

**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 CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO V
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMLII

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Crisis en la dogmática del contrato⁽¹⁾

JUAN OSSORIO MORALES
Catedrático de Derecho Civil

El Derecho, como fenómeno de cultura, como producto histórico, evoluciona y se transforma constantemente a compás de la vida, en estrecha relación con las demás manifestaciones culturales y sociales de cada época, adecuándose a las exigencias y realidades del momento. Estas transformaciones se producen a veces de un modo lento e imperceptible; otras, en forma rápida y tumultuosa, porque los cambios del orden jurídico no siempre se realizan sin esfuerzo y sin dolor, como ya puso brillantemente de manifiesto Ihering en su glosa polémica frente a la Escuela histórica y especialmente en su tesis magistral "La lucha por el Derecho".

Estas transformaciones del orden jurídico son ciertamente más perceptibles y radicales en la esfera del Derecho público, que en el ámbito del Derecho privado. Todos nosotros hemos conocido virajes fundamentales en la organización y en el pensamiento político de los pueblos; mutaciones esenciales se han operado ante nuestros ojos en la estructura del Estado; y hemos sido protagonistas o espectadores de una total inversión de los principios políticos bajo cuyo signo empezamos a pensar. En cambio, tenemos la sensación de seguir viendo sometidos a las mismas leyes civiles que nos vieron nacer, salvo pequeños retoques, modificaciones de mero detalle, que nada sustancial parecen aportar al sistema tradicional. Frente a la línea en zigzag, con bruscas cisuras y trágicos declives del orden político, el Derecho privado marcha lentamente, con una trayectoria suave e imperceptible, con ligeras ondulaciones, que en nada parecen alterar el conjunto del secular paisaje.

Pero es evidente que también el Derecho privado evoluciona a compás de la vida, y sería erróneo pensar que puede permanecer inalterable un solo instante, pues sobre él influyen poderosamente los más varios factores sociales, y cada época le imprime caracteres propios. También en la esfera del Derecho privado las transformaciones son, en algunos extremos, radicales y rápidas. Lo que ocurre es que la dogmática privatista, esencialmente conservadora, se resiste

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en el curso 1951-1952.

a abandonar sus esquemas tradicionales, a crear nuevas categorías, y sigue utilizando los conceptos, las clasificaciones, las líneas externas de un sistema consagrado a través de los siglos, como si nada hubiera cambiado. Pero esa subsistencia formal y terminológica enmascara con frecuencia mutaciones sustanciales del Derecho vivo, haciendo pensar en una inmutabilidad, en una persistencia, que no existe. Las mismas palabras cobijan realidades muy distintas. Y así, por ejemplo, seguimos llamando *propiedad* a ese complejo de funciones, cargado de deberes sociales, que tanto dista en su contenido de la categoría tradicional; y *patria potestad* a esa delicada función tuitiva y de asistencia, que ya ni es sólo *patria* ni es realmente *potestad*.

Ante esa mutación que las realidades sociales y económicas producen en el contenido y mecanismo de las instituciones jurídicas, constituye un tema altamente atrayente para el jurista el de traer a revisión la dogmática tradicional con objeto de contrastar hasta qué punto aquellas categorías conceptuales clásicas son todavía útiles o si deben ser reemplazadas por otras más conformes con su actual naturaleza.

Refiriéndonos concretamente al Derecho de obligaciones, a pesar de ser ésta la parte del Derecho privado que los juristas romanos construyeron con mayor sutileza, con mayor rigor lógico, donde la técnica de romanistas, pandectistas y civilistas alcanzó su mayor perfección, constituyendo casi una especie de ciencia matemática, transmitida y mantenida hasta nuestros días con un religioso respeto, no cabe ignorar la floración de nuevos principios, totalmente ajenos al pensamiento tradicional, que invaden hoy el régimen de las obligaciones, y que no es posible armonizar con la dogmática clásica: la protección que la ley dispensa a veces a uno de los contratantes por considerarlo más débil; la necesidad de reaccionar frente al acreedor que, ejercitando aparentemente su derecho, lo hace en forma anormal o abusiva; la preocupación por mantener e imponer el justo equilibrio entre las prestaciones prometidas; la posibilidad de revisar el contenido de los contratos después de pactados libremente; y tantos otros principios que pueden parecer heréticos a quien, considerando el Derecho romano como verdadera *ratio scripta*, no quiera darse cuenta de la crisis radical que el Derecho está experimentando en lo que va de siglo. Evolución que Hedemann vaticina habrá de superar en intensidad e importancia a las representadas por la Reforma, la Revolución francesa o el Renacimiento, aunque nosotros, protagonistas de ella, no nos demos clara cuenta de su alcance, como sin duda no la percibirían quienes vivieron aquellos otros momentos cruciales del pensamiento humano.

Ante la imposibilidad de abordar, dentro de los límites soportables de una conferencia, las repercusiones que las realidades de la vida han tenido en la dogmática tradicional del Derecho de obligaciones, alterando sus más fundamentales principios, vamos a fijar

nuestra atención en una sola categoría, si bien es la que constituye el centro de toda la vida económica y jurídica: *el contrato*. Siendo de advertir, para apreciar el alcance que la fijación de este concepto tiene en la ciencia del Derecho, que la figura del contrato ha venido siendo utilizada por la técnica jurídica para explicar y moldear las más diversas instituciones, no ya sólo del Derecho privado, sino de toda la sistemática jurídica. Acudiendo al contrato se quiso justificar el origen del Estado; igual origen contractual se asignó a la Ley, estimando que su fuerza derivaba de la adhesión expresa o tácita del individuo a la sociedad; el matrimonio—a pesar de su carácter eminentemente ético—fue considerado como un simple contrato. Y el contrato ha servido para explicar la naturaleza jurídica de los tratados y la del acto constitutivo de una sociedad. Aunque parezca extraño, hasta la presunción de paternidad que sirve de base a la filiación legítima ha sido explicada por Colin y Capitant mediante una referencia al contrato, justificándola por la idea de un acto de voluntad del marido que, al casarse, conviene tácitamente con su mujer en aceptar como suyos los hijos que ésta conciba durante el matrimonio.

Con estos antecedentes se comprende cómo el mantenimiento o la transformación del concepto tradicional del contrato ha de repercutir y reflejarse en todos los ámbitos de la ciencia jurídica.

El problema que frente a la figura del contrato se plantea el jurista de hoy, atento a la realidad social, es éste: existe un concepto clásico del contrato, que se sigue formulando en los textos y enseñando en las aulas; un concepto teórico mantenido por inercia o pereza mental; un concepto que, a modo de definición, debería comprender y al cual deberían ajustarse todos los contratos posibles.

Pero la más superficial observación de la realidad nos enseña que la mayor parte de los negocios que seguimos llamando *contratos* no encajan ya en el viejo molde ni coinciden con aquel esquema teórico. Lo cual nos coloca ante el siguiente dilema: o todos estos negocios no son ya *contratos*, aunque rutinariamente sigamos llamándoles así, o el contrato es algo distinto de lo que tradicionalmente viene predicándose. Si admitimos lo primero, el campo de la contratación quedará restringido a límites cada vez más exiguos, a parcelas cada vez más acotadas del tráfico económico, y será necesario encontrar y construir una nueva categoría que comprenda a esos negocios no contractuales. Si con un criterio menos conservador, más adaptado a las realidades de la vida, admitimos que toda esa multiplicidad de figuras en que el tipo ideal del contrato aparece deformado siguen siendo, no obstante, contratos, será necesario y urgente—y lo exige así la seriedad de nuestra ciencia—sustituir aquel concepto clásico por otro más ajustado a la realidad.

Duorum in idem placitum consensus; libre acuerdo de voluntades. Tal es el esquema tradicional. Los contratantes (comprador y vendedor, arrendador y arrendatario, asegurado y asegurador), con ob-

jeto de satisfacer sus respectivas necesidades y valorando ventajas e inconvenientes, pactan libremente aquello que consideran más ajustado a sus intereses y a los fines que, contratando, se proponen realizar. Tal es la concepción clásica del contrato, heredada del Derecho romano, y que el individualismo liberal del siglo XVIII acogió con entusiasmo, llevándola a sus últimas consecuencias. El querer individual constituye así el principio rector de toda la vida social y económica, y la función del Estado queda limitada a reconocer y proteger aquella voluntad, que se estima superior y anterior a él.

