un poder que se estima concedido por ellos mismos, no por la sociedad (25). El caso no responde tampoco a ninguno de los tipos de fianza admitidos por el C. c. y por la doctrina: no es fianza voluntaria, porque existe por imposición legal aunque no se pacte; tampoco es fianza legal, porque lo que el C. c. llama así es aquella que la Ley ordena constituir (algo semejante a la hipoteca legal) (v. art. 1.828), no una fianza que se haya de entender existente por disposición legal sin previa constitución por los interesados. Finalmente, tampoco es fianza judicial. Hay que tener en cuenta también que, frente a la norma del artículo 237 C. de c., no hay ninguna en el Código civil que ordene la previa excusión en el patrimonio social como requisito para que los acreedores se dirijan contra el patrimonio privativo de los socios (26). Por último, es de notar

(23) V. CASTÁN, BATLLE y BONET en Código Civil, de SCAEVOLA, XXV, Madrid, 1933, págs. 465-66.

(24) La fianza es también obligación, no mera responsabilidad; pero es obligación de responder por deuda ajena, lo cual en este caso no aparece claro. V. art. 1.822 C. c. y ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, trad. españa, Barcelona, 1935, II, págs. 461-62.

(25) GARCÍA GOYENA, ob. cit., IV, pág. 24, creía que para que el socio quedase obligado era preciso poder expreso, mientras que en el caso del mandato tácito previsto para el caso de que no se estipulara nada sobre administración, sólo respondía el fondo social. Hay que hacer notar que GARCÍA GOYENA se refería al art. 1.591 del Proyecto, sustancialmente idéntico al 1.698, párrafo 1º actual. Pero la opinión de este autor debe considerarse como un error, procedente de haber seguido a ROGRON, al que cita, y que sostiene la misma opinión sobre el art. 1.862 C. c. francés *Code civil expliqué*, Bruselas, 1843, pág. 468. Pero la opinión de ROGRON quedó aislada en su país, y el resto de la doctrina no coincide con él. En nuestro C. c. actual, el párr. últ. del artículo 1.698 resuelve la cuestión en el sentido de estimar que también hay poder suficiente para obligar a los socios personalmente en el caso del mandato tácito.

(26) No hay ninguna remisión a las normas sobre la fianza. No obstante, se debe concluir que los patrimonios de los socios sólo quedan sujetos a la ejecución de los acreedores en defecto del social y subsidiariamente respecto de éste; pero esto, al menos en el aspecto interno, se explica por el mecanismo de los patrimonios separados, sin acudir al expediente de la fianza.

la improcedencia de la aplicación a las relaciones entre la sociedad y el socio supuesto fiador de los artículos 1.838 a 1.843, que aquí quedan sustituidos por el 1.688, de contenido mucho más restringido.

El artículo 1.698, párrafo 1.^o, conserva en esencia la norma del artículo 1.591 del Proyecto de 1851. Si se le ha yuxtapuesto al del actual artículo 1.697, que presupone que también la sociedad queda obligada, el resultado es una doble responsabilidad: la de la sociedad ha venido a añadirse a la antigua de los socios, pero sin desvirtuarla ni modificarla; la obligación de los socios sigue siendo, como antes, obligación propia de la que responderán normalmente en tal concepto.

Las consideraciones hechas, unidas a las que se derivan del hecho, al parecer indudable, de que en el aspecto interno la titularidad sobre el patrimonio social corresponde a los socios en comunidad (27), nos revelan que, en el ámbito patrimonial que ahora nos interesa, la concesión de personalidad a la sociedad civil tuvo una finalidad muy limitada. Consecuencia de ello es que no se debe interpretar tal concesión con arreglo a una idea preconcebida de personalidad, derivada de construcciones doctrinales, o incluso del régimen legal de otras personas jurídicas. La interpretación adecuada es, por el contrario, la restrictiva, que impone el sentido de la concesión según el fin de la Ley. Por ello, no se deben sacar de la personalidad otorgada otras consecuencias que las expresamente establecidas por el Código, o al menos las que sean perfectamente congruentes con los fines perseguidos. Esta es, a nuestro juicio, la principal razón por la que debe ser rechazada la tesis de Pérez y Alguer (28), según la cual los socios de la sociedad civil no responderían por las deudas de la sociedad, sin que tampoco haya razones para defender, de «lege ferenda», esta posición (29).

En cuanto a las sociedades mercantiles, hay que partir de la idea de que el C. de c. de 1829 no les otorgaba personalidad jurídica. A diferencia del actual, su artículo 1.^o sólo conceptuaba como comerciantes a los individuales, sin aludir para nada a las sociedades. Faltaba, por otra parte, una declaración expresa, como la contenida en el artículo 116, párrafo 2.^o del Código actual; y al no afirmar de modo explícito la personalidad, hay que entender que dejó subsistente la situación anterior, en la que tal per-

(27) V. ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la aportación social*. Conferencia en el cursillo de 1945 en el Col. Not. de Valencia. La crítica de MARTÍNEZ ALMEIDA a esta tesis. *Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad*, A. A. M. N., V, págs. 221 ss., no nos resulta del todo convincente, porque parece olvidar que en todo caso la comunidad viene matizada por el contrato de sociedad, por lo que las consecuencias que él trata de atribuir a la tesis de ROCA quedan detenidas por la especial finalidad de dicho contrato. V. también DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.^a ed., Madrid, 1949, pág. 582.

(28) *Notas al Derecho de Obligaciones de Eneccerus*, cit., II, pág. 413.

(29) Como hacen CASTIÑ, BATLLÉ y BONET, ob. cit., pág. 709.

personalidad no existía (30). Pues bien, habida cuenta de esta posición del Código de 1829, es del mayor interés la consideración de que la regulación de las sociedades mercantiles ha permanecido casi íntegra en el Código actual, sin que, en lo que nos puede ahora interesar, el reconocimiento de personalidad haya tenido repercusiones apreciables. En otros aspectos, sí es indudable que se ha tenido en cuenta el cambio: se conceptúa a la sociedad como comerciante (art. 1-2.^º) y como tal se inscribe en el Registro Mercantil (art. 16). La autonomía patrimonial no obstante subsiste idéntica según los diversos tipos sociales, e incluso no es una innovación el carácter subsidiario de la responsabilidad del socio-colectivo. (V. art. 352 del Código de 1829.)

Por consiguiente, la autonomía patrimonial de que, en diversos grados, gozan las sociedades mercantiles, no puede ser considerada como un mero efecto de la personalidad jurídica otorgada a la sociedad; la anterior consideración no es aplicable solamente a la sociedad colectiva, sino también a la comanditaria en cuanto a los socios comanditarios, e incluso a la anónima, puesto que el planteamiento y la solución del problema han sido dados con total generalidad. Cabe decir que en la anónima antes respondían los socios, aunque solamente con el patrimonio social conceptuado como patrimonio separado, mientras que ahora es la sociedad la que responde con su patrimonio, y los socios no responden. Siendo esto así, lo que antes era una excepción (respondían los deudores, pero sólo con una parte de su patrimonio) habría pasado a ser la regla general (responde el deudor con todo su patrimonio, pero solamente él) (31). No obstante, no parece ser ésta la interpretación más adecuada del supuesto: es indudable que si el Código llama persona a la sociedad, a ella habrá que imputar, desde un punto de vista formal, las deudas sociales, con

(30) También tiene interés el art. 22, según el cual las escrituras de sociedad se inscribirán como contratos referentes a los comerciantes individuales, al mismo nivel que las capitulaciones matrimoniales o los poderes. Los artículos 1.022 y 1.047, que admiten la quiebra de sociedades, sólo sirven para probar que las consecuencias que quieren obtenerse mediante la personalidad no la presuponen necesariamente. En la doctrina, MARTÍ DE EIXALÁ sostuvo la tesis de la personalidad de las sociedades mercantiles, ob. cit., pág. 257. Otros mercantilistas, por el contrario, guardan silencio sobre la cuestión.

(31) Por eso se dice que es inexacto que la sociedad anónima sea una sociedad de responsabilidad limitada (en sentido amplio), pues la sociedad, como persona jurídica, responde frente a terceros con todo patrimonio, los socios frente a la sociedad responden en la misma forma de su aportación, y frente a terceros no responden en forma alguna. Todo esto se estima perfecta consecuencia de la personalidad jurídica. V. CALVO ALFAGEME, *Las bases institucionales inalterables de la sociedad anónima*. Conferencia en el cursillo del Colegio Notarial de Valencia, 1947, págs. 82 ss. Tiene interés, no obstante, la tesis recientemente sustentada por GARRIGUES-URIA, loc. cit., págs. 109-110, según la cual la nueva Ley de Sociedades Anónimas no se opondría a una acción directa de los acreedores contra el accionista. GARRIGUES había sostenido la opinión contraria, sobre la base del C. de c., en *Traité*, I-2, págs. 724-25.

la doble consecuencia de que se entenderá que los administradores las contraen en su nombre, y de que procesalmente será la sociedad, como persona, la demandada, y ejecutada en su caso. Pero el régimen sustantivo de responsabilidad continúa siendo idéntico al anterior, precisamente porque ha quedado al margen del ámbito en que juega la finalidad legal de la concesión de personalidad (32).

La limitación de responsabilidad del comanditario, que más adelante analizaremos con más detenimiento, tiene un origen histórico y un significado completamente independientes de la personalidad de la sociedad. Igual cabe decir de la relativa autonomía patrimonial de la sociedad colectiva (o de la comanditaria en cuanto a los socios colectivos).

¿Qué consecuencias, de interés para nuestro tema, pueden derivar de todo lo expuesto? Creemos que las siguientes: *a)* La concesión de personalidad a las sociedades se debe considerar como una norma, no como una mera opinión legal, a la que se puede o no hacer caso. Las declaraciones legales de carácter definitorio o dogmático deben ser interpretadas como normas en toda la medida en que sea posible y extraer de ellas la máxima eficacia normativa de que sea capaz el intérprete. Ahora bien, en virtud del ineludible criterio sistemático de interpretación la norma de contenido dogmático debe ser entendida en armonía con las demás que regulen la institución a que afecte. Igualmente, las expresiones técnicas usadas en la Ley deben ser interpretadas en el sentido más acorde con las consecuencias legales del uso de tal expresión y no con arreglo a elaboraciones doctrinales del concepto a que la expresión responde, ni tampoco incluso a las consecuencias legales de la misma expresión aplicada a figuras cuyo régimen y cuyo significado resulte de la propia Ley ser completamente distinto.

Es decir, aunque la concesión de personalidad sea una norma, su eficacia normativa viene dada por las consecuencias legales de dicha concesión, reveladoras del sentido que tuvo en la intención y la finalidad legales.

b) Por ello no se puede decir que la concesión de personalidad a las sociedades en general, o a determinadas sociedades en particular, sea una norma inoperante de la que haya que prescindir (33). Si la Ley determina que las sociedades sean personas jurídicas y dicta ciertas normas relativas a las personas jurídicas

(32) Al concederse la personalidad no se tuvo en cuenta este dato de la justificación de la limitación de responsabilidad del accionista. Las normas permanecieron inalteradas (V. art. 153 C. de c.) y la E. de M. no aludió a la cuestión.

(33) V. ROCES, Rec. a la obra de SCHÖNFELD, *Sobre la construcción de las sociedades mercantiles colectivas*, en «Rev. Der. Priv.», 1925, pág. 249, y DE BENITO (J. L.), *La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Rev. Der. Priv., 1936, págs. 276-77.

en general (véase, por ejemplo, arts. 38, 41 y 746), es preciso entender, so pena de desobediencia legal, que las sociedades están incluidas en esas normas. Lo que, en cambio, no se puede hacer es imponer a las sociedades consecuencias de la personalidad que no se avienen con su propia naturaleza y con el sentido de la concesión legal de personalidad. La expresión persona jurídica viene así a ser usada en la Ley en un sentido que se puede estimar erróneo doctrinalmente, y que desde luego no se aviene con el tradicional (34). Más bien habrá que entender que hay dos sentidos legales de persona jurídica: uno, el aplicable a las asociaciones no lucrativas, a las corporaciones y fundaciones, que será el sentido propio y adecuado de persona jurídica; otro, el aplicable a las sociedades civiles y mercantiles, que es simplemente un recurso técnico de unificación de personas, que determina la aplicación de ciertos postulados relativos a la persona en sentido meramente formal, pero que no atribuye la verdadera personalidad en sentido sustantivo. No se trata de grados en la atribución de personalidad, ya que ésta no es susceptible de graduaciones, sino de dos sentidos distintos, uno doctrinalmente adecuado y otro inadecuado, pero que hay que acatar en los límites de la finalidad legal.

c) De esto se deriva que en aquel ámbito en que no ha operado la personificación formal como recurso técnico unificador haya que estimar inoperante el concepto y las consecuencias de la persona jurídica. Esto es lo que sucede en materia de separación de responsabilidad entre los patrimonios de la sociedad y de los socios. La personalidad ha operado aquí en el sentido de conceder preferencia a los acreedores de la sociedad sobre los de los socios en cuanto al patrimonio social, y de atribuir formalmente este patrimonio, frente a terceros, a la entidad social. Fuera de tales límites, la separación de responsabilidad impuesta por la personificación carece de efectos. Hay un patrimonio social separado cuya autonomía patrimonial, más o menos intensa según los tipos sociales, no es consecuencia de la personalidad, que no ha operado aquí, sino de la propia separación patrimonial (35).

d) Todos los efectos de la autonomía patrimonial, impuestos por la Ley a un determinado tipo social, que consistan en una limitación de responsabilidad, han de tener por consiguiente un claro sentido de excepción, de privilegio. Recuérdese lo dicho sobre la sociedad anónima: si la personalidad se ha atribuido en el mismo sentido y con igual carácter a todas las sociedades, y una de ellas sigue siendo excepción a las demás, es evidente que tal excepción no se puede fundar en la concesión de personalidad,

(34) V. DE CASTRO, *La sociedad...*, cit., págs. 1404 ss..

(35) También hay autonomía patrimonial relativa en otros casos de patrimonios separados, sin que sea preciso citar ejemplos. Las consecuencias que se ha querido obtener con la personalidad eran, por otra parte, también fáciles de obtener a través del mecanismo de la separación patrimonial, sin necesidad de haber ampliado inadecuadamente el concepto de personalidad jurídica.

sino que debe conservar el mismo fundamento anterior; es decir, una norma legal que sustraiga el tipo social al régimen general. La responsabilidad limitada del accionista y del comanditario siguen siendo privilegios legales (36).

e) Ante un nuevo tipo social, no cabe fundar la limitación de responsabilidad en la personalidad jurídica, que, por el mero hecho de la atribución a todas las sociedades y por el «numerus appertus» establecido para las mercantiles por el C. de c. ha de tener la nueva forma. La personalidad jurídica no determina por sí, en materia de sociedades, la limitación de la responsabilidad al patrimonio social. Son los propios socios los que, en el fondo, responden, aunque a efectos de representación unitaria, procesal o extraprocesal, haya de juzgar la personificación formal. En el aspecto sustantivo (determinación de los patrimonios pue quedan sujetos a la agresión del acreedor) rige plenamente, para los socios, el artículo 1.911 C. c. (37).

B) La personalidad jurídica de la sociedad se supone por sí una exclusión de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Estos responderán como directamente obligados por las mismas. Son, por consiguiente, deudores a efectos de la aplicación del artículo 1.911. Ahora bien, ¿cabe modificar por pacto este régimen de responsabilidad? Esta modificación podría tener varios sentidos: a) Se pacta que sólo responderá el patrimonio social y no, por consiguiente, los de los socios. La consecuencia es que, en un sentido formal y externo de imputación de las deudas, los socios no quedan obligados por las deudas sociales. Es el régimen de la sociedad anónima. b) Se pacta que además del patrimonio social responderán los patrimonios de los socios, pero sólo en un «quantum» determinado, que puede coincidir o no con el valor de la aportación social. Los socios quedan obligados, pero sólo hasta una cifra prefijada. Esta modalidad, a su vez, puede desdoblarse desde varios puntos de vista: a') La limitación puede afectar a todos los socios o sólo a algunos (en especial los no administradores). b') La suma de responsabilidad

(36) Ello es lógico, por otra parte, puesto que nadie puede desconocer que, en términos generales, las ideas sociales predominantes admiten que la sociedad se identifica con los socios y que su personificación es sólo un recurso unificador para mayor comodidad en diversos aspectos, pero sin trascendencia suficiente para que los socios puedan ampararse en una consideración de la sociedad como persona totalmente ajena a ellos. Es precisa una causa muy cualificada para sentar excepciones a esta idea. Ya las mismas concepciones sociales admiten esta excepción en las grandes sociedades anónimas.

Hay que hacer notar que no se habla de privilegio en sentido estrictamente técnico, ni tampoco de Derecho excepcional, sino sólo de excepciones a reglas generales, que, como tales, han de ser establecidas expresamente en la Ley. Sobre los conceptos citados, V. DE CASTRO *Derecho civil*, cit., páginas 100 ss.

(37) No cabe olvidar el valor que en tal sentido tiene la regulación de la sociedad civil como Derecho común de sociedades.

fijada puede o no identificarse con el montante de la aportación del socio respectivo. En el primer caso, hecha por éste la aportación, el supuesto hace tránsito al *a*); en el segundo, no, y siempre quedará afecto en cierta medida el patrimonio del socio a las deudas sociales.

El problema debe ser planteado básicamente bajo un ángulo civil; es el Derecho civil el que ha de determinar el ámbito de validez de los pactos de limitación de responsabilidad; todo ello sin perjuicio de referirnos después al valor de las limitaciones en el ámbito de las sociedades mercantiles.

La mayoría de la doctrina estima que en la sociedad civil, si bien en principio los socios responden ilimitadamente por las deudas sociales, cabe limitar convencionalmente esta responsabilidad siempre que se dé de ello suficiente conocimiento a los terceros con quienes la sociedad contrate (38). La solución del problema en este sentido, en el ámbito de la sociedad civil, determinaría, sin duda alguna, su extensibilidad a las formas mercantiles en que una norma expresa no la impidiera; y, por tanto, también a las formas mercantiles nuevas aún no reguladas. Significaría tal solución que esa forma nueva que hiciera uso del pacto limitativo podría encajar en el *numerus apertus* del artículo 122 C. de c., por no ser contraria a ningún principio imperativo de nuestro ordenamiento.

Para buscar un intento de solución, es preciso distinguir el carácter y significación de los distintos pactos, tal como antes fueron clasificados: *a*) El primer supuesto lo es de total exclusión de la responsabilidad desde un punto de vista formal (aquel en que opera la personificación de la sociedad), ya que los terceros no podrían demandar ni ejecutar a los socios (salvo a través de la acción subrogatoria en su caso); y de limitación de la responsabilidad a una parte determinada del patrimonio (la que al socio corresponde en el patrimonio social como patrimonio colectivo separado) desde un punto de vista sustantivo (aquel en que no opera la personificación). *b*) El segundo supuesto es de limitación cuantitativa de la responsabilidad: se responde con todos los bienes presentes y futuros, pero sólo hasta un «quantum» determinado; es decir, no se fijan de antemano los bienes que pueden ser objeto de la ejecución del acreedor. Pero apenas la ejecución haya alcanzado un valor determinado debe detenerse, aunque haya más bienes ejecutables en el patrimonio del socio deudor. Que aquí se trata de limitación de responsabilidad y no de mera limitación de deuda, nos parece indudable. Pero es preciso tratar de probarlo,

(38) Así, PONSA GIL, ob. cit., I, págs. 122-23; CASTÁN, *Derecho Civil (Notarias)*, III, 1944, pág. 266; BATLLÉ, en Código Civil, de SCAEVOLA, XXVI, Madrid, 1948, págs. 144-45, y muy recientemente, AZURZA Y OSCOZ, *Problemas de la sociedad civil*, A. D. C., V-1, 1952, págs. 125 y ss. Este trabajo debe ser considerado como el más profundo e inteligente esfuerzo hecho en España para demostrar la tesis a que se alude, y sus argumentos nos servirán especialmente de base para comentarla.

ya que ha sido muy recientemente puesto en duda por algún autor (39). La convención por la cual, al celebrar dos personas un contrato determinado, acuerdan que una de ellas sólo responda de las deudas que nazcan del mismo hasta una cuantía prefijada, es sin duda un pacto de delimitación de deuda; por otra parte, en tal caso el acreedor sabe el interés que pone en juego en aquel contrato y hasta qué punto el pacto celebrado puede afectar a tal interés. Pero la cuestión varía fundamentalmente cuando la cuantía tope no se establece respecto de un contrato y un acreedor determinados, sino de una manera global respecto de todas las posibles fuentes de obligaciones y respecto de todos los posibles acreedores que surjan, con un solo criterio de determinación: que se trate de deudas que obliguen a la persona de que se trate por ser deudas de la sociedad a que pertenece. Si pensamos que aquí hay delimitación de deuda, los problemas que surgen son prácticamente insolubles. En efecto, es preciso determinar en cada momento en qué medida cada socio está afectado por cada deuda de la sociedad; esta necesidad surge del hecho de que la deuda produce efectos, no sólo en el momento de la ejecución, sino durante toda su existencia (intereses, medidas conservativas o de garantía, nacimiento de posibles excepciones, pago voluntario, etcétera). ¿Hasta qué punto cada socio ha de soportar tales efectos, o hasta qué punto le son imputables tales actos como relativos a deuda propia respecto de cada una de las deudas sociales? ¿Qué criterio se ha de seguir para ello? Cualquier respuesta a estas preguntas nos ha de llevar a la conclusión de que existiría una inaceptable variabilidad permanente en la cuantía de las obligaciones de los socios respecto de cada acreedor, variabilidad determinada por el número y cuantía de las deudas existentes en cada momento y, dado el carácter subsidiario de la obligación del socio, por la cuantía del patrimonio social (40). Todo nos conduce a la idea de que sólo en el momento de la ejecución colectiva pro-

(39) AZURZA, loc. cit., págs. 187 y ss. Las llamadas limitaciones cuantitativas de responsabilidad son también consideradas como limitaciones de deuda por CASTÁN, *Derecho Civil*, cit., 7.^a ed., III, Madrid, 1951, pág. 160, y por ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, págs. 181 ss., si bien ambos hacen referencia a supuestos distintos, esencialmente, del de la sociedad aquí estudiado.

(40) Una exposición práctica aclarará las complicaciones que surgirían: el socio se obligaría según la tesis combatida por un quantum determinado, pero sólo, claro está, en defecto de la sociedad, es decir, para el caso de que ésta no tuviese bienes suficientes con qué responder. Las variaciones del patrimonio social, ¿afectarán a la cuantía de la deuda del socio? Si se contraen obligaciones por encima del patrimonio social y de la suma de responsabilidad del socio, ¿habrá que admitir que éste no queda obligado? ¿Se reducirán en cierta medida todas las obligaciones existentes para que quepan en esa suma? ¿Con qué criterio? Si después aumenta el patrimonio social, ¿habrá que admitir que por este hecho el socio queda obligado por deudas que antes no le afectaban? En suma, ¿cómo admitir esta extremada variabilidad de las deudas del socio sin intervención de los acreedores?

ducida a consecuencia del concurso o liquidación de la sociedad es posible determinar en qué medida el patrimonio de cada socio ha de soportar las deudas sociales que no puedan ser satisfechas con el patrimonio de la sociedad. Lo cual nos traslada al elemento responsabilidad y nos demuestra que, en realidad, lo que habría sería una limitación cuantitativa de la responsabilidad en la forma antes expuesta.

Definida la naturaleza de los pactos limitativos, parece fácil resolver la cuestión planteada, y precisamente en sentido contrario a la admisibilidad de los mismos: *a)* El artículo 1.698, al establecer que los socios se obligan por las deudas sociales, no es de naturaleza dispositiva, sino imperativa, precisamente porque en la sociedad civil no existe el principio de fijeza y estabilidad del capital social, que es garantía de los acreedores, ineludible siempre que no cuenten con más bienes para garantía de sus créditos que los que integran el patrimonio social (41). *b)* Los pactos limitativos serían verdaderas excepciones al artículo 1.911, cuyo carácter imperativo nadie puede desconocer. En efecto, la limitación cuantitativa también va contra este precepto, puesto que, no habiendo limitación de deuda, se trata de responder, no con todos los bienes, sino con bienes hasta cierta cuantía, quedando el resto excluido de la ejecución. *c)* La publicidad respecto de los terceros carece en absoluto de valor, puesto que, mientras cada uno de los contratantes no sepa en qué medida su deuda va a quedar afectada, debido a la concurrencia con otras, por la limitación, no se puede decir que haya consentido en ésta. *d)* La validez de tales pactos, ampliable como Derecho común al ámbito mercantil, dejaría inoperantes todas las normas imperativas referentes, en materia de responsabilidad, a los distintos tipos sociales. ¿Acaso no son válidos los mismos argumentos empleados para sostener la limitabilidad de la responsabilidad del socio colectivo? (42). ¿Acaso no cabría constituir una sociedad, idéntica a una comanditaria, en que quienes limitasen su responsabilidad incluyesen no obstante sus nombres en la razón social o fueran socios gestores? Las razones son las mismas en todos los casos. Todas las normas sobre responsabilidad de los socios pasarian a ser Derecho dispositivo, con el consiguiente derrumbamiento del sistema. Y lo que es mucho más grave: ¿Qué impediría, si interpretamos las normas en el sentido propuesto por la doctrina combatida, que una

(41) AZURZA, pags. 174-75, sostiene que si el art. 1.698 es dispositivo en cuanto que se puede pactar la solidaridad no hay razón para que no lo sea en este otro extremo, pues si al pactar la limitación pueden quedar perjudicados los acreedores sociales, al pactar la solidaridad pueden serlo los privativos del socio. Olvida que en un caso hay un precepto que autoriza el pacto (art. 1.137 C. c.), y en el otro, uno que lo prohíbe (art. 1.911).

(42) No cabe decir que aquí hay una norma, el art. 127 C. de c., que lo impide. Una norma equivalente a ésta es la resultante de combinar los artículos 1.698 y 1.911 C. c.

persona cualquiera, al margen de su pertenencia a una sociedad, limitase globalmente su responsabilidad respecto de todas las futuras obligaciones que pudiera contraer en su vida? Lo que es ir bastante más lejos que los defensores de la limitación de responsabilidad del comerciante individual.

Pasando al ámbito mercantil, encontramos dos supuestos clásicos de limitación de responsabilidad: el del accionista y el del comanditario. Ambos tienen un fundamento difícilmente ampliable, por estar ligado a razones históricas o a características típicas de las formas sociales respectivas. En el caso del accionista, el fundamento es la conveniencia económica de facilitar la aportación de capitales en gran cuantía a empresas que en general se estiman de relevante interés nacional, así como el hecho de estar, en principio, el accionista alejado de la gestión social (43). En el del comanditario, el origen histórico de la limitación; es sabido que el origen de la sociedad comanditaria es el mismo que el de la asociación de cuentas en participación; el fundamento económico de ambas figuras continúa siendo idéntico, habiendo tenido lugar la diversificación en el campo jurídico. El socio comanditario va progresivamente apareciendo visible ante los terceros con quienes contrata el socio gestor, descubriendose así el lazo asociativo que los une y terminándose por admitir la acción directa contra el comanditario (44). La limitación de responsabilidad de éste tiene, pues, dos características decisivas:

(43) En realidad, sólo si se cumplen en la realidad estas características, debe estar justificado el especial régimen de la sociedad anónima, aunque los Códigos y leyes modernas parecen olvidar esto.

(44) El problema de la acción directa en España se estima resuelto por la doctrina en el sentido favorable a su admisión (v. GARRIGUES, *Tratado*, I-1, páginas 594 y siguientes). No obstante, hay que hacer algunas observaciones: GARRIGUES basa su tesis, en cuanto a los textos positivos españoles, en la distinción que el art. 148, párrafo tercero, hace entre responsabilidad por pérdidas y por obligaciones de la compañía, juzgando que tal expresión se adoptó por influencia de la ley belga de 1873, que modificó en tal sentido el Código de Comercio francés, estimando la doctrina que el cambio se introdujo para establecer la acción directa. Ahora bien, por una parte hay que tener en cuenta que en dicha ley belga la reforma hecha a tal efecto fué más amplia que la resultante del citado cambio de expresión (v. artículos 21, 23 y 165, tal como quedaron después de la reforma, y PASSELEC, *Les sociétés commerciales*, en «*Les Novelles. Corpus Juris Belgici*», III, Bruselas, 1934, págs. 181-85). Por otra parte, el art. 148, párrafo tercero, actual, es reproducción, en cuanto a la expresión comentada, del 273 del Código de 1829. Los comentaristas de éste no admitían la acción directa de los acreedores, sino sólo la subrogatoria (v. VICENTE Y CARAVANTES, *Código de Comercio extractado*, Madrid, 1850, pág. 122, nota a: GARCÍA GOYENA AGUIRRE Y MONTALBÁN, *Febrero reformado*, Madrid, 1852, números 122 y siguientes; GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1853, pág. 163; CARRERAS Y GONZÁLEZ, *Elementos del Derecho Mercantil de España*, Madrid, 1860, pág. 201; MARTÍ DE EIXALÁ, ob. cit., pág. 283; ESCRICHÉ, *Diccionario*, voz «Sociedad en comandita», edición 1876, IV, pág. 1033; y SIL VELA, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1881, páginas 332 y 340).

Por otra parte, no se debe olvidar que el art. 153 del Código de Comercio tiene la misma redacción que el 148. párrafo tercero: y que el 237 sólo refiere la

1.º Evoluciona en sentido inverso al que podría hacer suponer la progresión hacia el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad: antes de este reconocimiento sólo responde lo efectivamente aportado; pero responde, no como integrando el patrimonio del comanditario, sino como incluido en el del gestor, que es quien efectivamente responde ante terceros (45). Al adquirir la sociedad personalidad jurídica, parecía lógico que, sustituyendo como sujeto de responsabilidad la persona del gestor por la de la sociedad, debía haberse consolidado este régimen de exclusión de toda responsabilidad directa del comanditario, por ser el más adecuado a un recto concepto de persona jurídica. Sin embargo, en lugar de suceder así, fué entonces cuando se inició la corriente favorable a la acción directa, pasando el comanditario a ser responsable ante terceros y empezando a funcionar así, en su verdadero sentido, la limitación de responsabilidad.

2.º Esta limitación no procede, por consiguiente, de un cercenamiento de una responsabilidad previamente (en el orden cronológico o en el conceptual) ilimitada, sino de la conversión en responsabilidad de una anterior situación oculta, cuya esencia estaba precisamente en la limitación de aportación. En las relaciones entre el comanditario y el gestor no había limitación de responsabilidad, sino de deuda (deber de aportación limitado); el fenómeno producido es la aparición de esta situación ante terceros, con la consiguiente desviación de la obligación del socio: en vez de estar obligado al gestor está obligado a los terceros por las deudas sociales; pero por este hecho, y en virtud de las consideraciones hechas sobre la sociedad civil, la limitación de deuda se transforma en limitación de responsabilidad, sin que pudiera desaparecer la limitación, pues ello hubiera supuesto la negación

necesidad de previa excusión a los socios colectivos, cuando parece lógico que debiera extenderse a los comanditarios, si éstos respondieran directamente.

No obstante, es evidente la utilidad práctica que la acción directa puede reportar. Sólo hemos querido señalar que la cuestión no debe darse por definitivamente resuelta, ya que los argumentos señalados por la doctrina no son totalmente decisivos. En todo caso, habría que señalar otro origen a la expresión «obligaciones y pérdidas» del art. 148; el 273 del Código de 1829 la introdujo, modificando así a las Ordenanzas de Bilbao, que sólo hablaban de pérdidas (Cap. X, núm. 13). Tal vez el origen sea la opinión de PARDESSUS, loc. cit., páginas 123-24, que admite ya la acción directa, y que fué, según es sabido, una de las fuentes fundamentales del Código de 1829.

(45) POTIER, *Traté du contrat de société* (ed. París, 1807, pág. 76), asimilando la sociedad comanditaria a las cuentas en participación (*société anonyme*, según la terminología francesa de la época), dice: «Dans les sociétés en commandite, n'y ayant que l'associé principal... c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige, et que les associés en commandite... ne sont point tenus de dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé principal... a contracté. Ils n'en sont tenus qu'envers leur associé principal..., qui les a contractées. Ils doivent l'en acquitter chacun pour la part qu'il a en la société; savoir... l'associé en commandite, seulement: jusqu'à concurrence du fonds qu'il a mis dans la société».

del fundamento económico y de la misma utilidad de la sociedad comanditaria.

Ambas limitaciones de responsabilidad están ligadas, a su vez, a medidas de garantía, que las condicionan estrechamente: en la anónima, las medidas relacionadas con el principio de fijeza del capital, y la falta de un propio y originario derecho del accionista a la gestión social. En la comanditaria (46), a las rigurosas prohibiciones impuestas al comanditario sobre inmixtión y sobre inclusión de su nombre en la razón social.

Proyectado todo lo dicho en este apartado sobre el nacimiento de una nueva forma social, hay que concluir que habrá que aplicarle el criterio del Derecho común impeditorio de toda limitación de responsabilidad fundada en un precepto legal que la autorice, ya que los casos de limitación de responsabilidad que se encuentran en materia de sociedades mercantiles no son ampliables fuera de los estrictos supuestos en que encuentran su fundamento adecuado. El *numerus appertus* del artículo 122 C. de c. es aquí inoperante, ya que no es sino un permiso, en abstracto, para crear nuevos tipos sociales, sin prejuzgar nada acerca de las características o régimen de los mismos; tal régimen habrá de moverse en los límites que le permitan los principios imperantes en el ordenamiento; el artículo 122 no autoriza ninguna excepción a tales principios.

○ Tratemos de enfocar, a la vista de todo lo expuesto, el problema de la sociedad de responsabilidad limitada. La doctrina se ha planteado la cuestión de si el régimen de responsabilidad de este tipo social es el de anónima (sólo responde la sociedad, no los socios) o el del comanditario (responde el socio, pero sólo hasta un límite cuantitativo prefijado) (47). Para ello se ha par-

(46) Al hablar de sociedad comanditaria, nos referimos siempre a la comanditaria simple. La comanditaria por acciones sigue, en cuanto al comanditario, las mismas reglas y principios que la anónima.

(47) La primera opinión es la dominante en la doctrina: GARRIGUES, *Tratado* 1-2, págs. 1149-51; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, págs. 635-37; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, loc. cit., pág. 400 (para el Proyecto de 1926); NAVARRO AZPEITIA, loc. cit., pág. 28; SALVADOR BULLÓN (HILARIO), *Derecho Mercantil*, Madrid, 1948, pág. 130; VALLS DE GOMIS, ob. cit., páginas 60, 62 y 68 (se contradice, sin embargo, en la página 86); YVANOS TRUCHARTE, *La responsabilidad subsidiaria de los socios en la compañía de responsabilidad limitada*, «Anales de la Universidad de Murcia», curso 1949-50, primer trimestre, pág. 44. En otros casos, se parte de la misma idea, sin hacer alusión expresa.

Con más o menos precisión técnica defienden la segunda opinión GAY DE MONTELLA, *Tratado de compañías colectivas, comanditarias, de responsabilidad limitada, cooperativas y asociaciones de cuentas*, Barcelona, 1942, págs. 282-84; DE MUNSUER, loc. cit., pág. 440; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Zaragoza, 1944, I, pág. 191; y, sobre todo, VALLET DE GOYTISOLO, loc. cit., en esp., págs. 593, 601, 603-04, 606 y 613 y siguientes. Partiendo del supuesto de que la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro Derecho tiene una configuración personalista (problema al que se aludirá más adelante), cree que no cabe aplicarle el régimen de responsabilidad de la anónima, puesto que

tido del hecho, admitido como cierto, de que la limitación de responsabilidad, en un sentido o en otro, tenía un adecuado fundamento en nuestro Derecho positivo. De las consideraciones expuestas se deduce que, por el contrario, dicha limitación es contraria a los fundamentos y principios del ordenamiento español. Resulta, pues, indiferente a nuestro objeto cuál de los dos sea el régimen de responsabilidad que se pretende aplicar al nuevo tipo. Ambos parecen improcedentes.

No obstante, y de ello hay que partir, hay un hecho indudable: la existencia *de facto* de numerosas sociedades de responsabilidad limitada, el arraigo que han alcanzado en nuestra realidad comercial, su influencia en las concepciones sociales y económicas dominantes. E incluso algo más: algo que trasciende de la esfera de los hechos y produce una especie de legitimación, *prima facie*, y en la esfera de actuación de órganos propiamente jurídicos, de la sociedad de responsabilidad limitada: su admisión al Registro Mercantil en virtud del artículo 108 R. R. M., a la autorización notarial como presupuesto de la inscriptibilidad, a la actuación tributaria del Estado en virtud de las leyes fiscales, a la actividad jurisdiccional en virtud de la práctica creada, incluso por el Tribunal Supremo. Esta legitimación podrá ser destruida si se impone la convicción de la contradicción entre la sociedad limitada y los principios cardinales de nuestro ordenamiento. Pero mientras tanto, es ineludible su estimación como elemento a tener muy en cuenta.

Por ello hay que señalar cuál es el significado de la forma social analizada, en la práctica actual, y en cuanto a su consagración legal, próxima al parecer:

a) La sociedad de responsabilidad limitada es, en su significación actual, el término de la evolución que ha ido alejando a la sociedad anónima de su primitivo sentido. Al perder la anónima su originario carácter de privilegio en sentido estricto para pasar a disfrutar del régimen de las llamadas disposiciones normativas, al ampliarse su concepto hasta dar cabida a cualquier tipo de sociedad, prescindiendo de su volumen económico, de la extensión de su substratum personal, e incluso de la pluralidad de voluntades efectivas en el gobierno y dirección de la entidad social (48), resulta perfectamente lógico, y justificado, en un plano meramente histórico, que la limitación de responsabilidad no se

si bien en ambas hay limitación de responsabilidad, distintas causas pueden producir idénticos efectos. Para este autor, la sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad personalista en que la responsabilidad de los socios (directa, subsidiaria y solidaria, como en la colectiva) se ha limitado a una cifra tope. Cuando han aportado hasta esa cifra, la responsabilidad se objetiviza en cierto modo en el patrimonio social, pero es sólo porque los socios han quedado libertos de su deuda. Para un conocimiento más profundo de la tesis, que es en sí bastante compleja, debe consultarse el trabajo.

(48) V. DE CASTRO. *La sociedad...*, cit., pág. 1410 y siguientes.

estimara necesariamente ligada a determinadas características sociales, que en la realidad habían desaparecido, y se quisiera ampliarla a cualquier forma de sociedad, fuere cual fuere su nombre, su régimen interior y su importancia económica (49).

La sociedad de responsabilidad limitada podrá no considerarse congruente con los principios meramente jurídicos de un ordenamiento. Pero su imposición como realidad social es inevitable mientras se dé acogida legal a la referida evolución de la sociedad anónima. La vida económica deriva por los cauces que le permiten una mayor libertad de movimientos, una mayor comodidad, mientras las normas jurídicas no le impongan límites fundados en una recta conjugación de las conveniencias económicas con los principios políticos y morales adecuados.

b) La anunciada consagración legal de la sociedad de responsabilidad limitada le daría, indudablemente, una fundamentación jurídica válida en nuestro ordenamiento; pero no se trataría de una excepción más al principio de responsabilidad personal e ilimitada de los socios de una sociedad por las deudas sociales, sino del derrumbamiento de tal principio, que aún parece vigente en nuestro Derecho. La sociedad anónima y la limitada cubrirían en tal medida todo el campo de posibles finalidades y supuestos asociativos, que tal principio pasaría a ser de índole dispositiva, lo cual, habida cuenta de la mencionada tendencia de la vida económica, no tardaría mucho en hacer desaparecer por completo la efectividad práctica del mismo.

La limitación de responsabilidad quedaría ligada, no a características sociales determinadas, sino al mero hecho asociativo. Pero éste, a su vez, es una débil justificación de la misma. El estadio inmediato sería sin duda el que ya, y en gran parte por la introducción práctica de la sociedad limitada, se adivina como próximo: la limitación de responsabilidad del comerciante individual. ¿Por qué, si A se asocia con B, pueden ambos fijar arbitrariamente un tope a la responsabilidad por su propia gestión comercial, y en cambio cada uno de ellos, en su actuación individual, no puede hacerlo? En efecto, no hay razón ninguna (50).

(49) De aquí la relación entre la amplitud o rigidez del régimen de la sociedad anónima en los distintos países y la urgencia con que cada uno ha tratado de introducir la sociedad de responsabilidad limitada.

(50) No parece necesario recoger la ya abundante bibliografía sobre la limitación de responsabilidad del comerciante individual. Sólo queremos aludir a la, al parecer, más reciente defensa de la tesis que la admite, la de VALLS TABERNER, "Hacia la limitación de responsabilidad de la empresa individual" (*Revista Jurídica de Cataluña*, marzo-abril, 1952, págs. 117-18) que la evolución en materia de sociedad ha roto la conexión entre gestión y responsabilidad ilimitada; las fases son: en la comanditaria, la limitación de responsabilidad es incompatible con toda gestión, aun en concepto de apoderado; en la anónima no da derecho originario a la gestión, pero es compatible con ella en concepto de apoderado; y, finalmente, en la de responsabilidad limitada, la limitación se une a un originario derecho y deber de gestión. Es sólo un aspecto, pero muy interesante, de la tesis expuesta en el texto.

Para la vida del comercio, la sociedad de responsabilidad limitada parece haber sido un hallazgo feliz; no cabe olvidar esta realidad. Los intereses económicos han de ser tenidos en cuenta. Pero antes de dar un paso realmente decisivo, es preciso meditar: no se trata de regular algo ya admitido por su adecuación a nuestros principios jurídicos, sino de introducir una modificación radical en los mismos. Las conveniencias económicas, los intereses del tráfico, no son valores absolutos; por el contrario, han de ser puestos en relación con otros valores morales, sociales y políticos, a fin de obtener una conjugación lo más racional posible. Todo ello aparte de que los intereses del tráfico, como la seguridad jurídica, tienen una doble vertiente, y lo que por una de ellas se trata de favorecer puede venirse abajo por la otra (51) (52).

II

Régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada

La posición adoptada en cuanto a la fundamentación jurídica actual de la sociedad de responsabilidad limitada no exime de determinar, a la vista de la legitimación que, *prima facie*, protege en la realidad jurídica a este tipo social, cual es su régimen jurídico actual, qué criterios deben prevalecer para hallar unas normas que le sean aplicables en su existencia de hecho.

Nos limitaremos a analizar: A) El presupuesto básico de la determinación del Derecho aplicable, esto es, la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada. B) Los criterios fundamentales para el hallazgo de normas aplicables. C) La aplicación de los mismos a algunos aspectos de la sociedad, por vía de ejemplo, y con especial referencia a la utilización analógica de los preceptos de la reciente Ley de Sociedades Anónimas.

Es preciso antes reiterar que actuamos para ello haciendo caso omiso de nuestra posición sobre la admisibilidad legal de la sociedad limitada, y aceptando simplemente su existencia real.

A) Teniendo en cuenta la falta de toda regulación sustan-

(51) Con referencia a otro campo, lo señaló como peligro GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La buena fe y la seguridad jurídica*, en «Bocetos Jurídicos», A. A. M. N., III, págs. 328 y siguientes. Es sabido que a menudo los Bancos, en sus relaciones con las sociedades de responsabilidad limitada, exigen la firma de todos los socios, aunque no sean gestores.

(52) Tal vez tenga interés señalar que hemos llegado a la expuesta tesis negativa sobre la sociedad de responsabilidad limitada a través de la dificultad, verdaderamente insuperable, que encontramos al tratar de hallar la verdadera justificación y fundamento de la limitación de responsabilidad. La poca convicción que producían los argumentos encontrados hizo girar nuestra opinión en sentido contrario.

va, directa y específicamente aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, es natural que la doctrina, por su parte, haya intentado determinar qué normas jurídicas le son aplicables, y que, como base para un intento de aplicación, por analogía, de normas dictadas para otros tipos sociales, haya ensayado diversas tentativas de encuadramiento de la sociedad limitada en clasificaciones doctrinales, con la consiguiente aproximación a tipos sociales conocidos, de los que poder partir para el uso del criterio analógico. Para ello se ha escogido, por lo general, la clasificación que divide a las sociedades mercantiles en personalistas y capitalistas. La tendencia más generalizada adscribe la sociedad limitada a las personalistas (53), si bien no es difícil advertir posiciones eclécticas (54), e incluso, aunque muy raramente, contrarias (55). Se impone, pues, un análisis del valor de este intento.

a) Al plantearnos la cuestión del alcance de la clasificación de las sociedades mercantiles en personalistas y capitalistas, o, como aún más inexactamente se dice, en sociedades de personas y de capitales (56), no se pretende establecer la clasificación más adecuada de las sociedades mercantiles, ni tampoco criticar intrínsecamente la que examinamos (57). En lo que vamos a fijarnos es en la inutilidad de este criterio clasificador como determinante de las normas que han de regir las sociedades de respon-

(53) PONSA GIL, ob. cit., págs. 219 y 223; WIELAND, *La sociedad de responsabilidad limitada*, «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 245; CASTAÑO, BATLLÉ y BONET, ob. cit., pág. 558; VICENTE y CELLA, *Comentario a Sentencia de 5 de julio de 1941*, «R. G. L. J.», tomo 170, pág. 626; NAVARRO AZPEITIA, loc. cit., págs. 26 y siguientes, y 40 y siguientes; GARRIGUES, *Tratado*, 1-2 páginas 1143 y siguientes, y 1170 y siguientes; FUENMAYOR, loc. cit., pág. 451; BOTER, *Anónimas y impersonales*, «Revista de Derecho Privado», 1947, pág. 31; y LANGLE, ob. cit., págs. 630-31.

(54) Para algunos autores, la sociedad de responsabilidad limitada es un tipo mixto entre las personalistas y las capitalistas: GAY DE MONTELLA, obra citada, pág. 94; VALLS DE GOMIS, ob. cit., *passim*, si bien en otras ocasiones parece admitir que es sociedad personalista; MAJEM MORGADES, *Las causas de disolución en las sociedades de responsabilidad limitada*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1945, págs. 95 y siguientes; SALVADOR BULLÓN (HILARIO), ob. cit., páginas 127 y siguientes; SALVADOR BULLÓN (HILARIO y PABLO), loc. cit., páginas 661 y 669, y *Fundación y disolución de las sociedades de responsabilidad limitada*, «R. Cr. D. I.», abril, 1951, pág. 297; e YAVCOS TRUCHARTE, loc. cit., páginas 43 y siguientes.

Para otros, la configuración puede ser personalista o capitalista, según la voluntad de los otorgantes: ESTASÉN, loc. cit., págs. 553-54; ROCES, *Prólogo a FEINE*, cit., pág. VIII; ELÓSEGUI ALDAY, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, en «Guipúzcoa Económica», abril, 1945, págs. 1-2, y ARENAL, loc. cit., páginas 583-84.

(55) CASTELLAR, loc. cit., pág. 437; CORONAS, loc. cit., pág. 146 (con referencia a algunas legislaciones latinas); y GÓMEZ MORÁN, *Consideraciones sobre el régimen jurídico y fiscal de las Compañías*, «R. Cr. D. I.», 1950, págs. 74 y siguientes.

(56) V. sentencia de 15 de marzo de 1948.

(57) Aunque actualmente parece ir entrando en quiebra en la doctrina. V. infra nota 61.

sabilidad limitada (58). Vemos, en ese aspecto, que el criterio central de esa clasificación es metajurídico, pues se basa en los motivos determinantes de los socios para la fundación de la sociedad (59). La importancia que estos motivos puedan tener solamente puede ser relevante a través de la consideración en que los haya tomado el Derecho; éste, en su labor de reglamentar la realidad social, puede haberlos acogido en cierta medida para la tipificación de las diversas clases de sociedades; pero lo que no se demuestra es que luego le hayan servido de índice para la regulación de las mismas. Es decir, que cada norma relativa a un tipo social determinado venga dada en función, precisamente, de su naturaleza personalista o capitalista.

La inutilidad del criterio clasificador que examinamos se exterioriza en sus resultados: o bien se señala que las sociedades colectiva y comanditaria son personalistas y la anónima capitalista, sin más, o bien que la traducción jurídica de este criterio podemos encontrarla en la contraposición entre sociedades individualistas (con gestión personal de los socios) y colectivistas (en que falta este dato) (60). Pero si examinamos el primer aspecto, advertimos que carece de valor técnico, pues se fija en un dato general que no tiene, por tanto, la concreción necesaria: entre la sociedad colectiva y la comanditaria no tiene sentido hacer una equiparación fecunda para el Derecho, pues si nos fijamos solamente en los elementos comunes a ambas, queda carente de significado la especialidad típica de la sociedad comanditaria, y todo se reduce a restringir este término de la clasificación a la colectiva, con lo que resulta notoriamente incompleta; y si nos fijamos también en los elementos diferenciadores, es imposible toda agrupación, por faltar lo que da valor a una clasificación: estar acertadamente fundada en la última diferencia. Así, ante el hecho de que una sociedad fuera personalista, nada podríamos deducir para el caso que nos planteamos, pues subsistiría la duda de si deben aplicarse las normas que regulan la sociedad comanditaria o las que disciplinan la colectiva. Todo nos conduce, en suma, a reducir la clasificación a esta otra, que sería tal vez más racional para nuestro objeto, pero que no sería una clasificación: la oposición entre sociedad colectiva y sociedad anónima. Pero la necesidad de que un nuevo tipo social se diferencie en algo de los ya existentes para que pueda asignársele la indispensable sustantividad nos lleva a pensar si esta contraposición tiene algún valor; en efecto, ya no se trata de buscar un dato concreto en torno al

(58) Elósegui, loc. cit. estima necesaria la inclusión en alguno de los grupos de efectos de la aplicación de normas por analogía.

(59) Puede tener otros sentidos: autoorganismo o heteroorganismo, transmisibilidad o intransmisibilidad de la cualidad de socio, etc. Pero en tales supuestos parece improcedente darle un valor general respecto a todos los aspectos de la sociedad.

(60) GARRIGUES, *Tratado*, I-1, pág. 396.

cual clasificar, sino de atender a todos los datos diferenciadores de los dos tipos sociales contrapuestos. Y haría falta probar cuál de estos datos es decisivo para fundamentar las normas cuya aplicación analógica se busca. Una mayor profundización por este camino lleva, como es fácil advertir, a la anulación de todo intento de solución unitaria.

Si, por el contrario, buscamos el segundo aspecto (existencia o inexistencia de una intervención de los socios en cuanto tales en la gestión social), se nos vuelve a escapar la solución unitaria. Pues es fácil comprobar que solo en un campo muy restringido el dato escogido tiene virtualidad para fundamentar otras normas.

Por otra parte, encuadrar en la clasificación antedicha cualquier tipo nuevo de sociedad y aplicarle sin más las normas del grupo en que ha encajado, equivale a incurrir en los errores más criticados del conceptualismo jurídico: la trascendencia normativa de las clasificaciones conceptuales y el método de inversión.

Aun en los casos en que se atiende al carácter mixto de sociedades de personas y de capitales que la sociedad de responsabilidad limitada tiene para algunos autores (V. supra, nota 54), el criterio de clasificación resulta inadecuado, pues también con él se abandona el estudio de la finalidad de cada norma jurídica —único que puede servirnos— y se emplea únicamente una distinción artificial (relaciones personales y relaciones de capital) cuya conexión con la «ratio iuris» de las distintas normas no aparece comprobada.

De este intento sólo podemos obtener un dato de cierto valor, que, sin embargo, no alcanza su significación a la luz del criterio combatido, sino del que en su momento expondremos: el de que la conexión existente entre la actuación personal e infungible de un socio y el funcionamiento de la sociedad o el cumplimiento del fin social, puede afectar a la determinación del Derecho aplicable en ciertos limitados aspectos: así, en cuanto a transmisibilidad de la cualidad de socio y a causas de disolución de la sociedad. Fácil es comprobar la distancia que media entre esto y el intento de buscar por este camino una solución unitaria del problema (61).

b) Otro motivo de quiebra del intento consiste en que no es posible adscribir invariablemente la sociedad de responsabilidad limitada como tipo social, ni una concreta sociedad de responsabilidad limitada, todo ello dentro del régimen español, a ninguno de los dos términos de clasificación propuestos. Ya se ha visto

(61) Hoy día se tiende a desconfiar de la eficacia de este criterio clasificador: CASTÁN, BATLLÉ y BONET, loc. cit., págs. 553-54 y 556, le dan sólo un valor relativo; también se ha criticado en su aplicación al hallazgo de Derecho aplicable a la sociedad limitada: EIZAGA, loc. cit., págs. 91 y siguientes; fuera de España, EUNAPIO BORGES, *Sociedades de pessoas e sociedades de capital. O sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, «Rev. Forense», marzo, 1950, págs. 17 y siguientes.

cómo, a pesar de que la doctrina española pensó en un principio que la introducción de la sociedad de responsabilidad limitada suponía la adopción de modelos ingleses, este criterio se desvirtuó al dar la práctica otro significado al nuevo tipo social utilizado: el de ser una sociedad colectiva con limitación de responsabilidad. Esta fué y sigue siendo en la práctica, la orientación básica de nuestra sociedad limitada. Pero al amparo del régimen de libertad anárquica que esta forma social viene disfrutando en España, ha venido posteriormente a cumplir, si bien con carácter cuantitativamente más restringido, otra serie de funciones, en realidad todas las que podían conseguirse, al margen de la sociedad anónima, en virtud del sistema de «*numerus appertus*» de nuestro C. de c. y a través del régimen de limitación de responsabilidad. Ello ha conducido a que no quepa hoy, a la vista de la realidad española, partir de un concepto claro y definido de la sociedad de responsabilidad limitada. Sólo se puede decir de ella que es una sociedad con responsabilidad limitada que no es una anónima (62). Dentro de esta concepción, esencialmente negativa, cabe todo; ello es así porque no hay normas que la delimiten de manera más positiva. Por ello parecen inútiles los intentos de un sector de la doctrina para hacer una delimitación coactiva de la sociedad de responsabilidad limitada a base de criterios sin apoyo alguno en nuestros textos positivos y derivados de un determinado concepto, extra legal, ajeno a una tipificación práctica efectiva, y por lo general basado en consideraciones doctrinales o de Derecho Comparado, de la forma social estudiada (63).

No quiere esto decir que la regulación estatutaria de la sociedad limitada carezca de límites coactivos en que moverse. Estos límites habrán de ser precisamente señalados en base a una recta aplicación analógica de normas dictadas para otros tipos sociales. Pero es que para la aplicación analógica hay que partir de un supuesto de hecho concreto, y es este supuesto el que tiene en nuestra realidad social, inevitablemente, una extremada variabilidad (64).

(62) SALVADOR BULLÓN (HILARIO), ob. cit., pág. 128, cita como *caracteres esenciales únicos*: existencia de su capital social, responsabilidad limitada y presión en la denominación de que se trata de sociedad de responsabilidad limitada. La adición de otras notas al definir la esencia parece improcedente: así, el régimen mayoritario (EIZAGA, loc. cit., págs. 94-95), la razón social y la inexistencia de títulos (AVILÉS, ob. cit., pág. 145); v. así mismo la arbitraria definición de BENITO (J. L.), loc. cit., núm. 48.

(63) Sirva de ejemplo la pretensión de que los socios responden solidariamente, cada uno hasta el montante del capital social, MORET, loc. cit., págs. 23-24; GARRIGUES, *Tratado*, I-2, pág. 1.148; AVILÉS, loc. cit., pág. 150; contra, VALLS DE GOMIS, ob. cit., págs. 70 y 89. También la supuesta prohibición de que la cualidad de socio se incorpore a un título-valor (v. infra, C, d). Asimismo, las declaraciones de la sentencia de 4 de febrero de 1929 y la resolución de 11 de agosto de 1943.

(64) En la práctica hemos podido comprobar casos de sociedades limitadas idénticas a colectivas con limitación de responsabilidad, y otros, prácticamente iguales a anónimas. V. asimismo ARENAL, loc. cit., págs. 583-84.

Tampoco quiere decir que, si en definitiva, se quiere regular la sociedad de responsabilidad limitada, no sea preciso delimitar su concepto y el ámbito en que haya de moverse la determinación estatutaria del contenido básico de la sociedad. Esto será preciso, y debe ser establecido teniendo en cuenta la función económica que se asigne a esta forma social. Pero por ahora, es una cuestión de «*lege ferenda*».

c) Con lo ya dicho bastaría para desvirtuar la solución que se trata de combatir. Pero juzgamos útil añadir algunas consideraciones acerca de dos de los argumentos más corrientemente esgrimidos en defensa de la tesis que atribuye a la sociedad de responsabilidad limitada una naturaleza necesariamente personalista. Son relativos a la razón social y al valor de doctrina legal que se asigna a la jurisprudencia dictada sobre la sociedad de que nos ocupamos.

1.º La mayoría de la doctrina estima, apoyándose en razones doctrinales, o, especialmente, en el artículo 108 R. R. M., que la sociedad de responsabilidad limitada ha de tener necesariamente una razón social, estándose vedada la denominación objetiva propia de la anónima, si bien se reconoce la tendencia contraria sustentada por las más recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros, a que más adelante haremos referencia (65). De aquí se deduce que, siendo la razón social algo propio de las sociedades que se estiman personalistas (colectiva y comanditaria), esta misma naturaleza ha de poseer la de responsabilidad limitada.

Para obtener esta conclusión es necesario demostrar, de modo previo, que la razón social determina o supone dicha configuración. La doctrina que examinamos se basa, como se ha dicho, en que el Derecho otorga razón social a las sociedades en las que las cualidades personales de los socios constituyen uno de los motivos determinantes de la asociación; pero este extremo nada tiene que ver con la razón social, pues la función de ésta es, de manera primordial, señalar a los posibles contratantes con la sociedad el nombre de un socio, por lo menos, de los que—en su caso—responderán por las deudas sociales personalmente, de modo ilimitado, y solidariamente con los demás socios. Esta conexión es la que resulta con toda claridad de los artículos 126, 146 y 147 C. de c.; en cambio, la que la doctrina propone no resulta en modo alguno de la Ley, si no es por vía de mera coincidencia, a la que no cabe atribuir valor alguno.

Es cierto que en las sociedades en que existe el tipo de responsabilidad últimamente referido, el Derecho parece tomar en cuen-

(65) MORET, loc. cit., pág. 45; BENITO (J. L.), loc. cit., núm. 95; GAY DE MONTELLÁ, loc. cit., págs. 92 y 278; VALLS DE GOMIS, loc. cit., págs. 33-34; GARRIGUES, *Tratado*, I-2, pág. 1146; LANGLE, ob. cit., págs. 640-41; y SALVADOR BULLÓN (H. y P.), *Fundación*, cit., pág. 289.

ta en cierta medida, al reglamentarlas, las cualidades personales de los socios, por lo que estima la doctrina que ambos caracteres van unidos. Pero de ello puede solamente deducirse que la razón social y la responsabilidad ilimitada de los socios son correlativas en nuestro sistema legal, y sólo de modo indirecto el carácter personalista de la sociedad que la adopta.

En la sociedad de responsabilidad limitada se plantea la cuestión de modo muy diferente en cuanto, por una parte, se trata de una nueva forma social, y, a diferencia de lo que ocurre con las ya conocidas, sobre las que ha fundado la doctrina la clasificación que examinamos, la correspondencia entre razón social y carácter personalista no se deriva de la Ley, y, de otra, porque falta aquí la función que hemos señalado como esencial de la razón social, a la cual queda solamente la de informar acerca de alguien que es socio en la sociedad, lo que también constituye un factor que influye en el crédito de la misma, pero no en virtud de una conexión legal, sino meramente voluntaria. Si observamos que la denominación de la sociedad anónima puede estar constituida por nombres de los socios (V. supra nota 15), unido a lo dicho anteriormente, nos hace pensar en la conveniencia de preguntarse: 1.º Si a partir del R. R. M. no se ha desvirtuado el antiguo concepto de la razón social, ampliándolo. 2.º Si la razón social en este amplio sentido, que ha de aceptar la doctrina, tiene relación con el carácter personalista de una sociedad (relación—se entiende—con trascendencia jurídica). Todo ello nos lleva a examinar el artículo 108 del R. R. M.

Para ello, ha de ser puesto en relación con los motivos de aparición de esta nueva forma social, con las opiniones de la doctrina jurídica española anterior a él, y con el ejemplo de la legislación y la doctrina extranjeras. No cabe olvidar la cuestión que para nuestra antigua doctrina aparecía como fundamental: la de la posibilidad de utilizar una razón social que contuviese el nombre de todos o algunos (o alguno) socios, a pesar de que la responsabilidad de la sociedad se limitaba a su patrimonio (V. supra I, al principio); se afirmaba a veces, como vimos, la imposibilidad de sociedades de responsabilidad limitada y razón social, afirmando igualmente por algunos autores que en el caso de crearse configuradas de este modo incurriían los socios cuyos nombres figuraran en ella en responsabilidad personal, solidaria e ilimitada; esta preocupación por la posibilidad de la admisión de la sociedad limitada así configurada, que hizo relegar a segundo plano los problemas de su conveniencia y hasta los de su total configuración (66), nace del modelo propuesto como sociedad de responsabilidad limitada: la exigencia de la razón social no nace arbitrariamente, sino siguiendo el modelo inglés de la «company

(66) V. RORG Y BERGADÀ, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, Barcelona, 1923, pág. 7.

limited by guarantee», y, más adelante, de la «private company» (V. supra, autores citados en nota 6), que es el que satisfacía el deseo de reunir en una sola forma social la gestión directa de los asuntos sociales, la responsabilidad limitada y el valor que representa—figurando en la razón social de la compañía—el crédito de un nombre conocido en el comercio (67).

La discusión entablada sobre la posibilidad de admisión de la sociedad de responsabilidad limitada, centrada precisamente sobre el dato de la razón social, nos explica la génesis del artículo 108 R. R. M. y la mención que en él se hace de la misma. El citado artículo, continuando la trayectoria hasta entonces seguida, no se ocupa de la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada—también en parte por su carácter de norma reglamentaria—, sino de resolver el problema planteado por la doctrina en el sentido de declarar legalmente la posibilidad de su admisión al efecto de la inscripción; por ello, al no plantearse más que la inmediata cuestión práctica, no se preocupa del significado jurídico de la razón social, ni de si es un elemento constante y necesario en la sociedad de responsabilidad limitada, sino sólo de lo que estimaba problema apremiante, para dejarlo resuelto, como la doctrina en efecto estimó que había sucedido (68). Y lo hace, siguiendo las indicaciones de la doctrina, mediante la adición de palabras que señalen la limitación de responsabilidad (V. supra, nota 9) (69).

En cambio, no se había planteado cuestión alguna respecto de las sociedades de responsabilidad limitada y denominación objetiva; aunque se parta de la base de que tales sociedades no existían aun antes del R. R. M., parece indudable que no habría habido inconveniente en admitirlas, pues las razones aducidas por los defensores de la posición negativa no les afectaban en modo alguno. Quedarían excluidas del artículo 108, pero su inscriptibilidad habría resultado de los preceptos generales (arts. 107-1.^º y 123 R. R. M.).

Todo lo anterior determina la imposibilidad de utilizar el término «razón social» para referirse a la denominación personal de la sociedad de responsabilidad limitada, siempre que se quiera conservar a dicho término su significado tradicional. Por ello, la llamada razón social de la sociedad de responsabilidad limitada no cumple su ordinario cometido, ni está sujeta a los principios que rigen la de las sociedades de responsabilidad ilimitada (art. 126 C. de c.). Lo mismo sucede con la razón social

(67) V. CASTELLAR, loc. cit., pág. 439; BENITO (L.), *Prólogo a MORET*; modernamente, NAVARRO AZPEITIA, pág. 24.

(68) La mayoría de los autores posteriores estiman decisivo el art. 108, R. R. M. (V. supra nota 10). También ROCES, *Prólogo a FEIJNE*, impugna la trascendencia de dicho precepto.

(69) Esta recta interpretación del art. 108, R. R. M., ha sido vista por PONSA GIL, loc. cit., págs. 232-33, y ARENAL, loc. cit., págs. 582-83.

hoy admitida para la sociedad anónima. El interés que puede tener el que estas razones sociales impropias contengan los nombres de los socios se mantiene en el terreno meramente económico, como índice de la voluntad de las partes al adoptarlas. Pero en el plano jurídico su función es idéntica a la de una denominación objetiva: identificar a la sociedad en la vida social y comercial, y servir, en su caso, como firma social en las transacciones.

Esta nueva conceptuación de la razón social ha sido descuidada por la doctrina hasta que la D. G. R. N. la ha señalado en varias Resoluciones. La de 15 de enero de 1945 acoge como mero hecho, pero sin combatirlo, la doble existencia de razón social y de denominación objetiva en la realidad práctica de las sociedades de responsabilidad limitada. La de 12 de diciembre del mismo año señala que la llamada razón social de la sociedad limitada «parece más bien denominación de la compañía», pues «a ninguno de los socios en ella incluidos se les puede exigir responsabilidad superior a la cuantía de su respectiva aportación ni les es aplicable el artículo 147 del Código mercantil ni se les autoriza para firmar como no sea con el aditamento de «compañía de responsabilidad limitada». La de 10 de mayo de 1946 establece la debida correlación entre exigencia de razón social y responsabilidad ilimitada, argumentando, en base a Derechos extranjeros, precedentes españoles e ideas de índole doctrinal sobre el carácter mixto de la sociedad limitada, para concluir que no cabe imponerles el uso obligatorio de una razón social, sin más base que la declaración del artículo 108 R. R. M. Esta última declaración es reiterada por la Res. de 3 de junio de 1948 (70).