El Código civil francés, basado en las ideas de *igualdad* y *libertad* jurídicas, vió en el contrato—considerado como acuerdo de voluntades iguales, libremente pactado—la palanca suprema de toda la vida social, proclamando en su art. 1.134 que las convenciones libremente convenidas tienen *valor de ley* entre quienes las han celebrado. Y por aplicación del principio—tan en boga entonces—de que el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre, automáticamente, lo mejor, se llegó a la convicción de que todo contrato, en cuanto resultado de dos declaraciones de voluntad libremente emitidas, había de producir necesaria y fatalmente un resultado justo. “*Qui dit contractuel, dit juste*” fué el axioma unánimemente aceptado. Toda obligación, para ser justa, debe ser libremente consentida; y toda obligación libremente consentida es, sólo por eso, justa. El principio de la autonomía de la voluntad constituyó así el principio básico de la contratación, y se reconoció a los particulares la posibilidad de fijar libremente el contenido y los efectos del contrato, de tal suerte que las normas positivas que los Códigos de la época dedican a la contratación tienen, en su inmensa mayoría, carácter supletorio o dispositivo y se establecen simplemente para llenar las lagunas que los contratantes hubieran dejado imprevistas al pactar. Siendo sintomático, respecto al punto de vista imperante, que tales normas se justificaban en consideración a la *voluntad presunta* de las partes. Si éstas no habían reglamentado todos los efectos del contrato mediante una expresa declaración de voluntad, la Ley presumía lo que habrían querido. En síntesis: todo particular podía contratar *cuando quería, como quería y con quien quería*. Esa libertad sólo estaba limitada negativamente por una referencia genérica al orden público y a lo prohibido por la Ley.

Muy pronto, sin embargo, todavía en plena euforia liberal, se inicia en la práctica una atenuación de tales principios.

De un modo tímido, fragmentario, el legislador se ve obligado a intervenir en el juego de la contratación, comenzando por el *contrato de trabajo*, donde las consecuencias de aquella libertad acusaban más graves daños. La legislación del trabajo a fines del siglo XIX y principios del XX multiplica las limitaciones a la libertad contractual; limitaciones que también trascienden fuera de la órbita del contrato de trabajo, reduciendo poco a poco el área donde puede desenvolverse la voluntad privada al contratar. Como reflejo de las nue-

vas exigencias de la Economía en sus diversas modalidades (estatismo, intervencionismo, Economía dirigida, planificada, etc., que aquí no interesa examinar), encaminadas a impedir que las fuerzas de la naturaleza actúen ciegamente, a ordenar la producción y la distribución, a impedir el agio y la especulación, van aflorando en los ordenamientos jurídicos positivos una masa ingente de limitaciones a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación. Cada vez aumenta más el campo de lo prohibido por la Ley.

Pero conviene advertir que este aspecto del intervencionismo legal, de carácter *negativo*, en cuanto se limita a prohibir determinados pactos, a ampliar el ámbito de *lo no permitido* por la Ley, no pugna todavía con el concepto clásico del contrato, pues siempre, aun bajo la influencia del más ortodoxo individualismo, se admitió que la norma prohibitiva constituía una limitación indispensable a la libertad contractual. Nuestro C. c., en su art. 1.255, después de proclamar el principio de la autonomía de la voluntad autorizando a los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones *que tengan por conveniente*, añade que no se puede pactar nada contrario a *las leyes*. Y son bastantes numerosas las dispositivas, prohibitivas y restrictivas de la libertad contractual que el propio Código contiene. Así, por ejemplo, no se puede pactar el arrendamiento de servicios por toda la vida (art. 1.583), ni se puede contratar sobre la herencia futura, salvo las conocidas excepciones (art. 1.271), ni se puede constituir eficazmente un usufructo a favor de una corporación por más de treinta años (art. 515), ni donar los bienes futuros (art. 635), ni pactar eficazmente la indivisión de la cosa común por más de diez años (art. 400), y tantas otras prohibiciones como aparecen dispersas a través del articulado del Código. De suerte que cuando la nueva legislación intervencionista se limita a acumular prohibiciones, reduce ciertamente más y más la esfera de la autonomía de la voluntad, pero no deforma todavía sustancialmente el concepto teórico del contrato, porque éste sigue siendo un acuerdo de voluntades, que libremente puede adoptarse, *siempre que no vaya contra una prohibición legal*. Por muchas que sean estas limitaciones *negativas*, la esencia del contrato queda a salvo.

Pero el alcance de la normación intervencionista, restrictiva de la autonomía de la voluntad, llega pronto a más. Y no se trata ya sólo de *prohibir* ciertos pactos, de ordenar que sobre tal o cual materia no se puede contratar, sino de imponer con carácter absolutamente imperativo determinadas cláusulas o condiciones, determinado contenido contractual, que necesariamente ha de insertarse en el acuerdo de voluntades.

En los contratos relativos a artículos sometidos a tasa por ejemplo, el precio—elemento esencial del contrato de compraventa—se *impone* a los contratantes, que no pueden apartarse del establecido con carácter forzoso y general; en los arrendamientos rústicos, las leyes fijan plazos mínimos de duración, formas de pago de renta, etc., que

no pueden ser alteradas por los contratantes, aunque de común acuerdo quieran cosa distinta; en los arrendamientos urbanos, el legislador impone con carácter forzoso la duración indefinida, aunque el arrendador no la haya querido ni la quiera. Cláusulas contractuales impuestas, independientes de la voluntad de los contratantes, que no pueden "ser modificadas mediante pacto en contrario", según la fórmula de estilo por virtud de la cual la voluntad general afirma su predominio sobre la voluntad particular en materia de contratación. Y se habla entonces de contratos "forzados" o "dictados"—según la terminología introducida por Nipperdey—; contratos que el orden jurídico configura con preceptos inderogables, negando a los interesados, en mayor o menor medida, la facultad de fijar el contenido del pacto.

Es patente que en esta fase más acentuada de intervencionismo legislativo, que podemos llamar *positivo*—frente al incipiente intervencionismo *negativo* que no hacia más que *prohibir*—, ya la categoría clásica del contrato resulta inservible, y pretender mantenerla intocada como algo "tabú" bordea los límites del ridículo. La misma expresión de *contrato dictado* es contradictoria si el concepto clásico de contrato se mantiene, porque no cabe hablar de *acuerdo de voluntades* cuando en gran medida no existe *acuerdo ni voluntad*. Y ello se comprueba con meridiana claridad en aquellos casos extremos—aunque no infrecuentes actualmente—en que no sólo el *contenido* del contrato, alguna de sus cláusulas o condiciones viene imperativamente dictado, sino que *su celebración misma* es obligatoria, sin facultad siquiera para elegir la persona del otro contratante ni para optar entre contratar y no contratar.

Así sucede, por ejemplo, con los productores de trigo, que tienen forzosamente que *venderlo* (se sigue utilizando la terminología contractual), y tienen que venderlo a *un determinado precio* y a *un determinado comprador*. A veces el contrato se celebra, no ya sólo sin quererlo, sino hasta sin saberlo: el viajero que toma un billete de ferrocarril celebra, al mismo tiempo que el contrato de transporte, otro de seguro, sépalo o no. Quienes celebran un arrendamiento de finca urbana tienen que celebrar también, por imperativo legal, un contrato de garantía, que la Ley llama con absoluta impropiiedad contrato de *fianza*. Y se trata de una fianza que es obligatoria, incluso para el arrendador, es decir, para el acreedor, aunque éste no estime necesario asegurarse frente a posibles incumplimientos de su deudor. ¡Es una garantía obligatoria!

Que pueda llegarse a *la obligación de contratar*, como deber positivo, es algo que hace unas décadas hubiera parecido una incongruencia y ningún jurista hubiera admitido. Y ante una realidad tan patente es fácil apreciar la inanidez, la inutilidad del concepto clásico del contrato que sigue proclamándose en los libros de texto y enseñándose en las aulas. Después de cuanto llevamos dicho tienen que dar la sensación de algo totalmente vacuo y formulario, por ejem-

plo, las palabras de un civilista tan prestigioso y tan próximo a nosotros como Capitant cuando dice que "para que haya contrato es necesario que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo sobre los diferentes elementos que lo constituyen". Giorgi—no quiero citar más que autores ya desaparecidos, pero próximos a nosotros—definía el contrato como "expresión de voluntad conforme de varios sobre algún asunto". Nuestro gran maestro Clemente de Diego en sus Instituciones, que con tanto fruto pueden todavía manejarse—, decía que el contrato es "la expresión de la voluntad humana coincidente de dos o más personas en la producción de una obligación". En términos parecidos se sigue manteniendo el concepto del contrato, cuyo elemento básico se coloca en el *libre acuerdo de voluntades*: pero la más superficial observación nos revela la enorme distancia que hoy media entre lo que realmente es el contrato y esas fórmulas tan cargadas de historia y de tópico.

Y no es sólo el criterio intervencionista de la legislación actual —que pudiera considerarse como algo excepcional, transitorio, episódico—lo que contribuye a hacer inservible la categoría tradicional del contrato. No se trata sólo del efecto fugaz de una legislación de emergencia—permítaseme emplear esta fea palabra—que no afecte a la integridad y solidez de la dogmática clásica. Porque no son sólo las intromisiones legislativas las que deforman aquella categoría, sino las realidades de la vida, que al calor de las nuevas necesidades va creando espontáneamente nuevas figuras de negocios jurídicos, que conservando el nombre de contrato van deformando los principios que tradicionalmente regían la contratación y el concepto mismo del contrato como intercambio o coincidencia de voluntades libremente formadas.