En conclusión, la razón social de las sociedades de responsabilidad limitada constituye una denominación de carácter personal, lo que no aclara nada sobre la naturaleza de la sociedad, de una parte por la diferencia de función respecto de la razón social de las sociedades colectiva y comanditaria, y por la inaplicabilidad de los requisitos preceptuados para la razón social de éstas, de otra porque la razón social no determina la aplicación de determinadas normas (en las sociedades colectiva y comanditaria no es principio, sino a lo sumo consecuencia de la configuración personalista de la sociedad), y, finalmente, porque ni si-

(70) Sobre la base de la moderna posición de la D. G., un sector de la doctrina va comprendiendo el recto sentido de la razón social: además de ARENAL, cit. en nota anterior, V. GIRÓN TEIXA, *Comentarios a las Resoluciones de 12 de diciembre de 1945*, «Revista de Derecho Mercantil», mayo-junio, 1946, página 491, y de 10 de mayo de 1946, id., septiembre-octubre de 1946, págs. 145 y siguientes; y VENTURA-TRAVESET, comentario a la segunda resolución citada, «Rev. Gen. Der.», 1946, págs. 563-64.

quiera la denominación personal es exigible, pudiendo ser de tipo real (71).

2.^º El argumento deducido de la existencia de doctrina legal se apoya en las SS. de 5 de julio de 1940, 5 de julio de 1941 y 13 de febrero de 1948 (72). Algunos autores que no pueden ser considerados como defensores de la teoría personalista, hacen notar, sin embargo, este argumento (73). Deben verse los Considerandos de las Sentencias que estimamos innecesario reproducir aquí.

Sobre las dos primeras sentencias citadas hay que hacer notar:

1. Cuando se refiere a la clasificación «personalistas-capitalistas», el T. S. lo hace en base a las legislaciones extranjeras, aunque haya que señalar, con Polo, que esta declaración no tiene un valor absoluto. La definición según la cual la sociedad de responsabilidad limitada es «una sociedad de tipo personalista en la que se injerta el principio de limitación hasta cierta suma de la responsabilidad de los socios» (S. 1941) se refiere en general a las legislaciones latinas, lo cual no ha sido notado por la doctrina. Ello quita gran valor al argumento, ya que, por una parte, nuestro régimen no puede incluirse entre tales legislaciones, por la sencilla razón de que no hay tal legislación sobre sociedad de responsabilidad limitada en España, y por otra, entre nosotros el planteamiento de la cuestión es anterior en el tiempo al momento de aparición de legislaciones latinas sobre este tipo social.

2. El T. S. señala que es la analogía y respeto al pacto social, así como la orientación de la doctrinal, lo que hay que seguir para regular la sociedad de responsabilidad limitada, y esto es lo que hace en el caso resuelto (S. 1941), indicando que en el fallo apelado no se había aplicado *de modo directo* el artículo 132 C. de c.

3. Las declaraciones del T. S. en ambas Sentencias se refieren al caso en litigio; no pretenden hacer aplicaciones generales, lo que ha sido omitido por la doctrina. Demuestran estas las siguientes consideraciones: de una parte, la declaración que hace la Sala sentenciadora de que el Tribunal «ha manejado con acierto los métodos de aplicación e integración del Derecho», frase que está referida a la solución del caso en litigio (S. 1941); de

(71) Resoluciones de 10 de mayo de 1946 y 3 de junio de 1948, aunque, inexactamente a nuestro juicio, se basan en el carácter mixto de la sociedad de responsabilidad limitada.

(72) GARRIGUES, *Tratado*, I-2, págs. 1173 y 1176; FUENMAYOR, loc. cit., páginas 452-53; VICENTE Y GELLA, *Curso...*, I, pág. 191, y *Comentario...*, cit., páginas 625 y siguientes; BOTER, *Disolución y liquidación de Sociedades mercantiles*, Barcelona, 1947, págs. 40 y 72; ELÓSEGUI, loc. cit., pág. 2; POLO, *Comentarios a la sentencia de 5 de julio 1940*, «Revista de Derecho Privado», 1942, páginas 245 y siguientes; y GUIJARRO ARRIZABALAGA, *La participación social por acciones y los valores mobiliarios en el Derecho español*, San Sebastián, 1947, páginas 88-89.

(73) GAY DE MONTELLA, loc. cit., edición de 1948, pág. 289, y EIZAGA, loc. cit., págs. 91-92.

ctra, que se habla de que las normas de la sociedad colectiva son «las más adaptables a la forma especial de la presente», pero con ello no se quiere referir a más adaptables a la sociedad de responsabilidad limitada (que es la presente), sino a la propia sociedad de responsabilidad limitada (S. 1940).

4. El T. S. no se refiere a la clasificación establecida por la doctrina, sino que habla solamente del *intuitus personarum*, lo cual es cosa muy diferente. Por ello se refiere solamente al caso en litigio, pues la sociedad capitalista por excelencia (anónima) puede estar—en un caso concreto—basada en el *intuitus personarum*, haciendo notar el T. S. para demostrar la existencia de éste que la parte actora se había basado en las normas que regulan la sociedad colectiva; este hecho de recurrir al testimonio del demandante prueba que se trataba de una cuestión *de facto*.

En conclusión, el T. S. no trata de aplicar normas por analogía a la sociedad de responsabilidad limitada, sino de aplicarlas al caso controvertido. Esto lleva a la conclusión de que, en casos diferentes a los contemplados y en los que no se den las características que llevaron al T. S. a admitir la configuración personalista, no hay que estimar aplicable la doctrina sentada. Esta consideración desvirtúa los temores de Polo ante lo que el considera excesiva asimilación de la sociedad de responsabilidad limitada a la colectiva.

En cuanto a la S. de 18 de febrero de 1948 no era necesario en ella recurrir a la configuración personalista para resolver el caso en litigio. Se trataba de la aplicación del artículo 224 C. de c. El supuesto de aplicación de este artículo, determinado por su fundamento, es el de una sociedad de duración indefinida en que los socios no tengan plena libertad para salir de la sociedad, por lo que, para evitar su perpetua vinculación a ella, se juzga preciso admitir la denuncia unilateral. Por tanto, si se hubiera tratado de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se pudiera ceder libremente las participaciones, no habría razón alguna para aplicar el artículo 224. En cambio, cabría estimar aplicable dicho artículo por analogía a una sociedad anónima en que se diera la citada restricción a la libertad de los socios para salir de la sociedad enajenando sus acciones. La cuestión está, por tanto, relacionada con el *intuitus personarum* tenido en cuenta en una determinada sociedad, pero no puede servir de base para sentar principios de aplicación general.

Se afirma, en cambio, que la S. de 4 de febrero de 1929 configura como capitalista a la sociedad de responsabilidad limitada, ya que hace notar sus diferencias con la colectiva y la comanditaria, y hace aplicación a ella de determinados principios, tomados al parecer del Proyecto de reforma del C. de c. de 1926, y que la doctrina estima propios de las sociedades capitalistas. Pero en cuanto al primer dato, hay que tener en cuenta que las diferencias, indudables, entre la sociedad limitada y las que nor-

malmente se suelen conceptuar como personalistas no nos obligan a entender que dicha sociedad sea capitalista, y en cuanto a lo segundo, aparte del escaso valor normativo de principios obtenidos de proyectos que no llegaron a tener vigencia, hay que observar que la aplicación de normas de matiz capitalista no está reñida con la configuración personalista de una determinada sociedad de responsabilidad limitada, puesto que incluso en la sociedad anónima puede darse en ocasiones el *intuitus personarum*.

No hay, por consiguiente, una doctrina legal uniforme sobre la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto tipo social abstracto, sino a lo sumo, sobre la necesidad de aplicar un criterio casuístico (SS. de 5 de julio de 1940 y 5 de julio de 1941).

Aunque al margen del problema de la existencia de doctrina legal, queremos hacer una ligera referencia a la posición de la D. G. R.: en un principio, pareció mantener la tesis personalista (Resolución 14 de julio de 1933, 16 de abril de 1942 y 9 de marzo de 1943); después, se inclinó por la configuración capitalista (Res. 11 de agosto de 1943), para terminar sosteniendo una posición ecléctica al considerar a las sociedades limitadas como mixtas de anónimas, colectivas y cuentas en participación (Res. de 15 de enero de 1945, 10 de mayo de 1946, 21 de marzo de 1947, 3 de junio de 1948 y 2 de agosto de 1950). No faltan, sin embargo, en la doctrina de la Dirección elementos para considerarla adherida al criterio casuístico del T. S. (V. especialmente Res. 14 de julio de 1933, 16 de abril de 1942 y 3 de junio de 1948).

B) No hemos podido llegar en el apartado anterior a conclusiones unitarias respecto a la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada en la práctica, y, aun en el caso que hemos considerado más frecuente, no cabe pensar en una analogía sustancial con otro tipo social, el de la sociedad colectiva, sino en una mera aproximación global. Ahora bien, esta aproximación no puede servir de criterio de aplicación analógica; en torno a este problema hay que sentar dos conclusiones:

1.^a Si una serie de hechos constituyen el supuesto de una serie de normas, y encontramos en la realidad otra serie de hechos correlativamente análogos a los primeros, en general, pero en que uno o varios de ellos se desvían y no conservan esta analogía, no cabe prescindir de esta desviación y aplicar globalmente las normas dadas, sino que habrá que descomponer la regulación asignada y estudiar la aplicación analógica norma por norma.

2.^a Tanto en esta aplicación aislada, como en la aplicación global por ser análogos todos los hechos de las dos series, no basta la analogía, sino que es preciso probar que la *ratio iuris* de las normas que se desea aplicar reside precisamente en el elemento común de ambos supuestos de hecho, no en el elemento diferencial que ha de existir para que no haya identidad plena; es pre-

ciso asimismo que el elemento diferencial no se oponga al juego, derivado de la igualdad de *ratio iuris* (74).

Las consecuencias de lo dicho son: *a)* el problema ha de ser resuelto respecto de cada caso concreto de sociedad de responsabilidad limitada, sin que quepa citar, en cuanto a este problema de la aplicación analógica, más que un solo dato de valor general: el de que se aplicarán las normas de la sociedad anónima cuya *ratio iuris* sea precisamente la inexistencia de responsabilidad personal de los socios unida al principio de fijeza del capital, esto es, el derivado de la única nota positiva, esencial y constante, de la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro actual régimen jurídico (75).

b) No cabe aplicar globalmente a ninguna sociedad de responsabilidad limitada el régimen legal de un determinado tipo social, puesto que no basta su aproximación a ninguno de ellos deducida de su adscripción a los grupos doctrinales de sociedades personalistas o capitalistas; la necesidad de que siempre exista un hecho diferencial decisivo respecto de otros tipos sociales, hecho que a su vez será justificante de la adopción de un tipo nuevo (76), impide dicha aplicación global, siendo preciso acudir al análisis de las posibilidades de aplicación norma por norma.

c) Tampoco cabe seguir el criterio, no suficientemente preciso, de un sector de la doctrina que quiere escindir el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada en dos partes, relaciones personales y relaciones de capital, aplicando a las primeras las normas de las sociedades personalistas y a las segundas las de la sociedad anónima (V. nota 54). Por el contrario, respecto de cada concreta relación, en cada concreta sociedad, habrá que investigar si, aun siendo relación personal, se da la *ratio iuris* de la norma que la rige en las sociedades personalistas; e igual en lo referente a las relaciones de capital.

d) La utilidad de la aplicación analógica en la sociedad de responsabilidad limitada es doble: de una parte sirve para coartar en la medida necesaria la libertad de los socios y evitar las consecuencias de la anarquía que en caso contrario resultaría de la falta de normas directamente aplicables; de otra, para suplir

(74) Sobre el criterio de la aplicación analógica, V. DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., págs. 480 y siguientes.

(75) Teniendo en cuenta nuestra posición negativa en orden al problema del fundamento de la limitación de responsabilidad, sostenido en la primera parte de este trabajo, parece difícil decidirse por cualquiera de los dos sistemas propuestos por la doctrina (v. supra, nota 47). No obstante, al sólo efecto propuesto en esta segunda parte, nos inclinamos por la asimilación al régimen de la sociedad anónima, por ser el más adecuado al origen histórico y la significación de la sociedad de responsabilidad limitada en España.

(76) La aplicación analógica al hecho diferencial deberá partir de las normas de otro tipo social, lo que ya imprime carácter perfectamente mixto al tipo nuevo.

las lagunas de los estatutos, a fin de suprimir todo posible hueco en la total regulación de una determinada sociedad de responsabilidad limitada. Hay, por consiguiente, normas aplicables por analogía con carácter coactivo, y normas aplicables en tal concepto con carácter dispositivo. El criterio para determinar el carácter con que la norma se aplica no reside en la naturaleza de la misma en su aplicación directa a la forma social para la que fué dictada, sino en el significado que la «ratio iuris» de la norma tiene en su adaptación a la sociedad de responsabilidad limitada de que se trate. Por consiguiente, puede haber normas que en su aplicación directa sean de índole coactiva, y al aplicarse analógicamente a una determinada sociedad limitada pasen a tener carácter meramente dispositivo; no en cambio lo contrario, pues una norma dispositiva no parece poder tener virtualidad intrínseca suficiente para convertirse en coactiva en su aplicación analógica. Un ejemplo de lo primero puede ser el artículo 143 C. de c., aplicable, al parecer, con carácter coactivo a la sociedad colectiva, y que será susceptible de ampliación analógica, en función meramente dispositiva, a la mayoría de las sociedades limitadas.

Como complemento de lo expuesto, es conveniente señalar el puesto que a la aplicación analógica corresponde en la jerarquía de preceptos aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada. Para ello, expondremos tal jerarquía tal como a nuestro entender resulta de los principios de nuestro ordenamiento:

1.º Normas legales de carácter coactivo que se refieren expresamente a la sociedad de responsabilidad limitada. Por ejemplo, la legislación sobre autorización gubernativa, artículo 108 R. R. M.

2.º Normas legales mercantiles aplicables por analogía con carácter coactivo a una determinada sociedad de responsabilidad limitada. Ejemplo: ciertas normas relativas a la sociedad anónima defensoras del principio de estabilidad del capital social.

3.º Normas legales coactivas referentes a la sociedad mercantil en general. Ejemplo: artículos 119 ó 226 C. de c. (77).

4.º Normas coactivas del Derecho común (78):

a) Reglas generales sobre sociedades. Ejemplo: artículos 1.666 y 1.691.

(77) La razón de que se anteponga la aplicación analógica a la directa en los números 2 y 3 de la jerarquía señalada, se debe a que si se da en una sociedad de responsabilidad limitada la misma *ratio iuris* que hace que en otra forma social haya un precepto coactivo especial frente a lo general para todas las sociedades mercantiles, es lógico que también se aplique la especialidad a la sociedad limitada.

(78) Sin embargo, si hay una norma legal mercantil de carácter dispositivo contraria a la coactiva de Derecho común, excluye la aplicación de ésta, ya que dicha norma supone por su carácter dispositivo que la voluntad de las partes no está limitada por ninguna norma coactiva en este punto.

b) Reglas generales fuera del Derecho de sociedades: Ejemplo: artículos 1.272 ó 1.275.

5.^o Disposiciones estatutarias y usos de comercio basados en una presunción de la voluntad de las partes.

6.^o Derecho supletorio al que se remiten especialmente los estatutos (79).

7.^o Normas legales mercantiles aplicables por analogía con carácter dispositivo. Ejemplo: el artículo 143 C. de c. en su caso.

8.^o Normas legales mercantiles de carácter dispositivo aplicables directamente a la sociedad de responsabilidad limitada. E.j.: las normas del C. c. sobre liquidación de sociedades, en todo aquello en que no se estime preferible aplicar por analogía las nuevas normas dictadas por la Ley de Sociedades Anónimas.

9.^o Usos de comercio de carácter supletorio.

10.^o Normas dispositivas del Derecho Común (80).

11.^o Principios generales del Derecho.

Antes de dar por concluido este apartado, sólo falta hacer notar la improcedencia de la utilización como elementos normativos de aquellos que no se basen en fuentes reconocidas como tales en el ordenamiento positivo español; aludimos al Derecho extranjero, a los meros Proyectos legislativos que no han alcanzado vigencia y a las opiniones de la doctrina, elementos todos ellos utilizados en ocasiones por la Jurisprudencia. Podrán ser usados como criterios determinantes de una orientación a tener en cuenta en la interpretación de normas positivas, pero nunca como sustitutivos de éstas.

C) Para contrastar la validez de los criterios propuestos, interesa examinar su actuación efectiva en algunos supuestos relativos a concretos aspectos de la sociedad de responsabilidad limitada:

a) *Nombre de la Sociedad*.—Ya quedó analizado (Supra, A), el significado de la razón social en la sociedad de responsabilidad limitada. Contemplando ahora la cuestión desde un punto de vista más general, hemos de observar la identidad sustancial entre la razón social y la denominación objetiva como nombres positivos en este tipo de sociedad. Y asimismo es de notar que tal régimen es el mismo que para la sociedad anónima ha consagrado el art. 2.^o de la nueva Ley. Nada impide, por consiguiente,

(79) Es frecuente en los estatutos la remisión a determinadas normas en concepto de Derecho supletorio de los mismos; en el orden de las normas coactivas, los estatutos carecen de poder para alterar la aplicación de las normas que resulten procedentes. Pero lo que sí pueden es desplazar la aplicación de preceptos dispositivos para sustituirlos por otros.

(80) Entre ellas, cabría pensar en la posibilidad de distinguir las aplicables directamente y las aplicables sólo por analogía, por referirse a la sociedad civil, no como Derecho común de sociedades, sino como regulación de una forma social paralela a las mercantiles.

te, la aplicación analógica de éste a la sociedad de responsabilidad limitada. Es cierto que el art. 108 R. R. M. cubre una parte del contenido del precepto mencionado, impidiendo en la misma medida su aplicación analógica. Pero dicha ampliación debe extenderse, no obstante, a los siguientes aspectos: 1.^º Necesidad de adición de las palabras «sociedad de responsabilidad limitada», u otras análogas, aunque no se utilice una razón social, sino una denominación objetiva. 2.^º En principio, la necesidad de que no se adopte un nombre idéntico al de otra sociedad preexistente. Claro está que esto sólo será posible desde el momento en que se amplíe el Registro de Sociedades Anónimas, creado por el artículo 126 R. R. M., a las limitadas (81). Parece preferible esta ampliación a la creación de un Registro independiente porque siempre supondrá más garantía prohibir que haya una sociedad anónima y una limitada con el mismo nombre (82).

b) *Principio de estabilidad del capital social.*—Admitido como más adecuado para la sociedad de responsabilidad limitada el régimen de responsabilidad de la anónima (V. supra nota 75), se plantean los mismos problemas que en ésta en cuanto a la necesidad de defender el capital y el patrimonio social como garantía de los acreedores, que sólo cuentan con él. Ahora bien, la menor entidad económica de la sociedad limitada nos lleva a pensar que las garantías deban ser más flexibles y menos complejas que las establecidas para la anónima. No obstante, esta consideración es válida *de lege ferenda*. *De lege lata* no hay más medio para hallar tales garantías que la aplicación analógica, y, para ésta, no hay más punto de partida que las normas relativas a la sociedad anónima. Es evidente que el pensamiento del legislador, al redactar la Ley de 17 de julio de 1951, fué prever únicamente el supuesto de la anónima, y las normas dictadas lo fueron, precisamente, en función de la mayor envergadura de una sociedad de cuyo concepto se había excluido expresamente a la sociedad de responsabilidad limitada (V. Exposición de Motivos). Pero la ineludible exigencia de normas coactivas que traten de evitar el fraude, tan fácil en la sociedad limitada, obliga a desechar tales consideraciones, e impone la aplicación analógica, por existir, aunque en escala económica más reducida, la misma *ratio iuris*.

(81) En la práctica se suele aportar, al constituir una sociedad limitada, por exigencia del notario, un certificado negativo del Registro de Sociedades Anónimas. Claro está que ello es insuficiente mientras en tal registro no se inscriban también las limitadas. Pero señala una recta comprensión de la cuestión. En favor de dicha extensión del registro se manifiesta DÍAZ DE VELASCO, *El nombre comercial en los Registros Mercantil y de la Propiedad Industrial*, «Revista de Derecho Privado», 1949, pág. 509, nota 9.

(82) Hemos partido de que el art. 2 de la ley de Sociedades anónimas admite para este tipo social una razón social o una denominación objetiva. Esta interpretación deriva precisamente del silencio de dicho artículo y de su comparación con el 152 del Código de Comercio, y con el 2 del Anteproyecto (véase). Véase en el mismo sentido GARRIGUES URÍA, *Comentario*, cit., págs. 110 y siguientes.

Como consecuencia, y sin entrar en grandes detalles, estimamos aplicables por analogía a la sociedad de responsabilidad limitada, los arts. 8.^º; 11-4.^º y 13; 34, 36, 44, 45, 47, 58, 89, 97, 98, 107-párr. 1.^º, y 162-1.^º. Todo ello con las siguientes observaciones: 1.^º En cuanto al art. 8.^º, el mecanismo de la suscripción, en el especial sentido que tiene en la sociedad anónima, no será normalmente adaptable a la sociedad de responsabilidad limitada; pero sí es aplicable el artículo en cuanto a la exigencia de que el total capital social debe quedar cubierto con aportaciones efectivas o con la correspondiente obligación de aportar, y de que sea desembolsado, inicialmente, una cuarta parte, al menos, del capital. La referida aplicación del art. 8.^º de la Ley de Sociedades Anónimas nos lleva a desechar la doctrina de la S. de 4 de febrero de 1929, respecto a la necesidad del total desembolso inicial, exigencia que parece excesiva al no haber aquí razones de más peso que en la anónima para la misma. Aunque menos abiertamente, parece sostener igual posición que la citada Sentencia, la Resolución 11 agosto 1943 (83); en el caso a ella sometido, parecía prudente denegar la inscripción al no haber desembolso inicial alguno, cosa que ahora impediría la norma comentada; pero no resulta igualmente justificada la tacha que se opone a la cláusula, según la cual se dejaba a la Junta de socios la determinación de la forma de desembolso de los dividendos pasivos. No parece que ahora el art. 11, 3.^º-g) se oponga, aunque se aplique por analogía, a una cláusula de ese tipo, sobre todo a la vista del artículo 44, párr. 1.^º.

2.^º Los arts. 34 y 36 se aplicarán en el supuesto de que haya acciones, problema al que después se aludirá. El 44 puede ser adaptado también, al menos en parte, al supuesto de inexistencia de acciones. Igual cabe decir de los 45 y 47. Para la aplicación del art. 44-2), será título ejecutivo, en su caso, la escritura de constitución, en la que se habrá creado la obligación de aportar.

3.^º El art. 58 tiene aplicación general, pero aquí es tenido en cuenta, especialmente, en lo relativo al acuerdo de reducción.

4.^º El art. 89 es asimismo adaptable al caso de inexistencia de acciones.

No cabe, en cambio, considerar aplicable el artículo 32, ya que prevé la protección de los accionistas, no la de los acreedores, y, habida cuenta de que los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, por su intervención normalmente directa, y personal en todos los aspectos de la fundación de la sociedad, no necesitan especial protección, dicho precepto carecerá, por lo general, de ra-

(83) Véase una crítica a la misma en ARENAL, loc. cit., páginas 582 y siguientes; GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, 1946, página 273, nota 16, dijo de ella que era «un caso típico de... doctrina ilegal». Contra la exigencia de total desembolso inicial se había manifestado NAVARRO AZPEITIA, loc. cit., pág. 32.

zón de aplicación; no obstante, en algún caso excepcional puede ser necesario, y entonces funcionará normalmente la analogía.

c) *Admisibilidad del socio industrial.*—Es frecuente en la práctica el caso de sociedades de responsabilidad limitada con uno o varios socios industriales (84). Se ha sostenido, no obstante, la opinión contraria (85), a nuestro juicio sin suficiente fundamento, por las siguientes razones: 1.º En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital no está normalmente dividido en acciones, a diferencia de lo que sucede en la anónima. La acción tiene la doble condición de ser parte del capital social y de conferir la cualidad de socio, de forma que en la sociedad por acciones todo socio es accionista. La consecuencia es que todo socio ha de contribuir a formar el capital social, y, por tanto, ha de aportar capital. En la sociedad de responsabilidad limitada, por el contrario, si bien es precisa la existencia de un capital social, no lo es, en cambio, que todos los socios hayan de contribuir a la formación del mismo; y esto es así, precisamente, porque la cualidad de socio no se liga necesariamente a la tenencia de una acción; es decir, a la titularidad sobre una fracción del capital.

2.º En consecuencia, no es aplicable el art. 33 de la nueva Ley, que parte del recto concepto de acción, pero que, por consiguiente, viene determinado, en su campo de aplicación, por la existencia de acciones. Es cierto que este artículo sí será aplicable en otro aspecto: la aportación de industria del socio industrial no puede ser valorada, al efecto de considerar integrado su valor en la cifra que se señale como capital social; esto se debe a la necesidad de que el capital social responda a aportaciones patrimoniales efectivas, en garantía de terceros. Esta *ratio iuris* del artículo 33 se da en la sociedad limitada, y en esa misma medida será aplicable dicho artículo. Pero no en más. En el resto, la cualidad de socio en la sociedad limitada queda exclusivamente ligada al hecho de la aportación, en el sentido amplio que admiten los arts. 1.665 C. c. y 116 C. de c.

3.º La especial función económica que normalmente cumple

(84) V. NAVARRO AZPEITIA, loc. cit., págs. 37 y 42. El concepto legal de socio industrial es aquel que aporta industria en una sociedad en que otros aportan bienes; la ley siempre parte de este concepto, que tenemos que aceptar, por tanto. La presencia de un socio industrial en una sociedad colectiva da lugar a la llamada sociedad colectiva irregular. La doctrina hace notar (GARRIGUES, *Tratado*, I-1, pág. 523; que la aportación de industria nada tiene de irregular; pero hemos de entender que la calificación de irregular no es consecuencia de la aportación de industria, sino de la irregular situación del socio industrial (artículos 138 y 140 del Código de Comercio y 1.708 del Código civil). Véase en tal sentido, BENITO (L.), *Formas*, cit., págs. 545 y siguientes; ESTASÉN, *Tratado*, página 176, y ESPEJO DE HINOJOSA, *Tratado teórico y práctico de Derecho Mercantil*, Valencia, 1922, I, págs. 238 y siguientes.

(85) GARRIGUES, *Tratado*, I-2, pág. 1.151; GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español, extractado*, Barcelona, 1936, II, págs. 97 y siguientes, VALLS DE GOMIS, ob. cit., pág. 104.

la sociedad de responsabilidad limitada la hace muy apta para las aportaciones de industria, que le dan una mayor flexibilidad. Las legislaciones que regulan este tipo social suelen prever la posibilidad de imponer al socio determinadas prestaciones suplementarias, que pueden consistir en prestaciones personales. Lo mismo es admitido por la doctrina española si se pacta especialmente (86). Pero no parece haber inconveniente en admitir la aportación de industria con carácter exclusivo respecto de determinados socios, pues el fundamento económico es el mismo.

No obstante lo dicho, no será posible admitir la figura del socio industrial en una sociedad limitada cuyo capital esté dividido en acciones.

d) *División del capital en acciones.*—Consideradas las acciones como partes del capital social, no parece que haya inconveniente en tal división, puesto que no hay norma que lo impida, y, por el contrario, parecen ir unidas en nuestro Derecho la limitación de responsabilidad y dicha división, con carácter preceptivo (sociedad anónima) o meramente voluntario (comanditaria). La distinción entre sociedades personalistas y capitalistas no tiene repercusión en este aspecto, pues sólo servirá, en la sociedad comanditaria y en la limitada, como índice para las partes, al efecto de adoptar el régimen de acciones o el de cuotas sociales.

Más problema se ha planteado en cuanto a la posibilidad de incorporar las acciones a títulos-valores. En el caso de emitirse títulos, se dice, tendrían un mero valor probatorio, y nunca el significado técnico de títulos-valores (87). Las razones expuestas son de índole varia: el carácter personalista de la sociedad de responsabilidad limitada (88), el ejemplo de las legislaciones extranjeras y el criterio de la doctrina (89), el de la S. 4 febrero 1929 (90), o bien la intransmisibilidad inicial de las participaciones o cuotas, frente a la regla contraria para las acciones (91).

Frente a esta posición, hemos de señalar: 1.º Que, a pesar de lo que se dice (92), no existe en materia de títulos valores un principio de *numerus clausus* con trascendencia suficiente para cerrar el paso a la incorporación a títulos valores de los derechos de so-

(86) GARRIGUES, *Tratado*, I-2, págs. 1153-56; VALLS DE GOMIS, loc. cit., página 92.

(87) Contra al posibilidad de títulos, NAVARRO AZPEITIA, págs. 31 y 37; GAY DE MONTELLÁ, *Tratado*, pág. 94; VALLS DE GOMIS, pág. 71; PALA MEDIANO, *Los problemas de la sucesión en los derechos de socio*, «Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona», 1945, págs. 95 y siguientes; GARRIGUES, *Tratado*, I-2, págs. 1.146 y siguientes; AVILÉS, págs. 150-51; SALVADOR BULLÓN (H.), página 131; y LANGLE, pág. 645. Parecen admitir los títulos: MORET, págs. 137 y siguientes; PONSA, pág. 239; GUIJARRO, páginas 59 y 88.

(88) GARRIGUES, GAY DE MONTELLÁ, VALLS DE GOMIS.

(89) GARRIGUES.

(90) GAY DE MONTELLÁ, NAVARRO AZPEITIA.

(91) GAY DE MONTELLÁ.

(92) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, pág. 491.

cio en sociedades nuevas en que no esté prevista tal incorporación. No se trata de crear un nuevo título-valor, sino de incorporar a un tipo de título ya existente, un derecho que puede ser sustancialmente análogo a aquel para el que el tipo fué previsto.

2.º Lo fundamental es, de una parte, la naturaleza del derecho que se incorpora al título, de otra la especial función que el título-valor tiene respecto del derecho incorporado. En cuanto a lo primero, tratándose de un derecho de socio configurado como acción en el sentido de parte del capital, la situación parece ser sustancialmente análoga a la que en la sociedad anónima determina la creación de acciones como títulos. En cuanto a lo segundo, dicha función consiste en la movilización del derecho, sin que esto quiera decir, necesariamente, que la esencia de la acción esté en su negociabilidad absoluta. Pues bien, si en una determinada sociedad de responsabilidad limitada se dan estas dos condiciones, no parece haber inconveniente en admitir la existencia de títulos-valores.

Se imponen, no obstante, algunas observaciones: 1.º *De lege ferenda*, parece preferible prohibir tal existencia, en atención a la función económica para la que se debe reservar a la sociedad de responsabilidad limitada si se llega a admitir. La posición aquí sostenida se debe, especialmente, a la falta de normas sobre la materia. 2º La incorporación de los derechos de socio de una sociedad de responsabilidad limitada a títulos-valores caracterá, en muchos casos, de justificación suficiente. Y ello, bien por faltar en aquél caso concreto la función del título (sociedades en que no sea transmisible la calidad de socio, o lo sea con fuertes restricciones), bien por identificarse en tal caso la sociedad con una anónima, surgiendo un supuesto de error en el nomen iuris, con o sin intención fraudulenta. Para excluir esta última posibilidad, será preciso que se dé algún dato que impida incluir la sociedad de que se trate en el concepto legal de la anónima. Ello puede ser, o bien el establecimiento de prestaciones suplementarias, o bien un sistema de gestión distinto del de la anónima, o bien la existencia de un socio industrial. Ahora bien, en tales casos, lo más corriente será que, por tratarse de una sociedad de base económica predominantemente personalista, falte la función asignada al título-valor. No obstante, ello no es absolutamente necesario, pues las consecuencias de la base personalista pueden ser libremente establecidas o combinadas por las partes, y, además, siempre queda la posibilidad de que la incorporación de los derechos de socio a títulos sea solamente parcial, no afectando a los socios que hayan de realizar prestaciones suplementarias, a los gestores por derecho propio o a los industriales (estos ya vimos que no pueden ser titulares de acciones, por lo que no son compatibles con la división total del capital en acciones).

e) *Transmisibilidad de la calidad de socio.*—Se admite, corrientemente, que en este punto gozan las partes de cierta libertad

de regulación, salvo en cuanto al establecimiento de un régimen de transmisibilidad que sea consecuencia de la creación de acciones al portador. Dejando aparte este último caso, que admitimos, por lo dicho en el apartado anterior, pero que será anómalo, estamos de acuerdo con la doctrina mencionada (93).

Los estatutos suelen regular minuciosamente la cuestión, con una variedad de fórmulas muy extensa (94). En efecto de pacto, será normalmente aplicable el art. 143 C. de c., ya que lo más corriente es que la importancia de las personas de los socios, por la prestación de su actividad personal a la sociedad, en concepto de industria o como gestores, haga necesario asimilar el supuesto al que es fundamento de dicho precepto.

En caso de existencia de acciones incorporadas a títulos, será aplicable, por analogía, el art. 46, párr. 1.^º de la Ley de Sociedades Anónimas.

(93) La tesis más generalizada es la que estima aplicable el art. 143, Código de Comercio, en defecto de pacto; véase NAVARRO AZPEITIA, págs. 37 y siguientes; VALLS DE GOMIS, págs. 50 y 76; PALÁ, loc. cit.; LANGLE, pág. 650.

(94) Son anómalos los casos en que se admite una transmisibilidad totalmente libre o una total imposibilidad de transmitir. Entre las fórmulas intermedias hay que destacar las que sólo permiten la transmisión entre socios y las que establecen un derecho de tanteo a favor de la sociedad o de los socios. En el caso de que se exija el consentimiento de los demás socios, y la sociedad funcione en régimen de mayorías, será preciso exigir la adopción del acuerdo por la mayoría prevista para los asuntos de más trascendencia social.

Toda esta gama de fórmulas que la práctica notarial, con elogiable habilidad técnica y cautelar, ha sabido arbitrar, es lo que nos inclina a no aplicar coactivamente en ningún supuesto el art. 143 del Código de Comercio. La configuración personalista de la sociedad carece aquí de trascendencia, pues la existencia de dichas fórmulas la hace inoperante e impide que funcione en tal concepto de coactiva la *ratio iuris* del art. 143 respecto a la sociedad de responsabilidad limitada. Dicho artículo ha sido superado, pues, por la práctica notarial, sin mencla de los fines personalistas de los socios.

Sólo en el caso de acciones incorporadas a títulos estimamos inaplicable supletoriamente el art. 143. Véase en contra SOLA CAÑIZARES. *La transmisión de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada*, A. D. C., IV-1, 1951, páginas 48-49.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La reforma de la ley de arrendamientos urbanos: Decreto de 17 de mayo de 1952

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho Civil

Con el anuncio de «un próximo y más amplio planteamiento del problema», el Gobierno, haciendo uso de la autorización que le concedían las Leyes de 31 de diciembre de 1946 y 21 de abril de 1949, aborda en este Decreto la solución, al parecer provisional, de tres diferentes cuestiones, insuficientemente reguladas por la legislación anterior: elevación de rentas, mayor participación de inquilinos y arrendatarios en el costeamiento de obras y mejoras, y evitación de la posible transformación de viviendas en locales de negocio. Por separado hemos de examinar brevemente cada uno de estos extremos:

A. PORCENTAJE DE ELEVACIÓN DE LAS RENTAS.

Es sabido que según la Disposición Transitoria 11.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1946: «Quedan en suspenso los aumentos de renta autorizados para las viviendas en el párrafo a) del artículo 118, hasta que el Gobierno disponga por Decreto que sean parcial o totalmente aplicados en todo o en parte del territorio nacional y plazas de soberanía.—Y cuando las mutaciones habidas en la Economía Nacional lo aconsejen, podrá también decretar el Gobierno, oyendo previamente al Consejo de Estado, la revisión de los porcentajes de aumento que autoriza el artículo 118, para dejarles sin efecto, reducirlos o elevarlos. Pero la elevación, en ningún caso podrá ser superior al triple de lo señalado en el referido artículo.»

Los artículos 1.^º y 2.^º del Decreto que examinamos han de ser entendidos en relación, no sólo con esta disposición transitoria, en cuanto a ella expresamente hacen referencia, sino también, y, sobre todo, con el artículo 118 de la Ley de A. U., del que en cierto modo forman parte integrante. Ello nos lleva con carácter

previo, y para determinar el verdadero ámbito de su aplicación, a tener en cuenta que, según el referido precepto: «La renta legal de las viviendas y locales de negocio construidos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936, será la que conforme a contrato, o, en su caso, fallo de revisión, corresponda pagar en 17 de julio de 1936, incrementada con los siguientes porcentajes».

Es decir, que cuando se trate de locales o viviendas de construcción o habitación posteriores a dicha fecha, seguirán siendo de aplicación, sin modificación alguna, los artículos 121 y 122 de la propia Ley. Por otra parte, serán igualmente aplicables, para resolver cuantos problemas se puedan suscitar, las disposiciones pertinentes contenidas en el Capítulo IX de la referida Ley, relativo a «La renta, su revisión y fianza».

Ello nos lleva a considerar como cuestiones previas, y separadamente, dos diferentes extremos:

1.º ¿Qué ha de entenderse por edificios construidos o habitados por primera vez antes de 18 de julio de 1936? Prescindiendo de la incongruencia que tal expresión supone, ya que difícilmente pudiera pensarse en una finca construida con posterioridad a 18 de julio de 1936, y habitada con anterioridad a esta fecha, pudíramos llegar a la sencilla conclusión, que parecería la más ajustada al texto de la Ley, que utiliza aquí la disyuntiva y no la copulativa, de que la fecha de construcción sería lo único que podía interesar a estos efectos, cualquiera que fuere la de ocupación posterior. Sin embargo, estimamos que la solución debe ser precisamente la contraria, es decir, que la ocupación o habitación primera de la finca habrá de ser el factor decisivo para determinar el régimen de renta del local o vivienda.

Nos fundamos para ello en precedente legislativo de que con poca reflexión ha sido tomada literalmente esta desafortunadísima expresión: la Ley de 22 de julio de 1942, en cuyo artículo 1.º se establecía que: «Por edificios, pisos o habitaciones nuevos, a los efectos de la plena aplicación del Código civil, se entienden, como establece el artículo 4.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, solamente los que hubieren sido construidos u ocupados por primera vez con posterioridad a 1.º de enero de este mismo año». Pero si tiene sentido hablar de edificios construidos o habitados con posterioridad a determinada fecha, carece, en cambio, de él emplear tal alternativa para referirse a los anteriores a esa misma fecha.

Lo que ocurre es que tal criterio carece en absoluto de sentido, ya que si la razón de ser de tales preceptos estriba en la desvalorización de las rentas, el factor decisivo debiera haber sido el arrendamiento anterior a tal fecha, y no la mera ocupación o habitación. Una casa construida y ocupada por su propietario con anterioridad a 1936, pero arrendada con posterioridad a dicha fecha, entendemos que no explica las razones de desvalo-

rización de la renta, ya que ésta pudo ser fijada con libertad en el momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, en los apartados siguientes *a)* y *b)* del propio artículo 118, y a los efectos de la determinación de la renta base que ha de ser incrementada, se refiere concretamente a «la fecha del contrato»; es decir, que, rectificando su anterior criterio, a la fecha del arrendamiento. Pero, y aquí surge la segunda cuestión de carácter general:

b) ¿Cuál ha de ser la renta que se tome como base para la aplicación de los porcentajes de aumento? La que conforme al contrato o, en su caso, a fallo de revisión, *corresponda pagar en 17 de julio de 1936*. Y, según el artículo 119 de la propia Ley: «Si la vivienda o local de negocio no hubiere estado habitado en 17 de julio de 1936, no existiere prueba escrita del contrato o careciere de él su ocupante en dicha fecha, se considerará como renta aplicable para determinar los porcentajes de incremento, la última declarada antes de 18 de julio de 1936 a fines fiscales, la cual prevalecerá en todos los casos de discusión.»

Ello nos lleva a establecer tres medios distintos para la determinación de la renta base:

1.^º Renta estipulada en el contrato, cuando existiere prueba escrita, o, a falta de ella, conformidad en la cuantía entre las partes.

2.^º Renta revisada en aquella fecha, cuando hubiere sido objeto de revisión la pactada en el contrato, por cualquier causa que fuere.

3.^º Renta fiscal, cuando no exista prueba escrita de la renta contractual, o existiere duda en cuanto a la fijación de la misma.

Sobre esta renta, y no sobre otra, habrá de hacerse aplicación de los porcentajes de aumento, en las proporciones que a continuación se indican:

a) Incremento de rentas en locales de vivienda.

Según el artículo 1.^º del Decreto: «Se levanta la suspensión de los aumentos de renta determinados para las viviendas en el apartado *a)* del artículo 118 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, cuya suspensión fué dispuesta en el párrafo segundo de su Disposición Transitoria II.^a, y se autoriza la aplicación de los mismos a partir de 1.^º de enero de 1953, en todo el territorio nacional y plazas de soberanía.»

Tales incrementos, según el referido apartado *a)* del artículo 118, son los siguientes:

Un 10 por 100, cuando el contrato fuere anterior al 1.^º de enero de 1915.

Un 7 y medio por 100, si se hubiere otorgado entre el 1.^º de enero de 1915 y el 17 de julio de 1936.

Un 5 por 100, cuando lo hubiere sido con posterioridad al 17 de julio de 1936.

Es decir, que para la aplicación de estos porcentajes, se hace preciso tener en cuenta tres factores fundamentales:

1.^º Que el edificio haya sido ocupado por primera vez antes del 18 de julio de 1936.

2.^º Fecha del contrato de arrendamiento.

3.^º Renta que correspondía al inmueble el 17 de julio de 1936.

El establecer la debida correlación entre estos tres elementos, ofrece, en ciertos casos algunas dificultades. Podemos, para mayor claridad, distinguir diferentes supuestos:

a) Edificios habitados por primera vez después de 17 de julio de 1936: no se hallan afectados de ninguna manera por el aumento de renta.

b) Edificios construidos, habitados y arrendados por primera vez antes de 18 de julio de 1936: se hallan indudablemente afectados por la elevación de la cuantía de la renta; pero se plantea el problema de determinar el porcentaje que en cada caso pueda corresponder. Si el edificio se construyó, habitó y arrendó por primera vez antes de 1.^º de enero de 1915, y desde entonces no ha habido alteración alguna en su renta, es indudable que sobre ésta habrá de aplicarse el porcentaje de incremento. Pero, ¿qué ocurrirá si el edificio se construyó y arrendó por primera vez antes de esa fecha, y, con posterioridad, se hizo un nuevo arrendamiento, en 1927, elevándose la renta: habremos de seguir aplicando el 10 por 100 a la renta vigente en 1936, o, por el contrario, tan sólo el 7,50 por 100?

Indudablemente, que en cuanto el artículo 118 habla simplemente de la fecha «del contrato», y no del «primer contrato», habremos de considerar a primera vista, que la fecha decisiva para la aplicación del porcentaje, será la del contrato en la actualidad vigente, hecha abstracción de los que anteriormente a él se puedan haber otorgado. Es decir, que en el caso anteriormente indicado, será el 7,50 y no el 10 por 100 el coeficiente que haya de aplicarse.

Tal solución, sin embargo, aunque ajustada a la letra de la Ley, no nos parece en modo alguno justa, por la sencilla razón de que habiendo sido libre la fijación de la renta en las viviendas, el momento escogido para una aplicación justa de la Ley hubiera debido ser aquel en que se fijó la renta actualmente vigente. En tal sentido, hubiera sido mucho más ajustado establecer que los porcentajes dependían de la fecha en que se fijó la renta actual, cualquiera que fuese la fecha del contrato que en este momento rija, porque difícilmente podrá existir un contrato anterior a 1915 que no haya experimentado notables elevaciones en cuanto a la renta, aunque fuese la misma la persona del inquilino.

Por otra parte, puede haber casas que, arrendadas por primera vez en el año 1925, no hayan experimentado elevación de cla-

se alguna, o, aún habiéndola experimentado, sea en proporción mucho menor que otros arrendamientos de fecha anterior. También conocemos casos de arrendamientos de fecha antigua, la cual fué rebajada, por razones diversas en 1936... En realidad, el sistema adoptado por el legislador en este punto no puede ser más absurdo, y hubiera sido mucho más lógico el establecer un sistema de revisión equitativo de rentas, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada inmueble, máxime en aquellos casos, muy frecuentes, en que tal revisión ha sido llevada a efecto con fines fiscales.

En todo caso, creemos, sin embargo, que lo decisivo en este punto no ha de ser la fecha en que el local o vivienda fueron arrendados por primera vez, sino la fecha en que se fijó la renta que regía en 17 de julio de 1936, haya o no variado la persona del inquilino, ya que en definitiva, a nuestro juicio, toda modificación de la renta supone una verdadera novación del contrato original, o, lo que es lo mismo, el nacimiento de un nuevo contrato que viene a sustituirlo. Otra interpretación carecería en absoluto de sentido.

Es decir, que la regla en este punto habrá de ser la siguiente: Rentas fijadas antes de 1.^a de enero de 1915, el 10 por 100; rentas fijadas después de esa fecha y antes de 17 de julio de 1936, el 7,50 por 100. Que el contrato sea o no el mismo, que haya o no variado el inquilino, es problema que no interesa a esos efectos.

c) Viviendas construidas y habitadas por primera vez antes de 17 de julio de 1936, cuya renta actual haya sido fijada con posterioridad a dicha fecha: se aplicará el 5 por 100 de incremento a la renta que les correspondiese en 17 de julio de 1936. Naturalmente que si en aquella fecha estaban arrendados, no existirá dificultad alguna en producir tal aumento. Pero, ¿qué ocurrirá si con anterioridad a tal fecha hubieren estado ocupados solamente por su propietario? Estimamos que en este caso habrá de procederse a la aplicación analógica de lo determinado en el artículo 119 de la propia Ley, aplicándose el incremento a la renta que la finca tuviere atribuida a fines fiscales.

b) *Incremento de rentas en locales de negocio.*

Según el artículo 2.^º del Decreto: «Queda autorizado un nuevo aumento del 60 por 100 de la renta de los locales de negocio comprendidos en el apartado b) del artículo 118 de la Ley de arrendamientos urbanos, en uso de la facultad que al Gobierno confiere el párrafo segundo de la disposición transitoria 11 de aquélla, este aumento será aplicable en todo el territorio nacional y plazas de soberanía.»

Es decir, que el aumento habrá de aplicarse única y exclusivamente, como antes hemos visto, a los locales construidos y habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936, no a los

ocupados por primera vez con posterioridad a dicha fecha. En cuanto al coeficiente de aumento del 60 por 100, habrá de aplicarse a la renta que al inmueble correspondiese en 17 de julio de 1936, con lo que resulta que sumado este sesenta al cuarenta que autorizó la Ley en su artículo 118, tendremos que la renta que procederá cobrar será exactamente el doble de la vigente en dicha fecha; es decir, en 17 de julio de 1936. Si en aquella época el local no estuviera arrendado, ni lo hubiere sido con anterioridad, la renta podrá aumentarse hasta el doble de la declaración en aquella fecha a efectos fiscales.

c) *Fecha de efectividad de tales aumentos y procedimiento para hacerlos efectivos.*

Tales aumentos, como se dice en los preceptos del Decreto antes transcritos, no podrán empezar a percibirse sino a partir de 1.^º de enero de 1953, íntegramente los referentes a los arrendamientos de vivienda, y de forma escalonada los de locales de negocio: «por semestres sucesivos, a razón de un 15 por 100 hasta alcanzar la cifra indicada».

Es decir, que a partir del 1.^º de enero de 1953 la renta de los locales de negocio podrá ser incrementada en un 15 por 100 de la que regía el 17 de julio de 1936; el día 1.^º de julio de 1953, en otro 15 por 100; el 1.^º de enero de 1954, en otro 15 por 100, y el 1.^º de julio de 1954, en el 15 por 100 restante.

Ahora bien; para la fijación de tal porcentaje de incremento habrá de estarse en todo a lo preceptuado en el artículo 120 de la propia Ley, según el cual: «Cuando por voluntad expresa o tácitamente manifestada la renta que pagase el arrendatario de vivienda o local de negocio construido o habitado por primera vez antes del 18 de julio de 1936 constituya mayor cantidad que la que resultare después de aplicar la escala del artículo 118, la que viniere satisfaciendo se reputará válida, sea cual fuere la que legalmente corresponda; pero el arrendador no podrá recargar la que perciba con dichos porcentajes de incremento. La elevación así consentida o pactada obligará, tanto a los continuadores del arrendamiento como al nuevo titular, sin perjuicio del derecho de éste a revisarla dentro de los tres meses siguientes a la celebración del contrato, de sospechar simulación. Si la elevación constituyere cantidad menor, podrá aumentarse la renta hasta lo que resulte de aplicar la referida escala sobre la cantidad que legalmente correspondiere. Cuando a la vigencia de los preceptos de esta Ley la renta fuere la misma que la pagada en 17 de julio de 1936, desalojada que fuere la vivienda o local de negocio, podrá asignarse en el nuevo contrato la vigente en 17 de julio de 1936, incrementada en su caso con la que proceda según el artículo 118; más una cantidad equivalente al 20 por 100 del total. No se considerará elevada la renta de 1936 porque el arren-

dador hubiere percibido las diferencias autorizadas por los párrafos *B*) y *C*) del artículo 3.^º de la Ley de 7 de mayo de 1942. En los casos de duda se estará a lo dispuesto en el artículo 119.»

Por otra parte, para poder hacer efectivos estos incrementos será necesaria la previa notificación, en la forma establecida en el artículo 129, y de plena aplicación, por consiguiente, las normas contenidas en los 130 y 131.

B. AUMENTO DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS INQUILINOS Y ARRENDATARIOS EN LAS OBRAS DETERMINADAS EN LOS ARTÍCULOS 137 Y 138 DE LA LEY DE A. U.

Se refiere también este aumento a los locales y viviendas «construidos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936», estando obligados a ello tanto el titular arrendatario como los continuadores del contrato. La redacción de los apartados *a*) y *b*) del artículo 137 y la del 138 queda, después de esta reforma, así:

Artículo 137. Apartado *a*): «Cuando por funcionamiento nulo o manifiestamente defectuoso sustituyere el arrendador cualquier ensen que le pertenezca instalado en el interior de la vivienda o local de negocio, que forme parte de sus servicios, las participaciones serán:

Del 50 por 100, si el contrato fuere anterior al 1.^º de enero de 1915.

Del 45 por 100, cuando se hubiere otorgado con posterioridad al 31 de diciembre de 1914 y antes del 18 de julio de 1936; y

Del 40 por 100, si se otorgó después del 17 de julio de 1936.

Se reputará ensen que forma parte de los servicios cualquier unidad de éstos, montada precisamente al descubierto y dentro de la vivienda o local de negocio, que permita o coadyuve con otras a la prestación o medición del servicio; pero no las cañerías, tubos o empalmes, que no serán reputados como tales ensen, y cuyas reparaciones o sustituciones serán de cuenta exclusiva del arrendador, aunque estuvieren montadas al descubierto y dentro de la vivienda o local de negocio, salvo que fueren ordenadas por las Autoridades que menciona el párrafo *b*) de este artículo, en cuyo caso se estará a lo en él dispuesto.

b) Cuando las Fiscalías de la Vivienda o cualquier otro organismo competente disponga la realización de una obra no de mejora en el interior de la vivienda o local de negocio, la participación del inquilino o arrendatario será la siguiente, por cada reparación ordenada y efectuada:

Del 40 por 100 del importe de una mensualidad de renta, cuando la anual no fuere superior a 2.400 pesetas.

Del 30 por 100, si la renta anual rebasare de 2.400 pesetas, sin superar las 4.000; y

Del 20 por 100, cuando sobrepasare esta última cantidad.»

Artículo 138: «En las fincas construidas o habitadas por pri-

mera vez antes del 18 de julio de 1936, cuando el arrendador, por ordenarlo así las Autoridades competentes, se vea obligado a revocar la fachada de la finca, podrá exigir de todos los arrendatarios actuales de las viviendas o locales de negocio que en ella hubiere, que contribuyan a satisfacer el importe de la obra, de modo que la suma de las participaciones de todos ellos no represente una cantidad superior al 40 por 100 de dicho coste. Estas participaciones deberán ser proporcionadas a la renta que cada inquilino satisfaga».

Este sistema de participaciones, ya establecido por la Ley, a pesar de los aumentos de porcentaje que se introducen mediante el artículo 3.^o del Decreto de reforma, serán, en la mayor parte de los casos, verdaderamente irrisorios. Unicamente cuando se trate de sustitución de enseres o de revoco de fachadas existirá una verdadera proporción de tales participaciones, en cuanto entonces éstas se fijan en relación al coste total pagado por el propietario, siquiera su efectividad habrá de distribuirse en diferentes plazos, cada uno de los cuales no podrá nunca exceder del 20 por 100 del importe del recibo mensual, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 140 de la Ley. En cambio, si se trata de obras no de mejora ordenada por la Fiscalía de la Vivienda o cualquier organismo competente, la participación queda reducida a una cifra, en la mayor parte de los casos irrisoria, y siempre desproporcionada con el coste real, ya que se determina por un porcentaje no aplicado a dicho coste, sino a la renta mensual.

Con ello, indudablemente, podrá darse el contrasentido de que en algunos casos, los más raros, la obra, dado su pequeño importe, sea sufragada íntegramente por los inquilinos o arrendatarios, y en otros, que serán los más frecuentes, la participación de éstos será una cantidad ridícula e insignificante en relación con la parte que ha de abonar el propietario. Además, se mantiene el incongruente requisito de que las obras han de ser «ordenadas por el organismo competente», con lo que resulta que el arrendador que cumple voluntaria y diligentemente sus deberes contractuales, es de peor condición que el que los aplaza y demora, determinando la necesidad de la intervención de la Autoridad.

Estimamos que la única reforma de que la Ley está necesitada es una en virtud de la cual, acabando con este complejísimo sistema de repercusiones, participaciones y repartos, que exigen complicados estudios jurídicos y contables en el que proceda a redactar un recibo de alquiler, una continua intervención de Notarios y Jueces en las relaciones entre propietarios e inquilinos, y una injusta distribución de las cargas del arrendamiento sería aquella que ajustando el concepto de renta a lo que debe ser, procurase, mediante un sistema de valoraciones justas, establecer en cada caso la que, dados los precios de las cosas y el importe de las cargas de distintos tipos que pesan sobre la propiedad, su-

pusiera una retribución equitativa del uso prestado por el arrendador. Toda medida que se tome desconociendo esta realidad será por necesidad arbitraria y contraproducente.

C. TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDAS EN LOCALES DE NEGOCIO.

Según la disposición transitoria 22.^a de la Ley de A. U.: «Hasta que el Gobierno, por considerar aumentada la disponibilidad de casas-habitación, anule por Decreto este precepto, ningún local destinado anteriormente a vivienda podrá ser dedicado a oficina, almacén o local de negocio por quien como nuevo ocupante venga a usarla después de 1.^º de enero de 1947.»

Con objeto de dar mayor efectividad a esta norma, el artículo 4.^º del Decreto que estudiamos ha venido a establecer que: «Los Ayuntamientos, en evitación de que los locales destinados anteriormente a vivienda puedan ser dedicados a oficinas, almacenes o locales de negocio, de acuerdo con lo que previene la disposición transitoria 22.^a de la Ley de A. U., se abstendrán de otorgar licencias de obras para instalación de nuevos establecimientos mercantiles e industriales en edificios ya construidos, así como toda clase de permisos y autorizaciones encaminados a la apertura de los mismos, sin que se acremente previamente, y con certificado expedido por la Fiscalía de la Vivienda correspondiente, que no se produce la transformación prohibida por la referida disposición transitoria. El mismo documento exigirán las Delegaciones de Hacienda antes de autorizar la correspondiente alta en la Contribución.»

No creemos que este precepto sea excesivamente eficaz para conseguir la finalidad propuesta, como no lo fué anteriormente la sanción contenida en el último párrafo de la disposición transitoria 22.^a, al reconocer al ocupante anterior derecho a volver a la finca mediante el pago de la misma renta. En el fondo es muy difícil resolver mediante medidas de carácter legal problemas más propios de la arquitectura e ingeniería. Pensar la forma, mediante cierta libertad de trabas, de volver a convertir la propiedad urbana en algo capaz de producir una renta decorosa y proporcionada al capital desembolsado y a los gastos de conservación es el único medio de resolver el gravísimo problema de la vivienda, agudizado, a nuestro juicio, por una legislación excesivamente protectora.

Negocios jurídicos sobre Títulos nobiliarios

MANUEL CENCILLO DE PINEDA

Abogado del I. C. de Madrid

No voy a tratar de los Títulos nobiliarios en su acepción primitiva, cuando respondían a oficios de gobierno, milicia o palatinos, sino a su posterior evolución, ya convertidos en dignidades concedidas por los Reyes.

En ese aspecto, que es el que perdura al correr de los tiempos, la concesión de un Título nobiliario por el Monarca participa de la naturaleza de una donación remuneratoria, en premio de un servicio anterior, obligándose el agraciado y sus sucesores a cumplir las condiciones impuestas en la carta de concesión y al pago del impuesto, sin lo cual no puede entrar en la posesión de la mercéd, a no ser que fuera liberado de esa obligación fiscal.

Esas condiciones, referidas al orden de suceder en la dignidad, están contenidas en el título fundacional o, en su defecto, son las que rigen en los mayorazgos regulares, basados en la Ley 2.^a, tít. 15, part. 2.^a, por la que eran llamadas las personas por el mismo orden de sucesión a la Corona, cuyo precepto fué recogido en la Ley XLV de Toro, con la novedad de disponer: «Mandamos que las cosas que son Mayorazgo, agora sean villas o fortalezas, o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de reprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente grado que según la disposición del mayorazgo debiere suceder en él, *aunque haya otro tomado posesión* de éllas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le haya dado posesión dellas». De este modo nació la doctrina de la *posesión civilísima*, que aún incomprendiblemente se aplica a estos negocios, a mi juicio sin base jurídica.

Para invocarla se alude al artículo 13 de la Ley desvinculadora de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820, preceptivo de que «los Títulos, prerrogativas de honor, y cualesquiera otras preeminentias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfruten como anejas a éllas subsistirán en el mismo pie y seguirán en el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escri-

turas de fundación y otros documentos de su procedencia... Pero si los poseedores actuales disfrutases dos o más grandezas o Títulos de Castilla, y tuvieran más de un hijo, podrán distribuir entre éstos las expresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato».

La lectura de este artículo, en el que pretende verse la razón de la pervivencia de la citada Ley de Toro, es precisamente, a mi entender, la prueba más concluyente de su derogación, puesto que si fuera cierto legalmente ese imperativo casi sobrenatural de la posesión civilísima, no permitiría el legislador que dió a luz dicho artículo el reparto de dignidades nobiliarias entre hermanos, cuando por la repetida Ley corresponderían todas al mayor varón, o esos hermanos favorecidos por el reparto no podrían estar seguros, ellos o sus herederos, de la posesión legal de esas dignidades, si a los legítimos sucesores del mayor varón se les ocurría reclamarlas invocando ese precepto casi medieval de la posesión civilísima.

Esa fundada opinión está corroborada en los artículos 8.^º y 9.^º del R. D.-ley de 28 de diciembre de 1846, ratificado por la Ley de 5 de diciembre de 1899, al disponer el primero de los citados que «se concede la facultad de renunciar las grandezas y títulos...», y el segundo, que «todo sucesor de grandeza o título que a los seis meses de haberlo heredado estuviese sin pagar el derecho establecido por este impuesto especial y sin sacar la correspondiente carta de confirmación, se entiende que ha renunciado por sí a su derecho a la grandeza o título, quedando, por consiguiente, sujeto éste, para los efectos de su supresión, a lo dispuesto en el artículo anterior, rigiendo el mismo plazo de seis meses para cada uno de sus dos inmediatos sucesores». Si fuera cierta la vigencia de dicha Ley de Toro, ninguna otra posterior la desconocería, ni admitiría la renuncia de derechos que, por estar amparados en la posesión civilísima, habrían de considerarse irrenunciables y eternos, superiores a las decisiones de Reyes y Parlamentos legislativos, inmutables a la sucesión de generaciones y al transcurrir de los siglos. Los defensores de la Ley de Toro quieren hacer de ella algo así como un Sacramento de origen divino.

La verdad es muy otra y se deja ver nítida si, con atención y sin prejuicios, desinteresadamente analizamos la letra y el espíritu de la legislación vigente, separando los guijarros que en vano pretenden desviar su recto curso.

La concesión de Títulos nobiliarios es, como se ha dicho, una donación que exige la coincidencia de dos voluntades: la del donante, otorgando la gracia, y la del donatario, aceptándola y cumpliendo los requisitos legales, tales como acudir a los llamamientos que hace la Administración en caso de vacante del título, y pagar los correspondientes derechos. Si un heredero no puede o no quiere llenarlos, declara con esa omisión que renuncia al título. Esto dijo la ley de 1846 y esto repite la legislación vigen-

te, en contra o revocando lo que en 1505 estableció la repetida Ley de Toro.

Esa renuncia lleva implícita la reversión de la merced nobiliaria a la Corona, esto es, al Jefe del Estado, para que, a su arbitrio, como acto de gracia, la rehabilite o no, y a favor de quien tenga por conveniente. Vemos, pues, otra vez la figura jurídica de la donación en los casos en que se acuerde la rehabilitación de Títulos nobiliarios, que hace o no el Jefe del Estado en uso de sus facultades discrecionales y de su libérrima voluntad.

Desde el punto de vista notarial, la cesión de Grandezas o Títulos del Reino deberá verificarse en escritura pública, no en acta, como dice el R. D.-L. de 27 de mayo de 1912, ya que implica una declaración de voluntad.

El artículo 13 del R. D.-L. de 27 de mayo de 1912 parece permitir la cesión del Título o Grandeza hecha por el padre, siempre que éste respete las dos únicas limitaciones que en este artículo se le imponen, es decir, que obtenga previamente la aprobación de S. M. y que el título principal sea cedido al hijo a quien correspondería el Título según las reglas sucesorias del mismo. Si este artículo pudiera ser aplicado aisladamente, la escritura de cesión no exigiría más requisitos que la comparecencia del padre cedente, la justificación por el mismo de la aprobación a la cesión y la presentación de la carta de concesión del Título o Títulos para acreditar que la cesión del Título principal se verificaba sin infracción de las reglas sucesorias del mismo, que serían las de los mayorazgos regulares o irregulares.

Esa distribución de Títulos nobiliarios entre sus hijos también puede hacerla el poseedor de varios por disposición testamentaria, en cualquiera de sus formas, siempre que, si el testamento es ológrafo, se protocolice.

Ahora bien: teniendo en cuenta el texto del artículo 12 del propio R. D.-L. de 27 de mayo de 1912, cuya aplicación al supuesto contemplado en el artículo 13 puede fundamentalmente sostenerse, debe estimarse necesaria la comparecencia en la escritura de cesión no sólo del hijo cessionario, para aceptar la cesión verificada a su favor, sino también la del hijo o descendiente a quien, con arreglo a la ley sucesoria del Título cedido, correspondería el mismo en caso de que la cesión no hubiere tenido lugar.

Estimando, pues, la aplicabilidad al supuesto del artículo 13 de la norma que con carácter general establece el 12, deberán comparecer en la escritura de cesión las siguientes personas: 1) El padre cedente, poseedor actual del Título que va a ser objeto de cesión. 2) El hijo cessionario, es decir, aquel a cuyo favor se hace la cesión. Y 3) El hijo o descendiente a quien correspondería la sucesión del Título, si la cesión no hubiere tenido lugar.

Las declaraciones de voluntad de las personas intervenientes en la escritura serán las siguientes: el padre, la de ceder el Título al hijo que designe: la del cessionario, la simple aceptación

del Título cedido, y la del hijo a quien normalmente y de *suyo* correspondería la sucesión, implicará la conformidad con la cesión hecha por el padre, significando, en el fondo, una renuncia tácita a sus derechos.

En cuanto a la capacidad para emitir las antedichas declaraciones de voluntad, no hay que olvidar que la cesión implica el desprendimiento o transmisión de un derecho, respecto al padre cedente, la adquisición del mismo por parte del hijo cessionario y una renuncia similar, aunque no idéntica, a las de tipo preventivo para el hijo, sucesor normal del título, caso de no existir la cesión.

Por lo demás, deberán observarse, claro es, las normas que con carácter general impone para todos las escrituras públicas la vigente legislación notarial.

La legislación vigente, restablecida por la Ley de 4 de mayo de 1948 y Decreto de 5 de junio siguiente, es la anterior a 1931, con ligeras variantes, y en sus líneas generales puede enunciarse así: el art. 5.^o del precitado Decreto, concordante con el 4.^o del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, preceptivo de que «el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia».

El art. 6.^o del propio Real Decreto, ordenando que «ocurrida la vacante de una de estas mercedes, el que se considere como inmediato sucesor podrá solicitarla del Ministerio de Gracia y Justicia en el término de un año. Si nadie lo hiciera en tal concepto, se concede otro plazo, también de un año, para que lo verifique el que le siga en orden de preferencia; y si tampoco en ese tiempo hubiera ninguna solicitud, se abrirá un nuevo término de otro año, durante el cual puede reclamar cualquiera que se considere con derecho a la sucesión. Todas las solicitudes se anunciarán en el Boletín Oficial del Estado. Si dentro de cualquiera de los plazos se presentase más de un aspirante, se pondrá de manifiesto el expediente a cada uno de ellos por término de tres meses, para que aleguen lo que estimen conveniente a su derecho o desistan de él, y el Ministro, previa consulta a la Diputación Permanente de la Grandeza y a la Comisión del Consejo de Estado, resolverá adjudicando la vacante al que, a su juicio, ostente mejor derecho, sin perjuicio de que los Tribunales de Justicia pudieren dictar, si se somete a ellos el asunto por cualquiera de las partes interesadas». Añade que una vez pasado el último plazo concedido para suceder en las dignidades nobiliarias vacantes, sin que se hubiera presentado ninguna petición, se declarará caducada la concesión, lo que reitera la Real Orden de 29 de mayo de 1915 al declarar caducados los títulos y grandezas cuyo último poseedor hubiera fallecido antes del 28 de mayo de 1912, sin haber sido solicitados.