Y surge así, por ejemplo, sin apoyo inicial en la legislación positiva, como creación espontánea de la vida ecohómica, el llamado *contrato de adhesión*, que tiene muy poco de contrato en el sentido tradicional. Susceptible esta forma negocial de múltiples modalidades o variantes, todas ellas ofrecen como nota común la de no producirse sus efectos obligacionales como consecuencia de un libre acuerdo de voluntades, y menos de dos voluntades de igual valor, productor de efectos jurídicos.

Es cierto que también en estos llamados contratos de adhesión entran en juego dos declaraciones de voluntad: la de la empresa que formula el esquema, la póliza o el boletín de suscripción y la del particular que se adhiere aceptándola. Pero estos dos momentos no pueden asimilarse a la *oferta* y la *aceptación* cuya coincidencia, según la fórmula consagrada, engendra el consentimiento contractual. La oferta y la aceptación del art. 1.262 de nuestro Código civil son dos elementos intercambiables de idéntico valor; el que recibe una oferta puede no aceptarla, modificándola y convirtiéndose a su vez en oferente; y este juego de ofertas recíprocas y sucesivas puede repetirse indefinidamente, constituyendo las negociaciones o fase preliminar

del contrato, de suerte que al llegarse a una coincidencia de voluntades no es posible muchas veces atribuir a ninguno de los dos contratantes la condición tipo de oferente o de aceptante.

En cambio, en el contrato de adhesión cada una de las partes juega un papel predeterminado e invariable, y sus respectivas voluntades se limitan a actuar dentro de un esquema rígido que la realidad les impone. La oferta tiene carácter *general* y *permanente*; está destinada a engendrar un número indeterminado de contratos y se mantiene inalterada, siendo indiferente, para su existencia como tal oferta, el hecho de que sea aceptada o no. En cambio, la *aceptación* es individual, emitida para un caso concreto y además transitoria en sus efectos. Claramente se advierte, examinando el proceso de formación de estos contratos de adhesión, que no puede hablarse ya en el sentido clásico de coincidencia de dos declaraciones de voluntad, puesto que teológicamente son distintas y no recíprocas, la una, general y dirigida al público, la otra, concreta e individualizada. El contratante que acepta la fórmula propuesta no puede hacer más que eso: aceptar o no, contratar o no contratar; pero su voluntad no interviene para nada en la configuración del contenido del contrato. Según la conocida y gráfica expresión de Josserand, el proyecto de contrato viene a ser entonces como un *cliché* contractual del cual pueden obtenerse un número indefinido de pruebas diciendo simplemente *sí quiero*; pero el querer del aceptante carece por completo de fuerza creadora para configurar, con base en su voluntad, las consecuencias de su acto volitivo. Contrata o no contrata, eso es todo. El contrato se realiza en serie, se deshumaniza, se hace mecánico.

Y adviértase, para apreciar la magnitud del fenómeno, que el ámbito de aplicación de este tipo de negocios es cada vez más amplio. Colocado el individuo, aislado cada vez más frecuentemente frente a la gran empresa—en posición monopolística de hecho o de derecho—y rota la presunta igualdad contractual en que la sistemática tradicional se funda, el particular no puede pactar ni discutir libremente con aquélla. El *trust*, el *cartel*, la poderosa sociedad anónima, impone o dicta unilateralmente las condiciones de los contratos que está dispuesta a celebrar. El particular, si quiere contratar, ha de hacerlo en las condiciones que se le dictan, e incluso con personas que él no ha elegido libremente, sino que de hecho o de derecho le son impuestas. Piénsese, por ejemplo, en los llamados *cartels* de zona, en que los fabricantes de un producto acuerdan, para su venta, distribuirse el territorio nacional.

En la mayoría de estos casos no queda al particular ni la sombra de aquella libertad inicial, que consiste en optar entre contratar o no contratar, entre decir *sí* o *no*, pues se trata de negocios jurídicos en los que necesariamente ha de tomar parte, ya que, de lo contrario, tendría que renunciar a viajar, a utilizar fluido eléctrico o gas, a utilizar los servicios de un Banco, a asegurar sus bienes. Com razón afirma Rippert que sería una broma de mal gusto decir a quien se

ha visto obligado a celebrar un contrato de este tipo en condiciones onerosas: "No te quejes, *tú lo has querido.*" En la generalidad de los casos quien celebra uno de estos contratos está en el fondo disconforme con las condiciones que se le imponen; si pudiera hacerlo, no contrataría, o lo haría en condiciones distintas. De suerte que es consustancial con tales negocios un cierto vicio de ~~consentimiento~~ que, sin embargo, no los invalida. La llamada ley del contrato por la dogmática tradicional no es ya ciertamente aquí lo *convendio* por las partes, sino que la dicta uno de los contratantes en el formulario, póliza, boletín de suscripción, etc.

Para darse cuenta de la trascendencia que esta deformación de la figura clásica del contrato va adquiriendo en la actual vida del tráfico, conviene advertir que no se limita a la esfera de los servicios públicos, pues si bien es en ella donde primero se manifiesta, se ofrecen también crecientes ejemplos de este fenómeno dentro del Derecho mercantil (por ejemplo, seguros, suscripción de acciones y obligaciones) y en el más puro Derecho civil (por ejemplo, ~~hospedaje~~, representaciones teatrales). La realidad del comercio jurídico va imponiendo cada día nuevas modalidades o formas de contratación en que el *libre acuerdo de voluntades* no aparece por parte alguna. Resulta imposible encuadrar en aquel concepto el contrato de compra celebrado en un gran almacén a precio fijo, en que todo el mecanismo de la compraventa se concreta en tomar un objeto con la mano y alargar con la otra una cantidad de dinero. Y menos todavía cabe ya utilizar aquella categoría cuando se trata de la llamada contratación *automática* que de día en día va abriendo camino en la vida moderna. ¿Cómo hablar ya de acuerdo de voluntades entre el industrial desconocido que coloca una báscula en un paseo público y el transeúnte que, depositando en ella una moneda, desea averiguar su peso?

Todavía podría ilustrarse la tesis que nos ocupa con otras muchas figuras de negocios tomadas de la más concreta y tangible realidad. Y podríamos argumentar a base de los llamados contratos *colectivos* de carácter meramente *normativo*, cuyo contenido se limita a fijar las bases o normas con arreglo a las cuales han de celebrarse necesariamente—sin necesidad de acuerdo—los contratos en que intervengan los individuos pertenecientes a determinadas categorías profesionales. Estos individuos, por el hecho de pertenecer al grupo, no son ya libres para fijar el contenido y las cláusulas de los contratos aislados que celebren, sino que han de hacerlo con arreglo al esquema fijado de antemano. También aquí la voluntad individual es totalmente ineficaz para configurar el contenido del negocio; los contratantes no convienen nada libremente; no hay más acto volitivo que la determinación inicial de contratar o no. Y aun éste, en la mayoría de los casos, viene impuesto imperiosamente por las circunstancias. Y tengase en cuenta que, si bien estos contratos colectivos aparecen originariamente en el campo de las relaciones laborales como contratos colectivos de trabajo, van también desbordando ese campo inicial

y penetrando en ciertas esferas del Derecho privado, originando contratos colectivos de tipo no laboral (cabe, por ejemplo, considerar como tal el celebrado entre una sociedad de autores y una sociedad de empresarios de teatro fijando las normas con arreglo a las cuales los derechos de autor han de fijarse y abonarse).

La casuística que en líneas generales hemos intentado bosquejar demuestra que es cada vez más reducido el supuesto de que, al contratar, los contratantes se pongan libremente de acuerdo sobre el contenido y los efectos del contrato que celebran. Esto ocurre ya en un ámbito tan reducido del tráfico jurídico—a modo de archipiélago en el gran mar de las relaciones económicas organizadas, según frase de Mossa—que sería pueril seguir formulando el concepto genérico del contrato a base de un *libre acuerdo de voluntades*, que sólo excepcionalmente entran ya en juego. La excepción no puede ni debe servir para formular el concepto del contrato como categoría capaz de abarcar todos los tipos que la realidad social y legal nos ofrece. Es inútil aferrarse a una fórmula caduca, que indudablemente está en crisis. Y los juristas de hoy tienen ante sí, como tarea perentoria, la de construir, con una dogmática liberada de viejos prejuicios, un nuevo concepto del contrato que realmente responda a lo que éste es.