El art. 8.^o del mismo Real Decreto, coincidentes con los preceptos del Real Decreto de 8 de julio de 1922, que desarrolla la materia, dispone que la caducidad podrá alzarse a petición de par-

te legítima que solicite la rehabilitación de la merced a su favor, y siempre que acrelide la anterior existencia y la supresión de la misma; estar dentro de los llamamientos a la sucesión, según el orden establecido, siendo pariente consanguíneo del primero y del último poseedor y reunir méritos bastantes para ostentare decorosamente la dignidad. El art. 1.^º del citado Real Decreto de 8 de julio de 1922 define de modo categórico la naturaleza jurídica de este negocio al preceptuar «que corresponde al Rey—actualmente al Jefe del Estado—acordar la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino suprimidos por expresa disposición administrativa, e incursos en caducidad», agregando el artículo 2.^º que «*la gracia de rehabilitación* de Grandezas de España o de Títulos del Reino sólo podrá ser impetrada por las personas que reúnan las condiciones señaladas en el presente decreto», puntualizando seguidamente que «*la alegación y probanza* de las mismas *no tendrá oira eficacia* que la de colocar al interesado en aptitud para que la rehabilitación sea decretada en favor suyo, pero sin que por ello deje de ser plenamente potestativa para la Corona—hoy del Jefe del Estado—la concesión o denegación de la merced solicitada», precisando aún más el párrafo G) del art. 3.^º, al referirse al parentesco diciendo que sólo se necesita ser consanguíneo del último y primer poseedor legal, sin exigir mejor o peor derecho genealógico, lo que indica que para tener aptitud a que se le conceda la gracia basta con que sea pariente comprendido indistintamente en cualquiera de los cuatro grupos del art. 4.^º del propio Real Decreto:

De las líneas generales de la legislación vigente, que quedan expuestas, se desprende de modo indubitable que los negocios jurídicos a que da lugar la Institución nobiliaria son bien simples y sencillos, y se pueden escalar así:

a) Concesión de la merced nobiliaria como acto generoso del Soberano—Rey o Jefe del Estado—, en premio de unos servicios que él solo valora. Donación perpetua para el agraciado y sus herederos legítimos.

b) Sucesión en la merced cada vez que desaparezca el titular, con llamamiento a los herederos por el orden que indique la concesión y, en su defecto, por el de los mayorazgos regulares. El no personarse en su turno el llamado, implica legalmente que renuncia para siempre, para él y sus sucesores, la dignidad nobiliaria, abriendo la vía legal para que se persone quien le siga en derecho genealógico. Si son varios los que comparecen, la Administración determinará a quién corresponde la sucesión, o enviará el asunto a los Tribunales de Justicia, para que se aclare ese extremo, otorgando la correspondiente carta de sucesión. Es decir, que la preferencia debe quedar resuelta antes de que en la Carta estampe su firma el Jefe del Estado, porque ella debe quedar revestida de la máxima autoridad, para que no pueda ser jamás discutida.

c) Caducidad de la Grandeza o Título nobiliario si, una vez vacante, nadie reclama su sucesión dentro de los plazos que marca la ley.

d) Alzamiento de la caducidad a petición de parte legítima, cumpliendo los trámites que marca la ley, dando lugar a la rehabilitación del Título de que se trate, como acto gracioso del Soberano y, como tal, indiscutible e indiscutido, máxime cuando la propia Administración concede plazos para que comparezcan los que se crean con aptitud para impetrar la gracia.

Pero esto, que resulta tan claro y, además, tan conveniente para el prestigio de la Institución nobiliaria y para la infalibilidad —que no puede engañar ni engañarse— de la firma augusta del Jefe del Estado, se encuentra contradicho en la propia legislación vigente, en la que si se analiza imparcialmente a la luz del Derecho se observará que cada precepto tiene su contradictor, el cual abre paso a innumerables litigios que discuten las decisiones de la Administración adoptadas con observancia estricta del cauce legal marcado por la ley.

Por ejemplo, si la legislación declara, y tiene como renunciantes a los herederos que no acuden a los llamamientos que hace la Administración cuando se produce la vacante de una dignidad nobiliaria, y la otorga a favor del que, en uso del derecho taxativo que se le concede, acude a solicitarla, ¿por qué la propia ley da acción a los que no comparecieron para que acudan a los Tribunales en cualquier época a disputar la merced a quien la obtuvo legalmente y debía estar amparado en la tranquila posesión de ella por la propia ley?

¿Por qué si la rehabilitación de Títulos es un acto de gracia del Jefe del Estado se concede con la absurda coletilla de «sin perjuicio de mejor derecho»? Si es un acto de gracia, contra él no caben mejores derechos, porque la fuente de los que produce la rehabilitación está en la voluntad del Jefe del Estado, que como tal es indiscutible.

Esa contradicción de los preceptos legales aplicables a la materia está explícitamente reconocida por los propios Ministros que los llevaron a la sanción real. Así, en la exposición del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, se lee: «La necesidad, por otra parte, de acomodar las concesiones de esa naturaleza a las exigencias fiscales, desde que en 1845 se varió totalmente el régimen tributario, ha hecho que se dicten en diversas épocas varias y aun contradictorias disposiciones para regular tan interesante materia; pero habiéndose producido en su aplicación dificultades y dudas, entiende el Ministro que suscribe que es llegado el momento de recopilar y concordar la legislación vigente y de establecer reglas que contribuyan no sólo a la mayor claridad y fijeza de los preceptos legales, sino también, y muy principalmente, a que las distinciones que se concedan recaigan siempre en personas dignas de ellas».

Fracasó ese Ministro en su propósito, porque el que redactó el Real Decreto de 8 de julio de 1922 tuvo que decir en su preámbulo: «Proponíase el Ministro que suscribe someter a estudio de las Cortes del Reino, previa la autorización de V. M., un proyecto de ley sobre estas cuestiones..., pero circunstancias bien notorias... aconsejan el aplazamiento de aquel designio».

¿Por qué ni el Ministro de 1912 ni el de 1922 acometieron la sana tarea de expurgar de las contradicciones por ellos reconocidas la importantísima legislación nobiliaria? A mi juicio, y lo dice el Decreto de 1922, porque no la llevó a estudio de las Cortes del Reino y no pudo desprenderte del hechizo de las vestales de la Ley XLV de Toro, que cultivan su culto trasnochado, sin tener en cuenta, como ha quedado demostrado, que esa ley estaba ya expresamente derogada y, además, a que es totalmente inoperante en la época actual, en la que la suprema consideración social es fiel reflejo de los méritos personales de cada uno. ¿Y cómo estas contradicciones, que se producen por las alusiones vergonzantes a la repetida Ley de Toro (1505) y a la más anciana Ley 2.^a, título 15, Part. 2.^a (año 1348), invocando «el derecho tradicional» y el «sin perjuicio de tercero o mejor derecho», pueden subsistir en nuestro Régimen, que es constituyente y, consecuentemente, revisor de las leyes, para acomodarlas al modo de ser actual, y no al de 1348 ó 1505?

La explicación es bien sencilla: porque la Ley de 4 de mayo de 1948 no se detuvo a examinar el articulado de la legislación anterior a 1931, sino que se limitó a restablecerla en bloque, con todos los defectos que quedan denunciados; pero el Ministro de Justicia, en su discurso en las Cortes, hizo la solemne promesa de que se introducirían en esa legislación las modificaciones convenientes, «conformes con la actual organización del Estado español e impuestas por la Soberanía del mismo y por su Poder constituyente».

Parece, pues, llegado el momento de que la malograda aspiración de los Ministros de Gracia y Justicia, que refrendaron los Reales Decretos de 1912 y 1922 tenga realidad y que la legislación nobiliaria sea objeto de una revisión a fondo, que la limpie de los defectos que quedan apuntados, para que los que merecieron la merced de la Carta de concesión, de sucesión o de rehabilitación de un Título nobiliario, después de cumplidos los trámites que fija la Ley, la tengan a perpetuidad, sin que nadie pueda intentar estorbar su tranquila posesión, desapareciendo la improcedente coletilla de «sin perjuicio de mejor derecho», que es una incitación al desacato a la firma del Jefe del Estado, constituyendo un acto irreverente por parte de los que acuden a los Tribunales. Esa coletilla lleva a la consecuencia disparatada de transferir a los Tribunales de Justicia la facultad privativa del Jefe del Estado de conceder u otorgar Cartas de sucesión o de rehabilitación de mercedes nobiliarias, y a privar de estabilidad y prestigio a la No-

bleza titulada, que pasa por la amargura de ver que sus nombres corren por los Juzgados, cual si hubieran usurpado o ganado con malas artes o engaños las dignidades que legítimamente disfrutan al amparo de una legislación que debe ser congruente en sus preceptos.

Es cierto, tratándose de rehabilitación de Títulos nobiliarios, que el art. 13 del Real Decreto de 1922, volviendo por los fueros de la Administración y recabando las prerrogativas de que está investido el Jefe del Estado para conceder o no esa gracia, se reserva la facultad de no ejecutar las sentencias sobre mejor derecho genealógico fundándose en deficiente prueba de méritos. Pero esto no es suficiente para evitar la inseguridad de cuantos ostentan legalmente Títulos rehabilitados, no importa en qué época, pues es casi seguro que ninguno fué otorgado—ni tenía por qué serlo—a quienes hubiera correspondido en una sucesión normal. Y como los pleitos sobre derecho preferente ventilan sólo el de los litigantes, y quedan fuera otros que en cualquier momento pueden ejercitarse acción semejante, el resultado de esas pugnas, que sólo por las contradicciones de la ley pueden producirse, va en desprecio de la Institución, privando ello que soliciten las rehabilitaciones personas respetables y dignas de ostentarlas por el temor de que luego pretendan ponerles en entredicho ante los Tribunales quienes pudieron solicitar el mismo título acudiendo o compareciendo ante la Administración en el momento oportuno, cuando se abrió la vista en el expediente.

Todos los defectos que someramente quedan apuntados aconsejan que no se demore la promesa del entonces Ministro de Justicia, señor Fernández Cuesta, de revisar la legislación nobiliaria, desvinculándola de reminiscencias casi medievales y ajustándola a los tiempos presentes, para que no se dé el caso de que quien acreditado en las Cancillerías extranjeras como Título del Reino durante muchos años, aparezca despojado de él a consecuencia de haberlo llevado con la improcedente coletilla de «sin perjuicio de mejor derecho».

La privación de una merced nobiliaria, cuando no sea a causa de haberse hecho el poseedor indigno de ella, sino a consecuencia de ese confusionismo de la legislación vigente, tiene las características de una exoneración, es algo como la pena accesoria de degradación, subsistente en lo militar, para sancionar actos delictivos. El despojado de un título nobiliario, poseedor legítimo de él, porque lo obtuvo con la egregia firma del Jefe del Estado y amparado por los preceptos legislativos, que cumplió a satisfacción, no puede ser equiparado a quien cometió actos punibles.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Derechos reales (1)

Cursillo de conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet

I

VALOR DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS EN PERSONALES Y REALES DESDE PUNTOS DE VISTA HISTÓRICO, DOGMÁTICO Y REALISTA

El objeto de este cursillo es la determinación del valor que tiene la clasificación de los derechos en reales y de obligación. De paso, tal vez, podemos obtener consecuencias en el aspecto metodológico.

¿Qué valor debe atribuirse a la clasificación de los derechos en una u otra categoría?

En Derecho romano no pudo plantearse la cuestión. No existió distinción entre derechos reales y de obligación. La hubo, sí, de cosas en corporales e incorporales (Gayo), entre «res mancipi» y «nec mancipi»; se distingue el dominio de los demás derechos reales, pero en sus líneas actuales aquella clasificación apenas llegó a distinguirse. Por otro lado, abundan los supuestos de coexistencia de derecho real y derecho de obligación, especialmente en el dominio y la reivindicación, ya que en la época clásica, se sanciona, además del derecho real del propietario, el derecho de obligación que tiene contra los «ficti possessores» y contra quien dejó de poseer dolosamente.

En Derecho romano clásico la distinción clara fué la de las acciones: «in rem» et «in personam»; distinción que se difumina en Derecho romano jus tinianeo, según nota Alvarez Suárez, al querer incluir en estas dos categorías la totalidad de las acciones reconocidas por el Derecho. Pero, como es sabido, en Roma la acción precedió históricamente al derecho, en lugar de ser engendrada por él, y había derechos sin acciones y acciones que no suponían dere-

(1) Las presentes notas fueron tomadas a través de las seis conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet de Goytisolo—Notario de Madrid—en el Curso de Derecho Privado de la Universidad de Verano de Santander, en colaboración con la V Semana Notarial (3-8 de septiembre de 1961).

El carácter, de simple esquema, con que se recogieron, motiva que no presenten unidad en la exposición; apareciendo en varios pasajes demasiado resumidas, e incurriendo en otros defectos, que la buena voluntad del lector sabrá subsanar.

chos. Así, por ejemplo: la pseudo-propiedad (la de cosas «nec mancipi») fue largo tiempo defendida por la publicana y otras acciones antes de convertirse por Justiniano en una verdadera propiedad, e igualmente la propiedad peregrina.

Los glosadores, partiendo de la concepción escolásica de causa (fundamento), dieron un paso decisivo de la «actio in personam» a la «obligatio» (que consideraron como su «causa propinquas», así como en el contrato vieron su «causa remota») y de la «actio in rem», al «ius in re» («ius in re» que abarcaba el «dominium» y el «quasi dominium», «causa propinquas» de la «actio in rem», cuya «causa remota» era el «titulus mediante quo fuit acquisitum dominium»).

Pero de esta distinción apenas sacaron consecuencias dogmáticas, ni fuera del Derecho procesal tuvo repercusiones prácticas.

Por seguir en la exposición el plan romano, Antonio Gómez coloca entre los contratos la hipoteca y los censos, a pesar de gozar de acciones reales, lo que perdura en nuestro Código civil.

Fueron los pandectistas los que quisieron sacar sus últimas consecuencias de la construcción de la figura del derecho real. Aplicando el método dogmático de inversión, ante un derecho dado y dudando de alguna de sus cualidades, se examinaba si las otras encajaban en el concepto general, para aplicarle luego aquella cualidad atribuida al hipotético concepto genérico. Olvidaban con ello que la lógica puede tener una virtud ordenadora, pero no creadora (Hernández Gil). Dualde también llama la atención sobre el método dogmático; se pretende dar mayor generalidad a la inversión que a la base tenida en cuenta para hacer la generalización, y así el cilindro se convierte en cono con la base invertida, resultando insostenible, igual en Física que en Derecho. Además, por ese procedimiento, igual que por una analogía puramente dogmática, se comete aquel error claramente expresado por F. de Castro: «Si A es semejante a B porque ambos tienen una común característica x, se concluirá que la calificación Z que se dé a A deberá concederse por analogía a B. El equivoco lógico está en que, para que se pueda aplicar a B el calificativo Z será preciso que Z se aplique en razón de x, y no, por ejemplo, de y; esto es, que de analogía no se quede en una mera semejanza, sino en la «ratio» de la semejanza».

Otra consecuencia, que se ha querido sacar con esa general clasificación, ha sido la determinación de qué derechos deben ser inscribibles. Con las consiguientes dificultades en los supuestos en que las características que la doctrina dominante atribuye al derecho real aparecen dispersas o dudosas. Olvidando que tal vez sería preferible que los casos dudosos fueran resueltos teleológicamente, mirando al interés general.

El método dogmático entraña graves peligros. A la construcción sólo puede concederse un valor de ordenación, de clasificación, e incluso de explicación, a la que no debe supeditarse la solución justa y teleológica del problema en cuestión. En la posible antímonia entre la solución o resultado de una construcción lógica y técnica y la que impone la realidad moral, social o económica no hay duda en que debe elegirse ésta, tanto más cuanto que hoy están en franca revisión casi todos los conceptos dogmáticos.

El error del método dogmático se hará más palpable con un ejemplo: en

Zoología se agrupan determinados ejemplares para formar una categoría dada. Aparecen restos de un animal prehistórico, se fijan sus caracteres por deducción según el parentesco de sus restos. Pero luego en lugar ignoto aparecen vivos ejemplares de aquel tipo que se creyó extinguido y alguno de sus caracteres que la ciencia le atribuyó resultan desmentidos por la realidad. En Derecho sucede igual, porque surgen figuras vivas distintas a las prefabricadas, y no vamos a destruir la que vive dando preferencia a la hipotéticamente creada por la razón. Ello sería tan absurdo como en Zoología lo sería rechazar como inexistente el animal vivo.

Además, los conceptos en la dogmática aparecen—como dice Pound—como las plantas en las colecciones botánicas, disecados, distintos de la realidad viva. Gény nos previene contra el peligro de supervalorar la construcción jurídica, observando que no es más que «andamios».

II

EL CONCEPTO DE DERECHO REAL Y EL DE DERECHO DE OBLIGACIONES, SEGÚN LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE RELACIÓN JURÍDICA, DERECHO SUBJETIVO Y OBJETO DE DERECHO

Para observar las deficiencias de la clasificación que estudiamos seguiremos dos caminos: 1. Cómo se llega a resultados distintos partiendo de conceptos básicos distintos. Los conceptos de derecho subjetivo, de relación jurídica, de persona jurídica, etc., son de los más discutidos por la doctrina jurídica, y, por tanto, variarán las consecuencias según se parte de uno u otro. 2. Examinaremos las categorías más importantes de derechos reales, viendo cómo responden a los datos que se señalan como características del concepto.

Comenzaremos por el primer camino.

La glosa creó los derechos reales, sin más valor que el meramente clasificatorio, como los que gozaban de acción real. Bastaba ver qué derecho tenía acción real para clasificarlo en aquella categoría.

Modernamente la doctrina no se ha conformado con eso; ha querido crear el concepto de derecho real de modo lógico, por deducción de otros conceptos más elementales, a su vez formulados lógicamente. Es claro que cualquier error deslizado en éstos repercutirá en aquél.

Sin duda que será distinto el concepto del derecho real, según se entienda o no que la relación jurídica es necesariamente una relación entre personas. En el primer caso, aquél desemboca a ser el lado activo de la obligación pasiva universal o de la sumisión al *jubere iussum* del titular activo.

La correlatividad del derecho y del deber, con Kant y Windscheid nos llevan también a aquella obligación, o, más científicamente, con Carmelutti, a los dos dualismos sucesivos: *derecho-sujeción* (al *vetere* y al *permíttere* del titular activo), *facultad-obligación* (que nacen de aquél *permíttere* y aquél *vetere*) y de nuevo *derecho-sujeción* (por el que se penetra en el campo procesal cuando el *vetere* no ha sido respetado). Mientras la concepción de la no correlatividad de derecho y deber y su configuración como relaciones distintas, nos se-

paran el derecho y el deber de respetar los derechos ajenos (deber general que afecta a todos los derechos de cualquier naturaleza como relaciones distintas). O bien con Schreiber y Pachioni, se extiende Schult y Haftung a la dogmática de todo Derecho privado, más allá del campo del Derecho de obligaciones. En fin, la concepción del derecho como mero reflejo del deber nos lleva a la teoría puramente normativa de Thon.

También, según cual sea el concepto admitido de derecho subjetivo, será diferente el concepto del derecho real. La teoría del poder de voluntad puede llevarnos a opuestos resultados, según su contenido se imponga a otra voluntad o sobre las cosas del mundo exterior. A través de la doctrina del interés el derecho real adquirirá otro aspecto. No miraremos ya al sujeto pasivo, sino al interés defendido: derechos reales serán—según Manuel de la Cámara—los que nos proporcionen utilidades de las cosas.

Viendo en el derecho subjetivo tan sólo una proyección del derecho objetivo, los derechos reales únicamente serán «consecuencia de las prohibiciones impuestas por la norma a otras personas: a todo el mundo menos al titular». Según Kruckman, «no es la relación entre persona y cosa, sino entre la cosa y las demás personas». Para Schlossmann, «un expediente técnico sin verdad científica». Según caricaturiza Vinding, «el vacío de lo lícito jurídico». Y conforme la visión surrealista que pinta irónicamente Piscatore, «la propiedad sobre un plato de sopa consiste en el derecho a que nadie escupa en el mismo».

La noción del objeto del Derecho es también fundamental para la determinación de nuestro concepto. Con Savigny, el objeto (cosas o prestaciones) distingue claramente los derechos reales de los derechos de crédito. Pero Windscheid revisa esta doctrina en cuanto a los derechos reales, cuyo objeto enlaza con la obligación pasiva universal, que con Mischas y Queru basta que sea universal, aunque sea activa. Por ello, Gierke tiene que distinguir el objeto y el punto de referencia, y Gorotcheff el objeto del substrato de los derechos reales; y Car nelutti, para salvar la visión realista, separa el objeto del derecho de la relación de voluntad y la lleva a la relación de intereses. Simultáneamente, con Brinz se revisa el objeto de los derechos de crédito. Estos se descomponen en las relaciones de Schuld y Haftung, distinción que proyectada a los derechos reales lleva a fundir ambas categorías de derechos, que con Gaudemet sólo se diferencian por referirse a cosas determinadas o a un patrimonio ajeno, respectivamente.

III

ANÁLISIS DE LOS CARÁCTERES ASIGNADOS A LOS DERECHOS REALES

¿Cuáles son los caracteres que se señalan como típicos del derecho real?

I. *Immediatividad*.—Es la característica clásica del derecho real. ¿Reúnen todos los derechos considerados usualmente como reales esa característica de la *immediatividad*? ¿Existe en los censos, en la hipoteca, en las llamadas *servidumbres in faciendo*? ¿Son estos verdaderos derechos reales? Para salvar esos linderos clásicos, Rigaud cree que ese debe reemplazar esa fórmula corriente por esta otra: no es necesario, para ejercitarse el derecho real, ningún intermediario

personalmente obligado. Pero, ¿no oscurece eso la distinción? ¿Qué se entiende por intermediario personalmente obligado? ¿Cabe la inmediatividad en algún derecho personal? ¿Cuál es la posición del arrendatario?

2. *Absolutividad*.—Es la nota básica, según la concepción obligacionista, de los derechos reales, que los transforma en derechos absolutos. Nace de las ideas de Kant. ¿Son concebibles derechos en Robinson? Windscheid, Roguin y Planiol son los principales defensores de la construcción apoyada en la absolutividad. Pero esta concepción de la obligación pasiva universal se rompe en las manos de Demogue como un juguete en las manos de un niño demasiado curioso, al querer conocerlo por dentro, en su esencia.

Los llamados derechos relativos también deben ser respetados por todo el mundo. «Los actos que constatan y crean el derecho de obligación existen frente a todos», dice Demogue. Ciento que Roguin y Mischas quieren distinguir el deber de no *inmixtión* y la obligación pasiva universal; y Alger pretende explicar aquel respeto como una consecuencia de la protección a la propiedad y a la libertad del deudor. Pero puede también jugar en beneficio del acreedor al brindarle una indemnización de daños y perjuicios contra el tercero. Claramente se ve también esa nota en el pago hecho a persona distinta del acreedor, en la acción Pauliana y en el concepto de mala fe de nuestro art. 1.473, § 2, que el Tribunal Supremo ha impuesto incluso al adquirente registral y que impone se respete un mero contrato que no ha dado lugar aún a situación real alguna (por aquí llegaríamos a la interesante cuestión de la repercusión registral de la acción del art. 1.124, C. c.).

La obligación pasiva universal no es una verdadera obligación. Es sólo un deber genérico de respeto. No constituye el derecho del titular activo, sino sólo un reflejo del respeto que se le debe.

Así lo demuestran los siguientes datos: *Históricamente*, los derechos prece dieron a las obligaciones. *Técnicamente*, la llamada obligación pasiva universal, ¿puede decirse que sea jurídica? (Recordad nuestra titularidad pasiva respecto la casita de bambú de una gehisa en Yokohama, de que habla irónicamente González Palomino, o de derecho contra los cafres para defender nuestra propiedad, a que alude Cámará. La obligación pasiva universal, como dice Rigaud, no es patrimonial: no tiene valor pecuniario activo (en el patrimonio del titular activo), ni pasivo (en el patrimonio ajeno). Ni da la menor idea del contenido de los pretendidos derechos reales en cuestión.

¿Por qué las relaciones de derecho sólo pueden consistir en prohibiciones o en relaciones entre personas? ¿Es que para la ordenación de las relaciones entre los hombres no cabe que el Derecho atribuya a algunos de ellos determinadas facultades sobre las cosas, o sus utilidades totales o fragmentarias?

Positivamente, la acción concedida por el art. 1.002 del Código civil protege a todos los derechos, aunque no sean reales.

Además, ¿son absolutos, en el sentido clásico del concepto, todos los derechos reales limitativos? La historia nos presenta supuestos de derechos reales relativos, como el protegido por la acción publiciana, la fiducia germánica la propiedad no inscrita, el dominio sobre los bienes muebles, etc.

3. *Repercusitoriedad*.—Para Rigaud es característica natural del derecho real, pero no lo es esencial. En Derecho francés carece de ella la propiedad mueble (art. 2.279. Código civil francés), e igual sucede con el art. 83 de nues

tro Código de comercio. El art. 464 del Código civil no ordena una pérdida de propiedad, sino una limitación de su reipersecutoriedad. Otros casos de derecho real que carecen de ella pueden ser: la propiedad inmueble no inscrita frente al titular registral, la prenda, si el titular dejó de poseer. En el supuesto de hipoteca no reinscrita, tampoco existe reipersecutoriedad.

En cambio, pueden tenerla los derechos personales, v. gr.: los pretendidos tipos del *ius ad rem*, en el supuesto de la acción pauliana, en la *in rem verso*, etcétera. Finalmente, véase la acción del acreedor verdadero contra el acreedor aparente, poseedor del título, a quien el deudor pagó de buena fe.

4. *Preferencia*.—Igualmente es considerada por Rigaud como característica meramente natural del derecho real. Pero hay veces que el legislador da preferencia a unos derechos reales sobre otros del mismo género, infringiendo la regla *prior tempore, potior iure*. Y, en sentido inverso, el legislador puede reforzar el derecho de crédito dándole preferencia sobre los demás, e incluso sobre derechos reales. Así, en el art. 44 de la ley de Contrato de Trabajo señala la preferencia en el cobro de los jornales de la última semana sobre todo otro derecho, aunque sea de carácter real. Da así un *privilegium* o preferencia a unos acreedores personales sobre otros, aunque lo sean de carácter real. Semejantes preferencias sobre derechos reales posteriores pueden lograr los derechos de crédito a través de las anotaciones preventivas (ver artículos 1.921 y siguientes, Código civil).

5. *Perpetuidad*.—¿Es nota natural del derecho real? Pero, ¿cómo distinguir las relaciones obligatorias con tendencia a ser duraderas, de los derechos reales temporales?? Al decir de Löning, por la posibilidad de denuncia unilateral del contrato. Pero en realidad, vemos cómo la falta de pago del precio o canon es causa de comiso en la enfeitisis (1.648, núm. 1), y por pacto expreso cabe en el usufructo, uso, habitación, servidumbres (artículos 1.513, núm. 2; 529, 546, núm. 4), e incluso puede ser causa de resolución del dominio vendido y tradido en virtud del juego *ex tunc* previsto en los artículos 1.504 y 1.505 del Código civil. La infracción de cualquiera de las condiciones pactadas en el contrato es causa de comiso en la enfeitisis (art. 1.648, núm. 2, ap. 1), así como el deterioro grave de la finca enfeítica (art. 1.648, núm. 2, ap. 2º), y el abuso grave de la cosa y de la habitación, es causa de extinción de los derechos reales de uso y habitación.

6. *Transmisibilidad*.—Históricamente pudo normalmente significar una diferencia de los derechos de crédito y los reales. Hoy ya no lo es así. Se admite la transmisión de los créditos sin causar su novación. Por otra parte, siempre han existido derechos reales intransmisibles. Recordemos el usufructo en Derecho romano y los derechos de uso y habitación en nuestro Código civil.

También se dijo que era necesario el modo en la transmisión de los derechos reales y no en los de crédito. Pero recordemos lo que sucede hoy en las legislaciones orientadas hacia la desaparición del modo, que jamás fué exigido para transmitir la hipoteca ni las servidumbres constituidas convencionalmente. En cambio, en Derecho común, la *denuntatio*, en la cesión de créditos, fué considerada equivalente al modo.

7. *Susceptibilidad de posesión*.—Esta no es posible en la hipoteca ni en las servidumbres discontinuas y no aparentes. ¿Puede dudarse, en cambio, de su posibilidad en el arrendamiento?

IV

EXAMEN DE LA NATURALEZA DE LAS PRINCIPALES FIGURAS CLÁSICAMENTE SEÑALADAS COMO DERECHOS REALES

La relatividad del concepto de derecho real se da no sólo frente a los derechos de crédito, sino también con las situaciones de hecho y, con relación al tiempo, con los derechos futuros y las meras expectativas. El examen de las líneas borrosas nos parece especialmente interesante para percarnos de esa relatividad, obteniendo conclusiones.

Comencemos por el más sabido de los derechos reales.

Dominio.—Es el prototipo de los derechos reales, y tal vez él nos facilite la lista de cuáles son los derechos reales puros. Digamos antes unas palabras de tipo general sobre el dominio.

Propiedad, en sentido estricto, es equivalente a dominio. En realidad, en sentido lato la propiedad no sólo comprende el dominio, sino que abarca cualquier derecho patrimonial, que no dejará por ello de ser propio (Villavicencio). La noción de derecho subjetivo no es más que la extensión de la propiedad (Renard). En definitiva, es su *objeto* lo que separa el dominio de los demás derechos subjetivos.

Se ha definido el dominio:

a) Empíricamente, como una suma de facultades o poderes. Se confunde así el concepto con su contenido. De ahí se derivó la posibilidad de desintegrar el derecho de propiedad al constituir los *iura in re aliena*. No lo entendió así el Derecho romano, que habla del «usus, abusus, uti, frui, abutis», como acción, pero nunca de «ius fruendi, ius utendi», etc.

b) De un modo abstracto. La tendencia moderna es ver en el dominio un derecho de carácter abstracto, independiente de las facultades que concede; quiere verse en él un contenido de caracteres variables.

Los caracteres fundamentales son: a) la razón de pertenencia en la relación del hombre con el derecho, lo personaliza (corresponde al momento estático); b) la posibilidad de una decisión proveniente de la voluntad libre del titular. Desde este punto de vista, las *facultades* no son *partes* del derecho de propiedad, sino simples *posibilidades de actuación, poderes subordinados*, no derechos parciales (Villavicencio).

Los *iura in re aliena* no se constituyen mediante extracción de derechos preexistentes en el dominio, sino por cesión de una facultad, es decir, de parte o todo el contenido económico.

La facultad de disponer es de contenido distinto al de las demás facultades que integran el dominio. Tiene estos caracteres: a) No pertenece al contenido; es una facultad externa, común a casi todos los derechos subjetivos patrimoniales; no es interna ni privativa del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad de disponer. b) Su función es jurídica, no material (su contenido no es de disfrute).

Villavicencio ha llegado a estas conclusiones razonando así: La vertiente patrimonial relacionada con el derecho real es la de disfrute, y no la de responsabilidad; de ahí que el derecho real debe tener un contenido de disfrute, de que carece en sí en absoluto la facultad de disposición. Por lo que estima imposible

sostener que pueda existir un verdadero derecho real cuyo contenido específico sea una posibilidad de disposición. Además, el derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, por una necesidad de ubicación. Si realmente el poder de disposición se halla dentro del derecho, ¿cómo podremos concebir que al mismo tiempo pueda arrojarlo del patrimonio? La fuerza que transmite la propiedad no puede estar dentro de ella. Lo que se transmite no puede ser a la vez transmitente. Esa fuerza se halla en el sujeto. Por ello, quien enajena la propiedad de una cosa no transmite con ello la facultad de disponer; por el contrario, la facultad de disponer queda con él, y el adquirente pone en servicio respecto al derecho adquirido su propia facultad de disposición.

Veamos otros aspectos. El derecho de propiedad que hemos examinado, ¿puede existir aplazado o condicionado? ¿Cabe un «*dominium ad tempus*» o un dominio suspensivamente condicionado o debe decirse solamente revocación de la propiedad?

De lo dicho hasta ahora se infiere que puede subsistir el dominio aunque todas sus facultades materiales de aprovechamiento hayan sido suspendidas por la atribución de derechos reales limitados; no implica que desaparezca la inmediatividad; sólo quedan en suspenso las facultades. Incluso ese dominio que no actúa materialmente puede reflejarse posesoriamente. Reflejo posesorio que no cabía en Derecho romano, pero admitido en el nuestro, al permitirse la posesión de los derechos, o ser posible la posesión mediata.

Pero el problema se complica cuando planteamos el supuesto de un dominio cronológicamente comprimido por otro dominio. De una parte, se duda si el actual, al faltarle la nota de perpetuidad, es verdadero dominio. Y de otra, se suscita igual duda con relación al futuro, en virtud de la falta actual de inmediatividad. He aquí otro problema de fronteras entre el derecho a un dominio futuro y el dominio aplazado o condicionado suspensivamente. Problema que se plantea igualmente en otros derechos reales, v. gr.: los usufructos sucesivos. En el dominio vemos estos supuestos: en los fideicomisos, en las reservas, en las reversiones legales y pactadas, en la consecuencia real de las retroventas. Varias soluciones se han sugerido para explicar la relación: Del derecho del reservatario y el fideicomisario se ha dicho que es una expectativa. Otros autores han afirmado que existe un *ius ad rem*, que limita la propiedad actual. Para otros es un «*dominium ad tempus*». Alguno ha visto un mero usufructo en el dominio actual y una nuda propiedad en el titular futuro.

El automatismo de la adquisición en las reservas y fideicomisos nos indica que existe un dominio condicional o aplazado. La cuestión de la retroactividad queda eliminada admitiendo figuras híbridas de plazo y condición.

Se ha dicho que la más clara distinción entre derecho real y derecho de crédito se halla en los supuestos de ser propietario de una cosa y ser acreedor a la entrega de esta cosa. Pero, no obstante, no es ello tan fácil de precisar como en principio parece. Así llegamos a una interesante frontera del dominio, situada en esta escalera:

Obligación de entregar

•Ius ad rem.

Dominio tradido, pero no inscrito, en propiedad no inmatriculada.

Dominio tradido } instrumentalmente en finca inmatriculada.
 } fácticamente

Dominio inscrito y no tradido.

Dominio inscrito y tradido.

La pretendida figura del *ius ad rem*, tiene su origen histórico en el Derecho canónico y en el Derecho feudal. El Landrecht prusiano la recogió en el caso de la doble venta, y se refleja en el art. 1.473 de nuestro Código civil.

Pero la explicación de este artículo 1.473 puede darse, sin recurrir al *ius ad rem*, como una sanción a la mala fe del segundo comprador que conozca la existencia de un primer contrato de compraventa concertado previamente con otra persona. Este efecto produce una zona difusa que ensombrece los límites entre la obligación de dar una cosa y el dominio de la misma.

USUFRUCTO, ARRENDAMIENTO Y ENFITEUSIS

1. *Usufructo*.—Plantea el problema del cuasi usufructo, y cabe entonces preguntar si el cuasi usufructo es sólo un derecho real limitativo y si el nudo propietario, en este caso, es algo más que titular de un crédito.

Se ha considerado el usufructo como un derecho independiente, como una facultad de goce (concepción romana primitiva).

Otra dirección ha considerado al usufructo como un «*ius in re aliena*» (concepción romana clásica).

En las fuentes tampoco falta apoyo para entenderlo como una «*pars dominii*».

Para otros, el usufructo no es más que una propiedad temporal (Perozzi, Sánchez Giménez).

En realidad, el usufructo debe considerarse como una genérica facultad de goce. Si la propiedad se ofrece como la titularidad—prototipo de todo derecho subjetivo—, el usufructo puede considerarse como la facultad de goce: la atribución, a un sujeto distinto del titular, de la utilidad económica que supone el goce normal de un bien. Así se comprende la extensión del usufructo fuera del ámbito clásico del derecho real, sin que se escinda la figura. De este modo, lo mismo en el derecho subjetivo (como su *iubere*), como en el usufructo (o goce separado de *iubere*) el objeto determinaría su posible cualidad de derecho real, o por lo menos influiría sobre las características del derecho.

En el cuasi usufructo se obscurecen los linderos entre el usufructo y el dominio, y entre el dominio y un simple crédito personal. No obstante, la cuestión varía según las distintas concepciones del cuasi usufructo. De él se ha dicho que su constitución supone la transmisión de la propiedad con obligación de restituir, en su día, otro tanto en igual especie y calidad. Frente a esta posición clásica, Cicu dice que sólo se extingue la titularidad del propietario al consumirse la cosa; Barbero cree que ocurre en el supuesto de mezcla de los

objetos usufructuados con la propiedad del mismo usufructuante; Jordano Bara piensa que dicha mezcla sólo produce una copropiedad, debiendo aplicarse el art. 482 del Código civil (lo que podría requerir una complicada contabilidad de los posteriores aumentos y disminuciones). Esta cuestión tiene gran interés en los casos de quiebra y de pérdida de la cosa.

En realidad, la diferencia entre el usufructo y el quasi usufructo lo determina su *objeto* respectivo. Cosas de utilidad reiterada, en el primero, y cosas de utilidad simple, en el segundo, que determinan su respectivo modo de goce.

Otro punto de fricción entre el usufructo y el dominio nos lo ofrece el usufructo de disposición. ¿Es un usufructo más un derecho o poder de disposición? La explicación que antes hemos dado del poder de disponer aleja esa probabilidad. En realidad, la posibilidad de disponer del derecho implica su titularidad—aquí, además de su goce—. Si está limitada a actos inter vivos, y excluida la disposición por causa de muerte, nos hallamos con una propiedad temporal al modo de los fideicomisos de residuo, en los que al primer instituido se le autoriza para disponer. El nudo propietario viene a ser un fideicomisario de «eo quod supererit». Pero con una diferencia fundamental: si el fideicomisario premuere al heredero gravado y no transmite sus derechos (lo segundo siempre sucede si ocurre lo primero en los fideicomisos condicionales), son los herederos del primer instituido los que adquieren los bienes fideicomitidos; en cambio, en el caso de premorir el nudo propietario al usufructuario de disposición, no son nunca los herederos de éste, sino los de aquél, los que suceden. En la primera hipótesis, el dominio definitivo es para el fideicomisario si vive al fallecer el heredero gravado; de no ser así, el dominio *ad tempus* se consolida como perpetuo. En la segunda hipótesis, el dominio definitivo es, en todo caso, para el llamado nudo propietario o para sus herederos, si aquél premurió al usufructuario.

2. *Arrendamiento*.—¿Es cesión a título oneroso del disfrute a cambio de una prestación periódica de dinero o especie, o bien es obligación de facilitar reiteradamente, a título oneroso, ese goce a cambio de aquella prestación? Hoy día no puede dudarse de su inmediatividad, ni en las leyes especiales de su absolutividad, aun no estando inscrito, ni de su tendencia a la perpetuidad.

3. *Enfiteusis*.—Tal vez es, con el arrendamiento y el precario, y llegando a los censos (o bien partiendo de las servidumbres y llegando por las negativas a las «in faciendo»), donde vemos trazado un camino que nos lleva desde el derecho real al de obligaciones, e incluso entre las situaciones de hecho y de derecho.

Dogmáticamente: en el arrendamiento, sobre todo en los inscritos y en los protegidos, damos un paso hacia, o ya dentro, de los derechos reales. Otro se avanza pasando del arrendamiento a la enfiteusis como derecho real en el dominio de otra persona (concepción romana). Despues ya es *dominio útil*—frente al dominio directo—en la concepción feudal. El dominio directo va desapareciendo, cuando el censo es redimible. Si se excluye el retracto, el laudemio y el comiso, desaparece el dominio del censualista y surge el censo reservativo. De ahí damos un paso más, en la renta vitalicia: dominio cedido a título de renta vitalicia garantizada o no con hipoteca o condición resolutoria.

Históricamente ha habido tres instituciones que han regulado las relaciones entre propietario y cultivador, y entre el casero y quien ocupe vivienda ajena:

precario, arrendamiento y enfeusis. Su evolución ofrece una tendencia constante: por un lado, la tendencia a la prórroga forzosa de la situación del cultivador o del que ocupe la casa que acaba de desembocar en una situación que aproximándose al dominio impone la redención forzosa. De otro lado, el propietario que procura huir de esta constante, buscando la fórmula jurídica que menos merme sus derechos, recurriendo a otra cuando en la anterior se ha afianzado demasiado la situación de la parte contraria.

Los precarios significan otro tránsito, otra línea de frontera que existe entre el hecho y el derecho, que también se observa entre la posesión con derecho de retención y la prenda.

DIFERENCIA DE LA HIPOTECA Y LOS CENSOS PROPIAMENTE DICHOS

Covarrubias comparó la hipoteca y los censos. Pero cabe observar:

1. Que la hipoteca es accesoria, tiene por fin garantizar la satisfacción de un derecho de crédito, mientras que el censo es principal, lo que tiene importancia en el caso de perecimiento de la cosa.
2. El acreedor hipotecario puede hacer ejecutar la finca hipotecada, en cambio, el censualista antes sólo disponía del comiso, aunque hoy goce de acción personal y real para cobrar las pensiones.
3. Por abandono y falta de herederos no adquiere el dominio el acreedor hipotecario, a diferencia de lo que sucede en la enfeusis.

VI

LAS SERVIDUMBRES PERSONALES Y LAS PREDIALES, LAS «IN FACIENDO» Y LOS CENSOS

Nuestro Código civil tiene un concepto más amplio de las servidumbres que el clásico de las servidumbres prediales de Derecho romano, e incluso que el B. G. B., porque si bien el párrafo primero del artículo 530 dice que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño», añade el artículo 531 que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada»; incluyendo además las llamadas relaciones de vecindad. Más reducido, en cambio, excluye las servidumbres personales de usufructo, uso y habitación.

En realidad el concepto dado en el Código civil de las servidumbres es un cajón de sastre, en el que hoy se recogen una serie de limitaciones parciales del pleno goce del propietario. Hagamos algunas distinciones:

1. *Relaciones de vecindad*, medianería, distancias entre plantaciones, huecos, inmisiones, amojonamiento, cerramiento...
2. *Servidumbres prediales clásicas*, que en el Derecho romano (y en conformidad con el art. 530 del Código civil) se apoyan en el aspecto negativo de *limitación* cuando aún está sin elaborar el concepto de derecho real. Eso puede ponernos en guardia. Las limitaciones «in faciendo»—positivas—en relación a las «in non faciendo»—negativas—, ¿son siempre el reverso de un derecho real? Nada cabe alegar respecto a las primeras, que suponen una facultad inmediata sobre el fundo sirviente por el titular del dominante. Pero, ¿y las

negativas? Cámara, oponiéndose a la tesis de la sucesión constitutiva de Barasi, ha sostenido que en el caso de servidumbre *altius non tollendi* no existe un derecho real propiamente dicho, sino que el propietario del fundo sirviente está específicamente obligado a no edificar frente al propietario del fundo dominante, obligación que se conecta *proper rem* a las titularidades de ambos fundos. No es un interés en el goce del predio sirviente lo que directamente se protege, sino el que se tiene en que el propietario del mismo no edifique. Claro que puede alegarse que el titular del fundo dominante tiene interés y goce en las vistas y lues del fundo sirviente. Más favorables a la tesis de Cámara son las discutidas *servidumbres de no ejercer industria*. ¿Cabe establecer limitaciones meramente económicas, o sólo puede serlo físicas, a través de las servidumbres?

3. *Servidumbres personales*.—Pueden ser regulares—usufructo, uso, habitación—e irregulares o impropias—artículo 531 del Código civil—, del que Mucius Scaevola dice que está en contradicción con el artículo 350 del cuerpo legal. De Diego las reduce a ser servidumbres prediales limitadas «*cum demonstratione personae*». Ossorio Morales, sin negar que al amparo del artículo 594 cabe esta figura, cree que el artículo 531 permite verdaderas servidumbres personales. Concretamente las palpa en los artículos 603 y 604. Pero en éstos, ¿nos hallamos ante comunidades, ante servidumbres reciprocas o ante servidumbres cuyo sujeto activo es una comunidad?

4. *Servidumbres «in faciendo»*.—Ya fueron conocidas del Derecho romano, pese al repetido texto de Pomponio. Este mismo autor, en otro fragmento, se ocupa de la obligación del propietario del fundo sirviente de una servidumbre de paso, de retirar los árboles que en él derribó el viento. Tenemos, además, el *reficiere parietem*, de la servidumbre *onoris férēndis*, aunque para Scialoja es sólo la consecuencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa. En Derecho canónico están como ejemplo ciertos impuestos de tipo territorial, como los diezmos.

En realidad las servidumbres «*in faciendo*» nacen en Derecho germánico. En la Edad Media, el fundo se concibe como organización económica, un conjunto de cosas activas, productivas, comprendiendo las fuerzas que rinden trabajo (cosas, animales, siervos) y así se puede explicar el derecho del señor a estas cargas, no como un derecho de crédito contra sus tenedores, sino como un derecho real sobre el fundo, como unidad de producción.

Hoy, en la moderna doctrina, se debate si nos hallamos ante derechos reales *in faciendo* (Fadda, Bensa, Rigaud) u obligaciones *propter rem* o *in rem scriptam*. Cámara ha formulado esta pregunta: Si al titular activo no se le reconoce una actuación directa sobre el fundo sirviente, y sólo puede reclamar del propietario de éste el cumplimiento de la obligación de que se trata, y si éste voluntariamente no la realiza acudir a la vía judicial, ¿cómo puede hablarse de que aquél tenga un verdadero derecho real?

5. *Las cargas reales o censos*.—Así como por el camino de la enfeusis, igualmente, por el de las servidumbres personales llegamos a los censos fructuarios (prestación de los productos del fundo) y de éstos a los pecuniarios.

Veamos la naturaleza jurídica de los derechos reales *sin faciendo*—servidumbres, censos—:

a) Hay autores para quienes se trata de una *obligatio rei*, determinada por la titularidad de la cosa (Van Bamefen).

b) Para otros es una obligación de carácter «propter rem», caracterizada por la no transmisibilidad a los herederos y su determinación por la titularidad de la cosa. Bonnecasse pone a su lado las obligaciones «in rem scriptam» que se liberan por el abandono anterior a su nacimiento (prestaciones futuras), pero sin que se extingan las causadas antes del abandono.

c) Fadda y Bensa admiten que se trata de verdaderos derechos reales «in faciendo».

d) Según Pachioni el titular de un fundo gravado no tiene deber alguno, sino sólo interés en pagar. Es un caso de «dover avere» sin «dover dare»; de Glaubigerschuld sin Schuldnerschuld, según la terminología de Pundschart.

En nuestro Derecho, en cambio, puede afirmarse que el propietario está personalmente obligado, en cada anualidad, al pago de la renta correspondiente, puesto que se concede al censualista acción personal para reclamarlas (art. 1.623, prop. 2.^a, C. c. y S. 16 de diciembre de 1925) además de la acción reiperseccutoria derivada del censo. Una clara distinción de ambas acciones fué expuesta por el eximio Martí Miralles, en su trabajo «Sobre la acción para reclamar pensiones de censos». Tal acción personal, según Blas Pérez y J. Alguer, se dirige contra aquel poseedor en cuyo tiempo de posesión hayan vencido las pensiones que se reclaman. Existe, por tanto, una obligación o carga por razón de la titularidad de la cosa, que nace cada año, para quien en el momento del vencimiento sea el titular, de pagar la pensión correspondiente.

El abandono de la finca extingue el censo, pero no podrá extinguirse la obligación personal de pagar las pensiones atrasadas, de las cuales siguen respondiendo quienes fueron titulares de la cosa en los respectivos momentos de sus vencimientos, aun cuando no lo fueren ya en el instante de la reclamación. Se trata, pues, de auténticas obligaciones «in rem scriptam», conforme el significado que a esta designación atribuye Bonnecasse.

VII

LOS DERECHOS DE GARANTÍA

A) Hipotecas.

Uno de los derechos cuya naturaleza real se ha discutido más es el de hipoteca. Principalmente, por autores italianos, se ha mantenido que la hipoteca no es un derecho real, destacando en este sentido nombres tan prestigiosos como los de Carnelutti, Gorla, Biondi, etc. Ya antes, en Alemania, se afirmó que se trataba de una obligación «in rem scriptam»; y Brinz le aplicó la teoría del «Schuld» y del «Haftung».

Examinemos en qué efectos de la hipoteca se han querido hallar los caracteres de los derechos reales.

1.^o *El ius distrahendi aduersus omnes*.—Pero ese *ius distrahendi* puede fundarse:

- a) En una titularidad sobre el valor en cambio de la cosa;
- b) En un derecho de realización de un valor;
- c) Ser consecuencia del derecho personal y público de ejecución del crédito hipotecario, igual al de cualquier otro crédito personal ordinario.

¿Cuál es el objeto de la hipoteca considerada como derecho real? Hay distintas teorías:

- 1) Los que afirman que el objeto de la hipoteca es *el valor en cambio de la cosa*—finca hipotecada—, o una parte del mismo;
- 2) Los que lo sitúan en *la realización del valor en cambio* de la cosa;
- 3) Los que lo centran en *la seguridad y garantía* que los bienes hipotecados ofrecen al acreedor de percibir el importe de su crédito.

a) La teoría de la atribución de valor fué formulada por Oberneck, para quien el propietario puede distribuir el valor de la finca en porciones independientes, mediante hipotecas a favor de distintos acreedores. Para Moxó, la hipoteca es un derecho real que recae sobre el valor en cambio de bienes inmuebles y garantiza la percepción de una suma pecuniaria. Pero el valor es una medida del objeto, que no puede confundirse con el objeto propiamente dicho.

b) La teoría del derecho de realización del valor es la que podríamos calificar de común entre nuestros hipotecaristas. Se dice, que la hipoteca es un derecho de realización de un valor, que recae sobre el *ius disponendi* de la cosa gravada. Roca habla del poder del titular de «hacer vender ejecutivamente» la cosa hipotecada. Cornelutti, objetó que el sujeto a quien se atribuye esta facultad no la realiza por sí mismo, sino que sólo puede accionar para que los órganos coactivos le hagan percibir la suma de dinero acreditada. Por lo demás, vimos como el llamado *ius disponendi* es extrínseco a la titularidad, y no forma parte del contenido del dominio, sino que es consecuencia de la posición personal de quien es titular respecto a su objeto.

c) Teoría del derecho de garantía: Maiorca, batiéndose en retirada, admite que el *ius distrahendis* no individualiza a la hipoteca; pero ésta se caracteriza por el fin de asegurar con una vinculación en garantía.

2.º La afección de la cosa al pago del crédito garantizado.

La doctrina moderna, que quiere seguir manteniendo la hipoteca entre el cuadro clásico de los derechos reales, busca el objeto de ésta en la sujeción o afección de la cosa al pago del crédito asegurado.

Para esa afección se explica por cualquiera de estos tres caminos:

- a) Como un derecho real de garantía;
 - b) Como un efecto meramente procesal;
 - c) Como una dislocación de débito y responsabilidad (Schuld y Haftung).
- a) Para Wolff en la persecución *terga omnes* es donde se manifiesta claramente el carácter real del derecho de garantía.

Maiorca cree que la hipoteca es un verdadero derecho real, porque es un vínculo de los bienes que da al acreedor seguridad, un derecho que se arraiga en los bienes vinculándolos y les sigue por todas partes.

b) Cornelutti dice que la responsabilidad es un estado de sujeción al poder jurídico del Estado; el deudor está sujeto al Estado, al acreedor solamente le debe, le está obligado.

c) Para Gorla, lo que la garantía supone es una especial relación, que denomina «vínculo de indisponibilidad» del bien gravado, que supone la ineficacia de toda enajenación de la cosa con respecto al acreedor.

d) Para Cámara, de la hipoteca deriva una situación jurídico-procesal, y una situación jurídico-material, pero no es una situación jurídico-real. La hipoteca viene a ser un embargo anticipado.

(Carnelutti, Gorla y Cámara parten de que débito y responsabilidad están indisolublemente unidos.)

e) Frente a esta posición se halla la que estima que débito—Schuld—y responsabilidad—Haftung—son dos relaciones totalmente separadas y distintas (Brinz, Bonnecasse).

Según Pachioni, la hipoteca es una mera variedad o modalidad del segundo—Haftung—de los elementos en que se descompone la obligación. Y así, o todo Haftung supone un derecho real (Rocco) o de la hipoteca sólo entraña un derecho personal con su Haftung concretado y fijado en una cosa determinada.

B) Prenda.

Así como la hipoteca linda entre el derecho personal y el real, y entre lo civil y lo procesal, la prenda se halla además en los confines de la garantía de hecho y la de derecho, en un peldaño más próximo a esta última.

(Pero: ¿la posesión es un hecho o es derecho? Originariamente *hecho*, puede producir *derechos* en cuanto es protegida. Pero así como los derechos en general conceden la facultad de gozar de hecho, en la posesión es el *hecho* el que alimenta al derecho.)

La *prenda meramente posesoria* es siempre eficaz contra el acreedor. Contra tercero está supeditada al artículo 464 del Código civil. *Su pérdida acarrea la de la preferencia y la persecutoriedad*. La prenda viene así a ser un derecho real provisional en cuanto va unida a la posesión que muere frente a terceros con la pérdida de dicha posesión.

Pero al lado de esa posesión vemos la anticresis legal—art. 1.868 del Código civil—; la facultad de realización de valor—arts. 1.858, 1.872 del Código civil—y la preferencia—arts. 1.923, 1.926 del Código civil—que pueden tener igual explicación que en la hipoteca) y el general ejercicio de las acciones en defensa de la cosa pignorada—art. 1.869 del Código civil—pero sólo subrogándose en lugar del dueño

El derecho de retención (*pignus Gordianus*), que hemos de separar de otros supuestos de retención, sólo tiene la garantía posesoria, no produce preferencia, según la sentencia de 16 de mayo de 1941, y deriva de la *«exceptio dolis»*.

C) Anticresis.

Ha sido el más discutido de los derechos de garantía—tal vez por su origen de mero pacto unido a la prenda—y posiblemente sea el que más claramente se halle en el campo real.

Se ha dicho por algunos autores que es un derecho real pleno. Para otros es un derecho real imperfecto; entendido: a) oponible a terceros pero sin preferencia (Pothier, De Diego, Campuzano, Gayoso); b) oponible a terceros pero con preferencia limitada (Brunswick); c) con preferencia, pero sin persecución (Planiol, Josserand, Bonnecasse). Finalmente, no falta quien crea es un mero derecho personal. Ni quien lo haya limitado a los frutos, salvando la cosa madre.

Parece que hay un usufructo más que una hipoteca (*viven gage* o *mortem*

gage». Pero, ¿puede decirse lo mismo de ese disfrute anticrético, que de la facultad de pedir la administración en la hipoteca? Aquí no hay intermediación judicial. Sólo que por su fin difiere del usufructo. No es el goce de la cosa, sino la garantía del crédito lo que persigue. El disfrute no tiene existencia ni finalidad autónoma.

VIII

LOS DERECHOS DE DISPOSICIÓN O DE MODIFICACIÓN JURÍDICA

Ya hemos visto que el «ius disponendi» es extrínseco al dominio o a cualquier otro derecho subjetivo. Deriva de la titularidad y depende de la aptitud subjetiva y objetiva. Desde este punto de vista no puede haber derechos reales sobre el «ius disponendi».

A) Derecho de retroventa; no es derecho sobre «ius disponendi», sino un «distractus» retroactivo que afecta a todo tercero. *a)* Puede entenderse que el dominio sólo se ha extinguido suspensivamente y el comprador sólo lo ha obtenido bajo condición resolutoria. *b)* O entender que la resolución sólo afecta al título, aunque al caer éste repercuta sobre todos los que de él deriven algún derecho (salvo juego registral).

B) Derecho de tanteo. Es sólo una «preemtio». La publicidad legal o registral pueden dotarle, no obstante, de efectos «ergo omnes».

C) Derecho de retracto. Es un derecho a subrogarse que, también, la publicidad legal o la inscripción registral (en el pactado) lo hacen oponible «ergo omnes».

D) Derecho de opción. Su naturaleza jurídica ha sido objeto de diferentes teorías:

- a)* Precontrato unilateral.
- b)* Contrato sometido a condición «si volet».
- c)* Oferta vinculante.
- d)* Poder irrevocable con facultad de autocontratar.
- e)* Facultad de decidir unilateralmente, sea la perfección de un contrato o del acto dispositivo (teoría que con F. de Castro, llega a encontrarse con la que mencionamos en primer lugar, al entender que el precontrato se define como poder de decidir los efectos de un contrato).

El efecto contra tercero de la opción sólo puede lograrse dotándola de una universalidad, únicamente justa si va unida a suficiente publicidad (concretamente a través de los Registros públicos).

E) Usufructo de disposición, del que ya antes nos ocupamos.

F) Cesiones fiduciarias: *a)* Transmisiones plenas fiduciarias (pero en ellas el transmitente es legalmente el dueño); *b)* Transmisiones plenas fiduciarias en pago de asunciones (también el fiduciario es dueño, a modo de comprador que paga con la asunción de una deuda). *c)* Poderes para disposición, irrevocables por su causa, que están fuera del campo de los derechos reales.

En resumen, ninguna de estas figuras supone un derecho sobre el «ius disponendi» de una cosa ajena. Son figuras heterogéneas, caracterizadas por un poder de decisión, inconfundible con el *ius in re*, aunque se refieran a cosas y su publicidad pueda dotarlas de efectos «ergo omnes».

IX

CONCLUSIONES

La relatividad de la clasificación examinada es lo que con mayor realce destaca de esa peregrinación realizada a través de las presentes figuras de derechos reales.

A) *Bases del concepto.*

Históricamente puede observarse el paralelismo de derechos reales y personales:

Derecho sobre la cosa	Derecho sobre la persona (esclavos).
Derecho a utilizar la cosa ajena (servidumbre)	Derecho a utilizar el esclavo ajeno (servidumbre «operarum servorum»).
Sujeción de la cosa (fiducia, pignus).	Sujeción de la persona («nexum»).

En la Edad Media adquiere relieve el concepto feudal del fundo como unidad productiva, de que hemos hablado ya, y que funde el penúltimo dualismo enunciado.

Acto del titular del fundo gravado,
obligación «propter rem»

Acto de la persona: obligación con sujeción del patrimonio, que luego se concreta en una o varias cosas determinadas, con intervención judicial (embargo) o previamente a través del «pignus» y la hipoteca.

Dogmáticamente

El derecho real es relativo. Depende del aspecto que se examine. Puede intentarse basar su concepto en diversos datos:

Universalidad, ya vimos de qué modo era común a todos los derechos y recogimos la crítica que inutiliza ese criterio, al tratar los caracteres atribuidos a los derechos reales.

Inmediatiedad.—Sólo es perfecta, en el dominio pleno y actual y en alguno de los derechos de inmediato disfrute.

Viene supliida por el automatismo en la adquisición en su día de la titularidad plena y goce en ciertos derechos que no autorizan de momento un disfrute actual (ejemplo, el derecho de fideicomisario, que automáticamente adquiere el objeto, una vez realizada la segunda delación).

Fin.—Atendemos a aquello que el derecho persigue: Si es alguna utilidad de una cosa, = derecho real; si es una conducta, = derecho personal (Cámaras). De ahí que haya sostenido que la hipoteca no es derecho real, porque es un derecho dirigido a garantizar la percepción de una suma o cantidad de dinero debida.

Contenido económico del dominio.—El dominio, del que ya vimos su concepción como síntesis abstracta de toda facultad sobre la cosa, que puede existir aun faltándole transitoriamente algunas de ellas, o incluso todas, lo podemos tomar como base de otro punto de vista, considerando como reales aquellos derechos que atribuyen facultades que normalmente forman parte del contenido económico del dominio.

Objeto.—Con un punto de vista amplísimo podemos distinguir tres facetas de los derechos subjetivos en general: *Titularidad, goce y sujeción*. Su proyección sobre una cosa material (como *objetivo*—sea de la relación de voluntad o de la relación de interés) llevaría consigo la aparición de los derechos reales: dominio, derechos limitados de goce y derechos de garantía real, respectivamente. Así resultaría que la naturaleza real del derecho sólo dependería de cuál fuese el objeto.

B) *Clasificación de las figuras estudiadas.*—Siguiendo un orden de más a menos podría establecerse en esta forma:

I. *Titularidad y derechos de goce de una cosa física.*—A) Dominio: a), actual, que puede estar tradido de hecho, o haberse tradido instrumentalmente; b), pendiente (sometido a condición suspensiva, por ejemplo).

Todos los anteriores supuestos lo son de dominio absoluto; pero puede hablarse también de un dominio relativo (acción publiciana, posesión a título de dueño), en el que se debilita su absolutividad.

B) Derechos que autorizan a gozar de alguna utilidad de cosa ajena, reduciendo los derechos de su propietario (facultades materiales del dominio).

En ellos la atribución exclusiva del goce determina la absolutividad del derecho de su titular (amparado por los genéricos «alterum non laedere» y «suum quique tribueret»).

II. *Sujección de una cosa concreta en garantía.*—Aquí la sujeción de la cosa determina la absolutividad del derecho.

III. *Obligaciones «propter rem»,* que pueden ser—como ya hemos dicho—positivas y negativas. Aquéllas normalmente consisten en un dejar hacer, pero pueden consistir en un hacer (muy frecuente en la Edad Media), o en un dar, ya sean de carácter fructuario o pecuniario, es decir, frutos o dinero. Las negativas pueden imponer limitaciones físicas o económicas.

En todas ellas, la forma de determinación del sujeto pasivo—with relación a una cosa—impone la absoluta sujeción al cumplimiento de quien quiera que sea el titular de dicha cosa índice.

IV. *Derecho a perfeccionar un acto traslativo, a subrogarse en una adquisición o a resolver una transmisión.*—En las dos últimas, porque hay resolución o hay subrogación de la retroacción al momento de la adquisición, resulta la oponibilidad del derecho contra los terceros adquirentes posteriores a la fecha a que se refiere la retroacción.

En la opción y el tanteo su eficacia contra tercero depende de la valoración teleológica que le otorgue la ley, y de la publicidad (legal o registral) del derecho de preferente adquisición que se ejercite.

PROTECCIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LOS DERECHOS

No entramos en la interesante cuestión de la función social de los derechos y de la intensidad y dirección de su protección, según se atienda para ello proponeradamente al interés individual o al interés social a que responden. (Es interesante el límite de la función social de los derechos, no sólo en la propiedad, sino en todas las demás en general. Así, v. gr., la extraordinaria protección que hoy se otorga al inquilino debiera detenerse, por ejemplo, ante aquel que conserva vacío y sin utilizarlo el piso del que es inquilino, o ante quien sea propietario de otro similar, que puede ocupar y no lo ocupe solamente porque éste le renta más de lo que debe pagar de alquiler por el otro).

Sólo vamos a intentar sacar fruto de este cursillo, orientando sus consecuencias hacia la protección *estática* y *dinámica* de las categorías de derechos estudiados.

La protección estática atiende a su goce, defiende al aprovechamiento de la riqueza nacional, la economía productiva.

La protección dinámica mira a la circulación de la riqueza, tiende a defender la economía circulatoria. Puede enfocarse especialmente, bien a la protección del comercio jurídico propiamente tal, o bien a la del crédito (v. gr., en el problema de la prenda sin desplazamiento de objetos de comercio aparecen en colisión la seguridad del crédito por ella protegido y la seguridad del comercio jurídico del objeto pignorado).

Varios medios ha utilizado el Derecho para proteger la seguridad jurídica. Unos atienden especialmente a la seguridad estática, otros a la seguridad dinámica. Algunos miran a ambas vertientes, aunque normalmente se decanten con preferencia a una de ellas.

Así tenemos la posesión, la usucapción, los signos sensibles, los títulos, la inscripción, etc.

La posesión principalmente atiende a la seguridad estática, pero a través de la tradición de bienes muebles vela por la seguridad dinámica, por el comercio jurídico. También la usucapción, enfocada en principio a facilitar la prueba del dominio y la estabilidad del cultivador, puede servir, gracias a la «*accessio usucaptionis*», para proteger a quien adquirió de un poseedor en concepto de titular pero sin perfecta titularidad. Pero ni una ni otra institución sirven suficientemente a efectos de la seguridad dinámica en cuanto no exteriorizan los derechos que no sean de inmediato disfrute.

La inscripción registral atiende, por el contrario, con preferencia a la seguridad dinámica, protege al adquirente, defiende el crédito territorial o mobiliario. No obstante, desde el punto de vista de la seguridad estática, como no siempre refleja la realidad, sea por omisión o por falta de reflejo inmediato y de matices, no puede calificarse como medio perfecto de protección. Su defecto técnico es que protege mejor al prestamista que al labrador y al especulador que al habitante. También sufre defectos en la práctica por la imposibilidad de arbitrar un medio perfecto y seguro, a la par que fácil, de inmatriculación, y por las deficiencias de sus datos físicos y la petrificación de su

descripción mientras no sea corregida en los títulos (problemas de falta de inmatriculación, de inmatriculación múltiple y de falta de identificación).

La coordinación de la protección posesoria y la registral puede producir un mejor equilibrio de la seguridad estática y dinámica en los bienes inmuebles y de la seguridad del comercio y la del crédito mobiliario en los bienes muebles que se sujeten a prenda sin desplazamiento.

Un perfecto planteamiento de la cuestión exige una previa discriminación, según la naturaleza del derecho de que se trate. Vamos a establecerle brevemente con relación a las categorías analizadas en este cursillo.

a) *Derechos de inmediato disfrute*.—Su finalidad consiste en aprovechamiento de las cosas, impone la protección de la inmediatividad entre el hombre y la cosa. La casa ha sido hecha para habitarla y la tierra es para labrarla, más que para venderlas o hipotecarlas. La protección de la producción debe imponerse al interés de la especulación o del préstamo, tratándose de la propiedad inmueble. Debe preponderar, por lo tanto, en ellos la protección de la seguridad estática. Por lo menos en los casos en que el disfrute se verifique de modo inmediato. Algo menos si éste se realiza en forma mediata.

Para las situaciones de disfrute inmediato sería suficiente, incluso para la protección dinámica en núcleos no demasiado populosos, la visibilidad de la posesión. En cambio, existen situaciones no visibles, para las que efectivamente no basta. Así sucede con las vinculaciones, fideicomisos, reservas, servidumbres, no aparentes o discontinuas. Estas sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros.

b) *Derechos de garantía*.—En ellos evidentemente debe predominar la seguridad dinámica, y en concreto, la protección del crédito. Pero para su eficacia *erga omnes*, hay que darle una visibilidad. Esto puede ser *posesoria* en la prenda o en el derecho de reención, en cuyo caso debe completarse para obtener preferencia por razón de prioridad: fecha que el derecho conste en forma auténtica. O puede ser *formal*, como sucede a la hipoteca.

c) En las llamadas obligaciones *ob rem* aparece más equilibrado el juego de intereses, pero sin duda debe dotárselas de una visibilidad, que *per se* no tienen, para poderlas oponer a tercero.

d) Entre el heterogéneo grupo de los derechos de *modificación jurídica* debemos distinguir los de interés público y social, dotados de la publicidad de que les iguale la ley; los de interés privado, que requieren una publicidad adecuada si el tercero no ha tenido conocimiento por otro medio (notificación, mención en su título adquisitivo, etc.) de su existencia.

Frente a ese cuadro de derechos, más o menos necesitados de seguridad, los sistemas registrales se nos ofrecen con las siguientes facetas:

a) *Pfandbuchsystem*, registro de mera prioridad de cargas. Sólo los gravámenes sin visibilidad se encasillan en él como en una cola de acreedores a la puerta de la casa del deudor.

b) *Drittwirkung* o sistema de la ineficacia contra tercero registral de lo inscrito. Presenta diversos grados, según alcance o no a las acciones confesoria y reivindicatoria, o tan sólo no defienda de la reivindicatoria nacida de hechos no registrables (v. gr., de la usucapción).

c) *Buchstandsprincip* o registro constitutivo que elimina toda realidad extraregistral, incluso inter partes.

d) *Grundsbuchsystem*, también constitutivo, pero que en caso dé discordia entre *actum* y *dictum*, distingue la relación inter partes, en la que reconoce el predominio de legalidad y la situación respecto a tercero registral, en la que se impone la inscripción.

¿Cuál de estos sistemas resulta más adecuado ante cada categoría de derechos?

Lo cierto es que en cada caso la eficacia debe supeditarse a la clase de intereses más dignos de protección, según el derecho de que se trate.

En los derechos sin inmediato disfrute, sin visibilidad a través de un signo sensible o de la posesión y sin publicidad legal basada en su interés público, debe imponerse la inscripción con carácter determinante para la eficacia respecto a tercero.

En los de inmediato disfrute, debe coordinarse la seguridad estática y la dinámica, conforme resulta en nuestro derecho de una adecuada armonización de los arts. 38 L. H. y 449 C. c. y de los arts. 34 y 36 L. H. Así, el principio protector del tráfico del art. 34 L. H. sólo jugará con plena intensidad eliminando el derecho del titular extraregistral en los siguientes casos:

a) En los casos de ir acordes la inscripción y la posesión en concepto de dueño.

b) Cuando el derecho del transferente no sea de inmediato disfrute.
c) Si, siendo de inmediato disfrute, hubo ocultación dolosa al adquirente de la posesión por parte del verdadero titular, o si la posesión de éste, nacida de una tradición meramente instrumental, no hubiese llegado a tener efectividad táctica

Por la reseña:
Francisco SANCHEZ DE FRUTOS

Concesión del «Premio Jerónimo González» a nuestro colaborador, D. Juan Vallet de Goytisolo

Con la alegría de algo propio damos cuenta en esta Sección del merecido honor de que ha sido objeto nuestro estimado colaborador el Notario de Madrid don Juan Vallet de Goytisolo. Con el propósito de que nuestro afecto no pueda herirle en su modestia, nos limitaremos aquí a reseñar el acta de concesión del indicado premio por el Colegio Notarial de Albacete. La Junta, reunida en sesión extraordinaria para juzgar las obras optantes al premio «Jerónimo González», correspondiente al año 1951, ha decidido unánimemente concederlo, de entre las tres obras presentadas, a la titulada «Hipoteca del Derecho arrendatario», de la que es autor don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid. Se fundamenta el fallo, entre otras, en las siguientes consideraciones:

1.º Se trata de un profundo estudio, en el que con notable sagacidad, abundante documentación e impecable método, se examina, revisa y completa la doctrina, legislación y jurisprudencia sobre la materia.

2.º Destaca en él su fundamentación doctrinal y a la vez su finalidad prá-

tica al intentar abrir cauce, dentro de nuestras normas jurídicas, a una figura que, orientada a la obtención de créditos, puede satisfacer necesidades vitales e influir en el desarrollo de la riqueza nacional.

Poco más podriamos añadir a los elogios que de la obra y del autor hace el Jurado que ha discernido el Premio. Nosotros, con ello basta, nos honramos al contar entre nuestro cuadro de colaboradores a tan prestigiosa firma.

R.

Crisis de la dogmática del contrato

Tal fué el título de la conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos por el Catedrático de Derecho Civil de Granada, D. Juan Ossorio Morales. Su interés hará que la publiquemos completa próximamente, pero no podemos dejar de destacar aquí, en líneas generales, cuáles fueron los puntos tratados sobre tan trascendental tema.

Considera que por distintas causas existen notorias diferencias entre el Derecho vivido y el que se enseña; de ello es una muestra importante el contrato. El Derecho se halla sometido a una serie de transformaciones que tienen más importancia en el campo del Derecho Público que en el Derecho Privado ya que la dogmática privatista se resiste a abandonar sus líneas tradicionales, fundamentalmente en lo formal.

No obstante ello, es quizás el Derecho de obligaciones el que ha sufrido más importantes cambios y dentro de él la figura del contrato, utilizada constantemente para explicar las más diversas instituciones.

De la tesis que consideraba que el querer individual era lo básico y que en consecuencia el Estado no hacia más que protegerlo, se pasa a la fase intervencionista, limitando la autonomía de la voluntad por medio de prohibiciones, que si bien la limitan, no desfiguran la esencia misma del contrato. Un nuevo estadio es aquel en el que no tan sólo se trata de imponer prohibiciones, sino que además se impone determinado contenido contractual, tales son, por ejemplo, la fijación de un precio de tasa, la forma de pago de las rentas y duración en los contratos de arrendamientos rústicos, etc. Tales cláusulas ~~no~~ pueden ser modificadas por pactos contrarios y así se puede hablar de la existencia de «contratos forzados o dictados». Este intervencionismo positivo ataca la dogmática del contrato, en la cual ya no puede hablarse de acuerdo de voluntades, ya que a veces ni siquiera hay voluntad; se trata, a menudo sin saberlo, por ejemplo, el que al tener que trasladarse de un punto a otro adquiere un billete de ferrocarril, celebra, a la vez, un contrato de seguro. Estas circunstancias y el desarrollo cada vez mayor de los llamados contratos de adhesión, acreditan cómo cada vez es más reducido el libre juego de voluntades. El contrato, en el momento actual, es una fórmula caduca hoy en crisis y es misión de los juristas estructurar una nueva fórmula. No puede entenderse el contrato sin subordinarlo a la idea de bien común; el contratante debe ser un realizador de determinada función social. La voluntad del particular sólo debe gozar de la protección del ordenamiento jurídico, en la medida en que se subordene a la conveniencia del bien común.

XII Congreso Internacional de la Propiedad Inmobiliaria Urbana

La *Unión International de la Propriété Foncière Bâtie*, respondiendo a la invitación hecha a su Comité Ejecutivo por el Consejo Superior de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España, ha celebrado su XII Congreso Internacional en Valencia, entre los días 16 al 22 de abril.

Justifica unas líneas de referencia al Congreso el hecho de reunirse en España; el carácter jurídico de sus ponencias y conclusiones; el haberse convertido en portavoz de una de las dos típicas partes del contrato arrendatario urbano; el poner de manifiesto unos mismos intereses, idéntica fundamentación y régimen de las legislaciones diversas en los países representados y la resultante de unas conclusiones de valor universal para el régimen jurídico de la locación urbana.

Prescindiendo de su organización y desarrollo y de los detalles anecdóticos del mismo, procede subrayar el contenido de las declaraciones insertas en sus conclusiones y los motivos que las originan.

Las ponencias fueron publicadas y del Congreso nació una Revista (1) que las contiene en doble texto, francés y español. La primera ponencia fué sosteneda por M. Hanoteau, Presidente de la Cámara parisina, versando sobre las «Relaciones entre arrendadores y arrendatarios de locales de negocio». La segunda, «La construcción pública y privada», por el Presidente de la Federación lombarda, señor Franco Bologna. La tercera, presentada por el señor Mayo Gayerre, Presidente del Consejo Superior de las Cámaras Oficiales españolas y Director del Instituto Nacional de la Vivienda, trató de la «Rentabilidad de la Riqueza Urbana». La cuarta, «La división de los inmuebles y casas por pisos y apartamentos. Copropiedad dividida», por Mr. Charles Ramarogny, Presidente de la Unión Internacional organizadora.

De la exposición en conjunto de las conclusiones se deduce una reacción por parte de los arrendadores urbanos frente a las medidas legales que, impuestas por imperativos sociales y políticos considerados transitorios y por situaciones prácticas de emergencia, han consolidado unos derechos de estructura totalmente distinta de la clásica por sus caracteres y por el conjunto de facultades que constituyen su contenido. No han resuelto, en cambio, el problema de la vivienda, antes bien prevé el Congreso que lo agravarán progresivamente.

Existe una identidad absoluta en la situación de los diversos países caracterizada por la imposibilidad, por parte del Estado y de las entidades públicas para resolver, incluso en parte, el problema de la construcción del número de viviendas. Esta impotencia de los entes públicos contrasta con un excesivo intervencionismo de los Gobiernos, quienes, olvidando la existencia de Organismos que representan la Propiedad Inmobiliaria Urbana, legislan al margen de ellos, lo que trae como consecuencia alteraciones en las normales relaciones entre propietarios e inquilinos y desconfianza del capital privado para invertirse en la construcción. Esta resultante viene aun más energicamente determinada por el mantenimiento de unos alquileres en régimen de tasa que hacen poco rentable la riqueza urbana por su desequilibrio con el precio de coste de la

(1) *Propiedad y Construcción*, órgano de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia, núm. 1, abril 1952.

construcción y el de ejecución de obras de conservación y mejora. Por ello se propone, en un orden general:

· Necesidad de dar el máximo impulso a la iniciativa privada, restableciendo la confianza del capital.

Supresión de las disposiciones intervencionistas en el régimen contractual arrendatario urbano.

Concesión de facilidades fiscales a los constructores.

Canalización del ahorro hacia la construcción.

Fomento de la misma mediante la adopción de medidas jurídicas o económicas similares a las que existen en otras ramas de la actividad industrial o comercial.

· Deseongelación de los alquileres en revisiones ordenadas y periódicas.

En el terreno de realidades jurídicas concretas el Congreso atiende a dos instituciones: el arrendamiento de locales de negocio y la propiedad horizontal.

En relación con el primero se exhorta a los Gobiernos al restablecimiento de la libertad más total del régimen de los locales comerciales, que debe ser distinto al de los de vivienda. Considera el Congreso como ejemplo el régimen de la República Federal Occidental Alemana. Se postula la libre discusión de la cuantía de los alquileres y se propone que en ningún caso la cesión del local por el locatario pueda ser separada del traspaso de la empresa, que es su única justificación.

La más completa de todas las ponencias desarrolladas estima que en el mundo entero la *Copropiedad Horizontal* es admitida, practicada y fomentada como el medio más armónico y elástico para permitir en la mayor medida posible el acceso a la Propiedad Privada Urbana. Esto por dos razones. En la evolución económica, resultante del fraccionamiento de las fortunas, esta especie de copropiedad es la colocación refugio para el ahorro pequeño y el mediano y la fórmula más apropiada para impulsar por el ahorro privado la inversión de los capitales necesarios a la construcción. En la evolución social esta institución, por su carácter de solidaridad, es uno de los mejores y más seguros factores de paz y de orden público y la experiencia adquirida en los países en que existe desde hace siglos demuestra que constituye, en su gestión y en la práctica, un régimen ductil y no una fuente de conflictos, siendo raros los pleitos que produce, como prueba la Jurisprudencia. Se pide como conclusión la regulación de esta Institución sobre la base de la libre contratación entre las partes y la cooperación de los Gobiernos en el acceso rápido de todos los ciudadanos a la propiedad de su vivienda.

José MARÍA DESANTES

B) EXTRANJERAS

Los derechos civiles en la constitución Libia de 1951.

Aprobada en 7 de octubre de 1951 y vigente desde la declaración de Independencia, consigna la nueva Constitución del Reino Unido de Libia (Cirenaica, Tripolitania y el Fezzan) algunos principios orientadores civiles. El Islám es la religión del Estado. Son nacionales los nacidos en alguna de las provincias

libias, los hijos de padre o madre libios y los residentes habitualmente en el Reino por espacio de diez años, que lo soliciten en las condiciones previstas por la ley de Naturalización. Nadie puede poseer la ciudadanía libia y otra extranjera. Todos los nacionales tienen derecho a una igual protección de la ley, y pueden deducir libremente sus peticiones ante las autoridades y Tribunales. El domicilio es inviolable. Lo es igualmente la propiedad. Nadie puede ser impedido de disponer de sus bienes dentro de los límites legales. Sólo por causa de utilidad pública, y previos los oportunos procedimientos e indemnización legales, procede la expropiación. La pena de confiscación general de bienes queda prohibida. La familia es elemento esencial de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado. El trabajo, uno de los elementos fundamentales de la vida económica, es protegido legalmente. Todos los ciudadanos que trabajan tienen derecho a una remuneración justa. El Estado se esforzará en asegurar, en la medida de lo posible, a todo ciudadano y a su familia, un nivel de vida conveniente.

Son de competencia del Estado federal el estatuto jurídico de los extranjeros, emigración e inmigración, nacionalidad, expropiación, régimen de sociedades, seguros, comercio marítimo y aéreo, legislación civil, mercantil, penal y procesal, propiedad literaria e industrial y ejercicio de profesiones liberales, entre otras materias más o menos próximas al Derecho civil.

El poder judicial se ejerce por la Corte Suprema Federal y por Jueces y Tribunales provinciales organizados de conformidad con las normas constitucionales. Los Jueces son independientes e inamovibles, aunque el Rey puede relevárselos, previo informe favorable del Tribunal en que ejercen sus funciones, «por haber perdido la confianza o la consideración que exige la función».

Arturo GALLARDO RUEDA

El Código Civil Checoslovaco

Nos llega ahora, a través del servicio belga de Documentación legislativa extranjera, el texto literal de las partes I y II del Código civil checoslovaco de 25 de octubre de 1950. Tenido de notorio color político, no deja de ser interesante para los juristas occidentales. Consta la parte primera de tres únicos artículos, agrupados bajo la rúbrica «Disposiciones preliminares». Dícese en ellos que el orden social democrático popular, garantizado por la Constitución socialista, sirve de fundamento a los derechos civiles. Tales derechos hallan su protección en la ley. Queda prohibido abusar de ellos en detrimento de la colectividad.

La parte segunda dedica su capítulo primero a las personas. La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se extingue con la muerte. La declaración de fallecimiento procede transcurridos cinco años desde las últimas noticias del ausente, si desapareció en circunstancias normales; al año, si en circunstancias de peligro. Esta declaración disuelve el matrimonio; si el cónyuge contrajo un nuevo vínculo, no hay lugar al restablecimiento de la vida común, aunque el ausente apareciera.

La mayor edad se fija en dieciocho años; el menor se emancipa por matrimonio antes de ella. La cesación de éste no afecta a tal emancipación. Hasta

los seis años se es absolutamente incapaz; de seis a quince puede el menor realizar negocios jurídicos que le favorezcan y contratos relativos a «prestaciones inmediatas» adecuadas a su edad. A partir de los quince tiene aptitud para convenir sobre su trabajo y disponer de su salario. A este último régimen están asimilados los «parcialmente incapaces» y los afectados por trastornos mentales no plenos. Los dementes y los interdictados son absolutamente incapaces. Tanto a los que son total como parcialmente incapaces se les provee de representación legal. En la interdicción pueden ser judicialmente incluidos los alcohólicos inveterados y los drogados habituales.

El sistema parental de líneas y grados es análogo al de los Códigos occidentales. Se dice, no obstante, que son «próximos parientes», los cónyuges, sus ascendientes y descendientes, los de cada uno, y los colaterales de ambos hasta el cuarto grado, los adoptados y las personas que vivan en el hogar ocupando lugar análogo al de familiares.

Sólo son personas morales las creadas o reconocidas por la ley, a la que deben ajustarse sus estatutos. Tienen denominación propia y distinta de las físicas que las integran. Salvo disposición en contra, los miembros «eventuales» de una persona jurídica no están ligados por las responsabilidades de ésta. Gozan de protección legal, especial las «personas morales socialistas» y las empresas nacionales o municipales.

Integran el capítulo 2º las normas sobre «Bienes y Derechos». Son bienes las cosas y las energías que puedan dominarse para el servicio del hombre.

Los derechos sólo pueden ser objeto de tráfico jurídico en cuanto su naturaleza lo permita. Están sujetos por analogía a las mismas normas que los bienes. Resulta, en este punto, el siguiente precepto (art. 29): «Para que un derecho, establecido sobre bienes inmuebles por un acto jurídico, constituya un derecho real es necesario, si tal carácter no resulta directamente de su misma naturaleza, que según el acto constitutivo produzca efectos frente a terceros; en caso de duda se presume que el derecho establecido sólo tiene efecto entre las partes.»

El capítulo cuarto se ocupa de los «Actos jurídicos». Después de calificar de tales las declaraciones de voluntad encaminadas a modificar o suprimir derechos u obligaciones (nada se dice de su creación en el texto de que disponemos), se dice que han de interpretarse siempre en función de las circunstancias en que se originaron, «conforme a las reglas de la coexistencia socialista». Son nulas las declaraciones de voluntad de los incapaces, las incomprensibles y las faltas de seriedad, y las obtenidas con dolo o intimidación, incluso «intimidación legítima».

Los negocios fraudulentos, encaminados a disimular otros actos jurídicos, deben ser juzgados conforme a la verdadera naturaleza de estos últimos. El error esencial, incluido el error en la persona, determina nulidad. Los actos contrarios a la ley o al interés público son también nulos.

La validez de los contratos no está sujeta, por regla general, a solemnidad especial alguna; sin embargo, se exige la forma escrita en los relativos a inmuebles, derechos reales impuestos sobre ellos y régimen matrimonial de bienes. La condición ilícita y la suspensiva irrealizable invalidan el acto; la resolutoria irrealizable se tiene por no puesta.

La autorización para representar a una persona se funda siempre en la ley.

en una decisión oficial o en un mandato. Las instrucciones reservadas dadas al mandatario no surten efecto contra tercero.

La tutela se define siempre por la autoridad judicial y es plena o meramente plena. Afecta la primera a los menores, en los términos ya indicados, a los incapacitados, a los ausentes, a aquellos contra quienes se siga un procedimiento de interdicción, a los meramente concebidos, en determinadas situaciones, y a los internados por los Tribunales en establecimientos psiquiátricos. La segunda sólo confiere al tutor las funciones que específicamente le señale el Juez. La tutela cesa con sus causas determinantes y, la persona del tutor es sustituida, en ciertos supuestos, a petición del pupilo. Los derechos y obligaciones del tutor se rigen, analógicamente, por las mismas normas que la relación paternofiliar.

Cuando se hubieren designado varios representantes para un mismo acto y por la misma persona deben actuar conjuntamente, salvo disposición expresa. La procuración autoriza para realizar todos los actos normales en la explotación de la empresa, incluso aquéllos para los que la ley exija un poder especial. Las derogaciones contractuales de ese principio no producen efecto para terceros. La procuración no es delegable.

El derecho cuya adquisición se aplaza hasta cierto día se considera nacido con la iniciación del día indicado. La prescripción sólo produce sus efectos extintivos cuando se alega. No prescriben, entre otros, los derechos de las «personas jurídicas socialistas». Salvo disposición especial de la ley, el plazo general de prescripción de derechos es de tres años. Los derechos inscritos y los reconocidos en sentencia judicial o acto administrativo firmes, a los diez. No hay prescripción entre esposos, padres e hijos, aquéllos y las personas acogidas, y representantes legales y sus representados. La renuncia al derecho a prescribir y la fijación de plazos de inferiores a los legales están prohibidas.

ARTURO GALLARDO RUEDA

II. NOTAS CRÍTICAS

Derechos reales limitados

La dogmática italiana ha reelaborado, a partir del Código de 1942, toda la teoría de los derechos reales limitados. Tal vez, la figura de más relieve en esta reelaboración sea la de Barassi (1), que al redactar su curso sobre derechos reales limitados delineó de modo magistral los rasgos fundamentales de esos derechos. Junto a él, otros autores han cooperado decisivamente en la construcción doctrinal, y sus opiniones han de quedar recogidas a lo largo de estas páginas. Pero tal vez ninguno llegue a ser tan representativo como Barassi.

Queremos entresacar de la construcción dogmática italiana, a propósito de

(1) BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milán, 1947. En el ANUARIO, t. II, fasc. I, págs. 205-206, apareció ya una recensión de este libro, debida a J. JOSMADO.

los derechos reales limitados, aquello que nos parece presenta validez general. Y así aspiramos cooperar a una mayor precisión de los rasgos generales de esos derechos dentro de nuestro Ordenamiento.

Concepto.

Junto al dominio, que es el derecho real patrón, el de contenido más amplio, aparecen otros derechos reales de contenido más reducido, que normalmente recaen sobre cosas de propiedad ajena, actuando en consecuencia como limitaciones de la misma.

La propiedad puede sufrir limitaciones, quedando con un contenido menos amplio que el normal, en virtud de diversas causas impuestas por las exigencias sociales. Y es que, como afirma Barassi (2), los derechos reales limitados se inspiran en un principio de solidaridad social: Las cosas objeto de dominio son útiles en primer lugar al propietario, y por su mediación a la economía nacional; pero en ciertos casos pueden y deben prestar también utilidad a otras personas, si bien en menor medida que la que se consigue con el dominio pleno.

Dentro de amplia categoría de los derechos reales limitados, es necesario distinguir dos grandes grupos: los derechos reales limitados de goce y los de garantía sobre los bienes. La separación entre ambos es profunda, pues al acreedor con garantía real no se le concede el disfrute de la cosa y al titular del derecho limitado de goce se le prohíbe la disposición del bien gravado.

Criminología.

Los derechos reales limitados han sido conocidos en la doctrina con diferentes nombres. Aparte del que estamos usando, tres fueron los que principalmente alcanzaron fortuna entre los autores y por los cuales aun son hoy conocidos en ciertos sectores doctrinales: fraccionamientos de la propiedad, limitaciones del dominio y derechos reales sobre cosa ajena. Ninguno de los tres parece absolutamente correcto; el primero porque desfigura la naturaleza de estos derechos y los dos últimos porque excluyen algunas hipótesis que si bien son excepcionales, no dejan de presentarse en la vida práctica.

Fraccionamiento.

La doctrina clásica consideró que los derechos reales limitados eran fracciones de la propiedad (3).

Partiendo de la idea de que la propiedad era un conjunto o suma de facultades, se configuraron esos derechos como poderes separados, desmembrados del dominio pleno. Es en el fondo la idea que parece acoger a veces nuestro Código; por ejemplo en el artículo 1.605 que al definir las enfeusis distingue el dominio útil del directo. Esta subclasificación del dominio, reminiscencia de concepciones ya superadas, constituye una de las impropiiedades terminológicas más evidentes del Código.

(2) BARASSI, op. cit., pág. 8.

(3) Esta doctrina puede considerarse hoy definitivamente superada.

Algunos autores consideran que los derechos reales limitados suponen apenas un fraccionamiento del valor de la cosa (4). Y piensan que configurados de esa forma, es indiferente hablar de fraccionamiento o de limitación.

No puede admitirse tal equivalencia. Primero, porque limitar significa comprender un todo unitario y fraccionar supone substraer partes del todo. Después porque con el término «limitación» se hace referencia al contenido de estos derechos frente al más amplio de propiedad, lo que nada tiene que ver con el pretendido fraccionamiento del valor de la cosa.

Contra la teoría que ve en los derechos reales limitados un desmembramiento de parte de los poderes que integran el dominio, se ha puesto ya de relieve que no pueden considerarse como fraccionamientos de las facultades que sumadas, constituyen la propiedad, porque la propiedad no es un derecho desmembrable. En el céterlo decir de Covello (5) el dominio es un todo orgánico, un señorío global, y por ello, no puede hacerse un catálogo de facultades que posean en su seno propia autonomía. Precisamente por tener la propiedad ese carácter sucede que al desaparecer los derechos reales sobre ella, existentes, recobra, en virtud de la elasticidad, su plenitud (6). Si fueran facultades autónomas e independientes al desaparecer su titularidad no regresarian automáticamente al seno del dominio, sino que sería necesario un acto de reclamación del propietario.

A fin de salvar el atentado contra la unidad conceptual de la propiedad que la teoría del fraccionamiento supone Bekker (7) la enunció al revés. Consideró que los *sive in re aliena* eran derechos reales parciales, cuya suma da lugar al dominio pleno. Pero nada se consigue de este modo, pues ello equivale a decir que la propiedad es una suma de facultades.

El derecho real limitado supone un enriquecimiento de poder para su titular y una carga o desventaja para el propietario de la cosa gravada.

Barassi (8) advierte que desde el punto de vista económico no puede hablarse, por lo general, de enriquecimiento y empobrecimiento, pues quien obtiene el derecho suele pagar una contraprestación que recibe quien lo cede, a fin de compensarse.

Pero desde un punto de vista estrictamente jurídico, esa ventaja y esa carga implican una limitación del contenido normal del dominio y dan origen a un derecho real de contenido menos amplio que el de la propiedad.

Tampoco puede admitirse que los derechos reales limitados supongan un fraccionamiento de valor; o sea concebirlos como separación de parte de la utilidad que la cosa presta. Esto sólo podría mantenerse si—como pretendieron algunos autores (9)—se pudiera abstraer la utilidad de la cosa.

(4) Así, CARRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, Turin, 1894, páginas 65-66 y 106-110; ROSSI, *Pegno civile*, en «Digesto italiano», vol. XVIII, parte I, páginas 1222 y sigs., concretamente pág. 1224; CICU, *Le ipoteche*, Bolonia, 1929-1932, pág. 17; MAJORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, 1938, pág. 111; etc.

(5) COVELLO (L.), *L'ipoteca è un diritto reale?*, en «Rivista di Diritto Civile», 1936, páginas 1-2.

(6) Cf. RUGGIERO, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, 4a ed., Messina, 1926, pág. 484.

(7) BEKKER, *System des heutigen Pandektrechts*, Weimar, 1888, pág. 213.

(8) BARASSI, op. cit., pág. 46.

(9) Así, ELVIRE, *Die Römische Serritutelehre*, Giessen, 1856, págs. 29 y sigs.; DU CAMPUS, *Pfandrechte und Wertrecht*, en «Iherings Jahrbücher», t. XXV, págs. 207 y sigs.; CARRONI, op. cit., págs. 58-60.

Barassi ha demostrado cómo semejante idea resulta desencaminada, pues la utilidad es cualidad de la cosa y no un epte jurídico con independencia. Por ello nunca deja de estar incluida dentro del bien a que se refiere (10).

La idea de separación de utilidad se manifiesta improcedente de modo inequívoco en las servidumbres negativas, por ejemplo. La carga que soporta el futuro sirviente supone una abstención, y no puede, por tanto, pensarse que se fracciona y divide la utilidad que la cosa presta. Windscheid (11) hacía notar que la utilidad que corresponde al titular de la servidumbre negativa es distinta de aquella que correspondía al dueño del predio sirviente cuando tenía el dominio pleno sobre el fundo.

Es también incorrecto acudir a la «sucesión constitutiva» para explicar el hecho de haberse constituido por el propietario un *ius in re* limitado a favor de un tercero sobre la cosa objeto de su dominio. No hay en este caso «sucesión», sino creación *ex novo* (12). La facultad que adquiere el titular del derecho real limitado no tenía en el seno del dominio una existencia propia y autónoma; por tanto no puede decirse que el tercero suceda en ella al propietario. El poder que se le confiere nace originariamente.

Queda así refutada la teoría del fraccionamiento en sus diferentes manifestaciones.

La reacción contra ella ha llegado a ser tan extrema, que Cicu (13) pretendió configurar los derechos reales limitados precisamente de modo antitético a como lo había sido en la doctrina clásica. Consideró que esos derechos, en lugar de ser poderes fraccionarios de la suma de los que constituyen el dominio, son manifestaciones especiales del derecho unitario de propiedad nacidos a su imagen y semejanza, pero con un contenido más débil, menos extenso. Y así habla de la «propiedad del usufructo, de la servidumbre, de la hipoteca, etcétera.

La reacción es sin duda exagerada, pues de esa manera se viene a confundir dominio con titularidad, con la simple pertenencia de un derecho subjetivo a su titular, dilatándose el concepto de propiedad hasta extremos inadmisibles. De este modo se llega en última instancia a privar de contenido propio y de significación específica al concepto de dominio.

No es necesario incurrir en tanto rigor para rechazar la doctrina del fraccionamiento. Hay caminos más adecuados para superarla, configurando los derechos reales limitados de forma más apropiada a su naturaleza y a la del derecho real patrón de dominio.

Derechos reales sobre cosa ajena.

No satisface tampoco completamente la designación de *iura in re aliena*, empleada por buena parte de la doctrina (14). Porque si bien es cierto que los derechos limitados recaen en la mayor parte de los casos sobre bienes cuyo dominio pertenece a un tercero, puede suceder que en supuestos excepcionales

(10) BARASSI, op. cit., pág. 12.

(11) WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., vol. I, Turín, 1930, págs. 719-721, nota 2.

(12) Cfr. CICU, *Servitù prediali*, Bolonia, 1931, pág. 51.

(13) CICU, op. cit. cit., págs. 52-53.

(14) Vid., por todos, RUGGIMMO, op. cit., pág. 608.

incidan sobre cosas cuya propiedad no sea ajena. Tal parece acontecer en el supuesto de derechos reales sobre cosa propia y, de modo especial, en el de derechos reales sobre *«res nullius»*.

Los derechos reales limitados no desaparecen cuando la cosa gravada pasa a pertenecer a persona diferente de aquella que tenía el dominio en el momento en que se constituyeron. Pero si el tercer adquirente de la propiedad es el titular del derecho limitado, su derecho se extingue en virtud de la confusión.

Ahora bien, excepcionalmente puede acontecer que así no suceda, originándose en tal hipótesis la peculiar situación que Wolff y los anotadores del *Encyclopaedia* califican de derecho real limitado sobre cosa propia (15).

El problema se presenta dentro del campo de los patrimonios separados. Durante el periodo transitorio de separación (16) no desaparecen los derechos reales que el titular de una esfera jurídica tuviese sobre cosas cuya propiedad está incluida en otra que recibe y conserva independiente de la suya peculiar.

Pero más que hablar entonces de derecho real limitado sobre cosa propia, debe hablarse de derecho real sobre cosa incluida provisionalmente en una esfera diferente de la del patrimonio general del titular; y ese derecho cesa de existir en el momento en que por desaparecer la separación se confunden los dos patrimonios. Por tanto, estos casos no suponen una verdadera excepción al principio de que los derechos reales limitados recaen sobre cosas de propiedad ajena.

No debe tampoco considerarse un supuesto de derecho real limitado sobre cosa propia el de la servidumbre constituida por destino del padre de familia. El signo apparente de servidumbre que entre dos fundos del mismo dueño, representa un simple estado de hecho de los predios y no un estado jurídico que sólo aparece al mudar el titular de uno de ellos. Nace entonces *«ex novo»* una servidumbre cuyo contenido y alcance coinciden con la utilización material que anteriormente prestaba uno de los predios al otro.

Como única excepción al principio de que los derechos reales limitados recaen sobre cosa ajena encontramos el derecho real sobre *«res nullius»*.

El problema que tales figuras jurídicas presentan se desdobra a su vez en dos: ¿Pueden adquirirse derechos reales limitados por ocupación? ¿Se conservan cuando la cosa sobre que recaen es abandonada por su propietario?

La respuesta a la primera pregunta la da en nuestro Derecho el artículo 609 del Código civil, que en su primer apartado considera la ocupación como modo de adquirir únicamente la propiedad, quedando por tanto excluidos los derechos reales limitados. El Ordenamiento no ha previsto su adquisición por ese medio, sin duda porque el legislador consideró—con buena lógica—que respecto a las cosas sin dueño lo normal al ocuparlas es querer adquirir la propiedad y no un derecho de más limitado contenido. En todo caso, sea uno u otro el *«animus»* del ocupante, lo cierto es que el Código no permite adquirir derechos reales limitados por ocupación.

El verdadero problema se presenta cuando el propietario de una cosa grava-

(15) WOLFF, *Derecho de cosas*, t. III, vol. I, del *Tratado de Derecho civil de ENRIQUETE*, traducción española, Barcelona, 1926, página 10-12, y notas; pág. 17.

(16) Sobre la transitoriedad como característica de la separación, cfr. FERRARI, *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, pág. 875.

da con un derecho real limitado la abandona. ¿Desaparecerá entonces aquel de recho?

En España la cuestión se plantea sólo en referencia a los bienes muebles. Respecto a los inmuebles abandonados el criterio más seguro, respaldado por la Resolución de 8 de julio de 1920, es considerarlos propiedad del Estado, en virtud de la Ley de Mostrencos.

La doctrina italiana estudió el problema dentro del cuadro legal del Código del 65 que admitía la posibilidad de inmuebles «nullius», posibilidad eliminada por el de 1942 (17). Los argumentos que invocaban los juristas de aquel país respecto a inmuebles, podrán servir en nuestro Derecho refiriéndonos a los bienes muebles.

Algunos autores (18), considerando que afirmar la desaparición del derecho real limitado cuando el propietario de la cosa gravada la abandona supondría un ataque contra la justicia y la lógica jurídica, intentaron justificar por diversos caminos su supervivencia.

Respecto a las servidumbres, Bianchi (19) consideró que persistían cuando el fundo sirviente se torpaba «nullius», pero no como tales servidumbres, sino como extensión de la propiedad del predio dominante sobre el sirviente.

Fadda (20) criticó ese pensamiento advirtiendo que decir que el propietario del fundo dominante extiende su dominio sobre el sirviente equivale a afirmar la persistencia de la servidumbre. Esa persistencia quiere conciliarla Fadda con el principio de que no puede haber servidumbre sobre un fundo «nullius», por medio de una ficción: se finge que subsiste la propiedad del fundo sirviente. Tal ficción no puede sostenerse científicamente, pues tiene contra sí la propia realidad; no se puede afirmar que una cosa es de determinada manera cuando resulta ser lo contrario de lo afirmado.

Barassi (21) ha establecido con toda claridad los términos de la cuestión. El dilema que el jurista tiene ante sí es el siguiente: O considera que la servidumbre no puede recaer sobre un fundo «nullius», en cuyo caso desaparece si el propietario del fundo sirviente lo abandona o afirma que subsiste, y entonces el principio de que la servidumbre no puede incidir sobre cosa sin dueño viene abajo. La justicia impone que prevalezca la segunda solución; de otro modo se reconocería al propietario del fundo sirviente el derecho de privar al titular de la servidumbre de su derecho, por su sola voluntad y sin posibilidad de resarcimiento. No se encuentran razones jurídicas de peso que justifiquen tan poco equitativo resultado.

En España, y respecto a muebles, negar el principio de que los derechos reales limitados no pueden recaer sobre «res nullius» parece que es oponerse al espíritu del Código. El artículo 467, por ejemplo, al definir el usufructo, habla de «disfrutar los bienes ajenos». Pero juzgamos que no pueden ser interpretadas literalmente sus palabras. El término «ajenos» se debe entender no como

(17) Por tanto, el problema se presenta con los mismos límites en Italia, a partir de 1942, que en nuestro Ordenamiento. Víd., a este propósito, BARASSI, op. cit., pág. 57.

(18) Víd. CACT, op. cit., tít. cit., págs. 36-36; BARASSI, op. cit., págs. 57-58; y bibliografía citada por estos autores.

(19) BIANCHI, *Trattato delle servitù prediali*, Lanciano, 1888, pág. 72.

(20) FADDA, *Lezioni sulla servitù*, Turin, 1916, pág. 189.

(21) BARASSI, op. cit., pág. 58.

elemento esencial, sino como elemento normal, natural, de la figura tipificada. Al menos parece ésta la interpretación más justa. La contraria defiende un principio que en último análisis sólo favorece al futuro e hipotético ocupante. Y no existen razones de peso que obliguen a otorgarle el derecho de propiedad libre de toda carga, máxime cuando ello implicaría sacrificar el interés presente y efectivo de los titulares de los derechos reales limitados.

Es cierto que el titular de esos derechos puede ocupar la cosa *en illius* gravada, transformándose así en propietario y desapareciendo el derecho real limitado por confusión. Este es el desenlace lógico en los casos en que posea la cosa, pues que normalmente ha de querer transformar su posesión *en nomine alieno* en posesión en nombre propio (22).

Por tanto, si no tiene la posesión, con lo que se torna más difícil ocupar la cosa, como si aun teniéndola no existe en el titular del derecho real limitado el *animus* de ocupar, en el interregno que media entre el abandono de un bien mueble y su ocupación subsistirán los derechos reales limitados que sobre él inciden, siendo entonces oponibles a todos los terceros y no al propietario de la cosa, pues la cosa se encuentra entonces sin dueño.

Los derechos reales limitados confieren a su titular un poder inmediato y autónomo sobre la cosa (23). Por ser inmediato y autónomo, el derecho limitado puede subsistir aun cuando se abandone el bien sobre el que recae.

Limitación de la propiedad.

La mayor parte de los autores italianos han venido considerando estos derechos como limitaciones de la propiedad (24). Consideran que representan siempre una limitación del dominio en beneficio de un tercero. Que son poderes especiales sobre la cosa concedidos *ex novo* a un tercero, los cuales limitan el pleno señorío del propietario sin detrimento de su derecho.

Y tal limitación debe en efecto admitirse como principio general.

El límite que para el dominio deriva de esos derechos no es esencial, sino tan sólo efecto subyacente a su formación (25).

El derecho real limitado recae sobre cosas. Pero advierte Barassi (26) que si lo contemplamos desde un punto de vista jurídico, como relación tutelada por el Ordenamiento y como tal vinculando a personas, nos aparecerá como una relación entre el titular y los terceros en referencia a un bien.

Dentro del conjunto de todos los terceros se destaca, como más calificado, el propietario de la cosa gravada. La relación jurídica en el derecho real, a diferencia de lo que sucede respecto al sujeto pasivo de las obligaciones, no vincula al propietario a una prestación. Simplemente le impone un deber de abstenerse que no es otra cosa sino el deber pasivo extensible a todos los terceros manifestado sobre él de una forma más intensa. Porque recayendo el poder

(22) Cfr. WOLFF, op. cit., pág. 11.

(23) Vid. MASPÍ, *La derección de bienes muebles en el actual Derecho civil español*, Madrid, 1946, pág. 44.

(24) Vid., por todos, MESSINGO, *Istituzioni di Diritto privato*, 3a ed., Padua, 1941, páginas 275.

(25) Cfr. WINDSCHEID, op. et loc. cit., nota 3 in fine.

(26) BARASSI, op. cit., pág. 40.

del titular del derecho real limitado sobre un bien perteneciente al propietario, y comprimiendo el dominio en mayor o menor escala (máxima en la enfeusia, mínima en la servidumbre), es el dueño de la cosa quien tiene mayor oportunidad de perturbar el ejercicio del derecho y por tanto le afecta de un modo más próximo el deber de abstención.

El efecto normal de limitar la propiedad es característica de todos los derechos reales limitados.

Windscheid⁽²⁷⁾ al enumerar los derechos de esa clase que la poseen no menciona la hipoteca.

Pero tampoco se puede negar en ella. El dueño de la cosa gravada con garantía real debe sufrir, cuando ha lugar, la acción del acreedor encaminada a expropiarle de la cosa. Y esto supone un desconocimiento de su facultad exclusiva de disponer, implicando por tanto una limitación.

El carácter normal de limitar la propiedad impone una consecuencia: Desde el punto de vista del pleno dominio son derechos anómalos.

Anomalía no quiere decir desfavor legislativo. Por el contrario, el sistema de derechos reales limitados, que en el fondo constituye una expresión de la solidaridad humana aplicada a las cosas en el sentido de extender la utilidad que prestan a otras personas y a otros bienes, goza de las simpatías del legislador y es a veces la propia Ley la que los impone.

La concepción del derecho de propiedad como poder absoluto, total y sin límites, está desde hace tiempo superada. Aparte de toda la doctrina sobre el estado de necesidad reconócese hoy fuertes limitaciones al propietario en el uso de su derecho. Se le exige que no se limite a satisfacer sus necesidades con el producto de los objetos de que es dueño, sino que cumpla al ejercitarse en derecho una función social. No es sólo impedido el abuso del derecho; se reglamenta también el uso con miras a obtener el resultado más productivo desde el punto de vista de la economía nacional. Las normas públicas sobre el empleo de las cosas que más afectan a esa economía (edificación en solares urbanos, cultivo agrícola, etc.), tornan bien patente la necesidad de que el dueño se someta al uso que mayor conveniencia presenta para el bien común. La expropiación pone de manifiesto cómo el interés individual del propietario debe someterse al general de la colectividad. La doctrina de las relaciones de vecindad y la de la responsabilidad por daños causados por cosas que están en nuestro poder, son claro exponente de que el disfrute del dominio encuentra rigidos límites impuestos por intereses prevalentes. La prescripción adquisitiva es encarada en nuestros días como premio a quien ha sabido hacer rendir a los bienes mayor utilidad que la que proporcionaban en manos de un titular que descuidando su derecho incumplía también innegables deberes sociales. La tutela posesoria interdictal se configura como protección inmediata y provisoria al que al estar usando de las cosas les hace rendir con provecho general. Y—para no alargar indefinidamente una lista cada día más extensa—los derechos reales limitados se nos presentan hoy como medios de extender la utilidad que las cosas prestan a un mayor número de personas y de cosas. De aquí que legislativamente sean tratados cada vez con mayor favor y puedan vislumbrarse nuevas categorías (como el arrendamiento inscrito) que en un

⁽²⁷⁾ WINDSHEID, op. cit., pag. 586.

futuro no lejano veremos seguramente tipificadas junto a las figuras clásicas de derechos reales limitados, porque cada día va consolidándose más el fuerte sentido social del Derecho al que estas figuras responden.

No es pues disfavor legislativo la anomalía que se observa. La anomalía radica en que no se debe permitir crear derechos reales limitados fuera de los que el Ordenamiento tipifica.

Es bien sabido que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 2 núm. 2 de la Ley Hipotecaria y en el 7 del actual Reglamento, parece vigorar en nuestro Ordenamiento el sistema de «*numerus apertus*» de derechos reales. Contra él se ha pronunciado decididamente nuestra doctrina (28) poniendo de manifiesto los inconvenientes teóricos y prácticos del mismo. Con ella lamentamos que no se haya aprovechado la última reforma hipotecaria para implantar de un modo inequívoco el sistema de «*numerus clausus*».

Pudiera pensarse que el sistema de «*numerus apertus*» es más adecuado, pues respondiendo la formación de los derechos reales limitados a una fuerte exigencia social sería lógico conceder a los particulares poderes para crear cuantos estimasen oportunos a fin de conseguir por su mediación resultados económicos no previstos en la Ley.

Pero, aparte otras razones, la tipicidad se justifica porque el hecho social de ser los derechos reales oponibles a terceros es suficientemente grave para impedir que se consienta su libre constitución. Los particulares deben contentarse con la vía contractual para satisfacer sus exigencias económico-jurídicas. El otro camino les está impedido por los inconvenientes que presenta (29).

El carácter normal en estos derechos de limitar el dominio sin desfigurar su naturaleza, no lleva a concluir que deban ser conocidos con el nombre de derechos limitativos de la propiedad. Porque si bien el límite es efecto normal, cabe excepcionalmente no exista. Limitar la propiedad presupone que sobre la cosa en que recae el derecho real existe un dominio. Y ya vimos que pueden darse casos en que tornándose *res nullius* el bien gravado no desaparece sin más el derecho real que sobre él incide. Por tanto, en esos supuestos al menos, no cabe hablar de limitación de la propiedad.

Derechos reales de contenido limitado.

Después de cuanto hemos dicho, hay que concluir que estos derechos no pueden denominarse «fraccionamientos de la propiedad», porque tal terminología desfigura su naturaleza. La expresión *ciura in re aliena* es bastante correcta, pues los derechos reales limitados recaen normalmente sobre cosas de propiedad ajena; pero es un modo de decir incompleto, al igual que hablar de «limitaciones de la propiedad», porque cuando inciden sobre *res nullius* ni hay dominio ajeno ni se limita ninguna propiedad.

Para conocerles con una designación que abarque todas las hipótesis y no tan sólo los casos normales, Barassi busca una cualidad común a todos ellos. Y la encuentra comparando su contenido con el del derecho real patrón, frente

(28) Vid., por todos, los anotadores del *ENSCERUS*, op. cit., pág. 15.

(29) Cfr. BARASSI, op. cit., pág. 40.

al cual presentan un contenido más limitado, más reducido (30). Así considera que el nombre que mejor refleja su naturaleza es el de «derechos reales de contenido limitado», o simplemente y para abreviar «derechos reales limitados».

Naturaleza.

Por tanto son derechos reales de contenido más limitado que el de propiedad, ante el que se encuentran en posición subordinada (31), lo que no significa que en caso de conflicto no pueda prevalecer el derecho limitado.

Aunque tengan un contenido más limitado que el del dominio no deja de tutelarse en ellos una particular relación de poder, tanto en lo que se refiere a las facultades del titular sobre la cosa como en lo que respecta a las relaciones con los terceros.

Su naturaleza real viene impuesta en nuestro derecho por fuerza de la Ley. Respecto a los de goce, el artículo 530 del Código afirma que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un *inmueble*» y el 467 que «el usufructo da derecho a disfrutar de los *bienes* ajenos». Con referencia a los de garantía, el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, al igual que el 1.876 del Código, proclama que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los *bienes* sobre que se impone».

Carácter real de los derechos limitados de goce.

Ha llegado a pensarse que los derechos reales limitados de goce tienen una naturaleza más asín a la del relativo de crédito que al de propiedad.

El mayor obstáculo para reconocer su naturaleza real es que el titular se encuentra en una relación duradera con el propietario de la cosa gravada, semejante a primera vista a la que existe entre deudor y acreedor (32).

Esa relación surge *ab initio* cuando el derecho limitado se constituye por voluntad del propietario. Pero ni aun en este caso depende del de dominio. La relación entre ambos se reduce a haberse formado el primero derivando de la voluntad del constituyente y estar condicionada su existencia al hecho de que aquél tuviese realmente la propiedad de la cosa. Ahora bien, una vez creado vive ya con vida propia y autónoma. Cieu (33) califica tal relación de semejante a la que existe entre el propietario actual de una cosa y el propietario anterior.

Entre dominio limitado y derecho real que lo limita no se da una situación de sometimiento, sino de equilibrio. Por ello el Código disciplina el ejercicio de los derechos limitados delineando las facultades y los deberes del titular y del propietario del bien gravado (artículos 471-512 en el usufructo, 543-545 en las servidumbres, etc.).

Fadda y Bensa (34) han afirmado que a diferencia de lo que ocurre en la propiedad y a semejanza de lo que sucede en los derechos de crédito, el titular de los derechos limitados de goce precisa de la cooperación del dueño de la

(30) BARASSI, op. cit., pág. 11.

(31) OTR. HERRING, *Geist des römischen Rechts*, vol. II. Leipzig, 1921, págs. 213-215.

(32) OTR. BARASSI, op. cit., págs. 23-24.

(33) CIOT, op. cit. cit., pág. 51.

(34) FADDÀ Y BENSA, en notas al op. cit. de WINDACHER, pág. 577.

cosa gravada para ejercitar su derecho. El dueño sería así un intermediario indispensable para el ejercicio.

Barassi (35) ha demostrado cómo esa cooperación no es esencial. No tiene otro carácter que el de obligar al propietario a abstenerse de perturbar el ejercicio del derecho limitado de goce. O sea, es la concreción a su respecto del deber negativo general que abarca a todos los terceros.

Por otra parte, pudiendo recaer los derechos reales limitados sobre cosas sin dueño es evidente que cuando así suceda la figura del pretendido «intermediario indispensable» no aparece por ninguna parte. Subsistirá entonces el deber universal de respeto a cargo de todos los terceros sin necesidad de ningún género de un propietario que no existe.

No cabe pensar que los derechos reales limitados sólo pueden ser violados por el propietario de la cosa gravada. Ello equivaldría a decir que para conocer un derecho se precisa de violencia física. El violar supone en este caso la inobservancia del deber de abstención que con cargo a los terceros deriva de todo derecho real (36); y en ese sentido claramente se comprende que cualquier tercero puede desconocer el derecho.

Carácter real de los derechos de garantía.

De modo particular se ha negado el carácter de derecho real al de garantía. Así se desconoce que, al igual que los de goce, si bien sea diferente el poder que unos y otros se atribuye al titular, recae siempre sobre cosas.

No se puede negar el carácter real a los derechos de garantía pensando que en algunos casos, como en la hipoteca, no existe un poder sobre bienes. Si ese poder ha de configurarse como relación material y tangible lo descubriríamos en el depósito, por ejemplo. El argumento que nos llevase a negar el carácter real de la hipoteca nos exigiría atribuirlo al depósito.

Todo depende, por tanto, del concepto que se tenga de «poder sobre la cosa». Si, con Barassi (37) lo configuramos, desde un punto de vista jurídico, como poder que recae directamente sobre los bienes, aunque no existan actos materiales de aprehensión directa no puede negarse carácter real a los derechos de garantía.

Si los acreedores hipotecario, pignoraticio y anticrético tienen poder para conseguir una cantidad equivalente a la prestación instando en caso oportuno la venta, es porque poseen una facultad jurídica directamente dirigida sobre una cosa que se destina a ser permutada por dinero.

Algunos de los autores que niegan el carácter real a los derechos de garantía los configuran como «obligationes rei», es decir, como si las cosas que garantizan con su valor al acreedor estuviesen obligadas a prestar el crédito (38).

Tal teoría parte de la idea de que el derecho que corresponde al acreedor garantizado es un simple crédito contra el propietario del bien gravado. Estariamos así en presencia de una especie de obligación con responsabilidad li-

(35) BARASSI, op. cit., pág. 26.

(36) Cfr. CACT, op. cit., págs. 38-39.

(37) BARASSI, op. cit., pág. 21.

(38) Así se desprende de MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. V, Milán, 1923, págs. 409-410.

mitada, que se concretaría sobre una cosa sin extenderse a todo el patrimonio del deudor.

Contra este pensamiento hay que objetar que, por ejemplo, en la hipoteca, el tercer adquirente del fundo gravado no tiene obligación de pagar al deudor. Tiene si, derecho a pagar o a abandonar la finca si quiere liberar el inmueble de la carga hipotecaria.

La hipoteca no crea el deber de entregar la prestación debida. Su naturaleza no puede confundirse con la de una obligación. Es un derecho limitado, no de goce pero si real. Si es un verdadero poder jurídico sobre la cosa el que se dirige a gozar de ella, con mayor motivo lo será el que tiene por fin expropiar al dueño de su derecho de dominio (39).

En el fondo de las doctrinas que niegan carácter real a los derechos de garantía late el preconcepto de que el goce es la verdadera y única expresión del derecho real. Por eso algunos de sus sustentadores llaman a la garantía «derecho a la realización del valor de la cosa».

La terminología resulta criticable, pues el valor no es un bien en sí, sino un concepto de relación (la cosa en relación al dinero), una cualidad de las cosas (su permutabilidad).

En las obligaciones la prestación del deudor es elemento esencial y típico. En los derechos de garantía el titular no acude a expropiar al dueño de la cosa gravada en una fase subordinada y sucesiva, como sucede en los de crédito respecto al patrimonio general del deudor, sino en vía primaria, como poniendo en movimiento el contenido de su derecho. La prestación del propietario queda en último plano y es facultativa. El pago de la deuda por el dueño de la cosa onerada asume un carácter secundario y está lejos de formar parte de la estructura y función del derecho real de garantía. Es simplemente el medio de que dispone para evitar la ejecución. Pero típicamente, el acreedor con garantía real obtiene de la cosa la cantidad necesaria para satisfacer su crédito y de modo parecido—desde el punto de vista jurídico—a como se obtienen los frutos en los derechos reales de goce (40).

Partiendo del supuesto de que el derecho real limita sólo la facultad de gozar del propietario y no la de disponer, Gorla (41) niega carácter real a la hipoteca, porque su efecto es tornar indisponible el fundo, ya que una vez constituida, el propietario puede enajenar la posesión, pero no el dominio. Semejante modo de pensar tenía por base la terminología del Código civil italiano de 1865, que llamaba a los sucesivos adquirentes de la finca hipotecada «terceros poseedores». Hoy ha desaparecido esa base, pues el Código de 1942 habla de «tercer adquirente».

El argumento podría tentarse en España, dado que en los artículos 126 y 127, por ejemplo, de nuestra Ley Hipotecaria, se encuentra el término «tercer poseedor». Pero en el 134 está referido no sólo a quien adquiere el usufructo, sino también la propiedad. Y el 112 se ocupa del supuesto en que la cosa hipotecada pasa a manos de un «tercer poseedor», y éste, a quien el artículo llama también «nuevo dueño», hace obras de mejora en la finca. De la lectura de los últimos preceptos invocados se deduce que con el término de «tercer po-

(39) Cf.: BARASCH, op. cit., pág. 30.

(40) En este sentido, BARASCH, op. cit., págs. 30-31.

(41) GORLA. *La garanzia reale delle obbligazioni*, Milán, 1935, pág. 129.

seedor» la Ley designa también al nuevo propietario y que tal expresión legal no representa por tanto imposibilidad de transmitir la propiedad de la finca hipotecada. Su carácter enajenable no ofrece duda en nuestra doctrina.

Otros autores han pensado que en los derechos de garantía falta el deber universal de abstención característico de los reales, creyendo que ese deber de los terceros sólo puede consistir en abstenerse de gozar (42).

Pero, aparte de lo inadecuada y unilateral que resulta esta concepción del deber negativo (43), hay que hacer notar que los derechos de garantía incluso llegan a limitar el goce—si bien sea de modo secundario—, pues impiden al dueño de la cosa gravada realizar aquellos actos propios del dominio que puedan venir a atenuar o desconocer la garantía prestada por la cosa (44).

Buen número de procesalistas (45) niegan que los derechos de garantía sean un instituto perteneciente al Derecho civil. Los consideran figuras propias del Derecho procesal, como un simple modo de ser de la acción ejecutiva. El poder de expropiación que al acreedor garantizado corresponde es para estos autores la acción ejecutiva que aparece aquí reforzada. El refuerzo se manifiesta en que a ella queda sometido, como mero responsable procesal sin débito, incluso quien adquiere la propiedad de la cosa después de haberse constituido sobre ella la garantía.

Rubino (46) hace notar que esta doctrina no explica una serie de figuras cuya naturaleza es indudablemente la del derecho de garantía. Así, por ejemplo, la prenda de un crédito futuro: la prenda existe antes de haber nacido el crédito que se quiere garantizar y por tanto antes de que sea posible cualquier ejecución.

En el fondo de esa teoría, como advierte Barassi (47), encontramos también el preconcepto de que el derecho real limitado se refiere exclusivamente a la facultad de goce y no a la de disposición. De aquí a afirmar que los derechos de garantía son un instituto de naturaleza procesal tan sólo, media apenas un paso. Porque negándole por principio el carácter de reales al analizarlos aparecen como un simple derecho de expropiación, como una de las manifestaciones de la acción ejecutiva.

Contra tal modo de ver hay que hacer constar que son en primer término verdaderos y propios derechos subjetivos que vinculan los bienes.

(42) Vid., por todos, MESSINNO, op. cit., pág. 342-344.

(43) Cfr., a este propósito, COVIELLO, op. cit., págs. 5-6.

(44) En este sentido, RUBINO, *Il pegno*, vol. XIV, t. I, del *Trattato di Diritto Civile de VASALLI*, Turín, 1949, pág. 187.

(45) REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parte*, Milán, 1911, págs. 224 y sigs., y *Profili pratici di Diritto processuale civile*, Milán, 1938, págs. 88-90; CARRELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile*, vol. II: *Del processo de cognizione*, Padua, 1926, págs. 191 y sigs., y *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en «*Studi in onore de Chiovenda*», Padua, 1927, págs. 311 y sigs.; LIEBMANN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en «*Rivista di Diritto Processuale Civile*», 1934, I, pág. 127 y sigs., concretamente pág. 146 y sigs.; CARACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padua, 1936, págs. 262 y sigs. En contra: COVIELLO, op. cit., págs. 6-14; PUGLIATI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1936, páginas 379 y sigs.; FRANCESCHELLI, *L'ipoteca como diritto reale*, en «*Rivista del Diritto Comercial*», 1938, I, pág. 274 y sigs., concretamente pág. 275 y sigs.

(46) RUBINO, op. cit., pág. 184.

(47) BARASSI, op. cit., pág. 33-34.

No son figuras de interés tan sólo para el proceso. Predominantemente afectan al Derecho substancial. Y lo afectan en un doble aspecto.

De un lado, en el derecho de garantía el titular posee un poder dirigido a provocar la expropiación del dominio obteniendo la permuta de los bienes por dinero. Los derechos limitados protegen el desenvolvimiento del crédito y vienen a vincular los bienes. Es decir, responden a intereses del más alto valor económico y por ello precisan ser disciplinados en las Leyes sustanciales.

Por otra parte, los derechos de garantía recaen sobre cosas y constituyen una mayor o menor limitación de la propiedad. Este límite implica la posibilidad de que el dominio pueda escaparse de las manos de los sucesivos adquirentes que hubiesen recibido el bien gravado. Y semejante efecto respecto a terceros presenta el mayor interés desde el punto de vista del Ordenamiento substancial.

Es cierto que el derecho de garantía interesa también al proceso. Pero por encima de tal interés se presenta como facultad que recae sobre cosas, oponible *cerga omnes*. Y por ello aparece en primer plano su naturaleza de derecho real limitado.

Podrá si se quiere ver en los derechos de garantía, como afirma Rubino respecto a la prenda (48) una relación compleja que comprende singulares relaciones de diferente naturaleza. Pero no puede negarse, como este mismo autor reconoce, que su núcleo lo constituye un derecho real limitado.

Barassi ha pretendido reconocer carácter real a la garantía general del patrimonio del deudor, viendo en ella las notas de incidencia sobre la cosa y oponibilidad *cerga omnes* propias de los derechos reales (49). Pero frente a los argumentos por él invocados hemos de objetar que el acudir a la garantía general no es un derecho que en vía primaria y como contenido principal de su titularidad pueda ejercitarse el acreedor. Entra en juego de modo secundario y subordinado. Por otra parte los bienes que salen del patrimonio general del deudor y los adquiere un tercero, salvo el posible ejercicio de la acción pauliana en el caso extremo de fraude, quedan desonerados de la garantía general.

Los derechos reales de garantía se dirigen a obtener una cantidad a través de la cosa gravada, no del propietario de la misma. En este sentido se ha llegado a hablar de *obligaciones de la cosa*. Obligar un bien viene así a significar gravarlo con garantía real. La expresión es puramente metafórica, atañe al gravamen propio de los derechos reales limitados. Pero hay que advertir que aunque sea muy expresiva es incorrecta, pues las *obligationes rei* son todo menos verdaderas obligaciones.

Naturaleza real de los derechos limitados de goce y de garantía.

Podemos por tanto concluir que los derechos limitados de goce y de garantía tienen naturaleza real.

(48) RUBINO, op. cit., página 163-187.

(49) BARASSI, op. cit., págs. 9 y 35-37. Este pensamiento no es original, encontrando en Italia bastantes seguidores: RODONI, *Il falimento*, Turín, 1917, pág. 26; PACCIONI, *Delle obbligazioni in generale*, vol. I, parte II, del *Diritto civile italiano*, 2^a ed., Padua, 1935, páginas 41 y sigs.; D'AVARDO, *La surrogatoria*, Padua, 1939, página 32-34. En Portugal admite esa doctrina GALVÃO TRINDADE, *Das universalidades*, Lisboa, 1940, pág. 107; GOMES DA SILVA (*Conceito e estrutura de obrigação*, Lisboa, 1943, págs. 233-246) ha sido quien pretendió defenderla con mayor lujo de razonamiento.

Pueden oponerse *cerga omnes*, y de modo especial contra el propietario de la cosa gravada por ser quien mayores posibilidades tiene de violarlos.

Son autónomos respecto a la propiedad del bien sobre que recaen. Tal autonomía puede aparecer en una fase sucesiva a la de su constitución, como sucede cuando es el propio dueño de la cosa quien lo crea; e incluso cabe que surja a partir del momento de su nacimiento, caso de que no se constituyan por voluntad del propietario, sino de la Ley. La independencia frente al dominio se manifiesta también en que persisten aún cuando la propiedad de la cosa gravada se transmita a un tercero o desaparezca tornándose aquélla *en nullius*.

El titular de los derechos limitados no precisa de determinada conducta del propietario para alcanzar la utilidad que le corresponde. El dueño de la cosa gravada, como todos los terceros, está simplemente obligado a abstenerse de perturbar el ejercicio de aquellos derechos.

Teniendo, pues, el titular un poder inmediato y directo sobre la cosa que esponible *cerga omnes*, hay que concluir que su poder posee las características propias y peculiares de los derechos reales.

Utilidad derivada de la cosa.

Para el titular del derecho real limitado la utilidad deriva de la cosa: Utilidad de disfrute en los de goce y de cambio en los de garantía.

En los de goce se limita, conforme la naturaleza de su derecho, a sacar de la cosa la utilidad que ella, en el estado en que se encuentra, puede proporcionarle.

En los de garantía posee un poder de iniciativa dirigido a expropiar el dominio de los bienes gravados pertenecientes al deudor o al tercer adquirente. El acreedor no puede gozar de la cosa ni tiene tampoco un poder de disposición directo. A falta de pago no realiza por si el valor del bien que garantiza su crédito, sino que ha de requerir la intervención judicial siguiendo el proceso establecido por el Ordenamiento para proteger al deudor de posibles abusos.

La utilidad que el titular del derecho real limitado recibe no deriva de actividad humana, pues la persona no puede ser objeto de una facultad real.

Este principio que generalmente se reconoce en los derechos de goce no es admitido sin oposición en los de garantía y de modo especial en la hipoteca.

Pero el acreedor hipotecario tiene un poder jurídico sobre el inmueble cuyo contenido no consiste en un *«facere»* del propietario (deudor o tercer adquirente). Esto se ve con toda claridad en el supuesto de pasar la cosa a manos de un tercero que nunca puede estar obligado a una prestación; si paga la deuda o abandona la cosa no lo hace cumpliendo un deber, sino para evitar el ejercicio de la acción hipotecaria, única cosa que tiene que sufrir. Y tal *epatis* es análogo al que afecta al propietario de un bien gravado con derecho real de goce; es decir, abstenerse de perturbar el ejercicio de la facultad que al titular del derecho limitado corresponde (50).

No se puede confundir el deber general negativo que pesa sobre el propietario con una obligación negativa.

Uno y otra son cosas diferentes aunque a veces en la práctica sea difícil saber ante cuál de las dos nos encontramos. El problema se reduce a una

(50) OTR. BARASSI, op. cit., pág. 43.

«quaestio voluntatis». En los casos dudosos, que se presentan de modo especial en los supuestos de servidumbres negativas, es preciso descubrir si la intención de los constituyentes era la de crear un derecho real o una obligación. Es decir, siguiendo la terminología de Barbero (51), determinar si las partes quisieron que al sujeto activo «pertenciese una facultad» o le «correspondiera una prestación».

Pero técnicamente la diferencia entre uno y otra no presenta dificultades. Berlín (52) considera que habrá obligación negativa cuando el deber del propietario tenga por contenido tan sólo una no actividad, y derecho real limitado—concretamente servidumbre negativa—si la no actividad está conexa a un determinado estado de hecho del fundo sirviente.

La diferencia es bastante más clara. En el derecho real limitado no existe una simple vinculación negativa del propietario de la cosa gravada, sino una facultad directa sobre la cosa oponible a todos los terceros. Por el contrario, en la obligación negativa el deber de abstenerse compete sólo al propietario, y a éste en calidad de deudor, no de dueño (53).