Es cierto que algunas de las más preclaras figuras del pensamiento jurídico actual han señalado la crisis que la concepción tradicional del contrato experimenta en nuestros días. Los nombres de Ruggiero, Rippert, Larenz—entre nosotros el de Pérez Serrano—son bien conocidos; y es conocida también la agudeza con que han señalado la existencia de un nuevo *espíritu contractual*. Pero posiblemente con timidez, porque se trata de algo más hondo que una nueva tendencia, o un nuevo sentido, o una nueva orientación, que pueda explicarse sin soltar las amarras y abandonar el viejo dogma del contrato.

Para Josserand se trata de un fenómeno de “*publicitación*” del contrato, inserto en el más general de la progresiva penetración del Derecho público en el privado. Así como el derecho de propiedad —dice—no es ya un *dominium integral*, el contrato ha dejado de ser un *negotium*, en el sentido tradicional de la palabra, para convertirse en muchos aspectos en un asunto público, casi en un “*affaire d'Etat*”. Y esto es evidentísimo. Pero, como hemos visto, no es sólo por ese camino por el que actualmente se deforma el concepto del contrato. Josserand—que representa en esta materia la *communis opinio*—desarrolla esa idea de la impregnación del contrato por el Derecho público señalando limitaciones a la libertad contractual, y examina cómo se manifiesta en algunos aspectos de la vida del contrato: en su dinámica, en su contenido, en su estabilidad; pero deja intacto respetuosamente el concepto mismo del contrato como *acuerdo de voluntades*. Cuando en realidad, a mi juicio es esta idea la que ya no sirve como elemento definitorio. La voluntad individual *concurre* o *interviene* en la celebración del contrato poniéndolo en marcha, es decir, como motor que lo impulsa; pero ni se determina siempre por propia

iniciativa, ni constituye ya el elemento creador de las obligaciones contractuales.

El contrato tiende hoy a ser (prescindiendo de aquellos supuestos ya excepcionales en que se cierra un trato en torno a la mesa de un café o se compra un cuadro viejo a un chamarilero) un instrumento de la vida social y económica que el orden jurídico configura por sí; y no para que el individuo se sirva de él *si quiere* o *cuando quiere*, sino *cuando DEBE* y *como DEBE*.

Y en este sentido el concepto de contrato no puede construirse exclusivamente con un criterio técnico-jurídico, descuidando el aspecto instrumental o funcional y sin insertar en él la idea de *deber*. La más elevada expresión ética, representada por el cristianismo y por la doctrina de la Iglesia, exige la reconstrucción de la sociedad, no sobre la base de *derechos egoístas*, sino sobre la de *deberes o funciones*: y esa idea no puede dejar de jugar también un papel preponderante en la figura del contrato, que es el elemento dinámico más importante del tráfico económico.

Cierto que la doctrina social de la Iglesia se desenvuelve fundamentalmente en torno al concepto de la *propiedad*. Pero no es posible desligar la idea de *propiedad* de la de *contrato*, que es el instrumento de circulación de aquélla. Y toda concepción funcional de la propiedad sería estéril si hubiera de limitarse al momento estático, sin penetrar también, rodeada de su cortejo de *deberes* y de su signo de *servicio*, en el tráfico contractual, tiñendo con iguales caracteres al contrato mismo.

Tampoco el contrato puede hoy concebirse sin subordinarlo a la idea de *bien común*. Porque es evidente que la contratación, en cuanto cambio y movimiento de riqueza, aprovecha o lesiona a la riqueza general. Y el contrato ha de insertarse, pues, en un orden aprobado por el Estado. Por encima de los intereses particulares, el contrato —la masa de contratos que los ciudadanos de un Estado celebran diariamente—repercute en la colectividad. Y está por ello plenamente justificado que no pueda el libre arbitrio de los contratantes—de los particulares—señalar el contenido y los efectos de los contratos que celebren, puesto que no se contrata exclusivamente—aunque lo parezca—en beneficio propio. Las palabras de Santo Tomás “quien busca el bien de todos, busca su propio bien” son exactamente aplicables a una recta comprensión de la contratación. De modo parecido a cómo el propietario tiende a convertirse en el *funcionario* que ya profetizó Stuart Mill, el contratante va convirtiéndose en la persona que realiza un acto social, una verdadera función social, de la cual el Poder público no puede desentenderse. Al contratar se cumple realmente una función, que si bien tiene por móvil inicial estímulos egoístas, sólo merece la protección del orden jurídico cuando se encuadra en el marco que el interés general exige.

Adviértase que de este modo, concebido así el contrato, desaparecen las incongruencias que actualmente ofrece la dogmática contrac-

tual, toda ella plagada de contradicciones con la realidad. Es contradictorio, por ejemplo, decir que las obligaciones nacidas de los contratos *tienen fuerza de ley*, y permitir que esa *ley particular* pueda ser alterada a instancia o conveniencia de uno de los contratantes y contra la voluntad del otro mediante las facultades revisoras o correctoras que tan profusa y rápidamente van concediéndose a la autoridad judicial. Es igualmente contradictorio seguir diciendo que los contratos *se perfeccionan por el mero consentimiento* y exigir con creciente rigor requisitos de forma que persiguen una mayor garantía de publicidad efectiva en interés de terceros. Es contradictorio en grado sumo seguir diciendo que los contratos *no se rescinden por lesión*—lo cual equivale a decir que los precios pueden fijarse libremente—y restringir la facultad de fijarlos mediante su establecimiento imperativo. En cambio—y con esto termino, señores—, tales contradicciones se salvan si se parte de un concepto del contrato en que se inserte la idea de función, de servicio, de deber; si por encima de los intereses particulares de los contratantes se coloca en el pórtico del contrato, la necesidad de velar por un interés unitario y superior al de aquéllos; si se proclama, desde el primer capítulo del Derecho de la contratación, que la voluntad de los particulares sólo goza de la protección del orden jurídico en el intercambio de bienes y servicios que es el contrato, en la medida en que se subordinen a la consecución del *bien común*.

Es indispensable reconstruir la dogmática del contrato para salvar la enorme distancia que existe—como decía al empezar—entre los conceptos teóricos que se formulan y las realidades de la vida a que se aplican.

Usufructo de acciones de Sociedad Anónima⁽¹⁾

FRANCISCO F. VILLAVICENCIO

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Barcelona

1) *La pretendida especialidad del usufructo de acciones.*

Se ha hablado mucho sobre la especial naturaleza del usufructo de acciones. Afírmase, en efecto, por ejemplo, que «el usufructo de acciones es al propio tiempo *usufructo de cosa mueble (título o documento)* y *usufructo de un derecho* (el *derecho o posición de socio*)» (Uriá, *Com. a la LSA.*, con Garrigues; Madrid, 1952, página 428). En ello se ha querido fundamentar la necesidad de una regulación legal específica.

A esto debe observarse que el hecho de que la titularidad plena o limitada sobre el derecho incorporado deba ejercitarse a través del título que lo incorpora, presenta un *problema de mera legitimación* (Girón Tena, *Derecho de SA.*; Valladolid, 1952, p. 256), enlazado con las funciones típicas del título. De otro lado, es particularmente evidente que el *carácter complejo* reconocido al usufructo de acciones no sería suficiente, en sí mismo, para fundamentar un tratamiento legal específico contra los principios generales: objeto tan «complicado»—y siguen en líneas generales el régimen común—tienen el usufructo sobre universalidades (viñas, montes, rebaño, herencia), sobre una acción para reclamar un derecho (arts. 484, 485, 499, 510, 486 C. c.), y sobre todo el de cuota parte (art. 490).

Pero, aparte de ello, en esta cuestión se da un deficiente plan-

(1) Conferencia pronunciada el 9 de abril de 1952 bajo el título general «Problemas de Derecho común en torno a la Ley de S. A.» en el curso sobre dicha Ley organizado por el Colegio Notarial de Barcelona (1951-1952).

Civilista por convicción y por vocación, presento el tema a uno de los Cuerpos que individual y colectivamente han defendido de manera más apasionada la integridad de nuestro Derecho común, la permanencia de nuestra tradición jurídica y la necesidad de defender—y de rescatar—sus grandes y perennes soluciones.

teamiento del problema. La especialidad del objeto no cualifica *directamente* al usufructo de acciones, sino a la titularidad plena sobre las mismas (y, *por su medio*, a la limitada). Si el usufructo de acciones tiene una entidad particular, ello no se debe a que su objeto sea especial, sino a que el derecho de socio lo es (bien que en virtud de la especialidad de *su objeto*). La observación, por ejemplo—en tema de la corporalidad o incorporalidad del usufructo de acciones—, de que la interposición de «la personalidad jurídica de la Sociedad corta toda referencia directa sobre el patrimonio social» (Girón Tena, pág. 256) no debe aplicarse tanto a la naturaleza del usufructo como primordialmente a la naturaleza del *derecho de socio*.

Todo el problema estriba en algo mucho más sencillo. Si damos por admitida la posibilidad del usufructo de acciones, no es necesario que abordemos cuestiones intrincadas. El único planteamiento recto será admitir, en consecuencia, que entre el usufructo de acciones y el derecho de socio existe *la misma relación proporcional* que entre el usufructo y la nuda propiedad de cosas. Si hablamos de especialidad del usufructo de acciones es porque pensamos en la dificultad casi insuperable de adaptar a la configuración de este derecho—y sobre todo a su contenido—conceptos típicos del usufructo común: es difícil empresa encontrar el modo de identificar la posesión del usufructuario común con la posesión del usufructuario de acciones sobre los títulos—máxime cuando la solución de los problemas que abordamos es igualmente aplicable en general al usufructo de cuotas sociales no tituladas—, o a la administración de la cosa usufructuada con el ejercicio del derecho de voto, etc. Pero yo creo que se puede prescindir de estas cuestiones, que pasan por ser algo bizantinas. Lo interesante—repite—no es detenerse en esa comparación, que no puede conducir a un resultado concluyente; la solución está, simplemente, en estudiar cuál sea la relación entre el usufructo común y la nuda propiedad correspondiente. Pues bien, esta misma relación existirá entre el usufructo de acciones y el derecho del socio. Es una sencilla regla de tres basada en las respectivas proporciones.

2) Relación entre el usufructo común y la nuda propiedad.

Para averiguar cuál sea el contenido *relativo* del derecho usufructuario, nos bastarán algunos preceptos del Código civil.

Según el artículo 348, la propiedad es «el *derecho de gozar y disponer* de una cosa» de modo, en principio, ilimitado. Ya en otra ocasión (*La fac. de disposición*, en *An. Der. civ.*, 1950-4.^º) he criticado esta enunciación legal de los poderes del propietario, dado que éstos, sin duda, no pueden someterse a una enumeración precisa. Pero, en todo caso, cuando el artículo 467 establece que «el usufructo da *derecho a disfrutar* de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y su substancia», es claro que configura el derecho del usufructuario en dos órdenes de cosas:

de una forma positiva, por cuanto el disfrute no se reduce a la simple percepción de las utilidades de la cosa; su naturaleza, que ha venido perfilándose desde la propiedad temporal o interina de la viuda romana, es mucho más amplia y sólo concebible integrando el artículo 467 con los preceptos que le siguen. Pero, por otro lado, la coexistencia del derecho del nudo propietario impone al derecho del usufructuario una limitación de orden negativo—y a la vez recíproco (art. 489)—; esto es, no podrá ser ejercitado en detrimento de la substancia de la cosa. (Véase mi trabajo «*Salva rerum substantia*» en *el usufr. propio*, en *Rev. Der. Priv.*, marzo 1951.)

Parece resultar de todo ello un *concepto no estricto del disfrute*. Poniendo en relación los artículos 348 y 467, resulta sólo privado el usufructuario de todo lo que signifique disposición de la cosa, bien directa (exclusión del derecho de disposición jurídica) o indirectamente (conservación de la substancia: exclusión del *ius abutendi*).

Ahora bien. Antes dije que los derechos del propietario no pueden ser taxativamente enumerados. Tampoco, en consecuencia, podrán serlo los del usufructuario. Esto nos obliga a incluir, dentro del término *derecho a disfrutar*—demasiado genérico, sin duda—que emplea el artículo 348 y que hace suyo el 467, una serie no cerrada de derechos o poderes menores, entre los cuales destacan: la *posesión*, el *uso* y, de manera especial, la *gestión* y *administración* de la cosa. Por eso, el *derecho a gozar* del artículo 467—calco del *derecho de disfrutar* del 348—es también, como este mismo, un *derecho-grupo o derecho complejo*, en el cual han de incluirse aquellos de posesión, uso e incluso administración de que hablábamos.

El Código civil suizo declara a este respecto que «el usufructuario tiene la *posesión*, el *uso*, el *goce* y la *gestión* de la cosa» (artículo 755). A esta concepción amplia responde la doble función de la *cautio fructuaria*, que de un lado garantiza la devolución—lo que supone *entrega* y, por tanto, *posesión*—y de otro la diligencia del usufructuario en el ejercicio de su derecho—ha de realizar la gestión de la cosa como un *bonus paterfamilias*—. Y, aun sin decirlo expresamente, la misma amplia concepción acepta el Código civil español, que de una parte exige al usufructuario la prestación de *fianza* (art. 491), y, en su gestión, la *diligencia* de un buen padre de familia (art. 497), y de otro lado faculta al propietario para retener la cosa en calidad de *administrador* (*administrador retribuido*; es decir, por causa ajena), caso de que el usufructuario no preste fianza o abuse de la cosa (arts. 494 y 520 Código civil). Ello aparte de que permite al usufructuario tan amplia libertad de acción, que podrá arrendar la cosa y ceder su derecho. (art. 480) e incluso mejorar la cosa usufructuada (artículo 487).

Sin duda, pues, frente a este extenso poder del usufructuario,

restan sólo al nudo propietario: su posición jurídica básica (*cualidad de propietario*) y la subordinada *facultad de disponer* de la cosa (arts. 348 y 489). Por lo cual, en el sistema del Código civil español, el usufructuario puede ejercitar por el tiempo de su derecho todos cuantos poderes acompañen a la posición jurídica del propietario, excepto el derecho de disposición.

Pero conviene hacer una nueva aclaración. Aunque sea especialmente difícil concretar las diversas facultades que puede ejercitar el usufructuario, tal vez sea posible encontrar unos conceptos que representen, dentro del conjunto de ellas, *centros de posibilidades de actuación*. A través de lo que antecede vienen latiendo, dentro del concepto ambiguo del derecho de disfrute, unas ideas diferenciadas: el derecho de hacer propias las utilidades de la cosa, y el derecho de gestión. A este respecto es de particular interés el artículo 490 del Código civil: «El usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella, referentes a la administración y a la percepción de frutos o intereses.»

En este precepto, sobre el cual insistiremos, aparece claramente la idea de una especie de *subrogación*: el usufructuario se coloca en el lugar del partícipe (*ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario*) por lo que hace no sólo a la *percepción de los frutos*, sino también a la *administración*. Conceptos que implican grupos de facultades; como son, respecto al disfrute en sentido estricto, el poder del usufructuario de hacer suyos los frutos (art. 471), de disfrutar todos los beneficios inherentes a la cosa (art. 479), de usarla, etc. Y en cuanto a la idea de administración, la gestión de la cosa, incluso mejorándola (art. 487), la facultad de arrendarla (art. 480)—y en cuanto al usufructo de parte de una cosa poseída en común, *la integración en el acuerdo de los partícipes para la administración y mejor disfrute de la cosa común* (art. 398).

Todas estas observaciones nos autorizan para fijar esquemáticamente los *principios básicos en que se asienta el tratamiento del usufructo en el Código civil*, desde el punto de vista de las relaciones entre usufructuario y nudo propietario. En todo él predomina la *nota de equilibrio*, necesaria siempre cuando coexisten sobre el mismo objeto diversos derechos. Los principios a que aludimos pueden ser los siguientes:

- a) *El propietario—nudo—conserva exclusivamente su cualidad de propietario y la facultad de disponer de la cosa.*
- b) *El usufructuario se subroga en el ejercicio de todos los derechos que correspondan al propietario referentes a la percepción de las utilidades de la cosa y a su administración.*
- c) *El equilibrio entre ambas posiciones se logra mediante dos fundamentales medidas: 1) El establecimiento de una zona o tierra de nadie, que han de respetar tanto el propietario como el usufructuario (cada uno relativamente al otro): la forma y la subs-*

tancia de la cosa. 2) La exigencia al usufructuario de especiales garantías, necesarias, precisamente, porque en sus manos está uno de los poderes que pueden poner en mayor peligro a la cosa y al derecho del propietario; es decir, el poder de administrar. Estas garantías son: el deber de cuidado con la diligencia de un buen padre de familia, la fianza o caución y la puesta en administración para el caso de abuso grave de la cosa. Garantías que se imponen al usufructuario, precisamente por ser administrador.

3) El derecho o posición jurídica del socio.

Ya tenemos dos términos relativamente comparados. Para despejar la incógnita—usufructo de acciones—necesitamos todavía estudiar brevemente cuál sea la posición jurídica del socio.

No deseo terciar en las discusiones numerosas sobre la naturaleza del derecho o posición del socio. Se intentó determinar si constituye un *derecho real* o un *derecho de crédito*, pensándose también en un nuevo tipo *sui generis* de derecho subjetivo. Se suele hablar de un *derecho subjetivo complejo*—caracterización que no carece en absoluto de fundamento—. Modernamente se ha lanzado la fecunda teoría del *status*, que tantas perspectivas abre a la doctrina general del Derecho privado, pero que todavía carece de desenvolvimiento adecuado y está llena de lagunas. Recientemente, algún autor ha adoptado el término de *relación jurídica*, incluyéndola en el grupo de las *de cooperación* (Girón Tena, página 60, apoyándose en De Castro, *Der. civ. de Esp.*, P. general, I prel.; Madrid, 1949: no es éste, sin embargo, el pensamiento de dicho autor), con la salvedad, por otro lado, de que en la Sociedad anónima hay una parte de carácter patrimonial que exige un tratamiento peculiar.