Divisibilidad.

Respecto a la cosa sobre que recaen los derechos reales limitados son indivisibles. Aunque el bien se divida entre varios copropietarios, el derecho subsiste sobre el todo. Así se desprende para la hipoteca de los artículos 122 y 123 de la Ley, y para la prenda y anticresis del 1.860 del Código. El igual principio ha de admitirse respecto a los derechos reales limitados de goce (54).

Pero se plantea el problema de si, por el contrario, cabrá la división de su titularidad. La solución no es única; varía según los casos. Puede admitirse en los supuestos en que la utilidad que se alcanza con el derecho limitado sea divisible. Y hay que negarla en caso contrario.

Así, por ejemplo, cabe que se divida la titularidad del usufructo, pues si existen varios usufructuarios, cada uno de ellos puede recibir la parte proporcional que le corresponde de la utilidad que la cosa presta.

Por el contrario, es indivisible la hipoteca. Si el crédito garantizado se transmite a varias personas, cada una de ellas podrá hacer valer la hipoteca sobre toda la cosa. Y si a uno de los coacreedores se le satisface su parte de crédito, la hipoteca subsiste íntegra y puede ser ejercitada por los demás, sólo desapareciendo cuando se haya extinguido totalmente el crédito.

Extinción.

La existencia de los derechos reales limitados está subordinada a que persista la necesidad que les hizo nacer.

Pero esto no quiere decir que cuando desaparece tal necesidad se esfumen sin más.

(51) BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato*, Milán, 1946, vol. I, pág. 622.

(52) BERLINI, *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, en «Archivio Giuridico», 1931, pág. 55.

(53) Vid. BARASSI, op. cit., págs. 80-81.

(54) En este sentido, BARASSI, op. cit., pág. 82.

Los modos extintivos están fijados taxativamente por la ley y allí no se menciona ese hecho como causa extintiva.

Ahora bien, no dándose el ejercicio del derecho se demuestra que la necesidad que lo motivó ha dejado de tener significado. Y entonces prevalece el fin social de la propiedad, recobrando el dominio su primitiva configuración. El fin social del dominio se alcanza de modo más efectivo liberándolo de vínculos y gravámenes. Por ello los derechos reales limitados desaparecen cuando con el no ejercicio—en el plazo y con las características prescritas por la ley—se demuestra ser desnecesaria su persistencia. La limitación que el derecho real impone a la propiedad se justifica por un motivo de utilidad actual, no meramente potencial, que la cosa preste a su titular (55).

Cesando el derecho limitado la propiedad recobra la pristina configuración en virtud de su carácter típico de «elasticidad».

Si el derecho que desaparece era de contenido negativo el dominio no viene a enriquecerse con su extinción. Simplemente dejará de existir un límite que importaba un mandato prohibitivo y se tornará de nuevo pleno el contenido del poder dominical.

A *sensu contrario* pudiera entenderse que cuando el límite que desaparece era positivo la propiedad se enriquecerá recobrando facultades; pero no sucede así. Dado el carácter global del dominio al cesar las limitaciones la propiedad se reexpande por su propia virtud. No se puede pensar que al extinguirse el gravamen una facultad encuentra de nuevo el lugar de origen en un viaje de retorno.

Precisamente por no existir aumento de facultades y si expansión del todo hasta alcanzar los límites primitivos, Barassi (56) llega a sostener que la renuncia traslativa gratuita a un derecho real limitado hecha a favor del propietario de la cosa gravada no constituye donación por faltar el requisito del enriquecimiento del donatario que es imprescindible para la existencia de aquélla. Tal criterio es sin duda exagerado, pues no puede negarse que con la renuncia se opera—si bien de forma mediata—un enriquecimiento a favor del donatario que se traduce en la mayor amplitud del contenido de su derecho.

Confusión.

La causa típica de desaparición de los derechos reales limitados que mayor interés presenta es la confusión.

Estos derechos recaen sobre cosas que normalmente pertenecen en propiedad a un tercero. En esa hipótesis normal, si se reúnen en la misma persona la titularidad del derecho limitado y la del dominio de la cosa gravada, desaparece aquél confundiéndose con la propiedad.

Así lo declara expresamente el Código en el artículo 513, número 3, en referencia al usufructo, en el 529 al uso y habitación, en el 546, número 1, a las servidumbres. Y en general hay que considerar que la confusión es una de las causas extintivas de todos los derechos reales limitados, pues cuando se puede obtener de la cosa su más amplia utilidad *iure proprietas* no es necesario ni se justifica que se extraiga de ella una utilidad más reducida. Al coexistir en

(55) Cfr. BARASSI, op. cit., págs. 62-64.

(56) BARASSI, op. cit., pág. 66, en nota.

una misma persona y respecto a la misma cosa un derecho de dominio y un derecho real limitado se pone de manifiesto la inutilidad de este último (57).

Entre los modos constitutivos de la servidumbre se encuentra uno que se presenta precisamente como hipótesis antitética de la confusión. Es el de la servidumbre creada por destino del padre de familia, de que se ocupa el artículo 541. Cuando el propietario de dos fundos determina que uno de ellos preste cierta utilidad al otro no nace la servidumbre porque ambos predios le pertenecen en propiedad. Pero si posteriormente enajena uno de los fundos aquella situación material y de hecho que existía entre ellos se transforma, en determinadas circunstancias, en una relación de derecho, originándose entonces una servidumbre que tiene por contenido la utilidad que antes prestaba uno de los predios al otro (58).

Por consecuencia de la naturaleza de la confusión al cesar la causa que la produjo el derecho limitado no resurge, a no ser que se constituya de nuevo; porque no puede volver a la vida jurídica lo que para el Derecho había muerto. Claro que si fué ineficaz el derecho limitado continuará su existencia, pues en ese supuesto no se había producido en realidad su muerte; por tanto no puede decirse que resurja, sino que continúa la vida. Pero si la confusión fué eficaz y posteriormente cesa la reunión que operó por una nueva causa (por ejemplo, si el propietario del fundo dominante que adquiere por herencia el sirviente enajena después uno de los predios) el derecho real limitado no renace. Como indica Coviello (59) la confusión operó de modo efectivo su muerte; sólo cabe constituirlo *ex novo*.

En caso de que desaparezca una servidumbre por confusión, si el propietario deja subsistente la relación material de hecho—en virtud de la cual uno de los predios sigue prestando utilidad al otro—and luego enajena uno de los fundos no renace la servidumbre que la confusión había extinguido. Barassi hace notar que en tal supuesto la servidumbre se extinguió y el dejar el propietario subsistente su signo material trae como consecuencia que en las futuras enajenaciones se constituya de nuevo (60).

Habrá entonces una creación «*ex novo*» de una servidumbre de contenido y alcance igual al que poseía una anterior que había desaparecido por confusión y cuyo signo apparente mantuvo el propietario sin que ello supusiese subsistencia del derecho real limitado.

Gregorio José ORTEGA PARDO

(57) Vid. CICT, op. cit., págs. 166 y sigs.

(58) Sobre esta antítesis, cfr. BARASSI, op. cit., pág. 92.

(59) COVIELLO (L.), *Delle ipoteche nel Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Roma, 1906, páginas 395-396.

(60) BARASSI, op. cit., págs. 93-94.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ARNOLD J. C.: "The marriage law of England". Londres, Staples Press, 1951; 150 páginas.

La *Marriage Act* de 1949 empezó a tener vigor en Inglaterra el 1 de enero de 1950. Por ello se derogaron más de 30 disposiciones relativas al matrimonio, que databan de tiempos de Enrique VIII, uniformándose el derecho matrimonial de tal forma que tanto el jurista como el lego pueden entenderlo ahora sin necesidad de adentrarse en un amplio campo de enmarañados estatutos.

El librito de Arnold constituye una valiosa clave para la interpretación de todo el cuerpo legal.

Consta de cinco capítulos. En el primero se expone la concepción del matrimonio en el Derecho inglés; en el segundo, el matrimonio válido, siendo de destacar la parte dedicada al análisis de las máximas jurisprudenciales de los *English Courts* respecto a la validez de los matrimonios y divorcios entre extranjeros; el capítulo tercero está dedicado a la anulación del matrimonio; el cuarto, a las normas que regulan su legitimidad, y el quinto, a los principios fundamentales de la ley del matrimonio de 1949.

En apéndice se inserta el texto de la interesante ley. Además, el libro está adornado de unos anexos utilísimos desde el punto de vista práctico, una tabla de sentencias y un índice de materias, que lo hacen muy manejable.

Aunque la obra está principalmente dirigida a los abogados del país, ministros de la Iglesia y público en general, interesado en las relaciones familiares y domésticas, no deja de ser útil al lector español, pues le ayudará a informarse de los requisitos del matrimonio válido en el Derecho inglés.

Juan Bautista JORDANO

ASCARELLI, Tullio: "Studi in tema di contratti". Milano, A. Giuffrè, 1952; 588 páginas.

La obra recoge diversos estudios de Ascarelli sobre Derecho contractual, redactados unos bajo el imperio del C. c. italiano abrogado, y, otros, ya durante la Vigencia del nuevo C. c. Los artículos se publican de nuevo—puesto que lo habían sido ya la mayoría en la *Rivista di Diritto comercial*—con escasas modificaciones sobre su texto primitivo. Y dentro de su variedad, están inspirados por dos preocupaciones comunes y cons-

tantes: estudiar las reacciones de la realidad contractual al enfrentarse con los esquemas legales, por una parte, y por otra, integrar funcionalmente el estudio estructural que, sin embargo, es y debe permanecer como fundamental en la construcción de las instituciones.

Los temas tratados—cuyo simple título acredita su interés y, al mismo tiempo, la imposibilidad de una reseña sintética—son: El negocio indirecto (contrato mixto, negocio indirecto, *negotium mixtum cum donatione*). El contrato plurilateral (contrato plurilateral; breves notas críticas sobre el tema, contrato plurilateral y totalizador; ¡yojo a los conceptos!). Contrato colectivo (sobre el contrato colectivo de trabajo). Arbitrajes libres y negocio de fijación jurídica (*accertamento*) Derecho procesal y Derecho sustancial (sobre la cláusula *solve et repete* en los contratos; Derecho sustancial y Derecho procesal en el pacto contractual *solve et repete*; cláusulas de exoneración de responsabilidad en el transporte marítimo e inversión convencional de la carga de la prueba; sobre la derogabilidad de las formas establecidas en el artículo 363 del Código de Comercio; en tema de ejecución coactiva; impugnación por fraude de la hipoteca y de la cambiaria hipotecaria; registración en los libros de comercio y confesión; registración y declaración; nulidad de contrato y *prorrogatio fori*). Contratos especiales (sobre el concepto unitario del contrato de seguro; notas críticas sobre el concepto de seguro; garantías colectivas y garantías individuales: tutela del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil; sobre las operaciones de Banca y Bolsa, etc.). Razón social y marcas. Cuestiones diversas sobre Derecho marítimo.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

BARASSI: "Proprietà e coproprietà". Milán, Giuffrè, 1951; 869 páginas.

Este voluminoso y denso libro, repleto de buena y fundada doctrina, es una reelaboración integral del conocido curso sobre la propiedad del ilustre profesor de la Universidad Católica del "Sacro Cuore", en el que también se ha insertado la reconstrucción sistemática de la copropiedad.

Propiedad y copropiedad son dos materias que se suelen examinar por separado a la hora de dedicarles un estudio a fondo, y así lo hizo Barassi con anterioridad. Pero, en verdad, no se comprende cómo en un tratado de la propiedad que pretenda ser completo, se deja de ordinario el análisis de la organización pluralista de la misma, siendo así que en esta más amplia perspectiva se coordina mejor todo el instituto y recibe mayor luz. Por ello constituye un indudable acierto esta feliz idea de unir en el estudio materias tan estrechamente entrelazadas que es prácticamente imposible comprenderlas en su dimensión más profunda si se descuida su indudable paralelismo.

Por otra parte, como quiera que hoy todo el que se proponga indagar seriamente cuáles son los perfiles modernos del derecho de propiedad ha de topar de modo ineludible con la reforma agraria, el autor, como pro-

fundo estudiioso de cuestiones sociales (1), aborda decididamente tan grave problema, que está en la primera línea de las preocupaciones actuales.

Barassi ha realizado en su libro una tarea verdaderamente sobrehumana para intentar la coordinación sistemática—siempre desde el doble ángulo visual antes indicado—de una materia tan al rojo vivo como ésta y que ha dado lugar a fuertes discusiones.

Y tanto es de alabar su noble esfuerzo cuanto que el estudioso del Derecho, que con frecuencia se complace en los acostumbrados esquemas doctrinales consagrados por una larga tradición y casi inmóviles en su abstracción incolora, en este caso tiene que habérselas con un problema en el que el tecnicismo jurídico está al servicio del tecnicismo agrario, sin contar con que también el diablo, es decir, la política, haya metido aquí el rabo, como graciosamente dice el mismo Barassi.

Pero el autor ha salido airosa en tan difícil prueba y ofrece al lector un magnífico capítulo (el quinto), dedicado al contenido normal del derecho de propiedad o copropiedad, en el que, al tratar de la *función social límite*, logra una síntesis orgánica de lo civil y de lo social-agrario sin precedentes, que ayuda a comprender la gravedad del tema y explica de modo satisfactorio las soluciones legislativas últimamente adoptadas en Italia.

Justo es reconocer además que dentro del campo de la doctrina civil tradicional, el libro de Barassi es uno de los tratados modernos más completos que existen sobre la materia.

Los caracteres generales de la propiedad y copropiedad, la copropiedad, los modos de adquisición originaria de la propiedad y copropiedad, la función social, el contenido normal del derecho de propiedad o copropiedad, la gestión de la copropiedad y la defensa judicial de la propiedad en sus dos tipos de organización, son los sendos capítulos en que se halla dividida la obra. Y puede decirse que no queda un punto, por nimio que parezca, que no merezca la cuidada atención del autor.

Por todo lo dicho, estamos ciertos de que la doctrina civilista italiana añadirá como nuevo timbre de gloria esta valiosísima y luminosa aportación del prof. Barassi, que tan bien ha sabido reflejar el concepto cristiano del derecho de propiedad en uno de sus mejores libros.

Juan Bautista JORDANO

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Derecho civil de España. Parte general. II. 1. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952; 596 + 3 páginas.

El tomo segundo de esta obra tiene por título *La persona y su estado civil*; forma el segundo volumen de la parte general del Derecho civil, entendida en sentido amplio, comprensiva de la "Introducción al Derecho

(1) Recuérdese que BARASSI es autor de *Il diritto del lavoro*, 2.^a ed. Milán, 1949, y de *Elementi di diritto del lavoro*, 5.^a ed. Milán, 1950.

civil" y del "Derecho de la persona", o sea, con ella comienza el estudio sistemático de las instituciones del Derecho civil español.

Su contenido es el siguiente: La situación jurídica de la persona (Derecho de la persona, la persona, capacidad jurídica y de obrar, estado civil de las personas); comienzo y fin de la personalidad (nacimiento, protección jurídica del concebido, reserva de derechos en favor del no concebido, muerte); estado y condición de la persona (edad, mayoría de edad, menor edad, emancipación, sexo, familia, la persona casada, defectos físicos, enfermedad); incapacitación (significado de la incapacitación, incapacidad por locura o imbecilidad, por sordomudez, por prodigalidad, por sufrir pena de interdicción, situación jurídica del concursado o quebrado); la nacionalidad (nacional o extranjero, concepciones sobre el vínculo de la nacionalidad, adquisición de la nacionalidad, la dependencia familiar, pérdida y recuperación de la nacionalidad); el dominio y la vecindad civil; la ausencia; el Registro del estado civil.

Este libro ha sido editado con mayor esfuerzo aún que el primer tomo de la obra, advirtiéndose menos erratas; ello no obstante, se le ha añadido una cuidada fe de erratas.

R.

GARRIGUES, Joaquín, y URÍA, Rodrigo: "Comentario a la Ley de Sociedades anónimas". Tomo I. Madrid, 1952.

I. La aparición del primer volumen de estos esperados comentarios a nuestra nueva Ley de Anónimas puede calificarse, sin hipérbole alguna, de verdadero acontecimiento para la ciencia jurídicomercantil española. Libros del empeño que tiene éste a lo largo de sus 650 páginas no abundan, por desgracia, entre nosotros. Se han unido, además, para redactarlo dos autores cuyo prestigio es tan notorio que no requiere aquí el más leve comentario: D. Joaquín Garrigues, verdadero creador de la moderna escuela mercantilista española, maestro de maestros de esta rama del Derecho en nuestra Patria, y D. Rodrigo Uría perteneciente a esa misma escuela, impulsor destacado de la misma por su labor en la Dirección de la "Revista de Derecho Mercantil". No ha sido, pues, esta una colaboración sin base natural, como la que a veces suele proponer los editores. Se trata, en cambio, de una labor orgánicamente realizada por dos juristas que tienen adoptado un método común de trabajo, que acusan análoga formación, que ven, en suma, desde un mismo ángulo los problemas del Derecho mercantil. Además, la colaboración venía determinada por la común y previa tarea de redacción del Anteproyecto. Por esta circunstancia, la obra de comentario alcanza un valor inapreciable de interpretación "auténtica". Nos va a permitir en muchos casos dudosos la "mens legislatoris", por así decirlo. Sin embargo, cada uno de ellos ha puesto su firma en los capítulos que respectivamente han redactado.

II. La entrada en vigor de la nueva Ley, que ya antes de nacer fué sometida a intenso estudio y apasionada discusión sobre la base del An-

teproyecto, había de dar lugar seguramente a la aparición de obras de comentario. Estas suelen acompañar de cerca a todo nuevo texto legislativo de importancia, sirviéndole como de primeras muletas para empezar a caminar, y, a veces, como primer escudo contra el ataque de los sempiternos descontentos. Efectivamente, al poco tiempo de regir la Ley, apareció la obra de Carralero, no exenta de interés, y que resultará muy útil en ese mundo de opositores afectados por la reforma. Después la obra más voluminosa de Gay de Montellá, bajo el título modesto de "Tratado Práctico". De ésta nos limitaremos a decir que es preferible no entrar en su crítica, para limitarnos a señalar en general su falta de rigor científico, si bien en las partes relativas a problemas contables puede resultar de alguna utilidad.

El tomo publicado por Bérgamo y Martínez Almeida, debido a su carácter especial, no se comprende entre las obras de comentario. Tan sólo es de destacar su gran valor práctico por la ardua tarea de concordancias y ordenación que en ella se ha llevado a cabo.

Un libro seriamente elaborado que envolviese entre aclaraciones y explicaciones científicas el texto de la Ley era, pues, necesario. Nadie mejor para ser sus autores que dos miembros de la Comisión del Instituto de Estudios Políticos, en cuyo seno se había aquélla elaborado, los cuales añadian a su condición de tales, la autoridad científica del profesor universitario y la visión realista que da el ejercicio profesional.

III. Entrando ya en la consideración de ésta, observamos que amén de la transcripción íntegra de la Ley, contiene dos partes: la primera de ellas, firmada por Garrigues, alcanza hasta el comentario del artículo 32 inclusive, o sea, toda la materia de fundación de la sociedad. Va encabezada con una introducción en la que, en primer lugar, se estudian lo que pudiéramos llamar antecedentes de la Ley. Tomando como base, naturalmente, el Código de Comercio y analizando los diversos intentos y aspiraciones de reforma de carácter oficial o particular, Garrigues vuelve en esta ocasión a exponer sus conocidas ideas sobre la insuficiencia del Código de Comercio y la consiguiente necesidad de una revisión del mismo, tal como lo había propugnado en "Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas". Queda bien demostrado en estas páginas que existía en España un verdadero movimiento de reforma, del cual ha sido resultado la Nueva Ley.

En efecto; tan sólo gentes aisladas pudieron pensar otra cosa, llevadas por una excesiva buena fe o por una excesiva también mala fe... El reformismo en materia de sociedades anónimas no es sino una de las múltiples manifestaciones de la reforma general o, si se quiere, de la corrección del Derecho liberal décimonónico, corrección cuyo signo ha sido magníficamente expresado por Ripert en el título de una de sus crónicas Dalloz: "Del Derecho contractual al Derecho estatutario", o sea, del contrato a la institución y a la empresa.

La Ley de 17 de julio de 1951 representa en España la nueva arquitectura institucional de la anónima, sumándose, pues, por su naturaleza al movimiento moderno, que se ha llamado también normativista y que

en nuestra patria había echado ya cimientos y levantado nuevos arquetipos en la Ley de Arrendamientos Rústicos del 35; en la de Arrendamientos Urbanos del 46; en la de Contrato de Trabajo de 1944, etc. A todos aquellos que con un estrecho campo visual ante sí han protestado por la presunta pérdida de la libertad a causa de este movimiento de reforma, se les puede contestar fácilmente con la observación de que sólo un fuerte normativismo puede mantener en el mundo moderno la libertad individual y aun excusar el molesto intervencionismo estatal. El ejemplo español es altamente aleccionador. Al mismo tiempo que entraba en vigor la nueva Ley, se desprendía de nuestro Derecho la legislación intervencionista. Esto es lo que viene a decir Garrigues como colofón de esta parte introductiva, y se adivina entre sus palabras la satisfacción y hasta el legítimo orgullo que siente por haber podido contestar con un argumento tan contundente a todos aquellos que tacharon al anteproyecto del atentatorio contra la libertad del comercio. A otras muchas críticas ha podido contestar también con motivo de la publicación de estos comentarios. Acerca da asimismo es la defensa frente a quienes pedían a la Ley un carácter "social" que no era del lugar. Magistralmente, les indica Garrigues que han confundido sociedad con empresa. Efectivamente, la legislación moderna de Comités de Empresa, allí donde existe, tiene carácter general, bien sea individual o colectiva la empresa. Y a los que se asustaron por la severidad del nuevo sistema les enseña, de la mano de ilustres autores extranjeros, el rigor de algunas leyes de otros países que juzga inoportunas respecto de España, por su creencia, reiteradamente expresada, en el ambiente de honestidad propio de nuestra vida de los negocios.

Además de esta parte de estudio de antecedentes, de la que hemos destacado, por parecernos especialmente interesantes, esas respuestas a la crítica suscitada por el Anteproyecto, contiene esta introducción una segunda parte dedicada al Derecho transitorio y disposiciones vigentes y derogadas. Respecto del Derecho transitorio se tratan tan sólo los problemas de carácter general, pues los concretos de cada institución se resuelven a lo largo del texto en el estudio respectivo de éstas. En este punto justifica el autor la retroactividad de la Ley por oposición al sistema de libre elección del Código.

Y tras esta no breve introducción comienza el comentario de artículos.

En general, resaltaremos el enorme esfuerzo constructivo de Garrigues al tratar el tema, descuidado por nuestra doctrina, de la fundación de la Anónima. Claro está que esa labor le ha sido facilitada extraordinariamente por la previamente realizada en su "Tratado", al que, naturalmente, sigue en numerosas ocasiones, teniendo en cuenta además que la nueva Ley, en muchos casos, ha recogido en su texto las posiciones doctrinales mantenidas en aquél (véase, por ej., la misma definición de la Anónima). A pesar de todo, muchas cuestiones nuevas, bien por el fondo o bien por la técnica de redacción, se ofrecen al trabajo original del comentario; entre ellas, las que, por ejemplo, fueron introducidas como reformas al Anteproyecto por las Cortes, siendo de notar, y lo mismo podemos decir de la parte de Uria, que por regla general se ven some-

tidas a duros ataques en esta ocasión en que vuelven a las manos de quienes prepararon el texto primero de la Ley, ataques que casi siempre están muy justificados, a nuestro juicio.

Con referencia a la posición general del autor, destacaremos también su interesante punto de vista respecto del papel del Registro y del registrador en la fundación de la sociedad. Según Garrigues, que en otro tiempo flageló a nuestro sistema de Registro, el registrador debe controlar todo el proceso fundacional de la sociedad. Debe, por ejemplo, pedir que se le acredite en forma el desembolso de la cuarta parte del valor nominal de las acciones que exige el artículo 8.^o No es difícil adivinar la influencia que ha actuado sobre el autor para hacerle adoptar semejante postura. Sin duda alguna, es, en general, la del sistema germánico de Registro, en que el registrador no sólo controla, como en España, la legalidad, sino la verdad de lo que se inscriba. Concretamente, para el caso del desembolso, ha podido pesar el ejemplo del Nuevo Código italiano, que, afiliado a aquel sistema germánico, contiene una medida equivalente a la introducida por la Ley. Ahora bien; en esos países—Alemania, Suiza, Italia—el Registro lo lleva el “Juez del Registro”, por lo que no son de extrañar sus amplias facultades. En España, resultará más difícil encajarlas. Coincidimos en que tal vez el progreso de nuestro Registro Mercantil deba orientarse en ese sentido, porque, como ha dicho Mossa, el sistema que sólo atiende a la legalidad de los actos inscribibles se debe considerar como correspondiente al derecho liberal ya superado (en España, precisamente, lo supera la nueva Ley), pero hay que reconocer que ello exigiría reformas estructurales en nuestra organización actual. En todo caso, el afán del autor por poner de relieve la seriedad que ha de revestir el proceso fundacional nos parece altamente plausible.

Relacionado también con el Registro está el problema central en la materia, de la sociedad irregular o de la sociedad en génesis, nondum nata, irregular. Llegados aquí, debemos confesar que no estamos de acuerdo con algunos puntos del comentario, como tampoco con el sistema del artículo 7.^o “La solución de estos problemas—dice Garrigues, aludiendo a la validez de los contratos concluidos en la fase de constitución—ha de tomar como base la afirmación de que la Sociedad anónima no tiene personalidad jurídica antes de su inscripción en el Registro. Por consiguiente, toda persona que quiera contratar válidamente con la Sociedad debe acudir antes al Registro y cerciorarse de que está inscrita.” Creemos francamente que en estas palabras, como en el texto del artículo 7.^o el problema está desenfocado. No es éste el lugar para aceptar alguna de las teorías en la materia o para formular una nueva. Sólo preguntamos si parece justo que una Sociedad constituida en escritura, pero aún no inscrita, no esté obligada a pasar por los contratos que hayan celebrado sus gestores a nombre de la misma. Según el sistema de la Ley, la Sociedad, inscrita al día siguiente de la fecha del contrato, tiene que aceptar para quedar obligada. Garrigues queda tranquilo al basar el riesgo del tercero en su negligencia de no consultar el Registro,

pero nos parece dudoso que se pueda razonar así: lo no inscrito no perjudica; lo inscrito perjudica; he ahí la primera piedra de todo sistema registral. En cambio, la Ley, en su art. 7., y Garrigues en su comentario, en lugar de castigar a la Sociedad por no haberse inscrito antes de actuar, castiga al tercero por no haberse asegurado de que la Sociedad no había cumplido con sus obligaciones. Evidentemente, la Ley obliga a la Sociedad a inscribirse (art. 6.) en lugar de obligar a los terceros a que estén constantemente repasando los libros del Registro. Tanto en la Ley como en el comentario, fuerza será reconocer que las Sociedades salen muy bien libradas.

Con el comentario de los artículos relativos a las aportaciones a la Sociedad termina esta parte de la obra, que ofrece como característica más acusada la de haber defendido el autor el sistema de rigor con que la nueva Ley regula la etapa fundacional, forzándolo todavía más con criterios interpretativos. Esta posición no sólo nos parece acertada, sino digna de que sea seguida por la doctrina y, sobre todo, por los Registradores mercantiles, cumpliendo en lo posible la elevada misión que les asigna Garrigues en la fundación de las Sociedades anónimas, para que éstas no nazcan como entes de ficción, tal como lo sostienen los detractores de la teoría de su personalidad jurídica, sino como verdaderas Empresas al servicio de las necesidades de la economía.

IV. La segunda parte, redactada por Uría, comprende exactamente la mitad del volumen y contiene asimismo el comentario de otros tantos artículos, desde el 33 al 70, o sea, la materia de acciones y Junta general.

En unas breves líneas preliminares se traza una síntesis del nuevo régimen establecido en la Ley para las acciones. "Sin salir de los cánones o líneas tradicionales se ha completado el sistema legal anterior, se han corregido defectos y se ofrece al titular de las acciones un estatuto o posición jurídica más segura, más clara y más precisa que la que le brindaban los débiles y borrosos contornos de las disposiciones legales anteriores."

El comentario de Uría entra inmediatamente en la consideración de la acción como parte del capital, regulada en los arts. 33, 36, 44 y 45, y en la que sigue alejando el afán por evitar la existencia de Sociedades sin un capital verdaderamente efectivo.

La acción como título es estudiada a continuación, situándola, con caracteres sui generis en el campo de los títulos-valores. Una gran riqueza de cuestiones son planteadas por el autor en torno a la regulación legal. Sabido es que la materia de acciones estaba necesitada también de un tratamiento general detallado. Esto es justamente lo que consigue Uría, quien, al igual que Garrigues, no se limita en el texto al planteamiento de problemas de trascendencia práctica, sino que, como corresponde a su categoría universitaria, se eleva previamente a las cuestiones teóricas que se esconden siempre detrás del caso concreto. Así, por ejemplo, al tratar de la transmisión de acciones alega la distinción entre título y modo para sostener que la intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio e intérprete de buque o Notario hace refe-

rencia a la "transmisión" y no al negocio obligacional del que aquélla trae causa. En este punto, Uría no ha seguido, equivocadamente, a nuestro juicio, la opinión de Garrigues (Tratado, I-2, p. 758). Parece más lógico que la intervención se refiera, en efecto, al negocio jurídico causal. Es en tal momento cuando la función del fedatario está más indicada, y no en el de la tradición o entrega, puro acto material; aparte de que lo relativo a este último extremo resultará del mismo título; así, por ejemplo, el Notario hará constar que a su presencia han sido entregados los títulos o que el comprador confiesa haberlos recibido. Además, jugará el art. 1.462. Cuestión de sumo interés es la del libro de acciones, que se trata a continuación. Valdría la pena un estudio extenso de este Libro, que constituye un tipo *sui generis* de Registro al que muchos principios del Registro Mercantil e incluso del de la Propiedad podrían ser, con la debida adaptación, útilmente aplicados. Uría señala cierto requisito de calificación previa (legalidad y verdad del acto), y qué duda puede caber de que actuará el principio de tacto sucesivo, de prioridad, de legitimación...

En la materia siguiente, de acciones privilegiadas y de voto plural, se resuelven con gran acierto difíciles problemas no previstos por la Ley. Hubo aquí importantes innovaciones en las Cortes respecto del Anteproyecto, que había pretendido con más cuidado la defensa del principio, formulado en el mismo, de proporción entre el capital de la acción y el derecho de voto. Se trata ahora de corregir, en vía interpretativa, las consecuencias de tales innovaciones.

En el comentario al art. 41, que regula el usufructo de acciones, el autor defiende, naturalmente, el criterio legal, que en cuanto a dividendos pasivos los carga, en primer lugar, al usufructuario, oponiéndose a la solución mantenida en nuestra doctrina por Sánchez Torres y en la jurisprudencia por la sentencia de 23 de enero de 1947. Francamente, nos convence más esta última posición. Se ha seguido aquí el ejemplo del Código italiano, como en tantos otros lugares de la Ley. ¿No hubiera sido mejor atender a esos otros precedentes? Estimamos que sí. Como máximo, podría admitirse, por razones prácticas, que ante la negativa del propietario pudiera o debiera pagarlos el usufructuario, pero lo que resulta curioso es que, según la Ley, el obligado directo al pago sea el usufructuario.

El cuarto y último capítulo está dedicado al estudio de los órganos de la Sociedad, y en su Sección primera, única que ahora se desarrolla, al de la Junta general.

Vuelve a lucir aquí el tino crítico interpretativo de Uría, en un amplio comentario de los infinitos problemas suscitados por la regulación legal, exponiendo previamente en un sustancioso "preliminar" la evolución del Derecho español y del Derecho comparado en cuanto a poderes de ese gran órgano social. De acuerdo con la exposición de motivos, "La Junta, apenas regulada en el Código de Comercio, queda ordenada en todos sus aspectos." De ahí mismo se deriva el extraordinario interés

que tiene el comentario sobre una materia totalmente nueva en nuestro derecho.

En el comentario al art. 50 se resuelve con acierto, ante la impresión técnica de su texto, que las Juntas ordinarias, aparte de tener una determinada competencia exclusiva, pueden decidir también, lo mismo que las extraordinarias, sobre los más graves asuntos.

En general, Uría ha resuelto numerosas lagunas e imperfecciones del texto con un criterio magníficamente ponderado. Aquí sí que puede hablarse de que el comentario es un complemento precioso del contenido de la Ley. Véase, por ejemplo, la cuestión de los requisitos de la convocatoria de Juntas extraordinarias, las difíciles cuestiones relativas a los quorum de asistencia y de mayorías en relación con la exigencia por los estatutos de un número mínimo de acciones para asistir o para votar. Al mismo tiempo, importantes problemas del Derecho de Sociedades son planteados y resueltos por el autor en un elevado plano científico: así el de la naturaleza de las decisiones o acuerdos de la Junta, el de la naturaleza jurídica, también, del voto, etc.

Sin embargo, no podemos admitir que, según el autor, los acuerdos de la Junta relativos a actos y contratos que deben constar en escritura pública, como el aumento de capital, deban también constar en escritura pública. Los acuerdos respectivos, en estos casos, seguirán la forma general y, en base a los mismos, los órganos que tengan la representación de la Sociedad otorgarán las correspondientes escrituras para darles ejecución.

Termina esta parte del volumen con el estudio de las cuestiones que suscita la impugnación de acuerdos, poniendo por delante una larga enumeración de legislaciones que la regulan, todo ello para demostrar que "el legislador español no ha procedido con precipitación, originalidad ni ligereza al establecer en España, en el año 1951, un sistema de impugnación de los acuerdos sociales avalado por la experiencia de otros muchos países".

A través de estas páginas de Uría destacaríamos, como orientación general de su autor, la de hacer flexibles a la voluntad de los fundadores y administradores las normas aparentemente rígidas que regulan la Junta general. De muchas, dice el ilustre comentarista que no son precisamente obligatorias, sino más bien normas de garantía que establecen un máximo o un mínimo por debajo del cual o por encima puede moverse la libre voluntad de las partes. Y de la misma manera que nos parecía acertado el rigor para el proceso fundacional, nos lo parece también esta flexibilidad para el funcionamiento de la Sociedad, a salvo siempre las garantías legales. Por lo tanto, y contra lo que creen algunos, la redacción de los Estatutos seguirá siendo, después de la Ley, ocasión para regular infinitas cuestiones, según el capricho de las partes.

El volumen termina con un apéndice transcribiendo el Decreto-Ley de 1 de febrero por el que se da nueva redacción a la Disposición transitoria 3.^a de la Ley. El Decreto de 29 de febrero de 1952, por el que se aclara y desarrolla el art. 71, con cuyo comentario se abrirá el segundo

volumen de esta obra. (La posición de Garrigues se ha anticipado, en su artículo de la "Rev. de Derecho Mercantil".)

El Decreto de 29 de febrero de 1952, por el que se aclara y desarrolla la Disposición transitoria 21 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en cuyo art. 7.^o, in fine, se acoge el sistema de elevación de honorarios, que Garrigues propone, por cierto, en la introducción.

V. Casi nada tenemos que añadir ahora, en vía de conclusión, a lo ya dicho sobre los valores de esta obra. Sencillamente, se pueden sintetizar en la afirmación de que se trata de un libro verdaderamente científico y, a la vez, extraordinariamente práctico sobre la Sociedad anónima. Si en algunos puntos, cosa inevitable, es posible la discrepancia con las tesis de los autores, en general será forzoso seguir su autorizada opinión, que, en el futuro, acompañará casi siempre a la cita de los textos legales. El material bibliográfico utilizado es completísimo y ha sido, en cada caso, cuidadosamente escogido, más bien que agotado. El método del derecho comparado se ha explotado al máximo por Garrigues y Uriá, quienes demuestran, también en esta ocasión, conocer la doctrina italiana, alemana, francesa, suiza y anglosajona en todo aquello que puede interesarnos.

Naturalmente, que se le puede achacar a la obra su falta de espíritu crítico frente a los textos de la Ley. Por el contrario, se suele hacer una defensa de los mismos que, a veces, no interesa ya en una obra principalmente consagrada a la exégesis. Pero ello no podía ser de otra manera, dada la relación de paternidad en que se hallan los autores con la Ley en general y teniendo en cuenta los duros ataques sufridos por el Anteproyecto, ataques que en la mayor parte de los casos estaban desprovistos de médula científica. En resumen, pues, una obra verdaderamente excepcional, que será desde ahora la base de partida para cualquier otra labor de estudio o de aplicación que se quiera hacer de la Ley; una obra que hace honor a la doctrina mercantilista española y, especialmente, a sus dos insignes autores.

Alberto BALLARIN MARCIAL

Notario

Letrado de la D. G. R. N.

GIORDANO, Alessandro: "I contratti per adesione". Milán, Giuffrè, 1951; 171 páginas.

Un nuevo libro sobre el tema siempre vivo de los contratos de adhesión, que continuamente atrae la mirada de los estudiosos (1).

El fenómeno de los contratos de adhesión, concluidos sobre módulos o formularios, predispuestos, ha superado con mucho los confines de la

(1) Entre nosotros ya se ocupó del problema el Prof. Royo en una clara y sólida conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, y que más tarde fué publicada en este ANUARIO, tomo II, págs. 54 y ss.

empresa, difundiéndose en los ambientes más diversos. Así, por ejemplo, las asociaciones profesionales y los propietarios de inmuebles usan modelos o formularios predisuestos en sus relaciones con terceros.

Es mérito del autor el haber advertido a lo largo de su libro—siguiendo en esto el criterio de la Relación al Código civil—que las normas de los artículos 1.341 y 1.342 del Código italiano, si bien tienen su origen en los inconvenientes que se dan en los contratos de empresa, se deben también observar fuera de este campo, siempre que una de las partes contratantes use formularios predisuestos, aunque no se trate de un empresario y sea cualquiera el tipo de contrato concluido.

Tras de examinar en el primer capítulo los contratos de adhesión como contratos organizados de la empresa, Giordano toma sucesivamente como objeto de su fina investigación la formación (cap. II), la interpretación y los efectos de los contratos de adhesión (cap. III) y, por último, el problema de las cláusulas de uso en su relación con el artículo 1.341 del Código civil italiano (cap. IV).

Para Giordano, la inclusión en el contenido del contrato de las condiciones generales, no expresadas en la fórmula contractual, se opera por el acuerdo de las partes, aunque aquellas cláusulas no resulten efectivamente queridas por el adhérente: se trata, a su juicio, de una interpretación típica de la ley en tal sentido, que tiene como base un comportamiento omisivo, valorado según el tipo ideal de contratante que adapta su conducta a las reglas de la buena fe y de la corrección.

De acuerdo con tal premisa fundamental, el autor desarrolla todo el capítulo dedicado a la interpretación y efectos. Y, así, defiende la aplicabilidad a los contratos de adhesión de los cánones comunes de interpretación psicológica, que procura armonizar con el criterio interpretativo de la buena fe.

Aunque su tesis sea discutible desde el punto de vista de la teoría general, lo cierto es que aparece sólidamente basada en las disposiciones concretas del ordenamiento privado italiano. Y la agudeza del autor sabe descubrir toda una rica serie de conexiones sistemáticas—a veces algo malabaristas—que vienen a reforzar su brillante argumentación.

Juan Bautista JORDANO

LOZANO SERRALTA, Manuel: "Legislación del Registro civil". Ley del Registro civil, con todas las disposiciones dictadas, compiladas sistemáticamente. Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones. Madrid, 1952; 621 págs.

Según su título, se trata de una mera compilación de disposiciones sobre el Registro civil; su importancia es, sin embargo, superior a la que correspondería a una recopilación puesta al día, pues tiene el especial valor que le da la publicación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros dictadas en esta materia. Sale así a la luz pública un material poco conocido, por no publicado o por no consultado en

los Anuarios de la Dirección, y que será muy útil para la orientación de la práctica y—sometido al contraste crítico de la doctrina—hasta para el estudio de múltiples cuestiones sobre el estado civil y el Derecho internacional privado.

La obra, se advierte, “se ha hecho por un criterio sistemático”, preferido al cronológico. La primera parte reproduce la Ley de Registro civil, agregando en letra pequeña las disposiciones concordantes del Código civil. La segunda parte, y que es la central, se basa en el Reglamento de 13 de diciembre de 1870, completándolo, adaptándolo a las disposiciones posteriores y reproduciendo las resoluciones correspondientes. Bajo la rúbrica de “anejo” se insertan modelos y formularios. En fin, termina con una “addenda”, en la que se recogen cinco Resoluciones de la Dirección General de los Registros de importancia relevante. Sistematizar es labor difícil y siempre expuesta a crítica, dada la imposibilidad de acoplar exactamente lo vario de la realidad a esquemas abstractos; mas, aun teniendo esto en cuenta, no deja de extrañar que, en la segunda parte, el capítulo primero, bajo el epígrafe de “Funcionarios del Registro. Otras disposiciones generales”, recoja la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1919 sobre el valor de la inscripción (pág. 57), e inserte disposiciones del Código penal y del Fuero de los Españoles sobre el estado civil (págs. 64-65). El contenido del Reglamento se ordena, además, en los capítulos rotulados: de los libros del Registro civil, del modo de llevar el Registro, de la rectificación del Registro, reconstitución de Registros destruidos, del Registro de nacimientos, de los nombres, apellidos y su modificación; anotaciones marginales en la inscripción de nacimientos, del Registro de los matrimonios, del Registro de las defunciones, del Registro de ciudadanía, del Registro del estado civil en el extranjero, de la dirección e inspección de los Registros, el servicio médico del estado civil, obligaciones especiales a cargo del Registro, disposiciones fiscales. La posibilidad de incluir algunas materias en más de un epígrafe (p. ej., se recogen las disposiciones sobre inscripción de los abortos en el Registro de nacimiento y no en el capítulo del Registro de defunciones) y lo vario del contenido de algunos capítulos (rectificación del Registro, anotaciones marginales) hacen poco cómodo el manejo de la obra; es un defecto secundario que podría corregirse en una futura edición con un índice de materias; con él se facilitaría la consulta y lograría la compilación su plena utilidad.

La recopilación ha sido hecha por el Jefe de la Sección de Registros, D. Manuel Lozano Serralta, cuyos estudios sobre la materia en estos últimos años le han ganado una autoridad cierta; títulos que avalan la seriedad de esta obra. Los juristas que la manejen habrán de agradecer a su autor, y al Ministerio de Justicia, que la publica, esta labor paciente y tan provechosa.

R.

MEREA, Paulo: "Estudos de Direito hispanico medieval". Tomo I. Coimbra, 1952; 210 págs. + XXVIII.

Por amable obsequio del autor llega a nuestras manos esta nueva edición de algunos de los trabajos del Prof. Meréa sobre Derecho hispánico medieval, puestos al día y notablemente reelaborados.

En el prólogo de su libro, el ilustre maestro de la Universidad de Coimbra, una vez más llama la atención de los estudiosos sobre el valor del Derecho romano vulgar occidental, que—como se sabe—ha sido una de sus últimas preocupaciones, rica en consecuencias prácticas, llegando incluso a prender fuertemente en el más dilecto de sus discípulos, el Prof. Braga da Cruz.

Los estudios que forman el presente volumen son, fundamentalmente, trabajos ya publicados con anterioridad en lugares dispersos. Se refieren a muy diversos asuntos, pertenecientes en su mayoría al Derecho privado: "Los límites de la reivindicación mobiliaria en el Derecho medieval", que, además de ofrecernos oportunamente recopiladas las adiciones del autor de 1921, 1926, 1947 y 1951, contiene una interesante nota complementaria sobre la "demanda de haber cosa mueble"; "La arra penitencial en el Derecho hispánico anterior a la Recepción"; "La dote en los documentos de los siglos IX-XII", con extenso apéndice documental y dos notas complementarias sobre la palabra "arras" y sobre la palabra "recabdar"; "En torno del casamiento de juras", con apéndice de fuentes; "Sobre la revocabilidad de las donaciones por muerte", con dos importantísimas notas complementarias; "El problema del origen de las donaciones *post obitum*" y "Donaciones *post obitum* y donaciones reservato usufructo", más adiciones y aclaraciones.

Como quiera que la cronología de estos estudios abarca un periodo de treinta años de trabajo constante del maestro lusitano, ellos reflejan las distintas fases de su vigoroso pensamiento y diversos grados de su siempre acertado criterio en orden a la utilización de las fuentes y tratamiento de los problemas.

En este sentido, el volumen que comentamos constituye una preciada reliquia para observar la línea evolutiva seguida por el fundador de la escuela histórico-jurídica de Coimbra, que así nos deja, ya que no, desgraciadamente, una obra de conjunto, pues su débil salud le impidió acometerla cuando había llegado a la cumbre del saber, si, al menos, estas magníficas colecciones monográficas, a través de las cuales no será difícil a los expertos descubrir la portentosa visión histórica que tiene el Profesor Meréa de todo el sistema privado y que le acredita como uno de los mayores historiadores jurídicos de nuestros tiempos.

Sólo su ejemplar modestia le pudo mover a pedir perdón a sus lectores por ofrecerles ahora en lugar de "Novos estudos" un "... cansado chá fervido—com esta a séptima vez", pues todos sabemos con qué viva expectación se aguarda siempre la última palabra del maestro.

Juan Bautista JORDANO

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural Español", núms. 75, 76 y 77. Abril-junio 1952.

Además de sus habituales secciones, destaca, entre la información recogida por esta interesante publicación, la que hace referencia a la Escuela de Estudios Árabes de Granada, acompañada de interesantes referencias gráficas, y al mismo tiempo, la que se contiene en el número de junio al recoger la XII Reunión anual del Pleno del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en el cual da cuenta de la labor de los distintos Patronatos, así como de las sesiones celebradas, en la cual informaron, ofreciendo la labor realizada durante el curso pasado, los diferentes Directores de cada uno de los Institutos.

R.

PIRAS, Salvatore: "Osservazioni in materia di Teoria Generale del Contratto I. La struttura" Milano, Giuffrè, 1952; 92 páginas.

Una nueva obra de la doctrina italiana sobre esta zona delicada y vital del Derecho civil que es la teoría general del contrato. El autor establece como puntos base provisionales: a) La definición del artículo 1.321 del Código civil italiano, según el cual: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"; b) La enumeración contenida en el artículo 1.325 del Código civil: "Los requisitos del contrato son: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando la exige la Ley bajo pena de nulidad; y c) La afirmación inicial del artículo 1.372 de que: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes".

Partiendo del texto de esos artículos, y teniendo siempre presente, tanto el régimen general como el específico establecido por el legislador en materia contractual, el autor intenta una revisión crítica de cada uno de los elementos esenciales para la formación del contrato, de la posición de los mismos dentro del contrato y dentro del correspondiente supuesto de hecho, así como de los diversos medios de relación recíproca que existen entre aquellos elementos.

Una vez identificada y distinguida, desde un punto de vista anatómico, la estructura del contrato y el correspondiente supuesto de hecho, siguiendo un plan de investigación que considera el más lógico, Piras examina la eficacia que produce el contrato dentro del tráfico jurídico—según su propia estructura y función—por sí mismo y como elemento encuadrado en un supuesto de hecho eventualmente más complejo.

Finalmente, intenta definir la naturaleza jurídica del contrato, del que puede decirse es el principal, si no el verdadero y único instrumento de circulación, proporcionado a la autonomía privada a fin de permitir a los particulares dar una ordenación concreta a sus intereses en las relaciones recíprocas.

En el estudio de la estructura del supuesto de hecho (*fatti e specie*) distingue Piras: A) Presupuestos lógicos; B) Requisitos de validez, y C) Requisitos de eficacia. Y dentro de los presupuestos lógicos: el subjetivo (concepto de parte; parte en sentido sustancial y parte en sentido formal; parte en sentido sustancial como presupuesto subjetivo del contrato) y el objetivo (objeto del contrato y objeto de la relación jurídica).

En el estudio de los requisitos de validez se ocupa de la pluralidad de las partes (y de la hipótesis excepcional del autocontrato; contratos plurilaterales), la capacidad de las partes, el acuerdo entre dos o más manifestaciones de voluntad, la causa, el objeto y lo que llama "punto de referencia" (la "relación jurídica patrimonial" del artículo 1.321 del Código civil italiano).

A modo de ejemplo de uno de los temas concretos de la obra, recogemos la opinión del autor sobre la hipótesis del contrato estipulado por un sujeto que se encuentra en estado de peligro o de necesidad económica —estado conocido y aprovechado por la otra parte contratante—. Esta hipótesis ha sido considerada por algunos como un caso de contrato en el que ha intervenido un sujeto cuya voluntad no es libre por estar viciada. Otros estiman que la situación de peligro o de necesidad económica influye como *motivo determinante* del contrato (Messineo). Para otro sector doctrinal, la hipótesis implica una anomalía negocial que debe tenerse en cuenta, más que desde el punto de vista subjetivo de un vicio de la voluntad, desde el aspecto objetivo de una excesiva desproporción entre las prestaciones, es decir, como una lesión injusta de uno de los contratantes. Y finalmente afirman algunos (Santoro Passarelli, Barassi) que el caso referido alcanza relevancia si la situación de peligro se presenta como "coeficiente de un vicio de la causa" que baste para hacer rescindible el negocio, si se dan los otros requisitos precisos. A juicio de Piras, lo que el legislador ha tenido presente, en especial, ha sido la excesiva desproporción entre las prestaciones o la iniquidad de las condiciones contractuales, que significan una lesión injusta, dañosa para uno de los contratantes, cuya participación es siempre—en teoría—absolutamente libre, como libre es la idea que el contratante se ha formado acerca del fin (causa) cuya realización intenta mediante la estipulación del contrato. Y el que el legislador haya tenido presente—de un lado—la particular situación del sujeto perjudicado en sus intereses propios a consecuencia de la estipulación del contrato y—de otro lado—el aprovechamiento consciente de esa situación por la otra parte contratante, hace extraordinariamente complejo—al exigir el concurso de tales ulteriores presupuestos subjetivos—el supuesto de hecho que, al verificarse, hará surgir la acción de rescisión.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Tratado de Derecho Procesal. I. Derecho Procesal civil. 1". Madrid, 1952; 552 págs.

Conocida necesariamente de todo el que de alguna manera se haya asomado a la rama jurídico-procesal de las disciplinas científicas es la personalidad del Dr. Prieto Castro, cuyo Derecho procesal civil de España tiene el rango de obra clásica en nuestras Universidades, y de cuyos trabajos monográficos tienen noticia los suscriptores de ANUARIO DE DERECHO CIVIL, por haber visto la luz en dicha publicación muchos de los más interesantes.

Podemos dividir la actividad científica del Dr. Prieto en varias etapas fundamentales, que, sin embargo, no tienen una exacta correspondencia cronológica, pues la enorme capacidad de trabajo del aludido Profesor (nuestro iniciador y maestro en los estudios procesales) hace que junto a una labor docente, continuada desde hace un cuarto de siglo, se ocupe en trabajos de investigación que, tanto en monografías y traducciones como en obras generales, aparecen intermitente e ininterrumpidamente en las librerías; simultanea estas tareas con el ejercicio de la profesión de Abogado.

En sus traducciones, el Profesor Prieto, con un conocimiento perfecto del alemán que le ha permitido publicar directamente en tal lengua, ha vertido a nuestro idioma una serie de obras que, como la de Kisch, la de Jörs Kunkel (sobre derecho romano), la de Goldschmit y, últimamente, la de Schönke, han acercado a la masa de los juristas españoles la ciencia procesal alemana, que de otra forma hubiera resultado inasequible en sus fuentes directas; cabe decir, con metáfora en que lo gráfico haga perdonar la expresión, que el Dr. Prieto fué el pionero del Derecho Procesal que penetró con el hacha en la selva de la literatura jurídica germanica para dar rango científico a los estudios españoles sobre temas procesales, que tanto lo necesitaban.

Otra etapa de la obra del Profesor Prieto la colman sus monografías, comentarios a decisiones jurisprudenciales y otros estudios en tono menor que constantemente ven la luz en distintas revistas profesionales y que en gran parte han sido recogidas en dos tomos de Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil; en tales trabajos nos pone de manifiesto el paulatino desenvolvimiento y madurez de sus ideas.

Pero no se crea que el Profesor Prieto Castro es simplemente un especulador y teorizante, que con enorme preparación científica y lingüística y un gran acervo cultural se dedica a construir magníficas elucubraciones sobre temas procesales, sino que desde hace ya mucho tiempo está en contacto con la realidad de la vida jurídica a través de su despacho profesional, y en todas sus obras destaca el sentido práctico con que enfoca las cuestiones que trata, lo que acrecienta, si cabe, el valor de las mismas.

Hemos dejado para el final de este breve recorrido sobre la actividad científica del Dr. Prieto el tratar de sus obras de carácter general, su "Exposición del Derecho Procesal civil de España". hoy "Derecho Pro-

cesal civil", nos muestra en toda su plenitud la personalidad del ilustre Catedrático, y cabe decir, sin exageración, que no hay estudiante ni profesional en España que no la posea. En resumen, la actividad científica del Profesor Prieto es señera y ha dejado huella indeleble en los estudios procesales, que gracias a él, en gran parte, que supo con su inteligencia, trabajo y afición por los mismos inculcarla en sus alumnos y discípulos indirectos, han alcanzado el auge actual por todos conocido.

El Tratado de Derecho Procesal que comentamos es, a nuestro juicio, una obra de gran estilo, la mejor que ha salido de la pluma de su autor, el fruto logrado del "proceso" mental del Catedrático de Derecho Procesal que la escribió. Nos recuerda por su concepción, erudición y amplitud al "Derecho civil de España" de D. Federico de Castro y Bravo; ambos han logrado, en sus respectivos campos, lo que parecía imposible, inyectar una nueva savia a unos estudios, producir una obra general con ritmo y hechuras nuevos, cuando acaso pareciera que dadas las existentes no cabía sino la investigación monográfica sobre las cuestiones más destacadas de las disciplinas respectivas. Concebida como una obra de envergadura, aborda con amplitud desconocida hasta la fecha en una obra de carácter general los problemas del Derecho Procesal. Con criterio sincrético, ponderado, profundo y práctico va tratando las distintas cuestiones. Cuando se termine (que no creemos sea pronto, pues el propósito del autor es ambicioso y su logro requerirá años) podremos decir que cuenta España con una obra, no ya elemental, sino fundamental sobre el proceso y todas las cuestiones que surgen alrededor del mismo. Como con las traducciones, como con la Exposición al Derecho Procesal civil en España, pude el autor felicitarse de que su Tratado haya abierto nueva senda en los estudios procesales.

El tomo primero del Tratado (único aparecido hasta la fecha) se divide en tres libros: En el primero, "Teorías fundamentales", nos expone el Profesor Prieto sus conclusiones acerca del proceso y del Derecho procesal, de la acción y de la jurisdicción. Define, o mejor, describe, el proceso como la "Actividad jurídicamente regulada, que desarrolla el Estado por medio de sus órganos (los Tribunales que ejercen jurisdicción) con la participación (activa o pasiva) de los particulares que la promueven, en cuanto necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional pública de conservación del derecho objetivo y simultáneamente de la paz jurídica y tutela de los derechos subjetivos, intereses y situaciones del individuo, con arreglo a las exigencias jurídicas y sociales"; tal concepción del proceso puede decirse tradicional en el Dr. Prieto, quien en 1936 lo definía como "Actividad regulada por el derecho procesal, de las partes y del Tribunal, instada por el demandante, para obtener la sentencia (cosa juzgada). acto por el cual el Tribunal cumple su misión de defensa del orden jurídico que le está encomendado por el Estado, y tutela el derecho de la parte que en el curso de él ha demostrado poseerlo." Comparando ambas definiciones, vemos que todos los elementos de la actual se encuentran en germen en la de 1936, fundamentalmente coincidente con la del Tratado, que podemos decir es un des-

arrollo progresivo de aquélla, haciendo resaltar con mayor claridad los fines del proceso y el aspecto jurídico-sociológico del mismo. Al tratar de la fundamentación jurídica del proceso, con una ponderación y sincrétismo admirables, estudia el autor las doctrinas de la litis-contestatio, de la relación jurídico-procesal y del proceso como situación jurídica, haciendo hincapié en los aspectos aprovechables de cada una, y examinando sus inconvenientes, pues lo interesante no es encuadrar el fenómeno del proceso en una u otra categoría jurídica y emplear nuestra inteligencia en defender a ultranza la posición adoptada, sino examinar el proceso en la realidad en que se produce y hacer resaltar su unidad empírica como la doctrina de la litis contestatio (en su última época), su fundamentación jurídica como la de la relación jurídico-procesal, y su fondo sociológico como la teoría de Goldschmit del proceso como situación jurídica. El Profesor Prieto Castro, huyendo de fáciles electricismos, pero sin prejuicios de escuela o encuadramiento sistemático, nos da en este capítulo perfecta y completa idea del proceso como realidad jurídico-vital.

El capítulo II trata del derecho procesal objetivo, y cabe decir lo mismo que del primero dijimos, o sea, que la concepción mantenida por el autor en la revista "Universidad", de Zaragoza, en 1936, desarrollada a través de su "Exposición del Derecho Procesal civil de España", es en esencia la misma que la del artículo "Sobre el concepto y delimitación del Derecho Procesal civil", aparecido en 1947 en la "Revista de Derecho Procesal", que la sustentada al desarrollar la palabra "Derecho Procesal" en la Nueva Enciclopedia Seix (recogidas estas dos últimas en el tomo II de sus Estudios y Comentarios), y que la sostenida en el Tratado que comentamos. Las ideas del antiguo Profesor de la Universidad de Zaragoza han germinado fructíferamente, y su concepción actual del derecho procesal, enraizándolo con el derecho natural y haciendo resaltar el carácter formal e instrumental de sus normas (si bien precisando antes la terminología para evitar se tomen sus palabras en sentido peyorativo), no es distinta en lo fundamental de la de 1936, bien que sea hoy más preciso y claro el pensamiento del autor.

En el capítulo III trata de la teoría de la acción y es, a nuestro juicio, uno de los más logrados de la obra. Rechazando la opinión de quienes ven en la acción simplemente el acto con trascendencia en el campo procesal despreocupándose de investigar su esencia, hace resaltar la importancia de las cuestiones sobre la acción, verdadero puente de enlace entre el proceso y la relación jurídica material cuya efectividad se reclama. Estudia en rápida síntesis las doctrinas sobre la acción (románista y de Windscheid, Muther y Wach), mostrando sus preferencias por la teoría abstracta de la acción de Degenkolb, y formula a continuación su concepto de acción en el derecho español como "facultad de promover la incoación de un proceso encaminado a la tutela del orden jurídico, con referencia a un caso concreto, mediante la invocación de un derecho o interés jurídicamente protegido respecto de otra persona". y desarrolla brillantemente los conceptos condensados en tal definición, poniendo de manifiesto la concordancia de su concepción con la definición celsiana de

la acción rectamente entendida (*ius persequendi in iuditio quod sibi debatur*), que patentiza la conexión existente entre la acción y el derecho subjetivo (si bien en una interpretación literal de la definición de Celso aparece la acción identificada con el derecho subjetivo, lo que no es cierto). Finalmente, trata de las vicisitudes de la acción. A nuestro juicio, trasciende en la teoría del Profesor Prieto sobre la acción, como en todo el Tratado que comentamos, un afán, digno de toda alabanza, de huir (aun en materia que tanto se presta a ello como la tratada en este capítulo) de construcciones y elucubraciones puramente conceptuales y dogmáticas, para, sin el cómodo arbitrio de eludir el problema de la esencia de la acción considerándolo preprocesal, llegar a conclusiones prácticas acerca del nacimiento del proceso y del nexo que le liga con el derecho material, haciendo resaltar cómo si bien éste es conocido y aplicado por el Juez, ex officio iudicis, el modo y medida de tal aplicación se rigen por criterios estrictamente procesales.

En el capítulo IV del libro I trata de la jurisdicción, perfilando y ampliando ideas expuestas en obras anteriores sobre lo que sea la jurisdicción, y la distinción entre jurisdicción, legislación y administración, y tratando en párrafos separados las Manifestaciones de la jurisdicción, la Prejudicialidad jurisdiccional y los Conflictos jurisdiccionales.

El libro segundo, "Legislación, Ciencia y Práctica procesal", trata en su primer capítulo de las fuentes del derecho procesal, señalando en él el autor el principio de legalidad que domina esta rama jurídica y rechazando la costumbre como fuente de normas jurídico-procesales, y resaltando la importancia que, para colmar lagunas, adquieren en el Derecho procesal los principios generales del derecho y la doctrina legal; finalmente, entiende el Sr. Prieto Castro que la jurisprudencia no es fuente del derecho procesal en sentido propio, si bien a causa de la existencia del recurso de casación, en la práctica viene a vincular (ya que no formal y legalmente) a los Tribunales inferiores. Estudia después la Ley de Enjuiciamiento civil y los problemas de derecho procesal intertemporal.

En un segundo capítulo trata de la ciencia jurídico-procesal y nos da acabada noticia de la bibliografía española posterior a la codificación, así como de la europea (salvo Rusia y satélites) y americana.

El tercer capítulo de este libro trata del método para la teoría y práctica procesales, y es también, a nuestro juicio, de los más logrados. Prescindiendo del método legislativo en la formación de normas, cuyo estudio evidentemente trasciende al campo procesal, trata con gran minuciosidad de los métodos científico y pragmático, y como problema previo de la interpretación de las normas y sus elementos (gramatical, histórico, sistemático, sociológico, teleológico y lógico) y modalidades (restrictiva, extensiva, abrogante, correctora, analógica y a "contrario sensu"); resalta la importancia del sistema en el método científico y de la técnica en el pragmático, extendiéndose en el estudio de este último y de la técnica directiva y resolutoria del órgano jurisdiccional, como de las especialidades del método forense. Este capítulo, que es una de

las novedades del Tratado respecto al Derecho procesal civil de España anterior, desarrolla ideas expuestas y recogidas en el tomo II de los Estudios y Comentarios que en 1950 publicó el autor, y a base de un conocimiento completo de la doctrina y de una observación profunda de la realidad jurídica, logra páginas de un alto valor, desde el punto de vista metodológico, y de una originalidad atractiva.

El libro tercero está dedicado a la parte orgánica y dividido en dos secciones. En la primera se ocupa de los Tribunales y demás órganos de la Administración de Justicia, tratando la materia con claridad, amplitud y precisión, y en la segunda de la atribución de negocios a los Tribunales, estudiando en ella los problemas que plantea la competencia. En esta parte sigue casi literalmente su anterior Derecho procesal civil.

Señalemos finalmente y con relación a todo el volumen la cuidada redacción del mismo. El profesor Prieto, con pluma precisa y con cierta amplitud, nos va desgranando los problemas de la rama jurídicoprocesal, haciéndonoslos claros y asequibles. Quizás al no iniciado que se asome por vez primera a estas páginas le resulten densas y macizas; mas hay que tener en cuenta que se trata de un libro de Derecho y no de un puro ensayo literario, y por ello hay que sacrificar en muchas ocasiones la brillantez en la forma a la precisión y seguridad del concepto, y además, a las muy pocas hojas, el lector, por lego que fuere en cuestiones procesales, se ha adaptado al estilo y maneras del autor, logrando con economía de tiempo penetrar el contenido de la obra.

Son de gran valor las notas explicativas del texto, en que se condensa bibliografía y doctrina, y se reúnen leyes, y se cita jurisprudencia sobre puntos concretos, logrando así, sin que la obra pierda precisión en largas digresiones, un tratamiento más amplio y concreto de las cuestiones que lo requieren.

Magníficas la tipografía y encuadernación.

Felicitamos de verdad al ilustre catedrático por la obra, a la que auguramos rotundo éxito editorial y hacemos votos por la pronta aparición de los volúmenes sucesivos.

José M.^a ALVAREZ DE MIRANDA

Magistrado de Trabajo.

ROTONDI, Mario: "Istituzioni di Diritto privato". VI Edizione. Pavia. Tipografia del Libro, 1951; 730 págs.

Cuando un libro de Derecho ha alcanzado su sexta edición, su reseña resulta ya inútil y su elogio sería redundancia. Ello no obstante, conviene dedicar unas palabras a este libro, *Instituciones*, pues, injustificadamente, la obra del profesor Mario Rotondi es, entre nosotros, menos conocida que la de otros juristas italianos. Tiene un puesto central en la aún dominante escuela positivista italiana y, para completar su caracterización, podría añadirse que entre sus distintas direcciones tiene también un significado-

centro. Y las *Instituciones* son un bien claro exponente de este su modo de pensar. En la polémica entre las escuelas de la "jurisprudencia de conceptos" y de la "jurisprudencia de intereses", se precia de haber quedado en el justo medio, de modo que cada uno de los contendientes ha podido contarle entre sus partidarios (p. 23). Los principios generales del Derecho entiende que sólo pueden ser hallados por la vía lógica de un proceso de abstracción, de progresiva generalización (p. 84). Sin embargo, admite como principio sustantivo e independiente al de "la libertad del ciudadano", con el que justifica el criterio de que cuando el ordenamiento no condena expresamente una conducta como ilícita ello significa que implícitamente lo ha declarado tácito (p. 86), y el que le lleva a negar ciudadanos en el sistema dogmático del Derecho al concepto de abuso del derecho (págs. 101-105), a condenar la doctrina del enriquecimiento sin causa y a censurar su admisión por el Código civil italiano de 1942 (páginas 396-397). La misma concepción se manifiesta al tratar del negocio jurídico, considerado como manifestación del "principio dominante e inspirador de nuestro Derecho y que es el de la autonomía de la voluntad" (p. 123); afirmación que el criterio prudente del autor limita, por lo que repudia el concepto de negocio jurídico, señalando el dilema en que se encierra: el fin indirecto o es totalmente indiferente o se trata de un caso de fraude a la ley (p. 128).