Sea de ello lo que quiera, y aun adoptando una expresión más o menos sujeta a controversia, es indudable que, si de la naturaleza pasamos al contenido de la posición jurídica del socio, sus poderes o facultades pueden ser perfectamente determinados. Poderes o facultades que, además, son susceptibles de una clasificación general por grupos perfectamente cualificados. En frase del propio autor anteriormente citado, «el contenido de la posición jurídica de socio se reconduce a dos grupos clasificadores, que recogen lo referente a su *colaboración administrativa* (derecho de voto, de elección, de impugnación de acuerdos, etc.) y a su *co-participación patrimonial* (derecho al dividendo, de suscripción preferente, cuota de liquidación, etc.)» (Girón Tena, págs. 61-62).

4) El derecho del usufructuario relativamente a la posición jurídica del socio.

Como puede apreciarse, deliberadamente he prescindido de la naturaleza de los diversos derechos, para limitarme a establecer su contenido, de forma que resulte casi automática su relación proporcional.

Decíamos al principio que, supuesta la figura del usufructo de acciones, el usufructuario de las mismas tendrá, relativamente al socio, los mismos derechos que el usufructuario de cosas respecto al nudo propietario. Hemos visto que *el usufructuario común se subroga en todos los derechos del propietario* y que a éste sólo resta su propia cualidad de propietario y el derecho a disponer de la cosa. Por imperativos de la lógica, *la misma conclusión hemos de adoptar en el usufructo de acciones.*

En principio, por tanto, el usufructuario de acciones podría ejercitar—considerando la institución desde el punto de vista del sistema del Código civil—los derechos fundamentales de participar en el dividendo, de votar en las Juntas generales, de impugnar los acuerdos sociales, de disfrutar la cuota liquidada; así como los secundarios de poseer los títulos, de información, de impugnación de balances, etc.; todo ello obrando con la diligencia de un buen padre de familia y sin perjudicar la posición jurídica del socio ni el futuro desenvolvimiento de sus derechos. *En suma, una verdadera subrogación en los derechos del socio referentes a la administración—o colaboración administrativa—y a la percepción de las utilidades.*

EL ARTICULO 41 DE LA LEY DE S. A.

Dice así en su párrafo primero: «En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones.»

Desde un punto de vista crítico, quizá lo que más resalta es la exclusión absoluta de todo poder interventor en la administración respecto al usufructuario. Veremos más adelante qué razones ha podido tener la Ley para ello, así como para *subvertir todo el régimen común del usufructo—con sus garantías, con sus sabias providencias*—mediante una sola pincelada: «*El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde al nudo propietario de las acciones.*» Y no se diga que se hace la salvedad de la posible disposición contraria de los Estatutos, porque en todo caso la Ley tiene, incluso cuando es dispositiva, un valor ejemplar y directriz de especial importancia.

Previamente vamos a abordar un tema insoslayable.

1) Ley de la Sociedad y Ley del usufructo.

¿Cuál es la ley del usufructo de acciones? Se ha afirmado rotundamente que «el carácter imperativo de la vigente ley no permite dar preferencia en orden al *contenido* (sic) del usufructo a lo que establezca el título constitutivo del mismo. Lo dispuesto en

el artículo 470 del Código civil, cuando dice que los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo, *debe ceder* ante lo establecido en el párrafo primero del artículo 41 que comentamos» (Uría, pág. 430).

Esto puede inducir a confusión. Ciento que si los Estatutos o la Ley no conceden al usufructuario un determinado derecho, la Sociedad, que es un tercero respecto a las relaciones entre usufructuario y nudo propietario, le negará la legitimación necesaria para ejercitárolo. Pero ello no quiere decir que, en su virtud, debamos entender que el título constitutivo se vea modificado por la disposición estatutaria ni por la norma legal—dispositiva—. La verdad es que el usufructuario de acciones tendrá los derechos que le reconozca el título constitutivo, aunque no pueda ejercitarlo frente a la Sociedad.

En realidad, se dan *dos órdenes de cosas* perfectamente diferenciados, en cuya confusión tienen su origen la mayoría de las cuestiones que los comentaristas se plantean. El primero se refiere a las relaciones entre usufructuario y socio. Es una cuestión de orden sustantivo, que hace al contenido del derecho. El segundo orden de problemas atañe a las relaciones entre la Sociedad y el usufructuario. Nos preguntamos ahora, no qué derechos tiene el usufructuario, sino qué derechos le reconoce la Sociedad. Nos planteamos en este segundo caso un problema de legitimación y no un problema de fondo. *Un problema de legitimación del usufructuario frente a la Sociedad, que deja totalmente intacta y no puede afectar a la relación sustantiva de usufructo.*

El artículo 41, ciertamente, comprende los dos aspectos. Pero en el primero—aspecto de fondo—se limita a establecer qué derechos corresponderán siempre al usufructuario—derecho a participar en las ganancias, conforme a la propia naturaleza del usufructo—y qué derechos pueden corresponderle o no, según lo establezca la voluntad privada (Estatutos o título constitutivo). En este sentido, la recta interpretación del precepto impone que la salvaguardia que se hace permitiendo que los *Estatutos* dispongan otra cosa se refiere al mero aspecto de la legitimación del usufructuario frente a la Sociedad. Pero, en cuanto al aspecto sustantivo, ha de entenderse que existe una remisión tácita de la Ley al título constitutivo, el cual podrá conceder al usufructuario derechos que los Estatutos no le otorguen, siempre que no esté en contradicción con el principio inderogable que la Ley establece.

La verdad es, en definitiva, que *ni el título constitutivo puede imponerse a los Estatutos en el aspecto de la legitimación del usufructuario, ni los Estatutos al título constitutivo en el aspecto de fondo*. Así, por ejemplo, el usufructuario tendrá el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones si el título constitutivo se lo concede; pero no podrá ejercitarlo *frente a la Sociedad*—aunque sí frente al nudo propietario—si los Estatutos no se lo otorgan.

Esta doctrina se comprende fácilmente en cuanto a los dere-

chos de contenido económico. Por ejemplo, un usufructuario a quien en el título constitutivo se conceda el derecho a participar en las ganancias efectivas, o a suscribir nuevas acciones, aunque en virtud de los Estatutos o de la Ley no pueda hacerlos efectivos contra la Sociedad, sí podrá ejecutarlos incluso judicialmente frente al socio: exigiéndole el complemento de las ganancias repartibles o la retransmisión de las acciones suscritas. Con todo, será difícil encontrar la fórmula de efectuar dichos derechos cuando sean de naturaleza administrativa: derecho de voto, derecho de información del socio, etc. En estos casos, el principio establecido, normalmente, no servirá más que para medir de una manera especialmente severa la diligencia que en su ejercicio ponga el socio, que en dicho supuesto no obra—según siempre el título constitutivo—por propio derecho, sino como verdadero administrador.

2) La posición del usufructuario en la nueva Ley.

Aun hecha esta observación de que la Ley de S. A. no regula, comúnmente, el contenido de los derechos del usufructuario, sino su legitimación ante la Sociedad, la postura adoptada puede someterse a una severa crítica, fundamentalmente en dos aspectos:

a) Por lo que corresponde al ámbito del *derecho de disfrute*, porque éste no se limita a la percepción del dividendo. Ni se puede limitar; ya que, conforme a los principios generales, según hemos visto, el usufructo se extiende al goce de todos los beneficios que pueda ofrecer el objeto del mismo. Y se silencian, sin ir más lejos, los derechos del usufructuario en caso de derecho preferente a la suscripción de acciones y a la forma de hacerlos efectivos en el supuesto de liquidación de la Sociedad. La exposición de motivos pretende haber evitado «las interminables discusiones en la materia». Pero, lejos de ello, y aun aceptando el carácter *imperativo* que los redactores ponen especial empeño en asignar a la Ley, quedan inmensas lagunas: lagunas comprensibles en cualquier Ley que durante toda su gestación no hubiera sido presentada con insospechado alarde publicitario como un acabado modelo. Y no se pierda de vista, a este respecto, algo que en nuestros días se olvida: que mientras el Código civil permanezca vigente, *en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del mismo* (art. 16). Basándonos precisamente en este precepto, intentaremos colmar dichas lagunas y corregir en cuanto quepa algunas de las consecuencias especialmente dañosas a que puede conducir la aplicación ciega del artículo 41 (párrafo 1.º) de la Ley de anónimas que comentamos.

b) En cuanto al *derecho de gestión*, al asignarse el derecho de voto al nudo propietario de las acciones, el usufructuario queda desamparado contra una administración maliciosa o un ejercicio abusivo de aquel derecho.

Vamos a considerar seguidamente ambos órdenes de problemas.