Cabe ciertamente discrepar de los asertos contenidos en esta obra —discrepancia obligada para quienes no seguimos la concepción y la escuela positivista—, pero todo jurista estará conforme en admirar la claridad con que el autor expone las cuestiones más abstrusas y hace fáciles las más intrincadas, en especial, ha de notarse la maestría con que funde en una verdadera unidad a las diversas materias del Derecho privado, en contraste con esos otros libros en que se yustaponen o mal sueldan las reglas originarias del Derecho civil y del Derecho mercantil. Resultado que no es de entrañar, pues el ilustre codirector de la "Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obligazione" había ya dicho que lo que se creyeran paredes maestras y sólidos pilares mantenedores de la separación del Derecho civil y del Derecho comercial eran sólo "paredes efímeras o simples objetos de estuco con función más o menos decorativa y de gusto discutible".

F. de C.

RUBINO, Domenico: "La compravendita". Volumen XXIII del "Tratatto di Diritto civile e commerciale", dirigido por los profesores Ciccù y Messineo. Giuffrè. Milán. 1952. 855 páginas.

En los catálogos de la conocida casa editora italiana Giuffrè, hace ya tiempo que habíamos visto anunciada la inminente publicación de un Tratado de Derecho civil y comercial, dirigido por los profesores Ciccù y Messineo. Uno recela, en general, de las promesas de los editores; y especialmente cuando anuncian la publicación de obras de gran envergadu-

ra: nos tienen demasiado acostumbrados a que tales promesas se queden en simples propósitos. Por eso, nos ha sorprendido gratamente que el reiterado anuncio del aludido Tratado haya tomado una tangible y voluminosa realidad con el presente tomo del infatigable Domenico Rubino.

En la "Presentación" de los profesores Cicu y Messineo encontramos un antícpio de lo que ha de ser su "Tratado". Fué concebido, en principio, como fruto de la labor de unos pocos colaboradores y compuesto de un número relativamente restringido de volúmenes; pero ahora—por la briosa iniciativa del editor y por exigencias intrínsecas de la obra, que quiere adecuarse al desarrollo natural requerido por los diversos temas—se nos dice que alcanzará proporciones bastante mayores. En efecto, estará formado por un "corpus" de 45 volúmenes y uno final con el carácter de índice.

El Tratado de Cicu y Messineo es el primero de grandes proporciones que inicia su aparición después del que fué dirigido por Filippo Vassalli. Otras obras italianas referentes al Código de 1942, de extensión variable, han tomado la forma del "comentario". Cicu y Messineo no dudan de su utilidad. Pero advierten con razón que el "comentario" implica sacrificar en aras de la sistemática del Código la sistemática científica y el carácter orgánico de la exposición; y no deja lugar a ciertas materias, muy importantes, que no tienen cabida en el texto de la Ley (por ejemplo, casi todos los temas que constituyen la llamada "Parte general").

Los caracteres que ha de tener el Tratado de Cicu y Messineo—y que, por consiguiente, presiden también la redacción del volumen redactado por Rubino—son los siguientes:

1.º La armonía entre el criterio sistemático y el criterio exegético, para hacer de la exposición sistemática el marco que encuadre a los textos legales. Para ello se ha inculcado a los colaboradores la necesidad de dar el debido desarrollo a ambos aspectos de las instituciones. De tal modo se pretende satisfacer, a un tiempo, las exigencias de la ciencia y de la práctica, que deben proceder como líneas convergentes, ayudándose mutuamente.

2.º Las exigencias de la práctica determinan la conveniencia de que la elaboración de las instituciones se realice con el apoyo de la Jurisprudencia. Se tendrá en cuenta sólo la de los últimos veinte años, ya que en ese espacio de tiempo las cuestiones, o bien pasan, o bien se reproducen; y si alguna ha escapado a la aplicación jurisdiccional, de ordinario carecerá de relieve. Del mismo modo sólo se utilizará parcialmente la literatura jurídica anterior al Código civil vigente.

3.º Quieren los directores del Tratado, por un lado, que en el mismo se dé la debida importancia a las instituciones que tradicionalmente vienen llamándose mercantiles; y de aquí la doble adjetivación de la obra, para acentuar que comprende todo el Derecho privado. Así, se incluirá una exposición sobre la letra de cambio, la quiebra y las instituciones privatísticas del Derecho de la navegación. Y, por otro lado, se quiere insertar en el Tratado toda la rica legislación privatística complementaria que muchas veces, significa la indispensable integración del texto del Código

civil; en esto, los directores ven una de las características más salientes de su obra.

4.^a Recogerá siempre—cuando exista, claro—la *communis opinio*, como medio de dar homogeneidad al Tratado. Lo que no significa que no sean bien acogidas, y hasta deseadas, las opiniones divergentes expresadas por cada uno de los colaboradores; pero ya que el Tratado pretende ser también informativo, no quiere olvidarse del estado actual de cada cuestión.

5.^a En la medida en que sea útil, se tendrá en cuenta la literatura jurídica extranjera, europea y también anglosajona.

Por último, los directores proyectan que la obra sea llevada a término con ritmo acelerado, terminándose en un período de cinco o seis años. Lo que hará posible que el trabajo de los distintos autores lleve el sello idéntico del momento común en que han trabajado.

Así, pues, Rubino es quien ha comenzado la marcha con el volumen que lleva el número XXIII del Tratado, y que se refiere a la compraventa. Las grandes líneas de su trabajo son éstas: una "Introducción", en la que se aborda la función ecorómica de la compraventa, su definición, caracteres y elementos esenciales; y cuatro partes, subdivididas en capítulos y párrafos numerados.

La parte I se refiere a los *elementos constitutivos* del contrato, y en ella se trata de los sujetos, el consentimiento, el derecho transferido y la cosa, el precio y la forma.

La parte II se ocupa de los *efectos de la venta*. Dentro de esta parte se expone lo relativo a la transferencia del derecho, la venta obligatoria y distintos casos especiales de la misma, la doctrina del riesgo, la entrega de la cosa, la venta con expedidor, la venta sobre documentos, el pago del precio y obligaciones accidentales surgidas del contrato.

En la parte III, bajo el título genérico de *Incumplimiento*, en capítulos sucesivos, se tratan los temas relativos a las garantías del contrato de compraventa en general, la garantía por evicción, la garantía por vicios y la responsabilidad por culpa.

Finalmente, la parte IV, en su único capítulo, se refiere a los diversos casos de *disolución voluntaria*. Completan la obra dos índices, muy detallados, uno de textos legales y otro alfabético-analítico.

Puede afirmarse que ninguna de las cuestiones fundamentales o accesorias de la compraventa han quedado fuera de la obra de Rubino. Apoyada en abundante bibliografía, ha de considerarse en lo sucesivo como imprescindible para el estudio del contrato por autonomía, que es la compraventa. Será muy difícil, durante mucho tiempo, superar la tarea realizada por Rubino.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

SCOGNAMIGLIO, Renato. "Il Diritto di accrescimento nei negozi *tra vivi*". Milano, Giuffrè, 1951; 86 págs.

Se discutía en la doctrina italiana, durante la vigencia del antiguo Código, si el derecho de acrecer—stitución explícitamente regulada en aquel Código en materia hereditaria—podía también actuar en los actos *inter vivos*. La cuestión se suscitaba especialmente con relación a los negocios jurídicos más afines a las disposiciones testamentarias, es decir, respecto a las donaciones. El autor traslada el problema al plano legal del Código de 1942, en el que existen algunas disposiciones que configuran de modo expreso el derecho de acrecer *inter vivos*. Las dos teorías que hasta 1942 se disputaban el predominio deben enfrentarse ahora con las normas del Código vigente que, en forma expresa, preven el fenómeno discutido: tales normas son las del art. 763, párrafo 2.º, relativo a las donaciones y la del art. 1.874, referente a la renta vitalicia. Sobre esta base legislativa, el autor desenvuelve su estudio, distinguiendo entre el acrecimiento anterior a la adquisición y el posterior (capítulos II y III).

Las conclusiones finales a que llega pueden resumirse así: a) El derecho de acrecer *inter vivos* tiene muy escasa aplicación. b) Concretamente, el derecho de acrecer puede actuar con anterioridad a la adquisición en virtud de pacto expreso y sólo en materia de donaciones; repugnando, por el contrario, con la naturaleza de cualquier otro acto jurídico *inter vivos*; y c) En cambio, cuando pretenda actuar después de la adquisición, se ha de estimar, en general, inadmisible, quedando fuera de la esfera de acción de la autonomía privada. Hay sólo la excepción de los actos constitutivos de usufructo y de renta vitalicia, excepción, sin embargo, más bien aparente que real, hasta el punto de que no puede estimarse una disonancia con respecto a la conclusión general anterior.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

STUDI IN ONORE DI ANTONIO CICU. Milano, 1951. Dott. A. Giuffrè, Editore; vol. I, 672 págs.; vol. II, 709 págs.

En dos volúmenes quedan recogidos los trabajos, apuntes notas y estudios de una gran parte de la doctrina italiana destinada al homenaje del Profesor Antonio Cicu, de la Universidad de Bolonia. Discípulos y colegas dan prueba, con sus aportaciones, de afecto a este gran maestro, de reconocimiento y admiración a su extensa y genial obra científica, a su completa labor universitaria. Dice Redenti, con absoluta verdad, en el ofrecimiento que de los "studi" hace a su amigo y colega de Universidad, que nadie en tiempos venideros escribirá de las instituciones familiares, de las sucesiones, de los derechos reales y de los contratos, sin partir de aquello que Cicu ha escrito y de aquello que nos ha enseñado.

En estas notas doy breve cuenta de cada uno de los trabajos publicados. Se trata, naturalmente, de aportaciones de muy distinto valor, según

los temas, el modo, profundidad y minuciosidad con que están desenvueltos. Como conjunto, esta recopilación es clara muestra de la immejorable categoría del actual pensamiento jurídico italiano.

ANDREOLI, G.: "Appunti in tema di obbligazione a termine e di impossibilità della prestazione".

Se ocupa Andreoli del problema relativo a si la imposibilidad inimpuneable de la prestación, para tener eficacia liberatoria del deudor, debe durar todo el plazo establecido en favor de éste para el cumplimiento de la obligación. La respuesta depende de la idea que se tenga sobre la naturaleza jurídica de la obligación en la que se ha fijado un plazo en interés del deudor. La doctrina, hasta ahora, había visto en esta modalidad de obligación los caracteres de las que denominaba *cronológicamente alternativas*. En el sentido de que, para el cumplimiento de la obligación, todo momento comprendido dentro del plazo está en relación de alternatividad con cualquier otro momento incluido en el mismo, según la voluntad del deudor. Lo original de Andreoli consiste en negar, como ya otros lo venían haciendo, que la imposibilidad de la prestación deba perdurar durante el transcurso de todo el plazo, y ello en base a un nuevo concepto de tal especie de obligaciones. No se trata, según él, de obligaciones *cronológicamente alternativas*, sino de obligaciones *cronológicamente facultativas*. Resulta, que el momento de realizar la prestación se fija *ob origine* en el momento terminal del plazo, salvo el eventual ejercicio por parte del deudor de la *facultas* que se le concede. Por tanto, basta que el cumplimiento sea imposible tan solo en el último momento del tiempo fijado para que el deudor quede liberado del mismo.

ARCHI, G.: "Il sentimento del Diritto".

El romanista de la Universidad de Florencia basa su disertación en la conocida obra de Ihering *La lucha por el Derecho*, de la que empieza por hacer una síntesis de contenido. Nos habla del actual sentir respecto de un derecho que ha quedado reducido a un *quid* técnico ya no sentido como elemento estable y, a la vez, operante en la sociedad. Las causas del fenómeno son complejas y, según Archi, de origen remoto, destacando el papel desempeñado por los grandes movimientos de ideas, especialmente el que lleva consigo el siglo XIX, que termina por hacer del estudio abstracto del derecho un *fin en sí mismo*, produciendo una separación respecto de la sociedad, que sentirá el derecho tan sólo como algo que la es impuesto.

ASCARELLI, T.: "Interpretazione della legge abrogata e carattere innovativo della legge nuova".

El alcance innovador de una ley nueva se precisa, ciertamente, en relación al alcance de la anterior ley derogada. Ascarelli se pregunta qué criterio debe seguir el intérprete en cuanto a su labor sobre la ley derogada, y éste constituye el tema de su breve pero exacto trabajo. El intérprete podría fijar el alcance de la ley derogada mediante una interpretación análoga a la seguida respecto del derecho vigente; igualmente podría atenerse a la interpretación ya hecha por la doctrina y jurisprudencia anteriores. Según el autor, el único criterio cierto a seguir es el que supone precisar el alcance de la ley que se deroga tal como viene concebido y con los límites que se le señalan en el contenido de la ley nueva.

BARASI, L.: "I limiti della norma giuridica".

Barasi vuelve sobre el tema de la integración de la norma jurídica mediante el espontáneo impulso de la voluntad de los interesados, poniendo de manifiesto la relativa fuerza de la norma, que en ocasiones llega a debilidad, si tal integración no tiene lugar. La tesis ha sido ya anteriormente expuesta desde puntos de vista distintos, pero siempre con referencia a la materia de las obligaciones. En el presente trabajo se analiza el mencionado principio de cooperación de los particulares en el campo propio de los derechos reales.

BARRERO, D.: "Contestualità del riscatto convenzionale con la vendita".

De entre los numerosos problemas que plantea la venta con pacto de rescate, se ocupa el autor de las modalidades de ejercicio de éste y de la naturaleza misma de tales estipulaciones, oponiéndose a la tesis mantenida por la doctrina y la jurisprudencia respecto a que el pacto de rescate pueda ser establecido en modo separado, pero coetáneamente a la estipulación de la venta. Basándose en la naturaleza del denominado rescate, diversa de la del pacto de retro, como una modificación de la causa del contrato, señala la imposibilidad de que sea pactada la venta con esta modalidad mediante dos actos negociales distintos y llega, como consecuencia, incluso a la unidad respecto de la documentación misma.

BATTAGLIA, F.: "Verso una nuova fase della protezione internazionale dei diritti umani".

Las violaciones y desconocimientos de los derechos del hombre, en su máxima gravedad, provienen de los Estados mismos y no de los particulares. Se plantea el problema de conseguir una mayor seguridad mediante

declaraciones internacionales y por órganos de este tipo. Battaglia defiende contra ciertas críticas la declaración universal de los derechos del hombre que se hizo en la O. N. U. en fecha de 10 de diciembre de 1948, para después tropezarse con la cuestión de la eficaz tutela de esos derechos declarados, la cual se enlaza con la antidemocrática y totalitaria organización de la O. N. U. y con la carencia de medios en punto a tales derechos esenciales. En realidad, toda disquisición sobre una vez visto el texto de la declaración, en el que tan sólo se habla de *promover y animar*.

BIGIAVI, W.: "Conti bancari per conto altrui".

En su trabajo, establece el autor una clasificación tripartita, justificada al menos desde un punto de vista económico, de la que son términos las *cuentas propias*, las *cuentas extrañas* (el verdadero titular no puede obrar, así que quien dispone lo hace en nombre y por cuenta de aquél), y *cuentas ajenas* (el titular obra siempre en nombre propio, pero por cuenta ajena). Intenta demostrar, a continuación, que estas dos últimas variedades pueden diferenciarse, no sólo económicamente, dando así satisfacción a las necesidades de orden práctico que el autor pone de manifiesto, sino también desde un punto de vista jurídico, para lo cual aduce los argumentos y resultados conseguidos por la doctrina alemana de hace veinte años.

BRANCA, G.: "Considerazioni sulla "servitus altius tollendi".

Intenta una nueva explicación que allane las dificultades que en el Derecho romano plantea la *servitus a. t.* Es sabido que en la época clásica ésta no puede constituirse voluntariamente desde el momento en que existen disposiciones imperiales que limitan, por causa de interés público, la altura de los edificios. Una *servitus a. t.* puede, en cambio, constituirse en época postclásica, donde las limitaciones legales de la propiedad aparecen impuestas en beneficio de los particulares, siendo, por tanto, su derogación posible en virtud de acuerdo privado. El problema lo plantea la presencia de textos que, reflejando al parecer Derecho clásico, hablan de la *servitus a. t.* Acercándose a explicaciones ya aventuradas en el pasado siglo, Branca estima que la dificultad queda superada considerando que la mencionada servidumbre aparece ya en la época clásica, si bien como peculiaridad provincial. Es sólo más tarde cuando tal servidumbre se generaliza.

CANDIAN, A.: "Religiosità e ateismo dell'educatore".

Vuelve sobre esta verdadera *cuestión de escuelas*, que surgió en Italia con motivo de una sentencia del Tribunal de Ferrara de fecha 31 de agosto del año 1948. Se trataba de un caso de separación de los cónyuges

por culpa del marido, siendo los hijos confiados a la madre en vista de las pésimas condiciones de educador que en el padre concurrían y que hubieran bastado a justificar el fallo, pero, además, éste se basaba en que el padre se presentaba como *ateo perfecto*, mientras que la madre era *religiosísima*. La apreciación por el Tribunal de esta última circunstancia y el alcance dado a la misma han sido el núcleo de la polémica. En ella la posición de Candian es sostener la total irreverencia de la religiosidad o ateísmo del padre que ha de ser designado educador de la prole, ya que el derecho constitucional de profesor cualquier religión lleva consigo, lo que nos parece muy discutible, el de no profesor ninguna, y solamente habrá que impedir cualquier clase de fanatismo, sea éste religioso o ateo.

CARNELUTTI, F.: "Libertà di coscienza nell'affidamento della prole al coniuge separato".

Sobre el tema anterior, Carnelutti afirma su posición en el debate. Prescindiendo de que el ateísmo sea una razón de inferioridad moral, llega a presuponer una igualdad entre el ateo y el que profesa una determinada religión, y aún así quedaría siempre por hacerse la elección del padre, que, en el futuro, será el educador de la prole. Criterio de desecharse es el admitir la preferencia del padre en cuanto que éste es el que ejerce la patria potestad, y lo único cierto es el principio del libre arbitrio judicial, reduciéndose el problema a saber los criterios que guiarán al juez en su elección. Para Carnelutti, el juez decidirá según su propia conciencia y la propia posición ante el problema religioso que actuará de modo implícito en la resolución que dicte.

CARRARO, L.: "Il diritto sui ricordi di famiglia".

Forzando la inexistencia de precepto expreso y alguna decisión jurisprudencial, niega Carraro que tal categoría de cosas pueda considerarse como bienes comunes. Todas las especialidades que respecto a estas cosas puedan señalarse, se explican por no poder hablarse de sucesión en las mismas. Hay que tener presente la conexión del recuerdo de familia con el sujeto interesado, y ésta es la base fundamental de su tesis, conexión que subsiste en todo miembro de la familia, en modo que el derecho al recuerdo se adquiere por el solo hecho de pertenecer al núcleo familiar.

CARRESI, F.: "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giurídico".

El tema tratado es de gran interés práctico y dogmático, y sobre el mismo falta un trabajo amplio y detallado, que, desde luego, implica la entera revisión y análisis de la teoría del negocio jurídico. Tales cargas y

obligaciones vienen clasificadas ateniéndose a los reflejos que su inobservancia produce sobre el negocio jurídico. La base de que parte Carresi, y sobre la que funda su sistema, es que la ley, al disciplinar el esquema abstracto del negocio, se inspira en un triple orden de consideraciones: Cargas impuestas para adecuar y conseguir el intento empírico de las partes a los esquemas negociables reconocidos por el ordenamiento jurídico (comprobar la existencia del sujeto, del objeto, etc., declaración de voluntad integral inteligible, etc); cargas y obligaciones impuestas para adecuar la autorregulación de los intereses empíricos efectivos o presuntos de las partes (todo lo que a buena fe y diligencia de las partes se refiere); cargas y obligaciones impuestas para adecuar la autorregulación de los intereses a las exigencias de protección de terceros (publicidad y notificaciones, buena fe).

CASANOVA, M.: "Imprese ed attività agricole nel sistema del diritto vigente".

En su breve trabajo, nos expone Casanova los caracteres que diferencian, ateniéndose a la vigente reglamentación italiana, las empresas agrícolas desde el punto de vista de la actividad que constituye su objeto, de las empresas comerciales y de aquellas que siendo civiles no son agrícolas. Teniendo en cuenta los trabajos de Bassanelli, especialmente los comentarios al libro V del *Codice civile* del tratado dirigido por Scialoja, se ocupa de los problemas relativos a cultivo de fondo, empresarios y empresas forestales, cría de ganados, actividades conexas a la agrícola y de las actividades dirigidas a la transformación y enajenación de productos agrícolas.

COVIELLO, L. (Jr.): "Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche".

Uno de los trabajos de mayor interés es éste de Coviello. Comienza por precisar el alcance del art. 27 del C. c., que establece: "La extinción es declarada por la autoridad gubernativa a instancia de cualquier interesado o incluso de oficio." En contra de un gran sector de la doctrina, sostiene que tal declaración tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo; ahora bien, ella presupone la anterior causa de extinción que mediante esta declaración de la autoridad llega a ser eficiente, quedando así distinguidas las hipótesis de extinción propia de las de supresión de la persona jurídica. Examina el problema relativo al perdurar de la persona jurídica durante el periodo de la liquidación y, asimismo, trata de fijar el momento en que ésta termina. Su trabajo, realmente muy interesante, termina con unas consideraciones a propósito de la sucesión *teleológica* en los bienes del ente y de las posibles analogías entre ésta y la sucesión *mortis causa*.

DEIANA, G.: "Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore".

Partiendo de la base de que una serie de relaciones de crédito surgen del contrato entre arrendador y arrendatario, analiza el autor, con especial atención, la obligación del arrendador de *far godere* la cosa por parte del arrendatario. Deiana niega, de un lado, que esta obligación sea autónoma respecto de las demás que sobre el arrendador pesan, y, por otra parte, afirma que esta obligación no se identifica con ninguna de las restantes tratándose de una alusión sintética que expresa, genéricamente, todas las obligaciones del arrendador.

La parte más original en este trabajo se refiere al problema de si este conjunto de relaciones de crédito, cuyo origen es el contrato, justifican la licitud de la ingerencia del arrendatario en la cosa arrendada; es decir, plantea la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario. Concluye por afirmar que no existe tal derecho a ingerirse en la cosa; existe, sí, precisamente por el contrato, una falta del deber de no ingerencia. Puestos en camino, podríamos llegar al mismo resultado en todos los casos en que un sujeto ostenta un derecho de goce sobre una cosa que le es ajena.

FERRARA, F.: "La liberazione dell'armatore dai debiti relativi ad un viaggio della nave".

Inicia Ferrara su estudio con el análisis del principio del obrar a riesgo propio y de la posibilidad de limitar los riesgos desenvolviendo la actividad bajo forma de una sociedad persona jurídica. Respecto de la institución del abandono, estudia la reglamentación derogada tratando de valorar críticamente su alcance. Expone las argumentaciones doctrinales del principio de responsabilidad limitada, y en cuanto al sistema instaurado en el nuevo Código llega a la conclusión que constituye un premio a la culpa; implica una responsabilidad para el armador en límites inferiores al mismo capital invertido y existente en la empresa, y resalta el hecho de que es de aplicación frecuente y casi normal, en que no mejora la posición de los acreedores porque terminan por pagar los unos por los otros con posible ventaja para el mismo armador. Hechas unas observaciones preliminares, expone las teorías sobre la naturaleza jurídica de la institución, criticando la que ve en ella una limitación de la responsabilidad. En un intento de reconstrucción, señala como premisa el distinguir entre cumplimiento y ejecución forzosa como momentos a través de los cuales se desenvuelve la relación obligatoria; la entrega liberadora aparece más próxima al primero y resulta oportuno estudiar la institución con referencia al mismo. Señaladas las diferencias con otros supuestos, llega a la conclusión de que se trata de una paga para saldo y ajuste de las deudas relativas a un viaje, con el normal sacrificio, total o parcial, de algún acreedor.

FERRI, L.: "Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare".

El autor supone la necesidad de distinguir y de analizar la diversidad de efectos y de estructura de la inscripción según los casos, para después fijar las notas comunes a toda inscripción. Para Ferrara, la inscripción en sí no es acto jurídico; las normas que la regulan son de orden público; precisa su inderogabilidad y señala el alcance de las sanciones en caso de omitir la inscripción; trata de ésta como forma de notificación pública necesaria y da solución negativa al problema de si la inscripción vale como presunción de conocimiento, y su falta como presunción de ignorancia.

En una segunda parte de su estudio se ocupa de cuál sea el objeto de la inscripción, distinguiendo entre objeto de la inscripción y título para la misma. Fijados los principios comunes a toda inscripción y destacado el carácter personal del sistema italiano de publicidad inmobiliaria, afirma que el efecto de la inscripción varía según su objeto y no según la estructura del título en base al cual se inscribe. Establece una clasificación en dos categorías: en la primera incluye las inscripciones de las enajenaciones en sentido amplio y de las adquisiciones *mortis causa*, y en la segunda las inscripciones de los vínculos de indisponibilidad, precisando los efectos constitutivos de éstas. Termina su trabajo tratando de la publicidad en algunas figuras especiales de inscripción.

FUNAIOLI, C. A.: "La cosiddetta proprietà relativa".

En el caso de doble venta de un inmueble se pregunta Funaioli si es posible que la adquisición no inscrita del primer adquirente tenga eficacia absoluta, *erga omnes*, o meramente relativa desde el momento en que puede caer de frente a una sucesiva adquisición inscrita. Contrariamente a toda posible explicación normal que del hecho pueda darse, Funaioli afirma que ya antes de la inscripción todos los adquirentes son propietarios, y sólo queda por discutir la eficacia de cada adquisición frente a las demás.

FUNAIOLI, C. A.: "La cosiddetta proprietà relativa".

El artículo 30 de la Constitución italiana establece que "Es derecho y deber de los padres mantener, educar e instruir a los hijos, incluso si nacidos fuera de matrimonio." Este precepto y otros contenidos en el mismo texto implican una serie de innovaciones respecto del actual régimen legal de la familia en Italia, y Funaioli nos da cuenta de alguna de éstas, como la inclusión en la letra del precepto de los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturaleza, pero no agota las posibilidades del tema.

GIOGIANNI, M.: "Sulla forma del mandato senza rappresentenza".

Su estudio es una crítica de la solución dada por la jurisprudencia al problema de la forma del mandato sin representación en el sentido de exigir para éste la misma forma, *ad substantiam* o *ad probationem*, que la ley requiera, *ad substantiam* o *ad probationem*, para el negocio que el mandatario celebrara por cuenta del mandante. Esta solución, excesivamente formalista, no encuentra, según Giorgianni, adecuada justificación y es fruto de un equívoco consistente en aplicar normas de la procura al negocio jurídico distinto, denominado mandato.

GORLA, G.: "Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze".

Pone de manifiesto, hábilmente, frente a la tesis sostenida por la generalidad de los autores, que el artículo 1.223 del Código civil, cuyo texto se refiere a la *causalidad inmediata y directa*, no es el principio general de la causalidad jurídica. En sus notas intenta trazar el proceso mental que se sigue en toda construcción y determinación del hecho dañoso y de las consecuencias jurídicamente relevantes.

LUZZATTO, G. I.: "Rilievi critici in tema di organizzazioni precive".

Insiste en un tema ya estudiado por él anteriormente (*Le organizz. precive e lo stato*, Publ. Univ. Módena, 1948). En el presente trabajo contesta a algunas objeciones suscitadas por su primer estudio, en el cual combatía las teorías de Bonfante en cuanto al carácter de la familia romana primitiva. Luzzatto, que rechaza que ésta sea un organismo político y niega su prioridad histórica con respecto al Estado, se defiende aquí especialmente de las críticas adversas de Grossi y de Guarino, ambos partidarios aún de la interpretación política. Contra Grossi—muy vinculado al pensamiento de Santi Romano en lo que se refiere al concepto de institución y a la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos—Luzzatto alega que no es suficiente la afirmación del carácter institucional de los grupos familiar y gentilicio para deducir la presencia de organismos soberanos. Igualmente, la existencia de varios ordenamientos no inclina, mientras no se exprese la naturaleza de las relaciones entre ellos, a la admisión de la teoría política. Rechaza también Luzzatto la tesis de Guarino, según la cual el *Estado-estirpe*, que precede en el mundo occidental al *Estado-ciudad*, más que un grupo de carácter unitario es una organización internacional en la que el vínculo que une las organizaciones menores entre sí y con el ente político más amplio tiene un carácter federativo. Para Luzzatto, el primitivo *Estado-estirpe*, como más tarde el *Estado-ciudad*, agrupa dentro de sí las organizaciones familiares y gentilicias y es él únicamente el que se presenta como organismo político soberano.

MAROI, F.: "Contributi della sociologia giuridica allo studio della personalità umana".

Como una especie de continuación de su anterior ensayo *Diritto e sociología*, pretende Maroi dar una idea de la supervivencia del Derecho más remoto en la conciencia popular. La investigación en este sentido, según Maroi, aparece como una de las nuevas tareas de la moderna sociología jurídica que se anuncia como prometedora de fecundos resultados.

MENGONI, L.: "La posizione giuridica del legittimario preterito".

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos en esta materia por su maestro Cicu, especialmente de la distinción que establece entre *cuota de reserva* y *cuota legítima*, Maroi se pronuncia en el debatido problema de la posición jurídica del heredero forzoso.

MESSINEO, F.: "Sulla natura dell'acquisto di bene mobile ex art. 1.155 Codice civile".

En el art. 1.155 del Codice civil se establece que si alguno con sucesivos contratos enajena a varias personas un bien mueble, aquella que adquirió la posesión de buena fe es preferida a las otras, incluso si su título es de fecha posterior. Respecto a la posición sistemática del precepto, Messineo con anterioridad había ya sostenido que este artículo se conecta y refiere a los efectos reales del contrato, constituyendo uno de los límites al alcance del artículo 1.376 del mismo cuerpo legal. En su actual trabajo hace la crítica de la opinión tradicional, mantenida recientemente por su discípulo Mengoni, que ve en el artículo 1.155 del Codice civil un corolario de la máxima *en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título*.

MILANI, F.: "Estinzione per confusione della servitù prediale".

Se ocupa el autor, más que de fijar los hechos que dan lugar a la confusión, de la naturaleza jurídica de la confusión de la servidumbre predial frente a la que tiene lugar en hipótesis diversas y de las excepciones en aquellos casos en que la servidumbre subsiste, incluso si los fondos llegan a ser propiedad de un solo sujeto.

MOSSA, L.: "Società semplice e società commerciale".

Hay que tener en cuenta que la sociedad simple en el Derecho italiano se distingue, más o menos, de la comercial, habiéndose procedido a una forzosa unificación de las sociedades civiles y mercantiles. En ordenamientos distintos, permaneciendo la disciplina firme y visible, no

es la sociedad simple la que se distingue de la mercantil, sino la denominada sociedad civil. Mossa plantea los criterios diferenciales, el alcance de la distinción y la trascendencia de la actual reglamentación italiana.

NARDI, E.: "L'inquadramento civilitico dell'assegnazione in uso di autoveicoli".

Una de entre las múltiples disposiciones que en Italia durante la postguerra regularon los transportes, dió lugar a esta figura de la asignación en uso de vehículos, de cuyo encuadramiento dentro del sistema del Derecho civil trata Nardi. Para el autor, una vez criticada la escasa bibliografía, esta especie nueva consiste en una venta con pacto de rescate a favor de tercero.

NICOLO, R.: "Collazione di lucri derivanti da società tra defunto ed erede".

Objeto de atención son los problemas derivados del artículo 743 del Codice civil, que para el caso de sociedad entre el *de cuius* y el heredero, dispone que no se colacionará aquello que se ha conseguido por efecto de la sociedad contraída sin fraude, si las condiciones han sido reguladas con acto de fecha cierta. El espíritu de la norma aparece bien claro, pero su alcance en este querer evitar liberalidades indirectas no es fácil de precisar. Según Nicolo, en síntesis, si la relación social está documentada en escritura de fecha cierta, el descendiente no debe conferir nada, salvo demostración de alguna liberalidad anterior o posterior a la relación social; si no se da tal requisito, el descendiente debe de conferir, pudiendo, sin embargo, demostrar que la sociedad fué contraída sin fraude, o sea que no implicaba liberalidad.

FRANCESCHELLI, R.: "I privilegi di stampa e il diritto degli autori e degli inventori".

El autor nos dice algo respecto de la protección del derecho de autor, típica de los primeros tiempos de la imprenta, como privilegio; de su naturaleza y sucesiva evolución de los derechos de autor e inventor.

SANTORO-PASSARELLI, F.: "Stato e sindacato".

Se refiere el autor a la naturaleza, justificación, actividad del sindicato, importancia y posición actual dentro del ordenamiento jurídico italiano, especialmente, en cuanto a los textos constitucionales, dándonos idea de las posibilidades que a los mismos esperan en un tiempo futuro.

OPPO, G.: "Titolo incompleto e titolo in bianco".

Tomando como base para el análisis la letra de cambio, niega la identidad entre el título en blanco y el título incompleto al fin de una fundamental simplificación. Para Oppo, no sólo no son iguales, sino que se contraponen, ya en cuanto a sus relaciones inmediatas, ya en cuanto a las relaciones con el tercero adquirente del título de crédito.

PERGOLESI, F.: "Alcuni problemi giuridici nella letteratura narrativa e teatrale".

En modo ameno y sin ningún sistema, recoge la visión de una infinitud de problemas de Derecho público y privado, tal como se deducen de la literatura narrativa y de una serie de piezas teatrales.

PROVINCIALI, R.: "Stato di insolvenza".

El primer problema planteado es el de si la insolvencia considerada como base objetiva de los procedimientos de concurso es la misma que considera la ley a propósito de otras instituciones particulares del derecho sustantivo. Provinciali distingue, nos parece que artificiosamente, entre *insolvenza*, comportamiento omisivo de aquel que no paga, e *insolvilità*, referida a aquel que no paga porque no puede pagar. Por separado pone de relieve los caracteres diferenciales de la insolvencia, según aparecen en las disposiciones del Código civil y en las normas reguladoras del concurso. El autor clasifica la insolvencia en objetiva y subjetiva; la primera la concibe como una especie de marasmo patrimonial, cuyas causas son económico-financieras, mientras que la segunda implica negar el pago, incumplir ilegítimamente la obligación. La objetiva puede ser actual (insolvencia en sentido estricto, indisponibilidad de líquido) o potencial; su subjetiva puede ser culposa o dolosa (civil y penal). Provinciali llega a concebir el estado de insolvencia, un ilícito que se une al incumplimiento, pero sin sustituirle, como una condición negativa del patrimonio, derivante de la imposibilidad objetiva o de la voluntad del sujeto de satisfacer sus obligaciones regularmente; esto es, no sólo al vencimiento, sino con medios normales de cumplir la prestación.

PUGLIATTI, S.: "Il rapporto giuridico unisoggettivo".

Quizá sea ésta una de las más valiosas aportaciones entre las publicadas, tanto por el tema tratado como por las consecuencias logradas y las deducciones de carácter metodológico a que da lugar. El punto concreto que trata Pugliatti de esclarecer es la posibilidad de la subsistencia, y tanto más de la constitución de una relación jurídica con un solo sujeto,

llegando a negar al principio de la incompatibilidad de las cualidades de acreedor y deudor valor absoluto cuando las mismas coinciden en el mismo sujeto. Es decir, negar que tal incompatibilidad, en lo conceptual, pueda traducirse en incompatibilidad práctica. Todo ello como derivación de un principio general en vista del cual el técnico debe considerar las máximas y principios generales en modo relativo y tendencial, no como absolutos. Son, asimismo, de interés las afirmaciones hechas sobre la naturaleza y función de la relación obligatoria, apartándose en ellas de toda tesis tradicional.

REIDENTI, E.: "La causa del contratto secondo il nostro codice".

Siguiendo un método lógico, podríamos decir en sentido invertido, Redenti parte de la noción de contrato para precisar uno de sus elementos: la causa. Según el autor, dentro del mismo Codice civile podemos descubrir esta especie de ecuación: contenido del contrato o de la ley pactada que de él resulta, siguiendo la terminología de Redenti, es igual a determinación del objeto más determinación de la causa; por tanto, esta última figura como un elemento del contenido. Naturalmente, el contrato sirve a la satisfacción de determinadas necesidades-intereses de las partes; ahora bien; la necesidad o interés, tal como es sentida por cada una de las partes puede no ser satisfecha totalmente por el contrato, ya que una parte de ese interés puede no depender de la colaboración de la otra parte, estando por encima y más allá de ésta. Por tanto, cuando en el artículo 1.322 del Codice civil se habla de intereses merecedores de tutela, se alude a los intereses de las partes en cuanto y por quanto su realización dependa de la colaboración respectiva y concurso de ambas; objeto del contrato. De este modo se circunscribe como elemento necesario de aquélla. La noción de causa abraza la idea fundamental de interés, necesidad de las partes configurada en el contrato, en cuanto pueda encontrar satisfacción en el resultado conjunto de las prestaciones objeto del mismo determinado en función de aquel propósito o intento. La figura denominada causa es siempre una cosa pensada, y, como tal, puede ser considerada desde puntos de vista distintos, pero ella será siempre la misma.

RICCA-BARBERIS, M.: "Collocazioni della garanzia dall'evizione".

Manifiéstase contrario Ricca-Barberis a la tendencia de un sector de la doctrina que pretende colocar la garantía por evicción fuera de la regulación de la compraventa, en una parte general de los contratos o, precisamente, en la parte general del Código.

ROTONDI, M.: "Il valore giuridico del principio della libera concorrenza e l'oggetto della c. d. azione di concorrenza sleale".

El problema de la concurrencia y su alcance es tema fundamental en una sistematización científica del Derecho industrial. Rotondi señala claramente los límites naturales y jurídicos de la concurrencia y el valor jurídico de la libertad en la concurrencia. Dadas las especiales características de la empresa y de los elementos que la integran, tienen interés las consideraciones que hace Rotondi a propósito de la concurrencia desleal. La protección contra la misma aparece como una ulterior y más externa red protectora que se extiende a toda la organización de la empresa, protegiéndola en aquellos extremos que los otros específicos medios no alcanzan. Sobre esta base analiza aquello en que consiste el objeto de la acción de concurrencia desleal.

SALANDRA, V.: "Il contratto plurilaterale e la società di due soci".

El hecho de que pueda darse una sociedad entre dos socios lleva a Salandra a una revisión del contrato plurilateral en el que ve el formarse de una organización, más o menos desenvuelta y con o sin personalidad para conseguir un fin común. Rechaza, sin embargo, la denominación de contratos de organización, que podría dar lugar a confusión con contratos bilaterales, como el mandato y el contrato de trabajo. Pretende demostrar, no obstante los resultados de la doctrina más moderna, la no esencialidad de los siguientes elementos: Pluralidad de las partes; formación gradual; necesidad de que el dolo, para ser relevante a fin de impugnar el contrato, alcance a todas las partes; la eventual permanencia del vínculo contractual en las hipótesis de nulidad, anulabilidad, incumplimiento e imposibilidad de la prestación que se refieran a una sola de las partes.

SALIS, L.: "Problemi in tema di rescissione".

Una de las más importantes novedades introducidas por el nuevo Código italiano, se refiere a la rescisión por lesión, que hoy día es admitida como remedio de carácter general. El autor trata de la novedad de ésta acción que no supone el extender una anterior institución y señala que el fin de la misma ha sido el proveer a los contratos usurarios. Salis no trata de la naturaleza de esta acción y se centra en el análisis de los casos en que ésta resulta aplicable.

El tema tratado lleva a Salis al análisis del concepto del derecho de propiedad, sobre el que hace interesantes y justas apreciaciones, principalmente en cuanto al fenómeno denominado *elasticidad*. Son, del mismo modo, interesantes las consecuencias que para la teoría general de los derechos reales limitados, y en especial para el usufructo, se derivan de su estudio. Tratados estos problemas, naturaleza del derecho de propie-

dad, de los derechos reales limitativos de la misma, esencia y trascendencia de su constitución, afirma Salis que en la hipótesis de donación con reserva de usufructo existe una verdadera transmisión jurídica de la facultad de goce. Para el autor, en la transmisión de la propiedad con reserva del usufructo ocurre lo mismo que en el inverso y normal caso de constitución de usufructo; es decir, la creación de un nuevo derecho, el usufructo, mediante determinación de una substancia en sí, antes del todo indefinida.

STOLFI, G.: "Note sul concetto di successione".

La doctrina dominante hace de la sucesión un concepto general y aplicable en todo caso que un sujeto toma la posición de otro en una relación jurídica que en sí permanece inmutable. La finalidad del trabajo de Stolfi es el oponerse a esta generalización, haciendo dentro del concepto de sucesión las que él cree oportunas distinciones. Se ocupa en demostrar que, técnicamente, sucesor es tan sólo heredero.

VASSALLI, F.: "Estrastatualità del diritto civile".

El autor nos pone de relieve, en sus notas, el estado de iimitación actual en que se encuentra la soberanía estatal, elemento cuya titularidad, hace años, parecía fijada definitivamente en el Estado. Señala, a grandes rasgos, la evolución seguida por la íntima esencia y naturaleza del Derecho civil hasta llegar el momento en que el Estado se adueña, mediante las codificaciónes oficiales, de la disciplina de las relaciones de Derecho civil con la inmediata consecuencia de una constante atenuación de la libertad individual. El fenómeno y su descripción no son nuevos; una ruptura de aquella comunidad de ideas, espíritu y costumbres que encontró expresión en el Derecho común, con perjuicio para la estabilidad de las relaciones sociales, habiendo llegado a ser el Derecho instrumento de una clase dominante. Ahora bien, toda esta invasión se ha realizado en nombre de una soberanía estatal, y Vasalli se pregunta si continuará siendo legítima vistas las condiciones a las que se ve reducida en la actualidad tal soberanía del Estado, concluyendo con un llamamiento a los estudiosos del Derecho para que contribuyan a superar el dogma estatal y así lograr la independencia del Derecho civil. En un campo más técnico, proponga el acercamiento, no sólo del Derecho civil en los países continentales, sino también respecto de los países anglosajones a través de una afirmación más general de los principios y procedimientos por los cuales el Derecho civil fué considerado como razón escrita.

ZANZUCCHI, M. T.: "La libertà di associazione secondo la nuova costituzione".

Una de las novedades de la constitución italiana consiste en disciplinar el derecho de asociación, incluyendo en ella los partidos políticos que, como es sabido, asumen una función estatal. Zanzucchi, muy acertadamente, trata del alcance y significado que, en teoría, debe tener el partido político.

ARANGIO-RUIZ, V.: "Note brevi sulla struttura dei diritti reali frazionarii".

Reacciona contra algunas de las conclusiones a que llega el romanista alemán Von Luebtow en un reciente trabajo. Este autor, partiendo de un caso de donación con reserva de usufructo, expone su creencia en la posibilidad dogmática de un derecho faccionario sobre cosa propia e intenta demostrar cómo ni siquiera para los romanos la estructura de los negocios jurídicos formales y la conocida *regla nemini res sua servit* impedían una transmisión de la propiedad con reserva de usufructo. Arangio-Ruiz rechaza, para el Derecho romano, aquella construcción dogmática y no aprueba la exégesis de los textos realizada por Von Luebtow.

BRASIELLO, U.: "Anticresi con patto di compensazione ed estinzione anticipata".

La anticresis en el nuevo Código italiano ha sido regulada de modo diverso, y su regulación se dirige a la protección del deudor en modo que no resulte fácil su utilización con fines usurarios, la cual venía siendo favorecida con el pacto de compensación de frutos por intereses. En su breve trabajo, Brasiello pone de manifiesto la especial naturaleza de este pacto, mantenido por la legislación actual, teniendo en cuenta la reserva de la posibilidad de extinción en cualquier momento por parte del deudor.

CARNACINI, T.: "Le innovazioni concernenti el processo esecutivo".

Como indica la rúbrica, Carnacini da cuenta de las principales innovaciones y cambios que al procedimiento ejecutivo afectan. Entre ellas destacan las observaciones hechas a propósito de la pequeña expropiación de bienes muebles, ampliamente tratada por el autor en cuanto a su origen y peculiaridades.

ESPOSITO, C.: "Famiglia e figli nella costituzione italiana".

El artículo 29 de la Constitución italiana, estableciendo que la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio, suscitó un cúmulo de críticas sobre cada uno de sus

términos. Esposito, valiéndose en parte de conclusiones logradas por Ciccó, establece su significado y alcance. El precepto constitucional reconoce la existencia en la misma de vínculos naturales; es decir, espontáneo, afectivos y de sangre. Por otra parte, al suponer la familia fundada sobre el matrimonio, reconoce la preferencia de la familia legítima.

La segunda declaración contenida en el art. 29 del mismo texto, que prescribe que el matrimonio está ordenado sobre la igualdad de los cónyuges con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar, implica que en lo sucesivo no podrá imponerse condición de supremacía a uno de los cónyuges no estando encaminada a este único y específico fin de mantener la unidad familiar.

Respecto del art. 30, sancionador del derecho y de la obligación que tienen los padres de mantener, educar e instruir a los hijos, incluso, si nacidos fuera de matrimonio, Esposito analiza alguna de las graves consecuencias que implica en orden a la investigación de la paternidad y reconocimiento de los hijos ilegítimos. Dado que este artículo establece el principio de que la ley asegura a los hijos nacidos fuera de matrimonio toda protección jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima, el autor supone que los derechos de tales hijos ilegítimos no podrán mermarse en vista de los que se concedan a los legítimos más que en el caso que ello implique protección del núcleo familiar legítimo como tal.

GRASSETTI, C.: "Il matrimonio fiduciario".

La doctrina ha venido ocupándose de la teoría fiduciaria en el campo de los derechos patrimoniales descuidando su aplicación y desarrollo en el propio de los derechos personales. Grassetti comienza su trabajo con la exposición de una serie de ejemplos de matrimonios contraídos no para la constitución de una familia, sino para alcanzar alguna finalidad accesoria conexa al estado matrimonial (cambio de nacionalidad, eludir la aplicación de ciertas normas, etc.). Todos estos casos plantean, en primer lugar, la cuestión de saber si es posible la simulación en el matrimonio, problema que la doctrina, al menos en cuanto al matrimonio civil, suele resolver afirmativamente. Para Grassetti, no se trata de simulación, ya que los contrayentes quieren efectivamente celebrar el matrimonio, aunque esto sea como medio para un fin que de otra manera se presenta como irrealizable, e incluso como medio de carácter temporal, pero esto no impide que mientras el estado matrimonial dura éste es querido por las partes. La tipificación que de estas hipótesis de matrimonios hace Grassetti encaja dentro del negocio fiduciario y no en la simulación absoluta; en efecto, cada cónyuge confía en el leal comportamiento del otro, se da ese elemento de confianza, se espera que el otro cónyuge use del amplio poder que el estado matrimonial confiere sólo para alcanzar el fin propuesto.

BETTI, E.: "Problemi proposti dallo sviluppo del capitalismo e della tecnica di guerra".

Ante el hecho consumado de un desenvolvimiento capitalista en los tiempos modernos, Betti clama en nombre de exigencias socializadoras y de supresión del mismo espíritu capitalista, poniendo de relieve la degradación que implica para la misma personalidad humana y el cúmulo de peligros en él encerrados. En un segundo apartado, trata del predominio de la técnica y de la pretendida universalidad como incentivos a la extensión y al abuso de los medios y modos de la violencia técnica. Finalmente, pone de manifiesto la exigencia de proporcionar los medios al fin en orden al actual espíritu de superación por la fuerza en el campo de las relaciones internacionales.

SATTA, S.: "Svolgimenti critici su una dottrina dell'esecuzione forzata".

El autor pretende precisar su anterior y conocida obra *L'esecuzione forzata*, en la que sometía a entera revisión la teoría de la ejecución forzosa, puntualizando con acierto lo referente a ejecución forzosa en forma específica. Allorio, posteriormente, replicó a algunos de sus argumentos, y, como consecuencia de esta réplica, Satta reajusta sus posiciones y afina resultados.

TRABUCCHI, A.: "Uxor facit domicilium".

El hecho de que toda persona tenga un domicilio y sólo un domicilio, no quita la posibilidad de considerar en algunos casos relevante el domicilio real del matrimonio o domicilio conyugal. Trabucchi pone de manifiesto, dentro del ordenamiento jurídico italiano, las consecuencias prácticas que se derivan del reconocimiento de este domicilio conyugal por la ley, sean consecuencias estrictamente civiles o de orden penal.

VOLTERRA, E.: "Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana".

Estudia las repercusiones que en el orden familiar produce la concesión de la ciudadanía romana. Después de examinar las múltiples opiniones que se han emitido en relación con el matrimonio de los militares, trata de encontrar, a través de un meticoloso examen de las fuentes, la solución al problema de la condición jurídica de los hijos de aquellos a quien se ha concedido la ciudadanía y el *conubium*. Reconociendo Volterra que no es posible dar una solución unitaria, imposibilidad que también afecta al matrimonio de los soldados, hace una cuidadosa discriminación de los supuestos. Por lo que afecta a la época republicana, parece observarse una tendencia general a conceder únicamente la ciudadanía a los hombres, con exclusión de sus familias. A partir de la época de Augusto se observa, en cambio, que las autoridades se preocupan de la condición

de la mujer y de los hijos. En principio, la concesión de la ciudadanía a los padres no se extiende a los hijos concebidos o nacidos antes de tal concesión. Por otra parte, en el caso de que se conceda expresamente tal extensión ello no implica la sumisión de esos hijos a la *patria potestas* del padre. Para que queden sometidos a ella es precisión que se conceda también expresamente. En cambio, los hijos concebidos con posterioridad a la concesión de la ciudadanía a los padres son sin más ciudadanos e hijos legítimos según el Derecho romano.

BASSANELLI, E.: "La legge di circolazione delle pertinenza".

El interesante tema de las pertinencias está tratado con acierto por Bassanelli en cuanto a alguno de los numerosos problemas que plantea. El autor afirma la distinción, negada por un sector de doctrina, entre *azienda* y conjunto de pertinencias; precisa el punto fundamental de la naturaleza y alcance de la relación de herencia y conexión de la cosa principal y la pertinencia; consecuencias en el orden civil y, especialmente, en el hipotecario; finalmente, da solución a las hipótesis de conflicto entre los derechos a favor de tercero sobre la cosa secundaria y los adquiridos sobre el mismo bien después que ha quedado constituida la relación de pertinencia y en razón de ésta.

Javier ALONSO MARTÍN

Doctor por Bolonia

Prof. Adjunto de Derecho civil.

VAZQUEZ RICART, José: "El profesionalismo en el fútbol (Los jugadores y la Ley)". Prólogo de D. Antonio Hernández Gil. Madrid, 1951; 55 págs.

Se trata de investigar si los jugadores de balompié, los futbolistas, pueden tener y tienen en nuestro actual ordenamiento jurídico la consideración de trabajadores, empleados o asalariados, con las consecuencias inherentes a la relación jurídica derivadas del contrato de trabajo o, al menos, les son aplicables las normas reguladoras del mandato o del arrendamiento de servicios o de obra. El estudio toma como punto de partida el modelo de contrato oficial para el fichaje de un jugador, modelo redactado e impuesto por la Real Federación Española de Fútbol.

El autor distingue entre el jugador aficionado y el jugador profesional, y afirma que el fútbol practicado por equipo de profesionales no es un deporte, sino un trabajo. Y dado que el trabajo del jugador profesional se realiza normalmente por cuenta ajena, se propone averiguar si la prestación del mismo cae dentro del ámbito del arrendamiento de servicios, del mandato, de la representación o del contrato de trabajo. Sucesivamente va eliminando la aplicabilidad de estas figuras jurídicas para llegar a la conclusión de que la relación que liga al futbolista profesional

con su club ha de calificarse como contrato de trabajo. Se fija especialmente en que concurre la característica esencial tipificadora de este contrato, o sea, la dependencia del trabajador (jugador) al patrono (club). Si en el sentido económico no le ofrece duda la existencia de dependencia del futbolista al club, en sentido técnico le parece todavía más evidente; porque si la idea de dependencia en tal sentido equivale a estar bajo la dirección de otra persona y obedecer sus órdenes, es indiscutible—dice—que el futbolista profesional está obligado, según la cláusula 1.^a del modelo de contrato oficial, “a cumplir cuantas instrucciones le comunique el club, sus directivos, el entrenador o persona delegada de aquél”. Subordinación que resulta aún más en las técnicas empleadas modernamente en los partidos, donde el futbolista no disfruta de autonomía para el logro del fin propuesto, sino que debe sujetarse a las instrucciones recibidas al respecto. particularidad que aleja por completo a su relación jurídica con el club de la naturaleza de arrendamiento de servicios u obra, reforzando la nota distintiva del contrato de trabajo, máxime cuando también los entrenamientos han de hacerse bajo la dirección y vigilancia de los clubs o de sus representantes. Se apoya también, para mantener el carácter laboral del contrato del futbolista, en la Circular núm. 50 de la Inspección de Trabajo, fechada en 30 de mayo de 1942, que incluye a los futbolistas profesionales en el Régimen de Seguros Sociales, estimándoles trabajadores a estos efectos.

Es interesante la cuestión planteada por Vázquez Richart. Mas no creemos indiscutibles todos los argumentos que emplea para afirmar la identificación de la figura jurídica que estudia con un caso de contrato de trabajo. Por lo pronto, en el mismo artículo 1.^º de la vigente Ley de Contrato de Trabajo, texto de 26 de enero de 1944, encontramos un obstáculo. Dice este precepto: “Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquel por virtud del cual una o varias personas participen en la producción...” ¿En qué medida, *con qué carácter participa en la producción el futbolista profesional?* Reconocemos que ese concepto de “producción” es bastante impreciso; mas no se nos alcanza el lugar que como “productor” corresponde al futbolista profesional. Aparte de este obstáculo, hay también argumentos para poder afirmar que el contrato de los futbolistas con los clubs, por las mismas especiales características que resultan del modelo oficial y de la realidad social, acotada jurídicamente por estos contratos, no pueden encuadrarse dentro del marco legal del contrato de trabajo. (V. las consideraciones que a este respecto expone Majada, *Naturaleza jurídica del contrato deportivo*, Barcelona, 1948, pág. 55 y ss). Tampoco puede estimarse decisivo el sometimiento de los jugadores de fútbol a las normas de Previsión Social: la propia Circular citada por Vázquez Richart considera a los futbolistas profesionales como trabajadores “a los efectos” del Régimen de Seguros Sociales, es decir, se trata de una ficción legal, cuyo fin es sólo extender el ámbito tutitivo de la previsión, pero que no justifica una transformación en la verdadera naturaleza jurídica del contrato examinado.

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "La legislación civil de los menores y su reforma". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Argentina), 27, 1951; págs. 1455-1473.

Estudia la legislación actual y su fundamentación y resume su punto de vista al afirmar que debe de irse hacia una progresiva capacitación del menor a medida que va aproximándose a la mayoría de edad. Hasta los siete años el individuo debe conceptuarse carente de toda capacidad para obrar por sí mismo; desde esta edad hasta los dieciocho, puede ser admitido al goce de cierta capacidad de hecho. Llegado a los dieciocho años seguirá siendo un incapaz para la generalidad de los actos, pero las excepciones ya serán más numerosas, siendo lo característico la disminución del control paterno. De este modo se lograría que el período de completa capacidad fuera precedido por un verdadero noviciado de la vida, en el que la progresiva experiencia y el incremento de las aptitudes intelectuales del sujeto se reflejasen en la posibilidad de ejercitarse ciertos derechos que contribuiría a la mejor formación de la personalidad del hombre.

ZORRAQUIN BECU, Ricardo: "Un proyecto desconocido de Código Civil". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Argentina). 28, 1952; págs. 35-61.

Se ocupa del que redactó en 1858 el Doctor Marcelino Ugarte, por encargo del Estado de Buenos Aires, con el objeto de reemplazar por un Código moderno las Leyes españolas que continuaban en vigor; este proyecto, que consta del Libro I y de sus correspondientes fundamentos, ha permanecido inédito e ignorado hasta la fecha. Analiza, a continuación, el contenido del mismo, concluyendo que era de una tendencia moderada y conservadora, como se ponía de manifiesto en la forma en que procuraba mantener inquebrantablemente los vínculos familiares y conyugales.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: "El concepto de "interrupción legal de posesión" del artículo 451 del Código civil, a los efectos de la percepción de frutos". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, C, 2; págs. 169-196.

El problema de la regulación de los derechos del propietario y poseedor sobre los frutos de la cosa controvertida están regulados en el Código civil. Pero el artículo 451 plantea la cuestión de conocer en qué momento se entiende efectiva la interrupción de la posesión y si la interrupción de la buena fe lleva consigo las mismas consecuencias. Después de la doctrina de los comentaristas de nuestras leyes procesales, de la sistematización de la Jurisprudencia y su crítica por los modernos procesalistas, el autor recurre a la doctrina civil para resolver en el sentido de que es el acto de conciliación el que marca el paso de la buena a la mala fe y, por tanto, la interrupción legal de la posesión, salvo en los casos en que no se requiere conciliación o no se haya celebrado en los que el momento de cesación lo marcará subsidiariamente la citación judicial hecha al poseedor.

GUERRA, Fidencio: "El caso de los "Tidelands". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, IV, 12; págs. 9-24.

Estudios sobre la contienda sostenida entre el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América y sus Estados costeros sobre el derecho de propiedad de las tierras sumergidos en las costas y del petróleo y demás productos de las mismas. Después de aclarar el estado actual de la legislación minera de los Estados Unidos, observa que el Gobierno Federal se va apartando cada vez más de los conceptos sagrados de la Constitución, lo que se traduce en una apropiación sin compensación de propiedades ajenas.

JIMENEZ DE ASUA, Luis: "Las defensas mecánicas predispuestas". Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales, Sucre, mayo 1950; páginas 243-254.

Estudio sobre la licitud del empleo de los llamados "offendicula" o procedimientos para la defensa de la propiedad privada y de artefactos mortíferos con la misma finalidad. Se examina la jurisprudencia italiana, francesa, argentina y española y se busca la solución admitiendo los meros obstáculos en todo momento y condicionando los artefactos que actúan con violencia inmediata a las condiciones de la legítima defensa.

MENDILAHARZU, Eduardo F.: "La protección del título de las obras intelectuales". La Ley, 18 abril 1952; págs. 1-3.

La actividad radioteatral, al no concretarse en un "corpus mechanismum" que la haga apta para ser publicada no configura una obra intelectual y carece, por tanto, del amparo concedido por el derecho de autor. No podía, por tanto, inscribirse en el Registro, que no inscribe títulos, sino obras. Los títulos de las obras se anotan solamente como elementos de referencia e individualización.

RIOS MOSQUERA, Antonio: "De la fiducia a la hipoteca mobiliaria". Información Jurídica, núm. 108; págs. 467-510.

Comienza con el estudio histórico de las garantías de pago de obligaciones, con las variantes que ofrece su naturaleza mueble o inmueble y el desplazamiento o no de la posesión en el Derecho en general y en el español. Expone el Derecho comparado sobre la materia, los precedentes de la Ley de 1941 y los problemas que la Ley plantea, sobre todo en cuanto se refiere al Registro de cosas muebles y derechos reales sobre ellas. Concluye considerando superflua la clasificación actual de los bienes. Debe hacerse en cosas registrables y no registrables o en inmuebles, muebles hipotecables y muebles pignorables.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

ALONSO FERNANDEZ, José: "El débito y la responsabilidad". Información jurídica, 107, 1952; págs. 341-366.

La doctrina moderna ha planteado el problema de distinguir en la relación obligatoria dos elementos que se encontraban confundidos: El social, del estrictamente jurídico, el elemento espontáneo del elemento coactivo, el psíquico o ideal del material o positivo. Estudia las fuentes de la teoría, la doctrina alemana sobre la distinción, para seguir estudiando la distinción del débito y la responsabilidad en el Derecho Romano, la influencia de la recepción, el débito y la responsabilidad en los Fueros municipales españoles, para dentro del Derecho actual concluir que aun cuando la distinción entre el débito y la responsabilidad juega constantemente dentro de sus formulaciones, a pesar de no serlo de modo explícito. Su distinción se impone en la misma aceptación de vínculo, que es básica en el concepto de la obligación. Examina seguidamente distintas relaciones jurídicas características de la repetida distinción, y así se ocupa de las obligaciones naturales, obligaciones solidarias, por lo que

hace al Derecho de obligaciones y en el sucesorio, del beneficio de inventario y de la adjudicación en pago de deudas.

Cree ver también tal distinción en las figuras de la hipoteca con responsabilidad limitada, hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas y en la compra de finca hipotecada.

CIPRIAN DE LA RIVA, Ramón: “¿Es preciso esperar a que transcurra el plazo del requerimiento del artículo 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para poder interponer la acción negativa de prórroga del contrato de arrendamiento? ¿Cabe que la acción sea meramente declarativa del derecho de necesidad en el propietario y luego que transcurra el término del requerimiento se pida la ejecución de la sentencia?” Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 194, 1952; páginas 3-8.

Si bien el silencio del texto legal abre paso a la duda sobre el momento en que el arrendador puede poner en movimiento su acción negativa de la prórroga del inquilinato, y que la posibilidad de su ejercicio antes de que transcurra el plazo de preaviso viene apoyada en la llamada condena de futuro, resulta, sin embargo, notorio y evidente que la demanda no podrá ser interpuesta hasta que transcurra dicho plazo, por exigirlo así la finalidad y efectos de la notificación y el espíritu que informa la Ley de Arrendamientos; doctrina que tradicionalmente ha venido teniendo más fuerza y se encuentra amparada por la Jurisprudencia.

GALLARDO RUEDA, Arturo: “El problema de la vivienda y sus soluciones jurídicas en América”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 195, 1952; págs. 6-8.

Es general el problema de la vivienda, y en todos los países se ha tratado de buscarle una solución de una u otra forma. En la América española las soluciones ensayadas han sido las siguientes: cooperación, exenciones fiscales, ayuda financiera a la construcción privada, empleo de fondos de seguridad social, empleo de mano de obra penitenciaria y planes estatales de edificación. Hay que destacar los planes de asistencia técnica de las Naciones Unidas y de la Unión Panamericana, que contribuyen más o menos prácticamente a crear el clima apropiado para una colaboración continental en torno al problema.

MUÑOZ GONZALEZ, Manuel: “En torno a los problemas que plantea la Ley de Arrendamientos Urbanos: las cocheras o garajes”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 196, 1952; págs. 6-12.

Entre los varios problemas que plantea la Ley de Arrendamientos Urbanos figura el que se refiere a las cocheras o garajes, relación jurí-

dica difícilmente encajable en su articulado, precisamente por defecto de la amplitud que su concepto puede tener. Examina las distintas posiciones adoptadas por los especialistas en la materia e incluso sus distintos supuestos, cuales son la cochera como relación accesoria, el arrendamiento aislado de cochera, con consideración especial de la habitabilidad, arrendamiento de local para establecer en él un negocio de garaje, con su nota distinta de profesionalidad, y, por último, el contrato de garaje propiamente dicho, sus modalidades, según se tenga en cuenta si se designa un lugar determinado para dejar el coche, o no haya delimitación alguna de espacio dentro del local. El caso más corriente es aquél en que no se delimita lugar que pueda ocupar el coche, y estima, con Cossío, que se trata de un contrato complejo, y trae a colación la sentencia de 21 de abril de 1951, en base de cuya doctrina estima que el contrato complejo de garaje propiamente dicho no puede quedar sometido a la legislación especial y debe regirse por los artículos de carácter general que contiene el Código civil en materia de contratación.

PEDREIRA, José: "Arrendamientos Rústicos". *Nuestra Revista*, 842, 1952; págs. 1-6.

Ante la multiplicidad de disposiciones relativas a los arrendamientos rústicos, el autor las sistematiza comenzando por dar un índice de disposiciones sobre arrendamientos rústicos, para estudiar seguidamente la duración del arrendamiento, distinguiendo entre contratos anteriores a 1 de agosto de 1942 y contratos posteriores a la misma fecha y, dentro de estos dos grandes grupos, establece las subdivisiones de rigor. Sigue estudiando la extinción del arrendamiento, el desahucio, el retracto, el procedimiento y la equivalencia en pesetas de 40 quintales métricos de trigo, según la fecha de los contratos.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA

CICU, Antonio: "Cómo llegó a la sistematización del derecho de familia". *Revista de Derecho Privado*, 420, 1952; págs. 185-192.

Se trata de una adaptación realizada por el Prof. Beltrán de Heredia sobre las conferencias pronunciadas en España por aquel ilustre tratadista italiano.

Estudia la figura del derecho de alimentos familiar, con objeto de investigar sobre el sentido y fundamento de la máxima "in praeteritum non vivitur".

Considera que la función de la familia y del Estado es la armoniza-

ción del bien de cada uno, lo cual es condición del bien de todos. Destacando en este proceso de composición armónica el deber de los padres en la familia y de los dirigentes en el Estado, de anteponer el bien ajeno a su propio interés.

CICU, Antonio: "Sul fondamento del cosidetto matrimonio putativo". Revista Trimestrale di Diritto e Procedura civile, 1952; págs. 1-21.

Examina los efectos civiles atribuidos al denominado matrimonio putativo, en relación con la tesis formulada por Traduechi, considerando que la función de la declaración no es meramente declarativa de un negocio que se constituye con la permuta de los consentimientos, y que sin ella, el matrimonio no se constituiría, ya que la mala fe de uno de los cónyuges puede ser obstáculo de la existencia de alguno de aquellos efectos.

LASALA SAMPER, José María: "El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho interregional". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2, 1952; págs. 139-169.

Se refiere al artículo 1.325 del C. c. en armonía con el artículo 8, base segunda de la Ley de 11 de mayo de 1888 y con el artículo 9 del citado Código civil, así como el artículo 12 del Dahir de 1 de junio de 1914 sobre la condición civil de los extranjeros en la Zona del Protectorado de España en Marruecos, afirmando que la norma española de conflictos de leyes en materia de régimen económico legal del matrimonio, se encuentra incompletamente tratada y fuera de lugar, estando fuertemente informada por los principios personalistas de la Escuela Italiana de Derecho Internacional Privado, consagrados por la Convención de La Haya de 17 de julio de 1905, no ratificada por España.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "La legislación civil de los menores y su reforma". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires), 21, 1951; págs. 1455-1473.

Se trata de un estudio sobre la capacidad de los menores a través del derecho romano y legislación comparada, en relación con el Código civil argentino, a efectos de una posible reforma de dicha materia propugnada por el autor, y a cuyo fin llega a las siguientes conclusiones:

La capacitación del menor debe ser progresiva, a medida que va aproximándose a la mayoría de edad

Hasta los siete años, el individuo ha de conceptuarse carente de toda capacidad para obrar por sí mismo. Desde esa edad hasta los dieciocho años, el sujeto, aunque incapaz en general, puede ser admitido al goce de cierta capacidad de hecho, en función de edades variables proporcionadas

a la complejidad más o menos escasa del acto de que se trate. Pero todas esas excepciones a la regla básica de incapacidad deberán tener un rasgo común: la subordinación de su ejercicio a la autorización del padre o tutor, de manera que el acto realizado resultará del concurso de las voluntades del padre y del hijo.

SALA, Atilio: "I poteri dell'ufficiale di stato civile nel riconoscimento della prole". *Il nuovo Diritto*, 11-12; págs. 346-355.

Examina una circular del Ministerio italiano de Gracia y Justicia de 16 de julio de 1940, sobre inscripción de la prole natural reconocida al amparo de la legislación civil, y que no se encuentre en la hipótesis de que ésta tenga que ser concedida por Decreto Presidencial.

Afirma que el oficial del estado civil, al inscribir un acta de un matrimonio religioso en la que se encuentre contenida una declaración de reconocimiento de prole natural, deberá, haciendo uso de los poderes que le confiere la legislación del estado civil, averiguar previamente si se trata de prole natural reconocible, y que no se encuentra en el caso establecido en el artículo 252 del C. c. italiano.

SALVI, Fernando: "L'errore nell'accertamento della filiazione naturale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 1952; págs. 22-73.

Se refiere a una sentencia del Tribunal de Casación italiano de fecha 5 de agosto de 1945, que revoca el reconocimiento de hijo natural, motivado por error basado en una declaración escrita, de la que hace mención el artículo 269 del C. c. italiano.

Considera que la declaración de paternidad basada en una "carta", es una forma que queda excluida automáticamente, tanto en la ley abolida como en la vigente, del concepto jurídico del reconocimiento, y su intención conduce forzosamente a comprobar por otros procedimientos la filiación natural.

5. Derecho de sucesiones

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE

ALFARO, Ricardo S.: "Bases para una Ley sobre la Institución del fideicomiso". *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*, VI, 1951; págs. 483-487.

Se nos ofrece el texto del documento presentado por el autor en cumplimiento del encargo que se le confirió por resolución aprobada por la V Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, reunida en Lima en noviembre de 1947.

Es conceptuado el fideicomiso como "un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario".

En forma articulada (38 artículos), se refiere el autor a las modalidades, clases, prohibiciones, nulidades, eficacia, irrevocabilidad, aceptación por el fiduciario, ejercicio y cumplimiento del cargo, excusas, remoción, extinción...

DUNCAN PARODI, Horacio: "Informe sobre el Proyecto de Ley uniforme de fideicomiso del Dr. Ricardo S. Alfaro". Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial, VI, 1951; págs. 488-511.

El trabajo de Duncán es un amplio y documentado informe sobre el Proyecto de Alfaro, a que más arriba y en esta misma Sección nos referimos. En él se proponen ciertas reformas, adiciones y retoques a las Bases.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "La sucesión "mortis causa" en el Derecho francés y en el español". Revista Internacional del Notariado, 12, 1951; págs. 289-321.

El presente artículo no es otra cosa que el prólogo a la obra del doctor Mario Armero, "Testamentos y particiones". Destaca el señor Núñez Lagos la frecuencia con que se olvidan las radicales diferencias existentes entre nuestro sistema sucesorio y el francés, considerados "en bloque".

Después de señalar la distinta valoración que la muerte, como hecho jurídico, recibe en uno y otro ordenamiento, pasa a ocuparse de los rasgos fundamentales del Derecho sucesorio germánico y del Derecho romano, debidos a sus respectivas tradiciones, refiriéndose a la influencia de los "sacra" en este último Derecho.

A juicio del autor, el Código civil español ha de interpretarse conforme a la tradición castellana, lo cual supone una reacción contra el llamado sistema objetivo, que todo lo centra en torno a la herencia más que en torno a la figura del testador y su voluntad creadora.

Rebate posibles objeciones y termina refiriéndose a otros interesantes problemas.

PINOL AGULLO, I.: "Determinación de la legítima en Cataluña". Revista jurídica de Cataluña, LXVIII, 1951; págs. 416-428.

¿La legítima en Cataluña es "pars hereditatis" o "pars sonorum"? A juicio del autor la cuestión es importante para averiguar si los bienes de la herencia se valoran al morir el causante o el día de pago de la legítima.

Recoge las opiniones de los tratadistas catalanes y señala las vacilaciones del Tribunal Supremo, destacando una sentencia de 4 de febrero de 1925, que dice ha de hacerse la valoración el día del pago de la legítima. Alude a cierta sentencia de la Audiencia de Barcelona y a la doctrina de la Dirección General.

Su posición: la de la sentencia de 1925 ofrece en apoyo de ella argumentos de tipo diverso.

Termina refiriéndose al artículo 15 L. H. y correlativos R. H., que han introducido modificaciones en el derecho de los legitimarios.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "Efectos de la partición inter vivos que regula el artículo 1.056 del Código civil". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XXIII, 1952; págs. 307-347.

En rápida visión del Dr. Rodríguez Arias, dibuja la institución a lo largo de la Historia y ofrece referencias al Derecho comparado del Derecho francés, italiano, argentino, etc.

Niega el carácter de pacto sucesorio a la partición intervivos y la configura como un negocio jurídico unilateral, con destacado matiz de liberalidad valora el término "testador", interpretándole en sentido amplio como sinónimo del causante, tesis que encuentra apoyo en el artículo 1.075. Pasa después revista a las posiciones doctrinales criticando, especialmente, las que consideran la partición inter vivos como conjuntiva con el testamento.

Ofrece después su posición y termina con unas interesantes conclusiones, de las que destacamos éstas: La partición inter vivos no es un contrato, sino un acto unilateral; el término "testador" es sinónimo de causante; se trata de un negocio gratuito que entraña una liberalidad de los regulados en el artículo 618; la partición no hace herederos a los beneficiarios, sino que sólo constituye una distribución de bienes presentes, etc., etc.

SABATER, Antonio: "La Cuarta Trebeliánica". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XXIII, 1952; págs. 33-69.

Comienza con una sucinta referencia al origen y evolución del fideicomiso en el Derecho romano, para referirse después al fideicomiso catalán, entroncándose con las disposiciones de aquel Derecho. Señaladas las vicisitudes legislativas, principalmente en Cataluña, son destacados los inconvenientes y ventajas de la sustitución del fideicomiso familiar catalán, entendiendo el autor que para determinar si procede o no su conservación debe relacionársele con las actuales tendencias del Derecho civil. A su juicio se armoniza perfectamente con ellas.

En el terreno ya de la "trebeliánica", el señor Sabater se refiere a su nacimiento en Roma, al papel de los ss. cc. Trebeliánico y Pegasiano y a las excepciones a su detracción.

Dos problemas ocupan después la atención del autor: forma de percepción de la trebeliana por el fiduciario y momento de valoración de la herencia para la computación de la misma. En cuanto al primero, destaca la "retención" del fiduciario, y en cuanto al segundo, cree debe valorarse al fallecer el de cujus.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Las donaciones mortis causa y el Código civil. Interpretación del artículo 620". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXVIII, 1952; págs. 321-336.

Constituye el presente trabajo la contestación que da el señor Vallet a la crítica que de su interpretación del artículo 620 hizo el letrado señor Parra Jiménez.

Responde a las objeciones de su contradictor fijándose en el elemento gramatical lógico, histórico y sistemático. Sus afirmaciones son, en síntesis, las siguientes:

Elemento gramatical. Son donaciones: "Participan" de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, pero no se identifican con ellas. La regulación de la sucesión testamentaria se aplica a la relación ya nacida, no a su forma de nacer.

Elemento lógico. El que participen de la naturaleza de las disposiciones testamentarias no significa que se les haya de aplicar su forma.

Elemento histórico. En este aspecto la crítica de su contradictor no es decisiva, pues se refiere a puntos secundarios.

Elemento sistemático. Aduce para confirmar sus asertos los artículos 618, 641, 1.331, 177 y 827.

Termina afirmando, dentro de las que llama Cuestiones Ideológicas, que tales donaciones no son un peligro para la estabilidad jurídica y que son útiles en la vida práctica.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PEREZ

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: "Alcance procesal de un precepto hipotecario". *Revista de Derecho Privado*, 418, 1952; págs. 38-44.

Se trata de un comentario al artículo 107 del Reglamento hipotecario, en su párrafo 2.^º, regla 2.^a y en sus relaciones con el tan comentadísimo artículo 41 de la Ley Hipotecaria y en el que su autor estudia los trámites de admisión de la demanda, documentada con el certificado, en relación con el asiento, la aportación a los autos por el titular registral en ulteriores momentos procesales, del certificado literal del asiento y caso de aportación de éste para mejor proveer, el caso de incontradicción con el auto de efectuación posesoria y el de oposición con la sentencia.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "La enajenación de los bienes municipales". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 287, 1952; págs. 262-283.

Teniendo en cuenta que, muchas veces, se presenta a los registradores la necesidad de desarrollar una actividad puramente administrativa, en el terreno científico, como sucede con los problemas relativos a la clasificación de los asientos registrales relativos a los bienes municipales, el autor estudia aquí los problemas relativos a la enajenación de dichos bienes, tratando de los caracteres de las personas jurídico-públicas en general y de los Municipios en particular, de sus requisitos subjetivos (capacidad y competencia), objetivos (bienes susceptibles de enajenación y no susceptibles) y formales (subasta y autenticación) y de la enajenación de parcelas sobrantes de la vía pública.

PELAYO HORE, Santiago: "La angustiosa prioridad". Revista de Derecho Privado, 421, 1952; págs. 281-288.

Artículo destinado a poner de manifiesto los graves inconvenientes de la aplicación de la prioridad basada en los asientos de presentación en el Registro de la Propiedad, propugnando el autor el que la prioridad no venga determinada por el asiento de presentación, sino por la expedición de una cierta certificación registral, siendo suficiente facultar al titular de un derecho inscrito para obtener certificación de título y cargas en la cual se hiciese constar que se expedía, a los solos efectos, de operar un contrato determinado a favor de un individuo también determinado y abrir un cierto plazo, por ejemplo, de diez días, durante el cual la prioridad estuviese reservada exclusivamente al contrato anunciado, quedando constancia de la misma en el Registro, por nota marginal.

RIOS MOSQUERA, Antonio: "De la fiducia a la hipoteca mobiliaria". Información jurídica, 108, 1952; págs. 467-510.

Después de estudiar las diversas formas de garantía (fiducia, "pignus", hipoteca y anticresis) en el Derecho histórico y en la legislación comparada, llega a la conclusión de que es necesario sustituir, a los efectos registrales, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, por la de "inmuebles, muebles hipotecables" y "muebles pignorables", aplicándoseles a las dos primeras categorías el sistema de publicidad registral y a la tercera el de los Montes de Piedad.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ-GERMES, Manuel: "El Derecho inmobiliario inglés". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1952, 285; páginas 81-177 y 286, págs. 161-184.

Se trata de un bien logrado resumen y estudio crítico del total sistema inmobiliario inglés, puesto al día en bibliografía y muy manejable y

claro para quien quiera tener una visión de conjunto del Derecho inmobiliario inglés del que el autor toca todas las cuestiones.

SALAS MARTINEZ, Francisco: "Efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 288, 1952; págs. 347-357.

El autor estudia en este artículo los problemas registrales que plantea el artículo 399 del Código civil, estimando conveniente que por la Ley Hipotecaria se hubiese exigido la concurrencia de los acreedores hipotecarios en las operaciones divisorias de los bienes de una comunidad y en la subsiguiente escritura de división y adjudicación, para que en la misma se diese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 399 del Código civil, con lo cual tendría este precepto inmediata efectividad registral al practicarse las inscripciones de las respectivas adjudicaciones a los comuneros, conveniencia que vienen a reconocer implícitamente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 4 de diciembre de 1935 y 24 de junio de 1936.

VENTURA-TRAVESET Y GONZALEZ, Antonio: "Un aspecto inédito de la calificación registral". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 288, 1952; págs. 358-362.

Breve artículo destinado a poner de relieve cómo nuestro Derecho hipotecario, a diferencia de lo que ocurre en el sistema inglés, adolece de no ocuparse, ni de lejos ni de cerca, del aspecto que la calificación registral tiene "de institución de seguro de la propiedad".

VILLARES PICO, Manuel: "Principios hipotecarios en la Ley de 1861. Sus antecedentes y evolución". *Información jurídica*, 109, 1952; páginas 561-593.

Se trata de un análisis crítico, a través del primitivo texto legal hipotecario de 1861, de los principios hipotecarios de especialidad, legalidad, trácto sucesivo y publicidad (en éste estudia la evolución legislativa posterior), tratando, con particular detenimiento, de las condiciones exigidas para la actuación de la publicidad, especialmente en cuanto se refiere a la convalidación de los actos nulos y a las llamadas adquisiciones "a non domino".

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ

CASANOVA, Mario: "Sfera d'azione della tutela giuridica della Ditta".
Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale; vol. V, fasc. 1-4 (1952), parte primera, págs. 14-18.

El autor defiende una interpretación amplia del artículo 2.564 del C. c. italiano. En su sentir, el derecho a la diferenciación de la razón social existe cuando puede haber confusión entre dos empresas por el objeto de su actividad o por el lugar en que la ejercen. No es admisible el punto de vista según el cual son necesarios ambos requisitos cumulativamente.

HAMEL, Joseph: "El Derecho comercial frente a la Economía dirigida".
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo); II-2 (abril 1951), págs. 265-281.

El Derecho comercial tradicional se apoyaba en una doble base: la soberanía del contrato y la consideración de la actividad mercantil como actividad de los individuos. Ambos fundamentos sufren los ataques de la Economía dirigida. Frente a la soberanía del contrato, el Estado fija precios, impone contratantes y modifica el contenido de las relaciones obligatorias. Al mismo tiempo, interviene directamente en la vida del comercio: crea Sociedades de economía mixta y nacionaliza las empresas (mediante expropiación de la Sociedad o de los accionistas).

El jurista—dice el autor—debe ocuparse en fijar los límites que ha de oponer el Derecho Comercial a la expansión de la Economía dirigida, impiéndole el paso a la Economía totalitaria. Dichos límites se reducen a tres puntos: a) el Estado, al intervenir en la celebración de los contratos, debe cuidar de no llegar al extremo de que dicha intervención ataque a la economía, provocando por ejemplo la creación de un mercado negro; b) sólo debe modificar las convenciones entre particulares que han sido definitivamente perfeccionadas, cuando existen razones absolutamente decisivas que justifiquen estas modificaciones; c) al convertirse en comerciante o banquero, ha de respetar "por lo general" las reglas que rigen el comercio y la banca.

2. Sociedades

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ

GUERRERO DE CASTRO, Manuel: "Transformación de Cooperativas en Sociedades anónimas". Revista de Derecho Privado. XXXVI (enero 1952), págs. 45-55.

Con ocasión de la resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de febrero de 1951, el autor, después de aludir a las cuestiones de la naturaleza de las Sociedades cooperativas y de la transformación de Sociedades, estudia la posibilidad de la transformación de Cooperativas en Sociedades anónimas, sus requisitos y sus efectos. La resolución comentada es, según él, acertada, sin ser perfecta.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de: "Supressão das ações ao portador". Revista Forense (Río de Janeiro); vol. 136, julio 1951, págs. 33-35.

El autor critica un proyecto de ley presentado a la Cámara, en el que se prevé el carácter necesariamente nominativo de las acciones de las Sociedades anónimas. Las acciones al portador representan un poderoso instrumento de propulsión económica, y el actual estado de desarrollo industrial del Brasil no hace aconsejable prescindir de ellas. El proyecto de supresión se funda exclusivamente en una finalidad de índole fiscal; pero este propósito puede verse realizado por otras vías.

RIPERT, Georges: "Natura giuridica e struttura della Società anonima". Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale; vol. V, fasc. 1-4 (1952), parte primera, págs. 1-2.

Son insuficientes para explicar la naturaleza de la Sociedad anónima tanto la concepción contractual como la concepción institucional (que confunde empresa y sociedad). La concepción contractual impuso la forma democrática de la Sociedad anónima, no respetada en la realidad. La reforma introducida en la ley francesa de 16 de noviembre de 1940 equivale a un simple intento, que no excluye la necesidad de una completa reorganización.

SERVAN BAUZON, Guillermo: "Algunos problemas relativos a las Sociedades de responsabilidad limitada". Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo); año VII, núm. 68, enero 1952, pág. 3-29.

El autor inicia el examen del régimen legal uruguayo en materia de Sociedades de responsabilidad limitada. Expone sucesivamente las reglas

relativas a su objeto, domicilio, razón social, administración, capital y aportaciones.

TALLADA CUELLAR, Manuel: "Sindicatos de obligacionistas". Boletín de Información del Ministerio de Justicia; año VI, núm. 184 (5 febrero 1952), págs. 5-10.

El autor, después de defender el principio de la reglamentación legal de los Sindicatos de obligacionistas, analiza las normas introducidas al respecto por la nueva ley española de Sociedades anónimas.

VAZQUEZ, Augusto José, y MORANDI, Juan Carlos Félix: "El voto personal en las asambleas de las Sociedades anónimas". La Ley (Buenos Aires); tomo 66, 15 mayo 1952, págs. 1-2.

Según los autores, no es contraria, en principio, al régimen legal argentino, la disposición del estatuto que incorpora a una Sociedad anónima determinada el régimen de "quórum" y votación personales.

YORIO, Aquiles: "Sociedades de responsabilidad limitada. Adquisición de bienes inmuebles imprevista en el acto constitutivo". Revista del Notariado (Buenos Aires); año LIV, núm. 600, noviembre-diciembre 1951, págs. 465-472.

Cuestión práctica muy discutida en el Derecho argentino, que, según el autor, no ha sido aún resuelta de modo concluyente por la jurisprudencia y la doctrina. La tesis defendida por él es contraria a la posibilidad de la adquisición.

ZUBILLAGA, José P.: "Jubilación de directores, síndicos y auditores de Sociedades anónimas". Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo); año V, núm. 67, diciembre 1951, págs. 531-544.

El hecho de tener una persona mandato o representación no excluye su condición de empleado, protegido por las normas legales en materia de previsión social.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Manuel PRECIOSO

MARTIN RETORTILLO, Cirilo: "Más sobre los transportes por carretera", en Revista de Derecho mercantil. Madrid, 1952; vol. XIII, número 37, págs. 71-83.

Es un estudio de los diversos problemas que ha planteado el Reglamento de Ordenación de los transportes mecánicos por carretera, de 9 de diciembre de 1949, con una minuciosa, imperfecta y, a veces, entorpecedora reglamentación de esta clase de transportes, y que coloca a las empresas dedicadas, o que se dediquen en el futuro a esta actividad, en una incómoda situación.

NAVARRO IRVINE, Félix: "Efectos de la falsedad en el derecho cambiario", en Revista jurídica del Perú. Lima, 1951, año II, núm. 2; páginas 121-142.

El autor estudia, a la luz del Derecho positivo y de la jurisprudencia del Perú, los efectos jurídicos de la falsedad en el Derecho cambiario. Examina, en primer lugar, la falsificación de la firma del librador, en cuyo caso cree el autor que, aunque no haya habido aceptación, no procede la repetición del pago hecho por el librado, tesis que nos parece un poco aventurada, analizando, sucesivamente, los supuestos de falsificación de la firma del girador de un cheque, falsificación en el endoso de una letra o de un cheque, falsedad de la firma del aceptante y, por último, los efectos de las alteraciones en los cheques y letras.

4. Varia

A cargo de Manuel PRECIOSO
y Luis SANCHO MENDIZABAL

FERRI, Giuseppe: "La cosiddetta società di armamento". Rivista del Diritto della Navigazione; año XVII, núms. 1-2, 1951; págs. 36-54.

El nuevo Código italiano de la navegación disciplina el "ejercicio de la navegación" por parte de los propietarios de la nave, llamándolo sociedad de armamento. Al problema de si ésta puede entenderse como "sociedad" en el sentido del Código civil y exigir la aplicación de sus normas, el autor responde negativamente. El acuerdo de iniciarla se explica como una deliberación condominal; faltan en él los elementos esenciales del contrato de sociedad (los disidentes forman parte de la

sociedad y el fin de lucro puede faltar), la forma de organización es distinta (la nave no es el patrimonio social: la limitación de responsabilidad es la propia del armador). En conclusión, se trata de un modo de ser de la comunidad naval, una forma de goce de la nave común.

GIANNINI, Amedeo: "Il regolamento dei traffici marittimi negli accordi commerciali". *Rivista del Diritto della Navigazione*; año XVII, números 1-2, 1951, págs. 99-111.

Recoge el autor las líneas generales del Derecho convencional italiano en materia de navegación internacional y se muestra partidario de la redacción de acuerdos internacionales colectivos, dada la homogeneidad de condiciones alcanzada actualmente en el tráfico marítimo mundial o al menos en ámbitos regionales.

HAMEL, Joseph: "El Derecho comercial frente a la economía dirigida", en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Montevideo, 1950, núm. 2; págs. 265-281.

El autor, tras de exponer los peligros a que se ven sometidas las bases fundamentales del Derecho mercantil a causa de la creciente influencia de la economía dirigida en el campo de la contratación y a través de las llamadas nacionalizaciones señala los límites en que esta doble acción del Estado debe detenerse si se quieren mantener aquellos postulados sobre los que descansa el Derecho comercial, límites que para el profesor Hamel no son otros que la estabilidad de los contratos y, en materia de nacionalizaciones, el principio de que si el Estado se inmiscuye en la vida comercial, si se convierte en comerciante, industrial o banquero, debe respetar las reglas que rigen el comercio, la industria o la banca.

KNAUT, Arnold Whitman: "Caratteristiche del Diritto marittimo degli Stati Uniti d'America". *Rivista del Diritto della Navigazione*; año XVII, núms. 1-2, 1951, págs. 3-35.

Se recogen algunos rasgos característicos del Derecho, tanto adjetivo como sustantivo, que aplica la jurisdicción federal marítima en Estados Unidos (procedimientos "in rem e in personam", demandas frente al Estado, privilegio marítimo, avería común, responsabilidad limitada del propietario; derechos de los marineros y acción por homicidio culposo); la naturaleza de este derecho, consistente en costumbres no codificadas, hace que esta reseña lo sea de las más modernas tendencias jurisprudenciales.

RUSSO, Raffaele: "Causalità e astrattezza dei titoli rappresentativi del trasporto". *Rivista del Diritto della Navigazione*; año XVII, núms. 1-2, 1951, págs. 55-98.

Después de pasar detallada revista a las posiciones doctrinales acerca de la relación entre el derecho cartular y el contrato fundamental, el autor concluye que el problema se coloca en planos diferentes por los distintos autores, porque se pueden oponer excepciones basadas en la especial naturaleza de la relación (mercancía perdida o averiada por evento que la ley carga sobre el acreedor del transporte) y en la particular disciplina de estos títulos (las indicaciones no corresponden a las condiciones de embarque), y en este sentido son causales; pero no se puede oponer la falta o invalidez de la causa porque los derechos constituidos sin este elemento existen desde que el título pasa a manos de un tercero de buena fe, y en este sentido son abstractos.

SPASIANO, Eugenio: "Limitazione della responsabilità armoriale e navi di guerra". *Il Diritto Marittimo*; año LIII, fasc. 1, enero-marzo 1951, págs. 5-16.

En relación con el problema de si se extiende a las naves de guerra la limitación de responsabilidad del armador, el autor defiende la solución negativa—aplicable a otros casos—como desarrollo del concepto que del "ejercicio de la navegación" tiene el Derecho marítimo italiano.

TRICOT, Lionel: "De l'influence/de la faute lourde sur le droit du transporteur maritime de limiter sa responsabilité". *Il Diritto Marittimo*; año LIII, fasc. 1, enero-marzo 1951, págs. 17-25.

El Derecho belga estipula que, salvo acuerdo, en ningún caso responderá el porteador marítimo por sumas superiores a 3.500 belgas por bulto; a pesar de la letra, el autor entiende, basado en los principios generales, que la culpa lata impide al porteador prevalecerse de esa limitación.

WUSTENDORFER, Hans: "Risultati e limiti dell'unificazione del diritto commerciale marittimo", en *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale*. Pisa, 1952, vol. V, fasc. 1-4; páginas 21-29.

Después de señalar las causas determinantes de la progresiva unificación del Derecho marítimo, unificación que se revela incluso en los avances técnicos de la navegación y en la socialización de su régimen económico-jurídico, el autor presenta los resultados que tal unificación ha producido en la práctica, haciendo notar el grave y decisivo obstáculo

que representa la distinta interpretación que de las normas unificadas dan los tribunales de los diferentes países, a causa de que las reglas interpretativas dependen de la visión ideológica jurídica del pueblo del que emanan. Es, por esto, por lo que si se quiere que la unificación del Derecho marítimo tenga efectividad práctica debe ir acompañada, en opinión del autor, de la creación de una corte de Justicia internacional marítima.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

ARAUZ DE ROBLES, Carlos: "El turno de antigüedad en la clase".
Nuestra Revista, 841, 1952; págs. 10-12.

Propugna que así como en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad el turno de antigüedad en la clase había creado intereses en su escalafón, y éstos se defendieron por medio de la correspondiente disposición transitoria, podría hacerse lo mismo; por lo que hace a los Notarios, con lo cual se evitarían perjuicios notorios que se les irrogan.

AVILA ALVAREZ, Luis: "Ante una polémica". *Nuestra Revista*, 840, 1952; págs. 8-9.

En orden al problema de los derechos adquiridos para la provisión de Notarías considera necesario se arbitre un procedimiento de respeto total a los derechos adquiridos y de repulsa y cambio para un sistema que, sea o no razonable, existió, y su error no es justo caiga sobre las espaldas de los que usaron de aquel estado de cosas fiados de la formalidad reglamentaria; lo contrario sería un fraude a cometer por el Reglamento, lo cual no sería honesto.

JIMENEZ RUEDA, José: "Necesidad de la reforma notarial". *Nuestra Revista*, 836, 1952; págs. 1-4.

Velando por la clase del Notariado, propugna la supresión del artículo 137 del Reglamento Notarial al objeto de permitir el reparto de las ganancias entre los Notarios. Supresión de las Notarías en aquellos lugares en donde hubiera bajado la documentación y aumento en donde se hubiera concentrado la misma. Dictar reglas que simplifiquen los ingresos que el Notario tiene que hacer al Colegio Notarial al final de cada mes y, como síntesis de todo ello, la formalización y aprobación de

lo que él denomina "Código Notarial", al objeto de aclarar y concretar bien la organización económica del Cuerpo con arreglo a la sociedad en que se vive.

LOPEZ CRUZ, Pedro Antonio: "La Ley del embudo. Puntos de vista".
Nuestra Revista, 842, 1952; págs. 9-12.

El artículo consiste en sí en una defensa de la clase de los Oficiales de Notarías para que puedan realizar, dentro del margen de su cometido, algunos trabajos que les permitan mejoras de tipo económico.

PENA LLORENTE, José: "Intrusismo profesional o zurupetismo". Nuestra Revista, 839, 1952; págs. 3-7.

Se proclama contra esta plaga que padece el Derecho en su aplicación proponiendo, como remedios, la sustitución del número 7 del artículo 332 del Reglamento Notarial, agravando las sanciones, recargar las compraventas y cesiones a título oneroso de bienes inmuebles y derechos reales hechos en documento privado; exigir que toda testamentaría presentada a liquidación, sea provisional o definitiva y pase de determinado líquido imponible, lleve por necesidad firma de Notario o Abogado en ejercicio, y, entre otras muchas más, revisar la legislación del impuesto de derechos reales, haciendo desaparecer de ella todo lo que suponga un encarecimiento de la contratación notarial, en contraste con un abaratamiento de la contratación privada.

SOLDEVILLA, Alfredo: "Generalizando". Nuestra Revista, 841, 1952; páginas 1-9.

Estima que es necesario que en la carrera Notarial se esté para servir y para cumplir un servicio público, sea cómoda o incómodamente, pero también para vivir a base del mismo. Debieran fomentarse las vocaciones a la misma, reformando para ello el Reglamento, haciendo que en la carrera se ingresara sólo por tercera o a lo sumo por segunda clase.

Por último, rompe una lanza para evitar la intromisión de personas en materias en la que sea competente el Notario o el Registrador, aun cuando estas mismas personas pertenezcan a cualquiera de estas oficinas.

V. Derecho procesal

A cargo de José María DESANTES GUANTER

1. Parte general

ARLAS, J. A.: "El Derecho subjetivo y la acción". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Montevideo, II, 3; págs. 615-638.

Plantea el problema de las relaciones entre la acción procesal y el derecho material. Comienza exponiendo en orden cronológico las cinco etapas de la evolución teórica del tema, haciendo un examen crítico de ellas. En el terreno práctico estudia sobre el Derecho positivo uruguayo estas relaciones para concluir que la acción es un derecho subjetivo público a exigir la actividad jurisdiccional del Estado para la protección del derecho material lesionado o insatisfecho.

AYARRAGARAY, Carlos A.: "Sentencias obligatorias". Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. Sucre, mayo 1950; págs. 73-84.

Parte de concebir la sentencia con naturaleza meramente declarativa de la existencia de derechos o relaciones jurídicas. En otro aspecto, la sentencia es una manifestación de la libertad del Juez. En este sentido, el artículo 95 de la Constitución Argentina, al ordenar que la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia a una norma será obligatoria a Jueces y Tribunales, se reputa jurídicamente heterodoxa.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: "Abogacía y Ciencias jurídicas". Revista Jurídica de Cataluña, 3, 1952; págs. 205-209.

Abogacía y Ciencia jurídica van unidas inseparablemente de modo que para la eficacia del ordenamiento jurídico resulta tan peligroso el empirismo ramplón como el situarse en un terreno puramente especulativo e histórico. Si el científico puede prescindir de ser Abogado, el Abogado no puede desdeñar la Ciencia. El poseedor de la noción teórica y del sistema de conceptos fácilmente puede aplicarlos al caso concreto.

DURAN, Manuel: "Nombramiento de Vocales interinos de la Corte Suprema de Justicia". Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. Sucre, XI, 22; págs. 35-72.

Expone los antecedentes legales y el procedimiento de nombramiento de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia para mantener la inde-

pendencia del Poder Judicial. Se refiere a un caso de vulneración de estas normas que critica como contrario a las garantías individuales y colectivas indispensables en la Administración de Justicia.

GAMARRA, Jorge: "Incidencia del problema de la carga de la prueba en la fundamentación de la responsabilidad civil". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Montevideo, II, 3; págs. 639-665.

Diferencia el autor las llamadas obligaciones de medios y de resultado para establecer críticamente el verdadero alcance de esta distinción que proyecta hacia la diferente fundamentación o causa de la responsabilidad contractual y extracontractual. En ésta la regla son las obligaciones de medios y su base la culpa. Por el contrario, no siempre es la conducta culposa el origen de la responsabilidad contractual. Esta diferencia se proyecta en la carga de la prueba, pues en la contractual habrá que probar el caso fortuito o la fuerza mayor.

PIETRI, Alejandro: "Los efectos de la cosa juzgada". Revista de Derecho y Legislación. Caracas, XL, 487; págs. 269-282.

Examina los diferentes casos de normalidad y anormalidad substancial y formal de la sentencia y su proyección en cuanto cosa juzgada. Se detiene principalmente en los casos de sentencias cuyo fallo exige interpretación, y en los de sentencias cuyo condenado no ha sido citado. Expone los recursos que la ley otorga para impugnar los fallos defectuosos substancialmente o en las formalidades de su procedimiento.

REIMUNDIN, Ricardo. "En torno al concepto de carga procesal". Revista de Derecho. La Paz, III, 8; págs. 23-32.

Contrapone el concepto de carga procesal propio de la doctrina de la situación jurídica procesal al de obligación y deber procesal, propio de la concepción del proceso como una relación jurídica. El autor adopta una posición ecléctica y cree que en el proceso existen unas y otras. Ve las legislaciones antiguas imbuidas por el concepto de la relación jurídica, y en los proyectos modernos una disciplina general de las cargas procesales. No obstante, la figura jurídica de la carga procesal existe desde siempre en los Códigos de procedimiento, aunque no se conociese su naturaleza. .

RIOS SARMIENTO, Juan: "Beneficio legal de pobreza". Revista Jurídica de Cataluña, 3, 1952; págs. 294-303.

Estudio del actual sistema legal del beneficio de pobreza y crítica de sus deficiencias por falta principalmente de adecuación a la realidad

económica y social. Expone el autor las soluciones posibles con sus inconvenientes, terminando por proponer un sistema de establecimiento de una escala de solvencia con arreglo a los ingresos de cada uno, con arreglo al cual se costearían en más o en menos proporción los pleitos.

SAUCEDO SEVILLA, Lucas: "La condena en costos en los pleitos con el Estado". Revista de Derecho. La Paz, III, 8; págs. 19-22, y Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. Sucre, XI, 22; págs. 15-20.

Estudia la anomalía práctica en la administración de justicia boliviana de que, a pesar de hacerse expresamente la condena en costa en los pleitos contra el Estado, no se hacen efectivos; lo que ha hecho que las demandas contra el Estado se proliferen.

VILAR, Roberto: "Perjurio en juramento decisorio". Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales. Sucre, XI, 22; págs. 11-14.

Estudio legislativo, jurisprudencial y de Derecho comparado de la institución del juramento decisorio en el proceso civil, a propósito de una desviación de criterio de la Corte Suprema boliviana. Se concluye que el juramento decisorio falso no puede alterar sus efectos civiles en el proceso, pero puede y debe ser castigado y perseguido con acción penal.

2. Parte especial

FERRER MARTIN, Daniel: "El precario y el juicio de desahucio por causa de precario". Revista de Derecho privado, 421; págs. 303-313.

La exclusión del precario de las legislaciones arrendaticias rústicas y urbanas da a los procedimientos sobre el mismo una configuración independiente y distinta. Se trata de exponer sistemáticamente el Derecho vigente, según la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha fijado. Se introduce con un estudio civil del precario: concepto, historia, naturaleza jurídica. Desde el punto de vista procesal, se expone la naturaleza de la acción, los presupuestos de su ejercicio y las formalidades del procedimiento.

FERRER MARTIN, Daniel: "El juicio ejecutivo cambiario" Revista General de Derecho, VIII, 90; págs. 148-161.

Aunque la Ley de Enjuiciamiento civil solamente en cuanto a la oposición de defensas singulariza el juicio ejecutivo basado en la letra de cambio, la práctica ha suscitado problemas interesantes que lo con-

figuran como institución propia. El estudio de estas peculiaridades se hace analizando los requisitos del título, su integración, la legitimación procesal activa y pasiva y las defensas que el deudor cambiario puede esgrimir.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Correcciones al Derecho sobre Ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, C, 5; págs. 513-549.

Nuestra Ley de procedimiento carece de un libro o tratado especial acerca de la ejecución forzosa, situando algunas normas inorgánicas sobre esta institución en el título destinado al juicio ejecutivo. En este trabajo se desarrollan sistemáticamente algunos de los muchos problemas que la institución plantea doctrinal y prácticamente en nuestro Derecho.

SOTO NIETO, Francisco: "Eficacia de lo convenido en conciliación en materias ordinarias". Revista General de Derecho, VIII, 91-92; páginas 223-227.

El acto de conciliación ha sido siempre tratado de modo rutinario y hasta se ha abogado por su supresión. Cree, sin embargo, el autor que el acto conciliatorio debe existir y estudia su eficacia ejecutiva desarrollando, en primer lugar, la naturaleza jurídica de lo convenido y diferenciando los casos de valor incierto o dudoso de los casos de valor cierto. y en estos últimos según excedan o no de 5.000 pesetas.

VIVES VILLAMAZARES, Francisco: "El ejercicio de la pretensión de resarcimiento (acción civil) ante los Tribunales Tutelares de Menores". Revista General de Derecho, VIII, 91-92; págs. 194-206.

La reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de 13 de diciembre de 1940, evita la situación anómala de tener que acudir al Tribunal civil para el resarcimiento de los daños producidos por menores, estableciendo que, de acuerdo ambas partes y aceptado por el Tribunal Tutelar, entenderá éste de la acción civil como "mediador". Estudia los problemas que plantea la reforma: naturaleza jurídica de la intervención de los Tribunales, Presupuestos procesales, casos de aplicación, tratamiento procesal y adopción de medidas cautelares.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUMDA,
Letrado del M. de Justicia.
Registrador de la Propiedad.

RESOLUCION DE 3 DE MARZO DE 1952

Cláusulas de estabilización de valor

En escritura de constitución de hipoteca, el deudor se obliga a restituir sesenta mil pesetas del principal, sus intereses y cinco mil más para costas y gastos, comprometiéndose además a "aceptar el valor del trigo, tasa oficial media, como regulador del capital a reintegrar, en caso de depreciación de la moneda". Este pacto es objeto de denegación de inscripción por las razones siguientes: 1.º Ser ilícito por concurrir en él las características que, como excepción prohibitoria, señala el artículo 1.255 del Código civil. y 2.º Hacer indeterminado, por virtud de la misma convención y en contravención con el art. 12 de la Ley Hipotecaria, el importe de la obligación asegurada.

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, el Presidente de la Audiencia revocó la nota denegatoria y ordenó la inscripción del pacto, por razones análogas a las esgrimidas por el recurrente.

Pero la Dirección General de los Registros acuerda declararlo no inscribible, con revocación del auto apelado, en virtud de la siguiente doctrina:

A) *Las cláusulas de estabilización de valor son miradas, en general, con prevención por las legislaciones extranjeras, por ser contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos, en especial el régimen de contrato mutuo, y se rechazan por la jurisprudencia de algunos países como contrapuestas al principio que informa los sistemas monetarios, sobre todo en las épocas de curso forzoso del papel moneda, cuyo pleno poder liberatorio pueden atacar, aunque no se prohíben expresamente por la Ley, y este criterio coincide con gran parte de la doctrina al sostener, además, que se oponen a la moral como exorbitantes y por beneficiar sólo al acreedor, considerándoselas incompatibles con el interés general de la comunidad.*

B) *La doctrina contenida en la sentencia del T. S. de 5 de enero de 1951 no es aplicable al presente caso, por cuanto se refería a un contrato de arrendamiento con opción de compra otorgado antes de la implantación del curso forzoso del papel moneda.*

C) *La escritura no se ajusta, por otra parte, a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, por no determinar de manera exacta la responsabilidad real que interesa conocer en general a cuantos terceros se apoyen en el Registro, lo que es necesario evitar, para corresponder al principio fundamental de especiali-*

dad, defecto éste que habría podido subsanarse al señalar un máximo de responsabilidad y constituir una hipoteca de seguridad.

NOTA.—Vid. S. 18 marzo 1929, 3 julio 1936, 2 marzo 1943, 4 julio 1944, 27 febrero 1945, 2 abril 1946, 9 enero 1950, 4 enero y 11 junio 1951, y las Resoluciones de 15 enero 1884, 9 septiembre 1896, 15 febrero 1926 y 25 noviembre 1935.

En 4 de marzo se dicta otra Resolución que, por referirse a una cuestión exacta, es objeto de idéntica solución.

JURISPRUDENCIA

I. SALA PRIMERA

Sentencias⁽¹⁾

A cargo de Manuel PRINA y José Antonio PRIETO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. EL ABUSO DEL DERECHO: V. S. 12 febrero 1952 (III, 4).
2. LAS TRANSGRESIONES JURÍDICAS: V. S. 27 enero 1952 (II, 5).
3. DOCUMENTOS PÚBLICOS: EFICACIA RESPECTO DE TERCEROS DE LAS MANIFESTACIONES HECHAS EN ESCRITURA PÚBLICA: V. incidentalmente en S. 22 marzo 1952 (II, 4).
4. DOCUMENTOS PRIVADOS: *Los que no han sido reconocidos legalmente no carecen de todo de fuerza probatoria* [Sentencia 27 febrero 1952].

Se trataba de unos recibos de intereses suscritos por el Banco Hipotecario, "que no era parte en el proceso" y que no quiso decidirse en cuanto al reconocimiento de su autenticidad.

Frente a la sentencia de instancia, confirmada en apelación, que se apoyaba en la realidad del pago de los intereses, se recurrió en casación invocando la infracción del artículo 1.225 C. c., y 604 LEC., pues los recibos no fueron reconocidos por el Banco ni por el recurrente.

El T. S. desestima el recurso porque "no es opuesta la sentencia a lo ordenado... a sensu contrario en los artículos 1.225 C. c., y 602 a 605 LEC., porque ninguna de esas disposiciones niega en absoluto fuerza probatoria a los documentos privados que no han sido reconocidos legalmente, y si por falta de reconocimiento no pueden equipararse a los documentos públicos de máxima eficiencia a estos efectos, ello no implica que carezcan de todo valor para justificar los hechos a que se refieren, especialmente cuando no han sido tachados de falsos; por lo que han podido, como se ha hecho en la sentencia, apreciarse en unión de los otros elementos de juicio que se infieren de todo lo actuado". (Considerando 4º)

(1) Sistematizadas.

5. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: SERVICIOS MÉDICOS: LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL DEL ARTÍCULO 1.967 C. C. [Sentencia 10 marzo 1952].

A. La sentencia aplica la prescripción trienal del artículo 1.967 C. c. En realidad no se discutió en casación tal aplicabilidad, sino el hecho del transcurso del plazo.

B. OBSERVACIONES: Por S. 7 noviembre 1940, dentro de la palabra "Profesores" del artículo 1.967, 2.^o, se entienden incluidos los médicos. (M. P.)

II. Derechos reales.

1. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL: V. S. 22 marzo 1952 (II, 4).

2. POSESIÓN EN PRECARIO: CONCEPTO DEL PRECARIO: *Es "la ocupación por el demandado de fincas ajena, sin pago de renta o merced, ni título o derecho alguno demostrativos de que no radica en la tolerancia y voluntad del demandante, la causa y el término de la tenencia o disfrute de aquella"* [Sentencia 2 abril 1952].

Se da este concepto en el considerando 2.^o "conforme a la reiterada doctrina de esta Sala". (V. Rodríguez Navarro, págs. 1.500 y ss.)

3. POSESIÓN EN PRECARIO: *Cumplida la condición de la que dependía la extinción de la posesión concedida en un contrato, se da la situación de precario que origina el desahucio* [Sentencia 18 marzo 1952].

A. En el mismo día que se vendió una casa se estipuló que la vendedora continuaría en un piso hasta que se obtuviera la autorización para el derribo y se hiciera éste necesario para la reconstrucción, sin que la vendedora tuviera que pagar cantidad alguna por ello (1). Entendiendo el comprador que esta condición se había cumplido, pretendió el desahucio por precario; el demandado opone que posee con el derecho que le concede el contrato indicado, sin que la condición se haya cumplido aún. En primera instancia no se da lugar al desahucio, pero en apelación, sí.

El desahuciado recurre en casación fundamentalmente porque su posesión no se basaba en la mera tolerancia, sino en el contrato referido, en el que existe precio.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, pues "... obtenida por el comprador la autorización oficial para derribar la casa y teniendo necesidad de hacerlo para reconstruirla, desapareció el título que antes tenía el recurrente o su esposa para continuar ocupándola y quedaron reducidos a la condición de precaristas, y esto no por otra causa, sino por virtud del mismo contrato privado que el recurrente invoca y cuya validez defiende sin que nadie la haya negado, contrato que no se trata de

(1) En el pacto se la denomina inquilina, estableciéndose que no pagaría renta alguna puesto que "todo ello" (sic) se estimaría como precio de indemnización por dejar libre el piso. La sentencia de la Audiencia negó que hubiera arrendamiento, pero la cuestión no se afrontó del todo en la casación.

rescindir, sino de cumplir y que hay que estimar obligatorio, no sólo en cuanto al derecho que concedió al recurrente, sino también en cuanto a la extinción de ese derecho que previó y ordenó para cuando se cumpliera la condición resolutoria o extintiva establecida". (Considerando 3.^º)

B. OBSERVACIONES: Esta doctrina es, quizás, peligrosa por comprender en el concepto de precario situaciones posesorias originadas por un contrato, que no es precisamente el de precario, y por llevar fácilmente a este juicio de desahucio cuestiones que rebasan el alcance de esta vía sumaria—la posición de las partes en un contrato—. Sin embargo, la doctrina no deja de tener precedentes, aunque ni uniformes ni idénticos. (Vid. Moreno Mocholi, "El precario", 1951, págs. 320 y ss., especialmente páginas 324 y 325; vid. también págs. 374 y 375). (M. P.)

4. POSESIÓN EN PRECARIO: LA POSESIÓN REAL DEL ACTOR. OPOSICIÓN DE UN TÍTULO DE DOMINIO: *Supuesta la posesión real y material del vendedor, frente a la equivalencia que establece el art. 1.462 sólo puede oponerse que de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario. No se puede remitir al demandante al declarativo ordinario a pretexto de un supuesto estado de derecho desprovisto de adecuado título [Sentencia 22 marzo 1952].*

A. Frente a un desahucio por precario (1), concesión en primera instancia y confirmado en la apelación, el demandado recurrió en casación entendiendo que no procedía el desahucio por precario: 1.^º Porque los actores no tienen la posesión real de la finca: compraron la finca de un tercero mediante escritura pública, pero la tradición instrumental del artículo 1.462 sólo constituye una presunción "iuris tantum" que cede ante la realidad que presenta en posesión al demandado. 2.^º Porque el demandado no tiene la finca en precario, sino en dominio adquirido por prescripción o, al menos, en concepto de dueño.

El Tribunal Supremo *no da lugar al recurso* en virtud de las siguientes consideraciones:

"Para examinar la primera de esas cuestiones hay que partir del hecho afirmado por la Sala y reconocido en el recurso que el causante de los actores tenía la posesión real y material de la finca... El artículo 1.462 C. c. no establece, como pretende el recurrente, una presunción "juris tantum" rebatible por cualquier medio, sino que a su disposición de que en las ventas hechas en escritura pública su otorgamiento equivale a la entrega de la cosa vendida, sólo puede oponerse, según su párrafo segundo, que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario, lo que no ocurre en el caso actual..." (Considerando 2.^º)

"Si bien es cierto, como alega el segundo motivo, que no pueden traerse cuestiones de dudoso dominio para que sean resueltas en juicio de desahucio, también lo es que este T. S. tiene declarado, en S. de 5 de enero de 1934, que no basta la oposición de un título cualquiera para enervar esta acción, y en 9 de diciembre de 1947, que cuando el demand-

(1) En el encabezamiento y primer resultado de la sentencia se había reiteradamente de "juicio declarativo de mayor cuantía... sobre desahucio en precario" (?); en realidad, se siguió el procedimiento del desahucio por precario.

dado alega un dominio sin concreción puede declararse el desahucio, y en la S. de 4 de mayo de 1950, recogiendo doctrina anterior, que no es ilícito a pretexto de un supuesto estado de Derecho desprovisto de adecuado título remitir a un juicio declarativo al demandante que acredita en el desahucio los requisitos exigidos para obtener esa protección de la ley". (Considerando 3.^o)

"El 2.^o motivo del recurso no logra demostrar que el demandado recurrente no tenga el carácter de precarista que por el resultado de las pruebas le atribuyen (las sentencias de la Audiencia y del Juez), pues nada significa en contra de esto que en la escritura de venta a los actores, se le nombrara como arrendatario, ya que él no ha alegado ese carácter en el pleito, y se rectificó esa manifestación en escritura otorgada con ese solo objeto tres meses después, y nada demuestra en favor de su pretendido derecho de propiedad el que pagara contribuciones que estaban a nombre de un causante de los actores, ni siquiera que redimiera un censo, pues estos pagos, como dicen los considerandos 2.^o de la Audiencia y 3.^o del Juez, se hacían en virtud del artículo 1.158 del C. c. y también por la propia conveniencia del demandado, ya que por estar el dueño en ignorado paradero, a nadie más que a él interesaba efectuarlos, y haciéndolo él mismo así impediría que los foreros o la Hacienda Pública lo perturbaran en la posesión material que detentaba, todo esto más patente si se tiene en cuenta que en el contrato de compromiso de compraventa de 17 de diciembre de 1943 (en el que fué parte el precarista recurrente y que quedó resuelto) el mismo recurrente reconoce como propietario de las fincas en cuestión, como afirma el considerando 1.^o de la sentencia de segunda instancia, al causante de los actores". (Considerando 4.^o)

B. OBSERVACIONES: El T. S. ya había declarado que tiene la posesión real, a esos efectos, el que ha comprado por escritura pública y, supuesto que el vendedor tenía la posesión, los medios limitados que hay para destruir la equivalencia establecida por el artículo 1.642 (vid. Rodríguez Navarro, "Doctrina civil", págs. 4944 y ss. Moreno Mocholi, ob. cit., págs. 375 y ss.). La oposición de un título de dominio insuficiente no puede servir para remitir al mayor cuantía, pues admitirlo así es tanto como terminar con el procedimiento abreviado de desahucio por precario (vid. sentencias citadas en los considerandos; Rodríguez Navarro, ob. cit. artículo 444, preferentemente pág. 1507; Moreno Mocholi, ob. cit., págs. 356 y ss.). (M. P.)

5. POSESIÓN EN PRECARIO: *El carácter gratuito del precario no impide la reclamación de las ganancias dejadas de obtener a partir del momento en que cesó la tolerancia [Sentencia 27 enero 1952].*

A. En primera instancia, en juicio declarativo, ordinario, se condenó a la indemnización de daños y perjuicios a una entidad, depositaria de una finca, que la retuvo a pesar de que se le había requerido la devolución; se trataba de un depósito constituido en virtud del embargo que de toda la finca hizo el Tribunal de Responsabilidades Políticas a resultas del expediente que se seguía a la propietaria de su mitad y cuya posesión no consiguió ésta, a pesar de ser absuelta, recobrar la libre

disposición de sus bienes y requerirse en este sentido a la entidad depositaria por el Juzgado de Responsabilidades Políticas, hasta que, adquirida la totalidad de la finca por dicha copropietaria, se consiguió el desahucio por precario. Esta sentencia fué confirmada íntegramente en apelación.

La entidad demandada recurrió en casación sólo frente a la condena de indemnización de los perjuicios—luero cesante—: reconocido por la otra parte el carácter de precario en el correspondiente desahucio, no pudo pedirse la indemnización del lucro cesante puesto que el precario es gratuito.

No ha lugar: "... Si bien es cierto que la nota característica de la ocupación en precario es la gratuitad, porque de no ser así habría que incluir esta figura jurídica en la órbita contractual o quasi contractual, esta nota de gratuitad, que se halla únicamente amparada en la mera tolerancia del dueño del fundo ocupado mientras se mantiene la existencia de aquella situación jurídica, cesa al manifestarse la terminación de dicha situación mediante el requerimiento de entrega de la cosa ocupada, como en el presente caso efectuó el Juzgado de Responsabilidades Políticas, y, a partir de este momento, la posesión de la cosa sin causa o título que la justifique, se convierte en detención, cuya persistencia morosa, si ocasiona daño al propietario, hace incurrir al poseedor en tales condiciones en la culpa contractual (sic) que regula el artículo 1.902 del C. c., problema jurídico que es el que ha sido debatido y resuelto en el litigio que ha dado origen al presente recurso y que viene a demostrar que no son incompatibles las acciones ejercitadas por los demandantes, tanto en el pleito anterior que tuvo por objeto poner fin a una situación posesoria injustificada como en el actual, en el que, sobre situaciones de hecho reconocidas y no impugnadas en la anterior resolución judicial, el Tribunal "a quo", apreciando en su libre albedrío la realidad del perjuicio causado como ganancia dejada de obtener, condenó, en aplicación del citado artículo 1.902, cuya aplicación no ha sido impugnada, a su resarcimiento, sin que tenga este abono la cualidad de rentas devengadas y no pagadas, como parece insinuar el recurrente, sino que las cantidades fijadas son el módulo económico que pareció adecuadamente reparador en relación con la clase de perjuicio sufrido...".

B. OBSERVACIONES: a) *El concepto de precario.*—La sentencia señala como nota característica del precario la "gratuidad", porque, de no ser así, habría que incluir esta figura jurídica en la órbita "contractual" o quasi contractual. Sin embargo, parece que las situaciones en precario "sin" la voluntad del "poseedor real", son ajenas a la idea de "gratuidad" o liberalidad, aunque, claro está, no haya pago de "merced". Además, la gratuitad no es nota que excluya de por sí una figura de la esfera contractual (recuérdense los contratos gratuitos). Por otra parte, el "contrato" de precario da lugar también a la situación de precario a que se refiere la sentencia—la que origina el desahucio al amparo del artículo 1.565 LEC.—; en este sentido, la S. 26 junio 1926, y con referencia al artículo 1.750 C. c., la S. 21 junio 1924.

b) *Calificación de la transgresión verificada por la entidad depositaria.*—La condena de daños y perjuicios se apoyó en el artículo 1.902 "cuya aplicación—dice la sentencia del T. S.—no ha sido impugnada", solución que parecería apoyada en que el depósito judicial no es un con-

trato. Pero estamos ante la transgresión jurídica subjetiva de la obligación de devolver la cosa depositada y no ante la transgresión del simple deber "alterum non laedere"; tienen, por tanto, aplicación los artículos 1.100 y ss., que se refieren a la transgresión de "obligaciones" en general, preceptos que se aplican aunque se entienda que esta obligación de restituir deriva de la Ley (artículo 1.090 C. c.). La confusión parece motivada por la impropiedad manifiesta de los términos tradicionales "culpa contractual" "culpa extracontractual": aquélla presupone un vínculo obligatorio, pero éste puede no ser contractual. Por sabido no es necesario insistir en la importancia que tiene la adecuada calificación jurídica en cuanto a la prueba, a la aplicación de los grados de la culpa y a los efectos. (M. P.)

6. PROTECCIÓN POSESORIA: V. S. 12 febrero 1952 (III, 4).

III. Derecho de obligaciones.

1. CUMPLIMIENTO ANORMAL Y FORZOSO: V. S. 27 enero 1952 (II, 5).

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. REOCUPACIÓN DE INMUEBLES RECONSTRUÍDOS. DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936. *El derecho a reintegrarse en la posesión arrendaticia del local de negocio reconstruido puede ejercitarse frente a una sociedad regular colectiva a la que aportaron el inmueble durante la reconstrucción los condueños arrendadores (únicos socios) [Sentencia 26 enero 1952].*

Durante la vigencia del régimen de alquileres anterior a la actual L. A. U., dos hermanos, copropietarios de un inmueble, acordaron su derribo y reedificación. Parte del inmueble se hallaba ocupada por un arrendatario de local de negocio, que fué condenado al desalojo por sentencia judicial, reconociéndosele en ella el derecho de volver a ocupar el local una vez reconstruido. Iniciada la reedificación, quedó ésta paralizada por razones de índole pecuniaria, y los hermanos constituyeron, como únicos socios, una sociedad regular colectiva, inscrita en el Registro mercantil, a la que aportaron el inmueble y con cuyo crédito finalizaron la construcción. Ante las dilaciones que se oponían a su reintegro en la posesión del local, el arrendatario acudió a los Tribunales, demandando a los hermanos, como arrendadores. La demanda fué estimada en ambas instancias, reconociéndose el derecho del actor a volver a ocupar los locales.

En recurso de injusticia notoria, los demandados invocan la excepción de falta de personalidad, por no pertenecerles a ellos el inmueble, sino a la sociedad que constituyeron; pero el Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso, formulando en el cuarto considerando la siguiente doctrina:

"Aun cuando no haya sido demandada la sociedad, integrada exclusivamente por los dos demandados, como de una parte la acción se ejerce por el inquilino contra los arrendadores del local como tales y de otra la sociedad se halla exclusivamente integrada por los dos hermanos, propietarios proindiviso de la finca aportada por ellos a la sociedad, no cabe eludir la responsabilidad contraída por virtud de sentencia primitiva, que condenó a éstos a reponer al demandante en los locales resultantes

de las obras sobre la base de que ésta no afecta a la sociedad, ya que, formada ésta exclusivamente por ambos propietarios, ningún mayor perjuicio se sigue a la entidad por ellos integrada por el cumplimiento del fallo dictado contra ella, y que de lo contrario bastaría con formar a los propietarios afectados por el fallo una sociedad entre ambos a espaldas del inquilino para evitar el obligado cumplimiento de la reserva de locales decretada en la sentencia, lo que ni moral ni jurídicamente puede admitirse."

OBSERVACIONES: El derecho del arrendatario de local de negocio a volver a ocupar los locales reconstruidos, a pesar de la transmisión de la propiedad del inmueble, no parecía discutible en el régimen del Decreto de 21 de enero de 1936. En efecto, el artículo 8.^º de éste se interpreta en el sentido de que el desalojo del inmueble que ha de ser reconstruido no implica extinción de la relación arrendaticia, sino simplemente su suspensión hasta que las obras queden concluidas. (V. al respecto la sentencia de 15 de enero de 1949 y el comentario de Fuenmayor, "Anuario", II, 1.^º, 1949, págs. 276 y ss.) Al no haber quedado extinguida, la relación arrendaticia afectará también a los nuevos adquirentes, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto de 21 de diciembre de 1931.

El Tribunal Supremo, sin embargo, se inclina hacia la idea contraria en la presente sentencia. Según él, el arrendatario podía hacer valer su derecho a la reocupación del local reconstruido frente a la sociedad a la que se aportó la finca; pero ello solamente porque se trataba de una sociedad colectiva cuyos intereses coincidían exactamente—a su juicio—con los de los antiguos condueños del inmueble, únicos socios. En la argumentación del T. S. (que no parece haber utilizado la noción de fraude) creemos ver un doble error. Por una parte, se olvida lo antes indicado sobre la eficacia "erga omnes" del derecho al reintegro en la posesión arrendaticia de los locales reedificados; por otra, al afirmarse que, estando la sociedad "formada exclusivamente por ambos propietarios, ningún mayor perjuicio se sigue a la entidad por ellos integrada por el cumplimiento de las obligaciones que les son propias", se olvida también que la personalidad jurídica y la autonomía patrimonial de la sociedad colectiva significan una garantía para los acreedores sociales, que resultaría parcialmente ineficaz con la actual doctrina del T. S. La argumentación del T. S. está inspirada, sin duda, en razones muy atendibles de equidad; pero al resultado se hubiese llegado con la correcta aplicación de las normas en juego: hubiese por ello sido preferible evitar algunas afirmaciones sujetas a reparos—los cuales, por otra parte, podrían extenderse también—al orden procesal. (J. A. P.)

3. EL PRECARIO. EL DEPÓSITO JUDICIAL. OBLIGACIONES NACIDAS DE CULPA EXTRAContractUAL: V. S. 27 enero 1952 (II, 5).

4. OBLIGACIONES NACIDAS DE CULPA EXTRAContractUAL: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTA RESPONSABILIDAD. *El ejercicio abusivo de los derechos no exime de esta responsabilidad. El hecho de haber conseguido mediante interdictos la posesión no da legitimidad a la acción posesoria que produjo los perjuicios; como no había derecho a esta posesión, en realidad, al reclamarla, no se ejercitaba un derecho, sino una apariencia de derecho [Sentencia 12 febrero 1952].*

A. La marquesa de X entregó una determinada cantidad a un posible administrador de una casa por cuenta de la fianza y del alquiler de

un piso y consiguió introducir en el mismo objetos de poca importancia; ulteriormente trató de ocuparlo violentamente, lo que motivó un sumario que da lugar a que se precinte el piso y que termina con sobreseimiento provisional; después consiguió la posesión en juicio de interdicto de re-cobrar. Demandada, declaró la sentencia la inexistencia del arrendamiento y le condenó a que desalojara el piso y al abono de los perjuicios desde que tomó posesión violenta del mismo.

La marquesa recurrió en casación, en cuanto a la condena de perjuicios e invocó fundamentalmente que no tiene aplicación el artículo 1.902, pues vienen causados por la diligencia judicial del precinto del piso y por el ejercicio de la posesión judicialmente recuperada.

El T. S. no da lugar al recurso: "porque, según criterio de esta Sala, en armonía con la moderna orientación doctrinal sobre la materia, el ejercicio de los derechos no exime de incurrir en la sanción establecida para la culpa extracontractual cuando se realiza aquel ejercicio de modo abusivo, y además porque lo ocurrido en este caso fué cosa distinta ya que, según lo que ha quedado acreditado en estos autos, la parte demandada hoy recurrente al accionar contra los actores, no ejercitaba un derecho sino una apariencia de derecho que pudo motivar resoluciones judiciales meramente sobre cuestiones de facto que por no entrar en el fondo de los discutidos ni daban ni quitaban legitimidad a la acción ejercitada, resoluciones que, según la sentencia de este pleito en junio no impugnado, han quedado ineficaces por ausencia de legítimo derecho que las mantuviera, y si a esto se añade que la recurrente, al comenzar su actuación con la ocupación violenta del piso en cuestión, en 11 de enero de 1944, obraba a sabiendas de que carecía de contrato de alquiler del mismo y aun de que se le había negado su otorgamiento, como lo revela el requerimiento notarial efectuado en 17 de diciembre de 1943 a la propietaria del inmueble, es ineludible concluir que su conducta ha sido culposa y no se ha hecho por la Sala de instancia aplicación indebida del artículo 1.902 C. c. (Considerando 2.º)

B. OBSERVACIONES.—Al sostener el Tribunal Supremo incidentalmente que el ejercicio abusivo de los derechos no exime de la responsabilidad extracontractual, reitera la doctrina que ya sostenía la Sentencia de 13 de junio de 1942, confirmada desde que por Sentencia de 14 de febrero de 1944 admite plenamente la doctrina del abuso del derecho (M. P.).

IV. Derecho de Familia.

1. DOTE OBLIGATORIA: *Si lo ofrecido en dote excediere de la cuantía de la dote obligatoria regirán, en cuanto al exceso, las reglas de la dote voluntaria. La determinación de la cuantía no puede hacerse en el proceso declarativo en tramitación en el que se pretendía el aseguramiento, sino en el acto de jurisdicción voluntaria establecido por el C. c. [Sentencia 18 diciembre 1951].*

A. Por acta notarial ofreció el padre a su hija una renta total anual de 10.000 pesetas, suma que correspondía a un capital de 250.000 pesetas,

lo que excedía en mucho—decía el padre en el acta—de la cuantía de la dote obligatoria. La hija pretende en un proceso de mayor cuantía, que se condene al padre a la constitución de un capital dotal que suponga la renta ofrecida, o a la entrega de un capital dotal que importe las 250.000 pesetas.

El padre se opuso, pidiendo que se le absolviese de la demanda. El Juez de primera instancia estimó la demanda. Esta sentencia fué revocada en parte en la apelación: el padre queda obligado a pagar la renta ofrecida; cuando por Tribunal competente se determine la cuantía que está obligado a pagar en concepto de dote obligatoria quedará fijada la parte que paga como dote voluntaria, la cual no está obligado a afianzar, y la parte que paga como dote obligatoria que ha de asegurar hipotecaria o pignoraticiamente, si no opta por entregar a la hija el capital dotal que se fije.

La hija recurre en casación, invocando, aparte otros motivos (vid. D. pr., V, 4), que el padre había ofrecido el total como dote obligatoria, que cuando no se determina conforme al procedimiento del artículo 1.341 puede ser de cuantía superior a la establecida en este artículo y viiniendo a sostener que en el proceso declarativo ventilado pudo probar si su oferta excedía de la cuantía obligada.