3) *El derecho a las ganancias sociales.*

El artículo 39 de la Ley de S. A. concede al socio el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. Conforme a los principios generales, este derecho correspondería íntegramente al usufructuario, quien percibiría las ganancias como frutos civiles, es decir, día a día. Pero el artículo 41, alterando la dicción del 39, configura el derecho de disfrute del usufructuario como *derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo*. Esto nos impulsa a volver sobre el problema del dividendo como fruto y a considerar cuál sea la verdadera posición de la Ley de S. A. ante el mismo cuando de usufructo de acciones se trata.

A) *El dividendo como fruto*

Para la recta interpretación de la norma, interesa fijar cuál sería la forma de distribución del dividendo si hubiera que aplicar concretamente los preceptos del Código civil.

El derecho común distingue, como es sabido, entre frutos naturales-industriales de un lado y frutos civiles. Las bases para su percepción se contienen en los párrafos 2.^º y 3.^º del artículo 451 del Código civil, según el cual los frutos naturales se entienden percibidos desde que se alzan o separan, mientras que los civiles se consideran producidos y percibidos por días. De ahí que, conforme a los artículos 472 y 474, los frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen en bloque al usufructuario y los pendientes al tiempo de su extinción, también en bloque, al propietario. En cambio, los frutos civiles pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.

Quizá esta diferencia de trato no esté del todo justificada en algún aspecto y se deba a que el Código civil considera como frutos naturales e industriales a aquellos cuya cuantía o entidad no son proporcionadas al tiempo que media entre una y otra producción, por lo cual se entienden propiedad del que ostenta la posesión de la cosa en el momento de producirse el fruto, en virtud de una especie de principio de accesión al disfrute. Por el contrario, considera como civiles fundamentalmente a aquellos frutos que, al menos en principio, son en su cuantía proporcionales al tiempo transcurrido, como—art. 355—“el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento y las rentas perpetuas, vitalicias y otras análogas”. Respecto a los cuales la Ley no dice que se producen y se perciben día a día, antes bien—precisamente porque no se producen ni se perciben en esa forma—que se entienden así percibidos a efectos de su distribución. Con lo cual desaparece el principio de accesión al disfrute, que viene a ser sustituido por un derecho de crédito contra el efectivo perceptor.

Ello supuesto, ¿qué ocurrirá con el dividendo? ¿Habrá de ser considerado como fruto natural o industrial y, por tanto, se en-

tenderá percibido íntegramente por el titular del disfrute en el momento de su reparto, o como fruto civil, en cuyo caso el titular del disfrute en el momento del reparto, tendría obligación de reintegrar al anterior en proporción al tiempo que duró su goce? ¿O constituye, quizás, el dividendo un *tertium genus*, una tercera especie de frutos?

Pudiera pensarse que en nuestro Derecho es condición incompatible con el concepto de fruto civil y esencial al de frutos industriales la de ser logrados por medio del trabajo o la industria humana aun en su más amplia expresión. Esta podría ser una derivación de la doctrina establecida en la curiosa Sentencia de 5 de enero de 1925 para calificar de frutos industriales los producidos por un establecimiento industrial. Mas no es éste, desde luego, el supuesto del dividendo. El usufructuario de acciones no es usufructuario de la empresa que explota la Sociedad anónima: su relación jurídica queda trabada con el socio titular y no con la Sociedad. Por otra parte, y en correspondencia con ello, justo es distinguir entre lo que ha de entenderse como frutos para la Sociedad y como frutos para el socio (Gamna, *A propósito del divid. come frutto dell'azione di societá*, en *Riv. Dir. com.*, 1949, I, pág. 306). Respecto a la Sociedad, son frutos el producto útil de la actividad social, y en tal sentido podría ser, quizás, considerado como fruto industrial. *Respecto a los socios, es fruto el todo o la parte de las ganancias sociales que efectivamente la Junta general acuerde repartir.* De forma que el derecho al dividendo *in concreto* nace para el socio en estado de expectativa al término del ejercicio social, sometido a la *condicio iuris* del negocio de determinación a cumplir por la Junta, y en virtud del cual el dividendo obtendrá la condición de fruto sustancialmente, también Asquini, «*Usufr. di quote soc. e di az.*», en «*Riv..Dir. comn.*», 1947, I, p. 21, «*passim*»).

B) *La supuesta indivisibilidad del dividendo.*

Alguna razón se ha aducido por la doctrina para privar al dividendo de su condición de fruto civil. Se ha dicho que la naturaleza del dividendo está intimamente ligada a la de las ganancias de la Sociedad. El período social es un todo único, un bloque cuya expresión económica es el balance. Sólo el balance, como resumen de una actividad tiene la virtud de fijar cuáles sean las ganancias sociales. De donde éstas nacen a la vida jurídica en el momento del balance y adquieren un carácter indivisible y totalizador.

Esto, sin embargo, no es absolutamente exacto en el espíritu de la Ley de S. A., ya que, por ejemplo, al tratar en los artículos 135 y 144 del derecho de separación del socio en los casos de transformación o fusión, no establece la liquidación de su parte —y, por tanto, del correspondiente dividendo—con referencia al balance del ejercicio anterior, sino al cerrado el día anterior a la

fecha del acuerdo. Con lo cual serán liquidadas al socio disidente las ganancias en concepto de porcentaje de un dividendo.

Todo esto proviene de una confusión. De la confusión que nace de considerar que es fruto civil el que se produce y se percibe por días, cuando la verdad es precisamente la contraria: es fruto civil el que no se produce ni se percibe por días, pero por su especial naturaleza se entiende producido y percibido por días. Y esa especial naturaleza no puede establecerse en nuestro derecho común por un procedimiento de integración, sino por *un proceso de exclusión*: serán considerados como frutos civiles aquellos que no posean los caracteres que la ley asigna a los frutos naturales e industriales y en este sentido no cabe duda de que el dividendo, dentro del Código civil, no se compadece con la naturaleza de fruto natural-industrial. Y como nuestro ordenamiento no admite un *tertium genus*, habrá de concluirse que el dividendo es un fruto civil con todas sus consecuencias, es decir: producción y percepción por días. Con lo cual desterramos totalmente el principio de la *indivisibilidad del dividendo*.

C) Sentido del artículo 41

En todo caso, lo interesante es ya considerar si la Ley de S. A. se aviene a este concepto del dividendo como fruto civil.

Una somera lectura del artículo 41 puede inducir a confusión. Puede pensarse, en efecto, que cuando la Ley concede al usufructuario el «derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se repartan dentro del mismo» exige la concurrencia de dos requisitos: obtención y reparto dentro del período del usufructo.

Esto es sólo verdad a medias.

A este respecto, será conveniente volver la vista a la fecunda distinción, dentro de los beneficios sociales, entre ganancias respecto a la Sociedad y ganancias respecto al socio. Ambas son fijadas soberanamente por la Junta general sobre la situación de balance. En efecto, la Asamblea (Angelini Rota, *La atribuz. del divid. nel caso di trasf. dell'azione durante l'esercizio sociale*, en *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, 311) determina, en primer lugar cuáles son las ganancias sociales por su intervención en la aprobación del balance. Pero sobre ello, una vez determinada la utilidad social neta, puede decidir su distribución en menor medida, aumentando, por ejemplo, los fondos de reserva. Así como puede distribuirlas en mayor cuantía con cargo a reservas anteriormente constituidas. Ambas posibilidades están sometidas a los principios que la Ley de S. A. establece (arts. 50 y 107): *La Junta general resolverá sobre la distribución de beneficios, que sólo podrán ser repartidos en cuanto hayan sido realmente obtenidos en el ejercicio o con cargo a reservas expresas de libre disposición.*

Por ello, cuando la Ley habla de «ganancias obtenidas duran-

te el usufructo» se refiere a las utilidades como ganancias sociales. Cuando habla de «ganancias repartidas durante el usufructo», se refiere a las ganancias del socio, es decir, a la utilidad que el socio recibe con cargo a las ganancias sociales. Por lo cual, es claro que se trata de dos términos heterogéneos que no pueden combinarse como requisitos de la percepción de frutos por el usufructuario.

En realidad, cuando la Ley exige que para que el usufructuario pueda aprovecharse de las ganancias sociales es necesario que sean repartidas durante el usufructo, formula una proposición meramente negativa; es decir, que el usufructuario no tendrá derecho a las ganancias sociales que, por la deliberación de la Junta, hayan quedado sin repartir al extinguirse el usufructo. Esto es, hayan quedado sin convertir en ganancias del socio.

Por el contrario, al afirmar que el usufructuario tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas durante el usufructo, quiere decir, en primer lugar, lo mismo que el artículo 107, o sea, que el dividendo ha de corresponder a un *efectivo* beneficio social. Y en este sentido no deja de ser una redundancia. Pero puede que la Ley haya querido decir algo más. Al referirse simplemente a las ganancias sociales y no al dividendo, parece que también concede al usufructuario el derecho a participar en las ganancias sociales que durante el usufructo hayan sido al mismo tiempo obtenidas, pasadas a reserva de libre disposición y finalmente repartidas con cargo a las mismas.