El Tribunal Supremo *no da lugar* al recurso, pues "el artículo 1.338 Código civil permite constituir dote a los padres, entre otras personas, en favor de la mujer, antes o después del matrimonio de ésta y, a su vez, el artículo 1.340, siguiendo la trayectoria marcada por la legislación tradicional, impone a los padres, en principio, la obligación de dotar a sus hijos legítimos coexistiendo así en nuestro sistema de organización matrimonial la dote voluntaria y la necesaria u obligatoria, regulada esta última, como ayuda a la mujer al sostenimiento del nuevo hogar, por el artículo 1.341, que limita su cuantía a la mitad de la legítima rigurosa presunta, poniendo así tope a la dote obligatoria en términos similares a los establecidos anteriormente en el derecho patrio, singularmente en las leyes 6.^a y 7.^a, título III, libro X de la Novísima Recopilación, como medio de evitar los daños y desórdenes a que pueden conducir las dotes excesivas, y así resulta que si la Sala de Instancia estimó probado el hecho de que la cuantía de la dote prometida a su hija por el padre demandado puede sobrepasar el tope de la mitad de la legítima, según afirmó el padre al hacer el ofrecimiento, no cometió la infracción del artículo 1.341, que acusa el primer motivo del recurso, sino que lo aplicó correctamente al declarar que si lo ofrecido excediese de dicha mitad presunta de legítima estricta, regirán en cuanto al exceso las normas de la dote voluntaria, ni ha infringido el mismo precepto legal al disponer que la determinación de la cuantía de la dote obligatoria a efectos de aseguramiento, se lleve a efecto en acto de jurisdicción voluntaria, y no en el juicio declarativo de mayor cuantía en tramitación, que es precisamente lo que dispone el mencionado artículo, sin duda inspirado en el deseo de idear un procedimiento judicial que no altere en lo posible la paz que deba reinar en el seno de la familia o le ocasione el quebranto menor e inevitable, incluso prohibiendo la pesquisa de la fortuna del padre y dejando al buen criterio del Juez la fijación de la cuantía de la dote necesaria, previa mera audiencia del padre o madre

dotantes y de dos parientes de la hija, y si este procedimiento pudiera merecer algún reparo en derecho constituyendo, en casos como el de autos en que, iniciado un juicio de mayor cuantía sobre obligación de dotar y sobre garantía de la obligación, existen motivos de economía procesal que amparan una declaración del montante de la dote necesaria dentro del mismo juicio, es lo cierto que los Tribunales habrán de atenerse estrictamente en sus resoluciones al derecho constituido, si éste los marca la norma de aplicación al caso enjuiciado". (Considerando 3.^o)

B. OBSERVACIONES: 1.—En este proceso prevaleció el criterio de desintegrar el ofrecimiento dotal que se hizo en promesa de dote voluntaria y reconocimiento de dote obligatoria. Parece, sin embargo, que, si se aceptaba el ofrecimiento conjunto tal como se formuló, la hija no tendría derecho a distinguir la cuantía correspondiente a la dote obligatoria para que ésta se cumpliese en todo su rigor (este ofrecimiento nacésitaba ser aceptado por lo que tenía de oferta de cumplimiento de la dote obligatoria en otros términos que los legales). Es ésta una cuestión que no fué llevada a la casación.

2.—Otra cuestión que no se llevó a la casación es la del cumplimiento de la dote obligatoria cuando no se entrega a la hija el capital de la dote, sino que se hace mediante rentas anuales. La sentencia de primera instancia habla de constitución de un capital dotal que suponga la renta; la de la Audiencia habla de que se ha de asegurar hipotecaria o pignoraticiamente la renta correspondiente; Manresa ("Comentarios", IX, 1950, página 303) parece entender que el padre quedará obligado simplemente al pago de la renta; el Código civil simplemente dice que "los padres pueden cumplir con la obligación de dotar a sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, o bien abonándoles una renta anual como frutos o intereses del mismo" (artículo 1.242). ¿Podría interpretarse en el sentido de que en este segundo supuesto la dote debe constituirse —"del mismo"—aunque no entregarse? En cuanto a la cuestión del tipo de rédito a emplear para obtener la renta dotal, la Audiencia emplea el 4 por 100 (vid. Sánchez Román, "Estudios", tomo V, vol. I, 2.^a ed., 1898, página 728; M. Scaevela, "Código civil", vol. III, 21, 1904, págs. 429 y siguientes).

3.—La sentencia dice que el artículo 1.341 pone "un tope a la dote obligatoria" (?) en términos similares a los de nuestro derecho patrio anterior, singularmente a los de la "Novísima Recopilación" (lib. X, tomo III, L. 6.^a y 7.^a). La cita es errónea: la "Novísima" señala tasa máxima a las dotes de las hijas, mientras el artículo 1.341 fija un "mínimum" (vid. Sánchez Román, ob. cit., págs. 726 y ss.). (M. P.)

2. LA DEUDA ALIMENTICIA ENTRE PARIENTES: CASOS EN QUE SE DA: *No cesará la obligación de dar alimentos, aunque el alimentista—hija legítima del obligado—puede ganar un sueldo o jornal que le permita atender deficientemente a sus necesidades; en este caso tiene derecho a los alimentos complementarios, determinados según el artículo 146 C. c., para poder vivir "según la posición social de la familia".*

MODO DE PAGO: LA OPCIÓN QUE CONCEDE EL ARTÍCULO 149 C. c. AL OBLIGADO A PRESTAR ALIMENTOS: *Está supeditada "a que fundadas razones morales o de otro orden no impidan la convivencia de ambos, en cuyo caso siempre habrá de satisfacer la pensión que proceda" (Considerando 1.^o), sin que pueda el obligado imponer "la residencia en casa de otras personas*

de la familia, porque el indicado precepto legal no autoriza ese modo de prestar los alimentos" (Considerando 2.º).

LA CUESTIÓN DE LA EXISTENCIA DE LAS RAZONES QUE IMPOSIBILITAN LA OPCIÓN: *Se viene a considerar como de hecho: sólo puede llegar a la casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.* [Sentencia 8 marzo 1952].

A. Francisca G. y G., mayor de veinticinco años, pretende alimentos provisionales de su padre legítimo, rechazando ser alimentada en la casa de él, pues éste, que está divorciado, vive en ella maritalmente con una mujer con la que tiene otros hijos; el padre se opone invocando fundamentalmente la posibilidad que tuvo la actora de obtener alimentos en la casa paterna o en otra casa que tenía alquilada el padre para su madre—abuela de Francisca—, una hermana de él y un hijo—hermano de doble vínculo de Francisca—, o en la de una hermana, de doble vínculo, de la actora. En la prueba parece demostrado que Francisca podía ejercer un oficio, y si no lo desempeñaba era por su voluntad. El Juez de primera instancia desestima la demanda, y, a su vez, la Audiencia, en apelación, revoca la sentencia, condenando al padre al pago de una pensión alimenticia que importaba la mitad de la pretendida.

El padre recurre en casación, invocando frente a la sentencia, fundamentalmente: Que la hija no necesita alimentos para su subsistencia, ya que le bastaba con el oficio que pudo ejercer (artículos 148 y 153, 3.º Código civil). Que se le niega el derecho de opción del artículo 149 C. c., siendo que no hay razones sociales contra la reputación de la casa paterna y hubo buena armonía entre Francisca y su concubina; además, de ser imposible el mantenimiento de la hija en la casa paterna, siempre habría sido posible el mismo en las otras casas ofrecidas por el padre.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso en virtud de los siguientes razonamientos, a más de los reproducidos en los epígrafes:

"Como tiene dicho este Supremo Tribunal, en su S. 15 diciembre 1942, la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal y medio de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, que están en armonía con la posición social de la familia, según se reconoce en el artículo 142 C. c., y la circunstancia de que doña Francisca G. ejerciendo alguna profesión u oficio, gane un sueldo o jornal que la permita atender deficientemente a sus necesidades, no le priva de su derecho a recibir de su padre los alimentos que solicita, para que, unidos con sus ingresos, pueda vivir en la forma que por su posición social le corresponde". (Considerando 3.º)

"La decisión que (respecto de las razones que impidan la convivencia entre la alimentista y el obligado) adopte el Tribunal "a quo" no puede impugnarse en casación más que justificando conforme a lo establecido en el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., que ha incurrido en error de hecho o de derecho al apreciar las circunstancias en que ha fundado su resolución" (Considerando 1.º). "Pero es que, además (la argumentación) que se emplea en su motivo 1.º al amparo del número primero del indicado artículo 1.692, para justificar que se ha infringido el citado artículo 149 del C. c. en la sentencia discutida..., es completamente inaceptable, pues podrá ser cierto que por la forma discreta en que proceden (los concubinos) no trascienda la irregularidad de su conducta a

las personas que no sean de su intimidad y que no les conozcan desde hace mucho tiempo, pero ello no es suficiente para estimar normal ni disculpable esa situación y obligar a vivir con ellos a una hija legítima, con el indudable daño que en sus principios morales y sentimentales habría de producir tal convivencia" (Considerando 2.º).

B. OBSERVACIONES: a) La obligación de alimentos que tiene el padre respecto de su hija legítima es una obligación alimenticia propia, que equivale a la clásica "obligación de alimentos civiles": la cuantía está en función de la posición social de la familia (artículo 142 C. c.)—de la fortuna del obligado (artículos 146 y 147 C. c.)—y de las necesidades del alimentista (artículos 146 y 147 C. c.). El concepto "alimentos necesarios para la subsistencia" que emplean los artículos 148 y 152, 3.º, C. c., no puede entenderse en el sentido de "los auxilios necesarios para la subsistencia", sino que han de apreciarse en relación con la posición social del obligado y situación del alimentista, como sostenía la sentencia 27 marzo 1900. Sin embargo, el sentido restringido es sostenido por la sentencia 12 marzo 1903 para no dar lugar a un recurso (Ss. citadas por Rodríguez Navarro, págs. 725-6).

b) El que la opción no tenga lugar cuando hay imposibilidad moral de que el alimentista se traslade a casa del obligado, es doctrina reiterada del T. S. (vid. Rodríguez Navarro, págs. 711 y ss.).

c) La existencia de los hechos que imposibilitan la opción es cuestión de hecho. Pero sí podría llegar a la casación como de derecho la cuestión del concepto de imposibilidad moral. La doctrina jurisprudencial se manifiesta en los términos un tanto rígidos de esta sentencia (vid. Rodríguez Navarro, lugar últimamente citado, principalmente. Sentencia 24 enero 1927); pero la sentencia comentada entra, a pesar de todo, en la calificación de los hechos. (M. P.)

DERECHO MERCANTIL

1. COMPROVENTA MERCANTIL. LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *De acuerdo en el art. 1.500 del C. c., aplicable por virtud del art. 50 del C. de c., el pago ha de hacerse en el lugar de entrega de la cosa vendida. A efectos de competencia, se presume la entrega, salvo pacto en contrario, en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento mercantil.* [Sentencias de 4 marzo 1952, 20 marzo 1952, 17 abril 1952 y 22 abril 1952.]

2. COMPROVENTA MERCANTIL SOBRE MUESTRAS. LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *Es aquel en que ha de comprobarse si la mercancía se ajusta o no a la muestra.* [Sentencia 13 mayo 1952.]

3. COMPROVENTA MERCANTIL. LUGAR DE CUMPLIMIENTO. SIGNIFICADO DEL GIRO DE LETRAS: *Cuando no está pactado como modo de cumplimiento de la obligación, el giro de letras es una simple facilidad de pago que no determina el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar a efectos de competencia.* [Sentencia 20 marzo 1952.]

DERECHO PROCESAL**II. Parte general.**

1. SUMISIÓN EXPRESA. CLÁUSULA DE SUMISIÓN INSERTA EN UNA FACTURA: *La factura es un documento unilateral que no obliga a la otra parte en aquello en lo que fué suscrita o aceptada.* [Sentencia 20 marzo 1952.]

2. PRINCIPIO DE PRUEBA. AFIRMACIONES DEL ACTOR NO CONTRADICHTAS POR EL DEMANDADO: *Acreditan de manera suficiente, a efectos de competencia, el lugar de entrega de la mercancía.* [Sentencia de 22 abril 1952.]

OBSERVACIONES: Véanse en idéntico sentido las sentencias de 21 de septiembre 1950 y 3 febrero 1951.

3. ACCIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO: *Es competente el juez que lo es para las cuestiones relacionadas con el cumplimiento.* [Sentencia de 22 abril 1952.]

4. ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE DISTINTA NATURALEZA. ACCIÓN PERSONAL SUBORDINADA A UNA ACCIÓN REAL: *El Tribunal competente para conocer en una acción reivindicatoria lo es también para conocer en una acción personal de indemnización de daños y perjuicios que se ejercita como complementaria y subordinada de aquella.* [Sentencia 18 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: La jurisprudencia anterior había ya declarado que la competencia para conocer de la acción principal se extiende a las acciones subordinadas a ella. En este sentido, véanse las sentencias de 11 enero 1930, 1 abril 1930, 15 julio 1934, 24 julio 1934, 18 febrero 1935, 22 septiembre 1950. (J. A. P.).

5. LA PRUEBA: APRECIACIÓN: V. S. 10 marzo 1952 (V, 7).

6. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: V. S. 18 diciembre 1951 (V, 4).

V. Procesos especiales.

1. PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: V. S. 22 marzo 1952 (D. c., II, 4).

2. MOTIVOS DE CASACIÓN: NÚM. 1.º, 1.692, LEC: LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS: V. S. 8 marzo 1952 (D. c., IV, 2).

3. MOTIVOS DE CASACIÓN: NÚM. 1.^º, 1.692 LEC: *Cuando la pretendida infracción de leyes plantea una cuestión nueva—no discutida en el proceso—procede la desestimación.* [Sentencia 27 febrero 1952.]

Mantiene esta doctrina en el Considerando 6.^º

CONCORDANCIAS: Prieto Castro ("Derecho Procesal Civil", tomo II, número 532, I) cita "ad exemplum", Ss. 7 junio 1945, 12 junio 1942, 21 marzo 1934, 4 octubre 1933.

4. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 2.^º, 1.692 LEC. *No es incongruente la sentencia que, ante un pedimento absolutorio solicitado por la parte demandada estima parcialmente la demanda. Ni si se abstiene de hacer una declaración que por precepto legal ha de ser hecha por procedimiento distinto.* [Sentencia de 18 diciembre 1951.]

El recurrente invocó, además de la infracción de ley (v. S. en D. c., IV, 1), fundamentalmente, la incongruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes: no ha sido pedido por nadie todo cuanto en el fallo se refiere a división del concepto de dote e incoacción de un nuevo procedimiento para determinar la cuantía de la obligatoria

No ha lugar, pues "no es incongruente la sentencia que, ante un pedimento absolutorio solicitado por la parte demandada, concede menos de lo pretendido por la parte actora, estimando parcialmente la demanda, ni es incongruente tampoco el fallo que se abstiene de hacer en determinados procedimientos judiciales una declaración que por precepto legal ha de ser hecha en procedimiento distinto, y, por lo tanto, si en la demanda se solicitó, en términos poco explícitos, que el padre demandado afianzase la dote ofrecida a su hija demandante con motivo del concertado matrimonio de ésta, y la Sala sentenciadora, estimando que la cuantía de lo ofrecido podía exceder de la mitad de la legítima rigurosa presunta, decretó el afianzamiento de la dote obligatoria solamente, mandando llevarlo a efecto una vez que se fijase la cuantía de dicha dote en acto de jurisdicción voluntaria, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1.341 C. c., no se aprecia el vicio de incongruencia que denuncia el segundo motivo del recurso". (Considerando 1.^º)

5. MOTIVOS DE CASACIÓN: NÚM. 7.^º ART. 1.692 LEC.: *Este número ... no ampara la alegación del error que se suponga cometido al apreciar la prueba, si no resulta su evidencia de un acto o documento auténtico, o de la violación de un precepto relativo al valor y fuerza de un medio probatorio...* [Sentencia 2 abril 1952.]

Se acoge esta doctrina en el Considerando 2.^º, "conforme a una jurisprudencia constante"; Prieto Castro ("Derecho Procesal", tomo II, 534, VII) cita las Ss. 5 junio 1886, 27 junio 1885.

6. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.^º, 1.692 LEC. *Las diligencias judiciales no son documentos auténticos a los efectos de la casación.* [S. 12 febrero 1952. (V. D. c., III, 4).]

En un recurso de casación se invocó, además de la infracción de ley, el error de hecho a que se refiere el núm. 7.^o de este artículo, alegando, como documentos auténticos, testimonios de diligencias de otros procesos.

El T. S. no dió lugar al recurso, oponiendo que "los términos de las diligencias judiciales (sic) que como documentos auténticos se citan, aparte de no ostentar esta cualidad a los efectos de la casación, han sido debidamente tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador". (Considerando 2.^o)

7. LA CASACIÓN: MOTIVO: NÚM. 7.^o, 1.692 LEC. [Sentencia 10 marzo 1952. (V. D. c., I, 5.)]

A. El Tribunal de instancia formó juicio apreciando en conjunto todos los medios de prueba. Se funda la casación en el artículo 1.692, 7.^o, LEC. El T. S. no da lugar al recurso, aparte otras consideraciones, porque, al no demostrarse la equivocación evidente del juzgador, es "desestimable el motivo, como lo sería igualmente al tenerse en cuenta que la Sala de instancia sometió a su examen y apreciación los documentos aludidos para formar su juicio por la resultancia que ofrecían los mismos y todas las demás pruebas practicadas".

B. OBSERVACIONES: La práctica de la apreciación de la prueba en conjunto, uso admitido por la jurisprudencia, viene a inutilizar el núm. 7.^o, 1.692, LEC. (Prieto Castro, "Derecho Procesal Civil", vol. I, núm. 304; vol. II, núm. 534, VII.) (M. P.)

8. PROCEDIMIENTO DE LA CASACIÓN: *Hay lugar para la inadmisión y, por tanto, para la desestimación, cuando cada motivo del recurso se funda a la vez en dos o más causas de las enumeradas en el art. 1.692 LEC.* [Sentencia 27 febrero 1952.]

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso porque "entre los requisitos que el artículo 1.720 de la LEC exige se guarden en los escritos en que se formulen recursos de casación por infracción de ley o doctrina legal, se encuentra el de que los distintos fundamentos del recurso se expresen en párrafos separados y numerados, para evitar de este modo que al aglomerarlos y discutirlos conjuntamente se produzca confusión en sus alegaciones... y en su consecuencia, conforme a lo prevenido en el número 4.^o del artículo 1.729 de la citada Ley, no debe darse lugar a la admisión de los recursos de casación cuando se falte en ellos a los expresados requisitos; y como en el presente se ha formulado con tal confusión sus motivos, que el primero se funda en dos causas distintas y cada uno de los restantes en tres también diferentes de las enumeradas en el artículo 1.792 de la repetida ley, esta sola circunstancia sería suficiente para que procediera desestimar los cinco motivos de casación alegados por la parte que recurre". (Considerando 1.^o) (1).

(1) La Sentencia, "aún siendo innecesario" (Considerando 2.^o), pasa a examinar los diferentes motivos.

9. PROCEDIMIENTO DE LA CASACIÓN: [Sentencia 2 abril 1952.]

Ciertos motivos del recurso a la vez que eran fundados en el número 7.^o, 1.692 LEC., señalaban la infracción de preceptos "substantivos"; el Tribunal Supremo, aunque nota el "vicio formal" (Considerando 3.^o), examina los motivos.

El no expresar el concepto en que se supone cometida la infracción de un precepto lleva necesariamente a la desestimación del motivo (Considerando 4.^o, pero examina el motivo).

II. SALA QUINTA

1. Sentencias comentadas

ACCION REIVINDICATORIA.—INSCRIPCION DE POSESION.—FINCA IMAGINARIA. — POSESION REAL. — PRESCRIPCION. — INCONGRUENCIA.—NULIDAD DE INSCRIPCION

Sentencia 10 diciembre 1951

ANTECEDENTES.—Por D. José M. C. y los señores M. M. se formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia del Norte de Alicante, con fecha 26 de mayo de 1934, contra el Ayuntamiento de A., fundada en los siguientes hechos: que D. José y D. Salvador M. C. compraron a los albaceas de J. M. M. B., la finca «Huerto de Van-Halen», en la partida de Tartanell, término de Alicante, de 3 h. 74 a. 98 c., por escritura pública de 4 de mayo de 1902, que se inscribió en el Registro; que por resultar en nueva medición mayor cabida, instaron expediente de información posesoria, en la que la finca se describió como «extensión de tierra inculta e improductiva, de 4 h. 39 a. 87 c., sita en la partida y términos expresados, que lindaba por los cuatro puntos cardinales «con más tierras de los mismos propietarios»; el expediente fué aprobado por auto de 28 de noviembre de 1904, y se inscribió la finca como independiente en 1909. Los mismos señores, por escritura de 31 de agosto de 1903, compraron a doña Enriqueta O. G. y a los hermanos J. y F. F. G. «unos terrenos en la partida de San Blas, llamada también de Tartanell o Espartell», del mismo término, e inscribieron la finca. A consecuencia de alineaciones, por resultar edificables los terrenos, los señores M. cedieron a su colindante señor C. una parcela rectangular de 27 metros cuadrados, lindante por N. y E. con finca de dicho señor, y por los demás con la matriz; a cambio obtuvieron del cessionario, la declaración de inedificable de una zona de tres metros de latitud, que circundaba la tapia de la finca de los cedentes. Los señores M., por escritura de 8 de agosto de 1909, agruparon las fincas adquiridas describiendo la nueva: «Huerto de Van-Halen, de extensión 8 h. 20 a. 21 c. y 80 decímetros cuadrados», con linderos que no constan especificados en la Sentencia.

Don Salvador M. C. falleció intestado el 29 de agosto de 1910, y fueron declarados sus herederos, la viuda doña Encarnación M. C.—que repudió la herencia—, y sus nueve hijos, entre quienes, por partes iguales, se distribuyó el caudal. El hijo D. Felipe M. M. vendió a sus hermanos D. Salvador y D. Luis, por mitad proindiviso, la parte que le correspondía por herencia paterna en la finca «Van-Halen», por escritura de 9 de agosto de 1932, rectificada por la de 16 de octubre de 1933, inscritas. Doña Encarnación M. G. falleció el 28 de septiembre de 1931, bajo testamento de 29 de abril del mismo año; en la escritura de partición figuraba bajo el número 9 del inventario, la cuarta parte indivisa del huerto, de la que se segregó un trozo para formar finca independiente que,

descrita bajo el número 10, fué adjudicada a cada uno de los ocho hermanos en proporción de la cuarta parte de una octava; la finca 9—resto después de la segregación—, por disposición de la testadora, se adjudicó a D. Salvador y don Luis M. M. En 16 de octubre de 1933 todos los propietarios de «Van-Halen» otorgaron escritura de rectificación de la extensión atribuida a la finca segregada en la anterior partición, y ratificaron la segregación. En 1930 concedieron permiso al Ayuntamiento de A. para que, en parte de los terrenos construyera una garita refugio para el Agente de Arbitrios, sin que por ello se creara derecho alguno a favor de la Corporación.

El 8 de abril de 1933, por certificación expedida por el Alcalde, Concejal Síndico y Secretario del Ayuntamiento de A., se inscribió en el Registro la posesión de unos terrenos, descritos como parcela irregular de 5 h. 91 a. 3 c. y 25 decímetros cuadrados, en la partida de San Blas del mismo término, a favor del Ayuntamiento dicho.

Los demandantes alegaron que los terrenos inscritos en virtud de la certificación, eran de la exclusiva propiedad de los señores M.; que la diferencia de linderos se explicaba porque, desde la adquisición de la finca en 1902, por las muchas parcelaciones realizadas, la finca, que al principio por el Este lindaba con sólo dos propietarios, tenía luego 27 colindantes, y que respecto a la extensión, no podía concretarse si en parte era la de caminos existentes o de otros predios; que la finca de los demandantes estaba inscrita en el Registro, en el Catastro y en los padrones municipales y había tributado por plusvalía; y que los señores M. se dirigieron al Ayuntamiento el 3 de julio de 1933, en súplica de que se consintiese la cancelación de la inscripción obtenida, por lo que aquél tenía pleno conocimiento de la cuestión. Y acabaron solicitando: 1º, que se declarase nula y sin efecto jurídico la inscripción de posesión que de la finca de los demandantes se efectuó a favor del Ayuntamiento; 2º, que se declarase que dicha finca era del dominio de los demandantes y se mandara reponerles en la posesión; 3º, que se ordenase la cancelación de la inscripción del Ayuntamiento.

Emplazado el Ayuntamiento de A. se opuso a la demanda, y se fundó en que los demandantes no eran dueños más que de la finca «Huerto de Van-Halen», más conocido por Huerto del Inglés, comprado en 1902, que se halla limitada por una cerca; que en la finca inscrita por información posesoria, luego agrupada con el Huerto y segregada después, no tenían ningún derecho los autores, porque nunca les había pertenecido; que la finca inscrita a favor del Ayuntamiento estaba constituida por terrenos del Barranco de San Blas, propiedad del Municipio, y que poseía de tiempo inmemorial el común de vecinos del Ayuntamiento de A., finca que ninguna relación tenía con la de los señores M., y a ello obedecía la diferencia de linderos.

Seguido el procedimiento en sus trámites, el 18 de febrero de 1935, dictó Sentencia el Juez, por la que se desestimó la demanda, absolió al Ayuntamiento y no hizo expresa condena en costas. La Audiencia Territorial de Valencia, en apelación, dictó Sentencia el 21 de mayo de 1947, por la que confirmó la del Juzgado, sin imposición de costas.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primerº.—Número 3º del artículo 1.692 de LEC, en relación con el 359 de la misma, y doctrina legal de las Sentencias de 4 de abril

de 1936, 16 de diciembre de 1941, 3 de junio de 1942 y 25 de junio de 1945. Los actores además de ejercitar la acción reivindicatoria, y desligadas de ella, solicitaron la declaración de nulidad de la inscripción a favor del Ayuntamiento, y su cancelación. La Sentencia de la Audiencia, señala que lo único que podrían discutir los actores es un problema de posesión, acerca del cual nada se pidió, siendo así que pidieron nulidad y cancelación de la inscripción. También se eludió la cuestión al decir de la inscripción a favor del Ayuntamiento, que «defectuosa o no, subsanable o insubsanable...», con lo que soslayó el problema que quedó sin resolver. Es procesalmente correcto, que se traten todos los puntos del debate que termina con sentencia absolutoria, pero no lo es cuando a alguno de ellos no se dedica atención.

Segundo.—Número 1.^º del artículo 1.692 LEC, por infringir, al inaplicarlos, los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 26 y 61 del Reglamento vigentes a la sazón. La inscripción del Ayuntamiento adolece de defectos que, al ser denunciados en la demanda, llevan consigo su nulidad, conforme a la Resolución de 21 de marzo de 1899, pues falta el lindero Oeste de la finca, y se advierte la omisión de otras circunstancias, todo lo cual resulta de la propia inscripción. Por estos preceptos y sus concordantes: artículos 30 y 79-4^º de la Ley anterior, y Resolución de 16 de febrero de 1914, debe declararse la nulidad y decretarse la cancelación.

Tercero.—Número 7.^º, artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de las pruebas en cuanto a la identidad de la finca reivindicada, resultante de la certificación registral, documento auténtico; motivo desligado de los dos anteriores. La jurisprudencia establece que en cuanto a la identidad de la finca reivindicada, ha de estarse a lo apreciado por la Sala sentenciadora, salvo si se demostrare su error (Sentencia 17 enero 1912). Por confusionismo entre el Camino del Portazgo y el que como límite Norte tiene la finca reivindicada, se incurrió en el error de decir que se había inscrito una finca imaginaria, so pretexto de diferencias de cabida y agrupación; el lindero N. de la finca de los señores M. se reitera desde el primitivo título; en él hay un accidente natural: el Camino de Rabasa, llamado así en las posteriores inscripciones y sin especificar en la primera, que la Sentencia confunde con el del Portazgo, que atraviesa la finca, y separa la parte cercada de la que no lo está. Los linderos de la finca inscrita a favor del Ayuntamiento, de los cuales falta el del Oeste, pese a diferencias de nombre, son los mismos que los de la reivindicada. La agrupación no fué caprichosa, sino necesaria, pues figuraban inscritas como independientes, siendo una sola: a) la adquirida en 1902; b) la del expediente posesorio "enclavada y confundida con la anterior"; c) la parcela adquirida de Cumming. También fué necesaria la segregación, para cumplir el testamento de la viuda de M.

Cuarto.—Números 1.^º y 7.^º del 1.692, error de hecho en la apreciación de la prueba, con violación del párrafo segundo del artículo 396 de la Ley Hipotecaria anterior, aplicable conforme la disposición transitoria cuarta de la reformada. En la inscripción de posesión practicada en 1909, aparece que los actores venían poseyendo la finca desde 1902, tiempo de posesión que debe contarse para usucapión que no requiera justo título; lo confirma la Sentencia de 30 de octubre de 1906. La Sala incurrió en error, al iniciar el cómputo en 1909 y entender que la prescripción quedó interrumpida en 1933 por la inscripción a favor del Ayuntamiento.

Quinto.—Número 1.^º del artículo 1.692, al infringir por violación el articu-

lo 1.959 del Código civil. Cuando el Ayuntamiento inscribió en 1933, habían transcurrido más de treinta años desde 1902 en que se inició la posesión de los señores M., lo que legitima su dominio sin necesidad de justo título ni de buena fe. Las Sentencias de 22 de octubre de 1919 y 14 de febrero de 1905, aclaran que el último párrafo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no exigía que la prescripción se declarase judicialmente, sino que bastaba el transcurso del tiempo, contándose el anterior a la fecha del asiento, conforme al artículo 396 de la Ley y Sentencia antes citada.

Sexto.—Número 1.º del artículo 1.692, por infracción de los artículos 399, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria y 1.957 del Código civil—aquél modificado en 1927—, que ordenó la conversión a los diez años de las inscripciones de posesión en dominio. Aunque se acepte el cómputo hecho por la Audiencia, cuando en 1933 inscribió el Ayuntamiento, habían transcurrido catorce años desde 1919, fecha en que automáticamente la inscripción a favor de los actores se elevó de rango, por lo cual entra en juego el artículo 1.957 del Código civil, que marca el plazo de diez años entre presentes para la usucapión con justo título y buena fe.

CONSIDERANDOS.—Primero.—Que el pronunciamiento absolutorio de la demanda abarca, en términos generales, la desestimación de todas las pretensiones formuladas, ya haya precedido al fallo el examen jurídico de todas ellas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculo de dependencia, de tal suerte que la improcedencia de aquéllas determine necesariamente la de las demás a ella subordinadas; por lo que, si la Sala sentenciadora apreció en los fundamentos jurídicos del fallo que no era viable la acción básica sobre nulidad de la inscripción de posesión en favor del Ayuntamiento demandado, y consiguiente cancelación en el Registro de la Propiedad, dijo que el pedimento reivindicatorio era base y fundamento de estas otras dos pretensiones y aceptó el Considerando undécimo de la sentencia de primera instancia, por el que, después de examinada y desestimada la acción fundamental de reivindicación, declaró que no era preciso comparar el título posesorio del demandado con el de dominio y posesión invocado en la demanda, puesto que no probada por los demandantes la acción principal ejercitada se imponía la absolución del demandado, aunque éste careciese de título para poseer lo que se pretendía reivindicar, quedó claramente definida la posición del juzgador de instancia en el sentido de que, subordinada la nulidad de la inscripción posesoria y consiguiente cancelación al buen éxito de la acción reivindicatoria, la improcedencia de ésta llevaba implícita la de aquéllas, y tal posición del Tribunal *a quo*, perfectamente correcta, no puede ser objeto de impugnación eficaz por vicio *in procedendo*, constitutivo de incongruencia por defecto de poder, que es lo que, sin razón, se denuncia en el primer motivo del recurso, partiendo del supuesto inexacto de que la Sala de instancia no dedicó ni una sola línea ni una sola alusión a los temas de nulidad y cancelación de la inscripción de posesión en favor del demandado.

Segundo.—Que en justificación de la acción reivindicatoria, que constituye la finalidad primordial y en cierto modo única de la demanda, se invocó esencialmente como causa remota la adquisición en el año 1902 del llamado «Huerto de Van-Halen», y como causa próxima la información posesoria aprobada en el año 1904 e inscrita en el Registro de la Propiedad en el año 1909, habiendo

declarado la Sala sentenciadora que los actores son dueños indiscutibles del huerto, pero no acreditaron el dominio ni la identidad del terreno que pretenden reivindicar a base de la información posesoria, porque ni justificaron su adquisición como finca distinta del huerto, ni es físicamente posible que en éste estuviera comprendido por exceso de cabida, ya que el huerto no tiene más extensión que la asignada dentro de los linderos señalados en la escritura del año 1902, resultando así que se ha inscrito la posesión de una finca imaginaria, que no puede ser, por lo tanto, la que posee el Ayuntamiento demandado y ahora se le reclama, y frente a esta posición del Tribunal de instancia, acusa el tercer motivo del recurso, error de hecho en la apreciación de la prueba respecto a la identificación de la finca que se reivindica, estimando el recurrente que la identidad resulta de las mismas inscripciones en el Registro; pero no se tiene en cuenta que si bien en nuestro sistema hipotecario, el titular inscrito goza de destacados privilegios en la esfera civil y procesal, por la presunción establecida de que los asientos del Registro son exactos e integros, la presunción puede ser desvirtuada ante los Tribunales mediante prueba en contrario, y en consecuencia, si un examen minucioso de las pruebas condujo a estimar que el asiento del Registro no corresponde a la finca que posee el Ayuntamiento, carecen de autenticidad a efectos de casación las invocadas inscripciones, porque por sí mismas y frente a prueba en contrario, no demuestran la identidad pretendida, ni es licito tampoco desarticular la prueba prescindiendo, entre otras, de la de peritos y reconocimiento judicial, apreciadas como de singular relieve por el juzgador de instancia.

Tercero.—Que en el motivo 4.^o se denuncia también como error de hecho la afirmación en la sentencia recurrida de que, a falta de título de dominio, no es viable la prescripción extraordinaria como modo de adquirir lo que es objeto de reivindicación, porque desde el año 1909 en que fué inscrita la posesión por los causantes de los actores, hasta el año 1933 en que el Ayuntamiento demandado inscribió la posesión de los terrenos que se le reclaman, no han transcurrido treinta años, siendo así que a juicio del recurrente, la prescripción debe computarse desde 1902, por constar en la inscripción que desde esta última fecha venían poseyendo la finca los que instaron la información posesoria: pero a esta argumentación del recurso hay que oponer, para desestimar el error de hecho denunciado: primero, que en el apuntamiento no hay constancia del hecho que se trata de demostrar, y sólo en el Considerando octavo de la sentencia del Juez, aceptada en la recurrida, se alude a la manifestación hecha en el expediente posesorio por quienes lo instaron, en el sentido de que venían poseyendo desde 1902, no que la posesión desde dicha fecha se tuviese por acreditada en el auto que aprobó la información ni en su inscripción registral, y segundo que según claramente se dice en el Considerando sexto de la sentencia impugnada, su argumentación anterior sobre prescripción adquisitiva extraordinaria, ha sido hecha por vía de mera hipótesis, y que lo cierto, según las pruebas practicadas, es que los actores no han tenido nunca la posesión material exclusiva de lo que reivindican, por tratarse de terrenos que lo mismo pueden ser comunales, que públicos, de escombrera, paso de ganados, etc., todo ello incompatible con la posesión material exclusiva y excluyente de los demandantes.

Cuarto.—Que los razonamientos expuestos para desestimar el error de hecho

denunciado en el cuarto motivo, dejan sin base *de facto* la infracción del artículo 396 de la Ley Hipotecaria anterior a la vigente, según se denuncia en el mismo motivo, y también las de los artículos 1.957 y 1.959 del Código civil y la del artículo 399 de la Ley Hipotecaria, acusadas en los motivos quinto y sexto, porque si nunca poseyeron los demandantes en concepto de dueños los terrenos que quiere reivindicar, no hay posibilidad jurídica de que los hayan adquirido por usucapión, no tan sólo en el área del Derecho civil, sino además en el ámbito propio del Derecho inmobiliario, respecto del cual basta recordar, a efectos del presente recurso, que, apartado el tema de protección por *fides pública* del tercero hipotecario *strictu sensu*—no aplicable a los actores, primeros inscriptores de información posesoria—, los Tribunales están encargados de salvaguardar los asientos del Registro velando por su pureza, en cuanto es aspiración del sistema, establecer una concordancia exacta entre el asiento y la realidad jurídica extraregistral, y a tal efecto disponía el artículo 41 de la mencionada Ley que la posesión inscrita gozaría de todos los efectos que el Código civil atribuye al poseedor de buena fe, pero sólo mientras los Tribunales no declarasen la discordancia entre la inscripción y la verdad jurídica extraregistral, que es precisamente lo que declara la sentencia recurrida, en términos de firmeza en casación, al afirmar que los terrenos que se describen en el Registro no existen realmente o son imaginarios.

Quinto.—Que por ser perfectamente correcta la abstención en la sentencia recurrida de un pronunciamiento específico sobre las pretensiones de nulidad y cancelación de inscripción posesoria en favor del Ayuntamiento, de los terrenos que en parte le reclaman los demandantes, según queda dicho en el Considerando primero de esta resolución, resulta estéril entrar ahora en el examen jurídico del mismo tema, porque en todo caso se impondría el mantenimiento del fallo absolutorio por aplicación del principio *actore non probante reus est absolvendus*, y también, porque no justificado por los demandantes, el dominio ni la identidad de la cosa reclamada, falta en ellos interés jurídicamente protegible para pedir la nulidad de la inscripción posesoria en favor del demandado, y donde no hay interés no hay acción; pero es, además, que si fuera procedente examinar tal problema de nulidad fundada ésta según propugna el segundo motivo del recurso en que se ha omitido en la inscripción y en las certificaciones expedidas para la inscripción posesoria, uno de los linderos de la finca—causa distinta de la nulidad pretendida en la demanda—, siempre sería de tener en cuenta, de una parte, que no hay constancia en el recurso de la omisión denunciada, ni en todo caso sería causa determinante de la nulidad de la inscripción, por tratarse de falta subsanable, a tenor de lo resuelto por la Dirección General de los Registros, en 7 de mayo de 1907 y 16 de noviembre de 1934, entre otras Resoluciones, en relación con lo dispuesto en los artículos 9.^º, 32 párrafo último, y 65 de la Ley Hipotecaria anterior a la reforma efectuada en 1944, y 26 y 61, regla segunda de su Reglamento.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

INCONGRUENCIA.—El motivo 1.^º del recurso, plantea una cuestión procesal; se basa en que los actores, al formular la demanda, ejercitaron la acción reivindi-

catoria del dominio, y desligada de ella, solicitaron la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción practicada en favor del Ayuntamiento; la Sentencia recurrida entendió como principal la reivindicatoria, y al desestimarla, no resolvió sobre los demás pedimentos. El Considerando primero sienta la doctrina de que rechazada la petición que la Sala, con acierto, estimó base y fundamento del problema debatido, se imponía como consecuencia la absolución del demandado, por lo que no existe la incongruencia alegada.

Acción reivindicatoria.—Identidad de la finca.—Reitera la tradicional jurisprudencia (ratificada más tarde en la de 18 de diciembre de 1951), que exige para que pueda prosperar dicha acción, como requisito esencial, que se pruebe la identidad de la cosa objeto de aquélla, cuestión que, como la de si está o no justificado el dominio, es problema de hecho que compete al Tribunal sentenciador, sólo impugnable por error de hecho en la apreciación de la prueba.

El caso debatido discurre en torno a la identificación de la finca, cuya historia registral queda expuesta al extractar los antecedentes. El Huerto de Van-Halen, adquirido en 1902, tenía, según los actores, un exceso de cabida mayor que la registrada el cual se describió en la información posesoria y se inscribió como finca independiente «enclavada y confundida con la anterior», colindante por los cuatro puntos cardinales, con terrenos de los mismos interesados. La información posesoria aprobada en 1904, se inscribió cinco años más tarde, en 1909, fecha también de la escritura de agrupación.

La Sentencia de Instancia reconoció el dominio de los actores sólo sobre el Huerto, limitado por una cerca y con cabida coincidente con la que aparece en el título primitivo; los recurrentes alegaron que la finca inscrita tiene una parte cercada y otra sin cercar que, según ellos, coincide con la inscrita a favor del Ayuntamiento, y sobre la que gira el pleito. El motivo tercero del recurso, denuncia que el error de la Sentencia resulta de las inscripciones registrales, y que la confusión fué producida por los distintos nombres con que son conocidos, el camino con el que linda por el Norte la finca reivindicada, y el que la atraviesa, separando la parte cercada del resto. El Considerando segundo rechaza el motivo, por estimar, fundamentalmente, que la prueba de peritos y el reconocimiento judicial, de indudable importancia en la sucesión, no demostraron la pretendida identidad.

En el régimen hipotecario español, quedan fuera del ámbito del Registro los datos referentes a la finca, sus circunstancias, su cabida y aun su misma existencia. La falta de un buen Catastro, impide dotar de base física a las inscripciones; los trabajos topográficos sirven fines contributivos de la Hacienda pública, muy alejados del escrupuloso cuidado que exigirían si hubiera de dárseles relevancia jurídica. Si se ha dicho con harta frecuencia que Registro y realidad están distanciados, con mayor razón puede asegurarse que el Catastro, tercero en discordia, se halla a su vez en desacuerdo con ambos.

Por todo ello, la presunción de exactitud e integridad de los asientos en beneficio de tercero, base del sistema, no se aplica al campo de los hechos. El Registro no ampara los datos físicos, tanto a efectos de la fe pública, como de la legitimación registral (1). Es, pues, correcta la Sentencia comentada, que recha-

(1) ROCA: *Derecho Hipotecario*, L 357 y ss.; y sus citas de HEDEMANN, WOLFF, NUSSBAUM, WIELAND, ROSEL y MENTHA y SERRANO.

za el que la identidad de la finca resulte exclusivamente del asiento registral, doctrina sostenida también, entre otras, en la Sentencia de 6 de febrero de 1947 y Resolución de 27 de junio de 1935.

Finca imaginaria.—De la primera inscripción, de las de agrupación y segregaciones realizadas y de las demás pruebas aportadas, se dedujo en la Sentencia recurrida, y confirmó la comentada, que los actores habían inscrito, en cuanto al exceso de cabida de la información posesoria, una finca imaginaria, que no podía ser la del Ayuntamiento demandado; y que los demandantes, no poseyeron nunca la finca reivindicada «por tratarse de terrenos que lo mismo pueden ser comunales que públicos, de escombrera, paso de ganados, etc.». Tal vez el calificativo de imaginaria no cuadre a la finca en cuestión, que parece existir en la realidad, aunque con titularidad y modalidades imprecisas, con lo que el problema pudiera hacer tránsito a la doble inmatriculación prevista en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario vigente.

Posesión real.—Prescripción.—En los motivos 4.^o a 6.^o del recurso, y en los Considerandos 3.^o y 4.^o de la Sentencia, se analiza el problema de la prescripción reduciéndolo al caso debatido, al que limitaremos el comentario (2).

1.^o *Posesión real:* Afirma la Sentencia que los actores nunca tuvieron la posesión material exclusiva y excluyente de lo que pretenden reivindicar.

2.^o *Efectos de la posesión inscrita:* El Considerando 4.^o cita el artículo 41 de la Ley Hipotecaria anterior, al afirmar que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica.

3.^o *Usucapión.* a) *Cómputo del plazo:* La Sentencia recurrida afirma, que desde 1909 en que se inscribió la información posesoria, hasta 1933 en que se practicó la inscripción a favor del Ayuntamiento, no transcurrieron los treinta años necesarios para la prescripción; los recurrentes pretenden que se inicie el cómputo en 1902, fecha que el asiento señala como comienzo de la posesión. El Tribunal Supremo, en recta aplicación de los artículos 393, regla cuaria, y 396 de la Ley Hipotecaria anterior, niega efectividad al tiempo de posesión que en la inscripción figura, como resultado de las pruebas.

b) *Prescripción extraordinaria:* La alegación de los artículos 35 y 396 de la Ley Hipotecaria a la sazón vigente, y 1.959 del Código civil, con la que se pretende justificar la prescripción extraordinaria, carece de base, según la Sentencia, al rechazarse el cómputo del plazo hecho por los recurrentes.

c) *Usucapión tabular:* En el motivo 6.^o del recurso se invocó la usucapión tabular, con cita de los artículos 399 de la Ley Hipotecaria y 1.957 del Código civil; aun aceptada la fecha inicial de posesión en 1909, por el transcurso de diez años, la inscripción se convirtió «automáticamente» de posesión en dominio, y cuando el Ayuntamiento inscribió en 1933, habían transcurrido catorce años desde dicha conversión. El Considerando 4.^o niega su eficacia por carecer de base *de facto*, y por aplicación del artículo 41 de la misma Ley.

No emplea la Sentencia un argumento que pudiera ser importante: las inscripciones de posesión no se convierten automáticamente en inscripciones de dominio, sino que, por aplicación del principio de rogación, el último párrafo

(2) Para el estudio de las relaciones entre prescripción y Registro en la Ley Hipotecaria anterior y en la reformada, puede verse la copiosa bibliografía citada por Roca obra citada. I-558.

del artículo 495 del Reglamento de 1915, en su redacción, según el Real Decreto Ley de 19 de julio de 1927, exige para ello un nuevo asiento, practicado a solicitud de los interesados; hasta que el asiento de posesión se convierta, están limitados sus efectos fundamentalmente por los artículos 394 y 396 de la Ley anterior, al haberse practicado «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», y a su titular le está vedado el cómodo medio de la usucapción tabular.

Nulidad de la inscripción: Solicitaron los demandantes la declaración de nulidad de la inscripción de posesión, practicada a favor del Ayuntamiento mediante certificación en 1933, y que se ordenase su cancelación. El Considerando 1.^º negó que, rechazada la básica acción reivindicatoria, fuera necesario entrar en el examen de la cuestión; pero en el 5.^º añade:

1.^º Que en todo caso se impondría la absolución del demandado, por falta de pruebas.

2.^º Que no justificado el dominio ni la identidad de la finca, falta a los actores interés jurídicamente protegible para pedir la nulidad de la inscripción, y al no existir interés carecen de acción.

3.^º Que el 2.^º motivo del recurso propugna que se declare la nulidad del asiento, por omitirse en él, y en la correspondiente certificación, el lindero Oeste de la finca, lo cual en ningún caso sería causa determinante de su nulidad por tratarse de un defecto subsanable. Cita la Sentencia en apoyo de su tesis los artículos 9.^º, 32 párrafo último y 65 de la Ley Hipotecaria anterior, y 26 y 61, regla segunda de su Reglamento, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, de 7 de mayo de 1907 y 16 de noviembre de 1934; esta última reitera simplemente la de 9 del mismo mes y año, y se refiere a un problema de cancelación de asientos con muy especiales circunstancias.

Es de interés la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en este último inciso, que viene a aclarar los graves problemas de nulidad formal de los asientos, a que se referían los artículos 30 y 32 de la Ley Hipotecaria derogada, en relación con el número cuarto del artículo 79. El camino de los antiguos preceptos hoy se ha reducido en el artículo 30 a una norma de amplia vaguedad; el problema ahora se reduce a rectificación de errores, según el apartado c) del artículo 40 de la nueva Ley, aunque, como dice Roca, técnicamente no puede hablarse de error, pues si el título no debió inscribirse por falta de alguna circunstancia, y a pesar de ello se inscribió, no habrá error en la inscripción, y los interesados podrán otorgar un documento de rectificación que complementará el título.

En el caso de la Sentencia, la falta del lindero Oeste de la finca, no impidió la inscripción de la certificación posesoria, seguramente por aplicación del párrafo séptimo del artículo 26 del Reglamento de 1915, hoy 303 del vigente. Las tal vez excesivas facilidades concedidas para inscribir las indicadas certificaciones, pueden conducir a casos como el presente.

La doctrina de la Sentencia, reduce el excesivo radicalismo actual, pues si la circunstancia que falta en el asiento, pudo calificarse de defecto subsanable para la inscripción, no produce nulidad formal.

Narciso de FUENTES
Registrador de la Propiedad.

2. Sentencias anotadas

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.—ABONOS DE GASTOS Y MEJORAS. POSESIÓN DE MALA FE

Sentencia 21 diciembre 1951

La aplicación de los arts. 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento civil no puede desligarse del concepto de la posesión de buena o mala fe. Es posesión de mala fe la del aparcero que continúa en la finca después de la Sentencia por la que el Juzgado declaró resuelto el contrato de aparcería, e infringe los artículos 362 y 455 del Código civil, Sentencia que declara indemnizables unas labores y plantíos, por cuanto que el poseedor de mala fe sólo debe ser indemnizado en los gastos necesarios para la conservación de la cosa, debidamente probados, no pudiendo calificarse como tales los realizados para la producción de frutos.

ANTECEDENTES.—Declarada por Sentencia del Juzgado, fecha 26 de junio de 1947, confirmada por otra de la Audiencia, fecha 12 de febrero del siguiente año, la extinción, rescisión y resolución del contrato de aparcería existente entre el propietario D. Trino de F. R. y el aparcero D. Pablo R. V., y efectuado el lanzamiento de este último en virtud de ejecución de otra Sentencia (dictada en 26 de febrero de 1947, declarando que la aparcería tenía su vencimiento en 31 de octubre de 1947, en cuya fecha debía dejar la finca el Sr. R. V. a disposición del Sr. F. R., que fué confirmada por la Audiencia de Barcelona contra cuyo fallo entabló el Sr. R. V. recurso de revisión, desestimado por el Tribunal Supremo el 13 de febrero de 1948), el citado Sr. R. V. formuló reclamación pidiendo el abono de la cantidad en que habían sido evaluadas pericialmente, conforme al art. 1.604 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las labores y plantíos realizados por el aparcero en la finca; y tramitado el incidente, el Juez de primera instancia de Vich dictó Sentencia el 18 de febrero de 1950 condenando al demandado Sr. F. R. al pago de 61.062 pesetas por el indicado concepto, siendo apelada ante la Audiencia de Barcelona, que confirmó el fallo de primera instancia, si bien reduciendo a 45.000 pesetas la suma a percibir por el demandante.

Contra esta Sentencia se interpuso recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al amparo de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a, número 3.^º y 4.^º de la Ley de 28 de junio de 1940, fundado en los siguientes :

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^º Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditativa de ser de mala fe la posesión del aparcero, constituida, entre otros documentos, por los correspondientes testimonios de las sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1947.

2.^º Infracción legal por inaplicación de los arts. 362 y 455 del C. c. y aplicación indebida de los arts. 356 (citado en el primer motivo), 361, 453 y 454 del propio cuerpo legal.

3.^º Infracción de los arts. 356, 453 y 455 del Código civil por haber sido condenado al pago del importe de labores, plantíos, etc., con arreglo a los artículos 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento civil y los pertinentes de la

de Arrendamientos Rústicos» y no, en su caso, al reembolso de gastos a que los citados artículos se refieren. Y

4.^º Errónea apreciación en los dictámenes de los Peritos.

El Tribunal Supremo declara que ha lugar a la revisión.

CONSIDERANDO: Que combate el primer motivo del recurso el fallo recurrido, al amparo de la causa 4.^a, norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, estimando errónea la apreciación de la Sala al no reputar como posesión de mala fe la que ha tenido el Sr. R. en la finca, presentando como documentos justificativos de esa mala fe, los testimonios de las resoluciones recaídas en los distintos procedimientos que se han seguido para conseguir la recuperación de la finca por el Sr. F. no obstante los cuales el Sr. R. continuó en la abusiva posesión de la finca, desatendiendo los mandatos judiciales y los requerimientos del propietario, lo que obliga a calificar como posesión de mala fe por el Sr. R. de la finca objeto del pleito, y al partir de supuesto contrario la Sentencia recurrida en la determinación de las consecuencias de esa mala fe, ha infringido la doctrina jurisprudencial, entre otras, de la Sentencia de esta Sala, de 30 de mayo de 1950, que en forma clara manifiesta la necesidad de evitar los abusos en que incurren los arrendatarios y aparceros cultivados que prolongan abusivamente la posesión de las fincas, no obstante haberse terminado los plazos concertados, haciendo caso omiso de las resoluciones judiciales que ordenan sean dejadas a disposición de sus dueños, infringiendo también los preceptos del Código civil, que se indican en el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que sentada la posesión de mala fe por el Sr. R. a partir del 26 de junio de 1947, fecha de la Sentencia que declaró resuelto y extinguido el contrato de aparcería, es manifiesta la infracción de los arts. 362 y 455 del Código civil, que acusa el segundo motivo del recurso, ya que el que planta o siembra en terreno ajeno de mala fe, pierde lo sembrado y plantado, sin derecho a indemnización y sólo tendrá derecho el poseedor de mala fe en terreno ajeno a ser indemnizado en los gastos necesarios para la conservación de la cosa y no se ha demostrado en el juicio qué gastos, si hay alguno, se hayan realizado con tal carácter, por lo que es injustificada la condena que se hace al recurrente para el abono de los perjuicios que en la Sentencia se señalan.

CONSIDERANDO: Que no puede desligarse la aplicación de los arts. 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento civil del concepto de la posesión de buena o mala fe como la hace la Sentencia recurrida, y por ello, sentada la posesión de mala fe, por el Sr. R., de la finca, no puede éste reclamar más que los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, y ya se ha dicho que no aparece demostrado que se haya realizado ninguno sin que puedan incluirse en tal calificación de gastos necesarios para la conservación de la cosa, los realizados para la producción de los frutos, porque ese concepto es distinto del de conservación.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, es procedente la estimación del recurso, en el que, es innecesario, por no haber concurrido la parte recurrida, hacer especial imposición de las costas.

COMENTARIO

Citados por orden de importancia, pueden estimarse juntos tan destacables de la Sentencia anteriormente extractada: A) La reiteración de la interesante

doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de 30 de mayo de 1950, según la cual, *con arreglo al art. 362 del Código civil, ningún derecho tiene al abono del importe de las cosechas el arrendatario que no ostentara la condición de poseedor de buena fe al tiempo de la siembra.* Se trataba de un colono conocedor de que, con arreglo a la disposición adicional 2.^a de la Ley de 23 de julio de 1942, su contrato debía terminar, conforme al requerimiento de los propietarios, que, además, le habían demandado de desahucio el día 1.^o de agosto, y, por tanto, con anterioridad a la siembra.

Ya la Sentencia de 30 de noviembre de 1900 (Alc. t. II, pág. 53, número 81), había declarado que el arrendatario noticioso de la finalización del contrato, debe abstenerse de realizar labores correspondientes a la cosecha de que él ya no podrá aprovecharse con arreglo al contrato o a las prescripciones de la Ley, y, si lo hace se coloca por aplicación del art. 43 del Código civil, en la situación del que siembra o planta en terreno ajeno, definida en los arts. 361 y 362 del mismo cuerpo legal.

Pero dado el carácter decididamente protector para el arrendatario de la legislación sobre arrendamientos rústicos, cobra especial importancia esta reiteración, bajo su imperio, *del fundamental principio de la buena fe*, cuyo reconocimiento y aplicación prácticas a los casos concretos nunca pueden ser bastante elogiados, ya que merced a un uso adecuado del mismo pueden lograrse dos objetivos importantísimos: a) Evitar, por una parte, el peligro de abuso inherente a toda legislación protectora de una de las partes contratantes—la más débil—, característica de las modernas leyes del Derecho Social (1), y b) Servir de garantía suficiente, en manos de una Magistratura digna e independiente como la española, para que pueda acelerarse, merced a una interpretación progresiva y finalista, la penetración en nuestro ordenamiento jurídico de los principios renovadores de la moderna legislación.

B) Otro aspecto interesante, aunque no se deduzca especialmente de esta Sentencia que comentamos, es el de la improcedencia de aplicar a casos como el debatido lo dispuesto en el art. 356 del Código civil, que establece en términos demasiados absolutos: «el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación».

Siendo completamente extraña al campo del Derecho civil la nota de la buena fe, exigida por la Ley Hipotecaria, para otorgar a una persona el carácter de tercero, podría pensarse, y fué objeto de consideración en este pleito, que la declaración general contenida en el citado art. 356 del Código, al no estar restringida en el propio precepto, obliga a efectuar las indemnizaciones a que se refiere, dándole así el alcance de precepto legal obstativo del enriquecimiento injusto.

Pero al declarar terminantemente la Sentencia que comentamos la aplica-

(1) No debe olvidarse que es así denominado como realizador de la justicia llamada "social", pero que no es sino la única y eterna justicia, pues que ésta estriba en la igualdad y la verdadera igualdad, ante realidades dispares, exige asegurar el fiel de la balanza cargando en uno de sus platiillos lo que sea preciso para el equilibrio que reclama el orden de lo justo, como explicaba muy bien Esteban Bilbao en su discurso en la sesión inaugural del curso 1948-49 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. (Madrid, 1949. Imprenta Viuda de Galo Sáez.)

ción exclusiva, en los casos de mala fe, del art. 362 del Código civil, en cuya virtud el que así edifica, planta o siembra en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización, ha venido a reiterar, implícitamente como decíamos, la doctrina sentada por la Sentencia de 30 de noviembre de 1900, ya antes citada, según la cual *el art. 355 del Código civil sólo contiene un principio general subordinado a las reglas específicas de los arts. 361 y 362 del mismo cuerpo legal.*

C) Otro extremo interesante es el relativo a la *distinción entre los gastos de producción de los frutos* (a que se refiere precisamente el art. 356 del Código civil) y los «gastos necesarios» abonables a todo poseedor conforme al artículo 453, cuyo precepto reitera el art. 455 del propio cuerpo legal que concede al poseedor de mala fe el derecho a ser reintegrado de los «gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa».

A este respecto, merece retenerse de esta Sentencia la doctrina de ser *indispensable, para que proceda su abono, la prueba de haberse realizado los gastos necesarios* para la conservación de la cosa a que se refiere el art. 455 del Código civil, y asimismo la de que *no tienen tal carácter los realizados para la producción de frutos por el poseedor de mala fe.*

Por fin, aunque al margen de la Sentencia, juzgamos de interés llamar la atención acerca de la particularidad de haberse ventilado ante el Juzgado de primera instancia la reclamación del importe de las labores y plantíos que dió origen a la contienda resuelta por la Sentencia que se comenta, por los trámites del juicio verbal a que se refiere el art. 1.606 en relación con el 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento civil (sin duda por un principio de economía procesal o por tratarse de un mero incidente), pese a discutirse relaciones derivadas de un contrato de aparcería y haberse producido el desahucio como consecuencia de un pleito tramitado conforme al procedimiento especial establecido en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, lo que parecía imponer la aplicación de lo dispuesto con carácter tan general en la disposición transitatoria 3.^a, letra A), norma 3.^a de la citada Ley de 28 de junio de 1940.

Jaime MONTERO G.á DE VALDIVIA
Abogado del Estado

3. Sentencias

SENTENCIA 22 NOVIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—entrega de fincas—realización de labores preparatorias—sus requisitos

La realización de labores preparatorias viene acertadamente estatuida en el artículo 14 de la Ley de 1935, como lo estaba en el artículo 1.578 del Código civil, afectando tanto al interés privado de la parte como al de la economía general, siendo necesario para declarar su procedencia: 1.^c, que el contrato deba terminar en el año agrícola mismo en que esas

labores preparatorias deban realizarse; y 2º, que sean precisas en el sistema de cultivo seguido según la costumbre del lugar, la que también regirá la forma y tiempo de realizarlas.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1951

Finca rústica—valor de la inscripción en el Registro como determinadora de su naturaleza.

Los libros del Registro pueden demostrar que una finca está inscrita en ellos con el carácter de rústica o urbana, pero no que la inscripción refleje la naturaleza real y efectiva de la misma, extremo para cuya comprobación hay que acudir a otros elementos de prueba.

SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1951

Arrendamientos rústicos—venta partida en metálico—condicionamiento de su nulidad.

La nulidad de los contratos de arrendamiento con venta pactada en metálico por aplicación del Decreto-Ley de 15 de julio de 1949 sólo procede en aquellos casos en que no hubiere recaído sentencia firme.

SENTENCIA 12 DICIEMBRE 1951

Contrato de masonería—unidad de contrato.

La existencia de una cláusula en un contrato de masonería en la que se establece un precio en metálico por la ocupación de la casa sita en la misma finca rústica, no hace perder a aquél su naturaleza, ni implica la existencia de dos contratos distintos.

SENTENCIA 21 DICIEMBRE 1951

Recuperación de finca para cultivo directo y personal—mención en la sentencia de las prohibiciones legales que le afectan.

Debe ser revisada la sentencia de instancia que concediendo la recuperación de la "libre disposición" de la finca para que el dueño pueda cultivarla directa y personalmente, deja de imponer el deber de permanencia en tal cultivo y las demás prohibiciones del artículo 5º de la Ley de 28 de junio de 1940.

SENTENCIA 2 ENERO 1952

Explotación familiar de tierras arrendadas.

La explotación de la finca por la esposa e hijos del arrendatario no implica subarriendo, máxime cuando se demuestra en el juicio que el estado de salud del padre no permite la explotación personal y cuando ha venido así ocurriendo desde el principio de vigencia del contrato.

SENTENCIA 18 ENERO 1952

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—sus requisitos.

El recurso de revisión está concebida en la Ley como extraordinario, y, como su similar el de casación, tiene por objeto examinar los errores “in procedendo” o “in judicando” que se atribuyan a la sentencia de instancia, que deberán concretarse aisladamente y fundamentarles “inexcusablemente” en alguna de las cuatro causas comprendidas en la norma 7.º, apartado A, disposición transitoria 3.º de la Ley de 28 de junio de 1940, expresamente invocada, como declaró la sentencia de 21 de enero de 1942, y si, como ocurre en este caso, así no se hace, el recurso incurre en defecto sustancial, de forma que, por hacer imposible su examen, impone su desestimación.

SENTENCIA 29 FEBRERO 1952

Arrendamientos rústicos—aparcería—ejercicio del derecho de opción para transformarla en arrendamiento.

Alegado como excepción en un juicio de desahucio el deseo del demandado de convertir la aparcería en arrendamiento, no tiene la eficacia pretendida, pues sólo cabe ejecutar el indicado derecho como acción en la forma y con la oportunidad prevista en la Ley.

Arrendamientos rústicos—procesal—cosa juzgada formal y material—sus requisitos.

Que pronunciado en la sentencia recurrida el desahucio de la aparcería demandada, hoy recurrente, no somete el recurso a revisión su fundamento legal, sino que se limita a alegar que incidió la sentencia en injusticia notoria al desestimar la excepción de cosa juzgada que oportunamente opuso la demandada a la acción de desahucio, fundándola en la sentencia pronunciada en 20 de mayo de 1947, que está testimoniada en los autos y adquirió firmeza, desestimación que, a su juicio, implica la notoria in-

fracción de los artículos 1.252 del Código civil y 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil y autoriza los dos motivos que articula: el primero, tendente a demostrar la existencia de la cosa juzgada material, y el segundo, de la formal.

Que estima el recurrente producida la cosa juzgada por la sentencia que antes se cita, y es de notar, como expresa la que motiva este recurso, que se dictó en juicio de desahucio seguido entre las partes del actual y tuvo por objeto las mismas fincas, fundada la acción en la disposición adicional segunda de la Ley de 1942, por la finalización del plazo del contrato de arrendamiento y proponerse el dueño cultivar directamente los predios que, con renta superior a 40 quintales métricos, cultivaba la demandada en virtud de contrato verbal, en cuyo juicio se excepcionó que el contrato vigente entre los partes no era verbal ni de arrendamiento, sino escrito y de aparcería y convenía al derecho de la demandada vista la acción de desahucio, que se convirtiera la aparcería en arrendamiento en la parte que correspondía, en cuyo juicio recayó la expresada sentencia, cuyo literal pronunciamiento es: "desestimando la demanda... y admitiendo la excepción propuesta... debo absolver y absuelvo a ésta de dicha demanda".

Que la cosa juzgada material tiene como límite objetivo lo expresamente juzgado y resuelto, que en este caso fué la desestimación del desahucio fundado en la finalización no apreciada del plazo, lo que en modo alguno prejuzga que en tiempo posterior, cuando concurran las precisas condiciones que antes no concurrían, pueda proceder el desahucio por la misma u otra causa legal, pues en otro caso la desestimación de la demanda de desahucio hacia perpetuo el arrendamiento, porque no pudiendo la sentencia desestimatoria poner límite temporal a sus efectos, siempre dispondría el arrendamiento de la cosa juzgada.

Que el segundo motivo acusa la infracción del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como si la nueva acción pretendiera impugnar la sentencia desestimatoria precedente cuando había adquirido firmeza, mas siendo erróneo el supuesto, como antes se razona, decae el fundamento del motivo.

SENTENCIA 10 MARZO 1952

Aparcería—valor de los pactos lícitos frente a la costumbre.

Aun cuando en el contrato de aparcería no se recojan los usos y costumbres por que se rige esta institución en la localidad en que radica la finca litigiosa, es válido y plenamente eficaz si expresa los pactos y condiciones estipuladas por las partes sin que se opongan a las normas del capítulo VIII de la Ley de 15 de marzo de 1935.

SENTENCIA 12 MARZO 1952

Transformación de aparcería en arrendamiento—condiciones que han de precisarse—momento procesal de su determinación.

La transformación de la aparcería en arrendamiento exige la determinación de la parte del fundo que comprenderá el nuevo contrato, proporcional a la participación del cultivador en la explotación parciaria, tiempo que ha de durar y merced arrendaticia, lo que exige que se puntualicen estos extremos en la ejecución de sentencia.

SENTENCIA 26 MARZO 1952

Arrendamientos rústicos—aparcería—limitaciones a la conversión de la aparcería en arrendamiento.

Obsta a la conversión de la aparcería en arrendamiento y, por tanto, a la aplicación del artículo 7.^º de la Ley de 1940 la permanencia en el cultivo como aparcero, por más de veinte años, tiempo superior al máximo que hubiera podido imponer prórrogas forzosas como arrendatario, puesto que según sentencia de la Sala de 13 de febrero de 1948, el aparcero no tiene en la Ley privilegio alguno sobre el arrendatario, y la finalidad legal es asegurar al cultivador, en ambas formas de cultivo, un mínimo de permanencia, sin olvidar la facultad de disposición que compete a la propiedad, que sólo puede estar restringida el tiempo que la Ley determine en beneficio del cultivador.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *El legado de la cosa ganancial*.

RUBIO, Jesús: *Derecho marítimo y Derecho aéreo. Notas sobre la autonomía de las ramas jurídicas*.

NART, Ignacio: *Donación y reversión a personas futuras*.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada*.

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

COSSÍO Y CORRAL, Afonso de: *La reforma de la ley de arrendamientos urbanos: Decreto de 17 de mayo de 1952*.

CENCILLO DE PINEDA, Manuel: *Negocios jurídicos sobre Títulos Nobiliarios*.

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.