Lo curioso es, sin embargo, que algún autor, sin dejar de estimarlo como fruto civil, entiende que el momento decisivo al que ha de atenderse para la adjudicación del dividendo no es siquiera el del cierre del ejercicio social, sino el del acuerdo de la Junta (Uría, pág. 431). Esto, en primer lugar es inconsistente. Yo respetaría la opinión de quien, basándose en argumentos más o menos fundados, abogase por considerar al dividendo como fruto perteneciente a un *tertium genus*—teoría, por lo demás, hoy totalmente desechada—. Lo inadmisible es que, calificando al dividendo como fruto civil, no se quieran obtener todas las consecuencias. En realidad, como decíamos antes, el dividendo no se produce ni se percibe por días. Pero una vez calificado como fruto civil, se entiende no sólo producido, sino también percibido por días. Y si el ciclo de la gestión social se cierra por años, el dividendo se entenderá producido y percibido por cada día de ese año, independientemente del momento en que la Junta general acuerde su reparto.

Con todo, este error es fácilmente explicable, de un lado, por la ambigua expresión «repartir», y de otro por falta de comprensión exacta de la naturaleza de la decisión de la Junta. El negocio jurídico por medio del cual la Junta general concreta qué beneficios habrán de ser repartidos (esto es, qué beneficios sociales habrán de ser convertidos en utilidad de los socios), es un *negocio*

de determinación, cuyos efectos tienen un absoluto efecto retroactivo. «La deliberación no da vida a las utilidades; las utilidades derivan de la gestión social, tanto, que si no son realmente conseguidas, no pueden ser pagadas aunque se acuerde su pago. Pero la deliberación se reduce a una función de determinación. «Las utilidades ya tienen este carácter bajo la condicio iuris de que la deliberación de la Asamblea las haga distribuibles». (Messineo, *Il dividendo come frutto dell'azione di societá*, en *Riv. Dir. comm.*, 1948, I, págs. 107 y 108).

D) *La distribución de las ganancias*

Realizando este estudio, creo que podemos establecer un principio regulador de los derechos del usufructuario a las ganancias del socio, deducido del propio espíritu de la Ley y de la amplia concepción del Código civil. El principio es éste: *El usufructuario tiene derecho a las ganancias sociales obtenidas durante el usufructo y convertidas en dividendo con relación a un ejercicio en que el usufructo estuviera total o parcialmente vigente.*

De este principio, unas consecuencias:

Primera. La distribución de las ganancias del primero y último ejercicio durante el cual esté vigente el usufructo total o parcialmente se hará por días de duración del usufructo. Hemos argumentado ampliamente; pero considérense además las consecuencias absurdas del parecer contrario en el caso de que el usufructuario entrase en posesión de su derecho en el curso de un ejercicio social y falleciese durante el mismo.

Segunda. Especial mención merece la distribución de las reservas.

Cuando se trate de reservas de libre disposición, corresponderán al usufructuario—también por días—en la medida en que se integren por ganancias sociales obtenidas durante el usufructo, y en cuanto sean distribuidas en un ejercicio en que el usufructo esté total o parcialmente vigente.

Por lo cual, no corresponderán al usufructuario las reservas obtenidas en ejercicios anteriores a aquél en que comenzó el usufructo, aunque se repartan como beneficios en un ejercicio durante el cual esté vigente. Ni, finalmente, los beneficios repartidos con cargo a reservas obtenidas en un ejercicio durante todo el cual ya esté extinguido el derecho del usufructuario; si bien puede todavía discutirse si el nudo propietario estará obligado a reintegrar al usufructuario (Ver contra Uriá, pág. 431; antes, posición justa en Sánchez Torres *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles*, Madrid, 1946, pág. 55).

4) *Aumento de capital.*

Vamos a considerar ahora la especial situación que crea el aumento de capital según se verifique con cargo a las reservas disponibles o por el procedimiento de nueva suscripción.

En caso de *aumento de capital*, sea por aumento del valor de la acción, sea por la emisión, de nuevas acciones, *con cargo a reservas disponibles*, nótese que, aunque el valor nominal en manos del socio haya aumentado, no ha aumentado el valor de su cuota o participación en el patrimonio social. De donde, al usufructuario no debe corresponder más que el derecho a disfrutar de las nuevas acciones o de su aumento de valor nominal, tanto por el principio de accesión establecido en el Código civil, como porque el aumento de capital es representación idéntica de la cuota sobre el patrimonio—propio objeto del derecho de socio, y por tanto del usufructo (Asquini, *Usufr. di quote sociali e di azioni*, en (*Riv. Dir. comm.*, 1947, I, pág. 19)—. Puede ser tesis fiscal muy interesante imputar la propiedad de las nuevas acciones al usufructuario, como distribución extraordinaria de beneficios. Pero la realidad es que, civilmente, *no hay verdadero beneficio efectivo*; aparte de que, al calificar la aplicación de reservas a aumento de capital, la Ley de S. A. no habla de distribución de las reservas, sino (artículos 87 y 94), de *transformación, traspaso, conversión*. Es decir, transformación o conversión en capital, o traspaso de la cuenta de reservas a la de capital. Sin embargo, sí deberán corresponder al usufructuario, las acciones emitidas con cargo a reservas formadas por utilidades obtenidas durante el usufructo.

Cosa distinta y semejante ocurre cuando el *aumento de capital* se efectúa mediante *emisión y desembolso de nuevas acciones*. Si el precio de emisión de las nuevas acciones equivale al valor efectivo de las existentes como cuota de patrimonio, la operación no tiene repercusión alguna. El problema surge cuando el precio de emisión sea menor al valor efectivo de las acciones existentes como cuotas partes del patrimonio social. En este caso, disminuye el valor de la cuota y se produce una alteración de la substancia de la cosa, un perjuicio indudable que hay que reparar. El derecho de suscripción de las nuevas acciones adquiere inmediatamente un valor económico complementario del perjuicio que aquéllas sufren como expresión de cuota patrimonial.

En este punto, yo prescindo, por estimarla sin duda, de la cuestión sobre a quién corresponde el derecho a suscribir las nuevas acciones, que acertadamente el artículo 39 concede al socio, y del que priva al usufructuario, porque no es fruto (Chambaz-Leblond, *Precis de sociétés*, 1937, n. 1590). Pero no puedo por menos de considerar que, concebido como un verdadero derecho por el artículo 92, su disfrute corresponde al usufructuario (rige aquí la Sentencia 23 enero 1947; contra, Uría, pág. 433), por ser expresión de una parte de la cuota del patrimonio social—huelga,

por tanto, el arg. artículo 41—, porque es el medio de indemnizarle el perjuicio que sufre, y porque el supuesto entra de lleno en artículo 479 Código civil: «el usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que perciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor, y en general, *de todos los beneficios inherentes a la misma*».

De donde, si el derecho de suscripción preferente se ejercita por el socio, el usufructo recaerá sobre una cuota de cada acción de las adquiridas, por el valor que corresponda al derecho de suscripción. Si este derecho se cede por el socio, el usufructo recaerá sobre su valor—como si se tratase de una liquidación parcial de la cuota—. Y si el socio deja perder su derecho, cabrá una acción de indemnización, por el montante de los perjuicios causados (responsabilidad valorada por la *diligencia de un buen padre de familia*).

5) *Liquidación de la cuota social.*

Vamos, finalmente, a examinar los derechos del usufructuario en el supuesto de liquidación de la Sociedad, estableciendo postulados que, *mutatis mutandis*, son aplicables al caso de amortización de acciones, así como al supuesto de separación del socio.

En esta laguna de la Ley—que justifica el que hayamos supuesto otras varias—adquieren su mayor fuerza los preceptos del *Código civil como Derecho supletorio*.

Creo que, esquemáticamente, pueden contemplarse tres situaciones, a las cuales hemos de encontrar necesariamente una solución en los principios informadores del Código.

1.º *Supuesto en que el usufructuario haya prestado o preste fianza suficiente* (elemento de fundamental importancia en los supuestos de liquidación, porque el usufructuario adquiere desde entonces el derecho de gestión de que antes se hallaba privado). Son aplicables en este caso los principios del artículo 507 Código civil, referente a la reclamación de los créditos vencidos que formen parte de un usufructo. Por lo cual, el usufructuario podrá cobrar directamente la cuota liquidada y destinarla libremente conforme a sus deseos.

2.º *Supuesto en que el usufructuario haya sido dispensado de prestar fianza.* Por aplicación de los mismos principios, el usufructuario podrá recibir la cuota liquidada, con autorización del nudo propietario, o, en su defecto, del Juez: el concurso de los cuales habrá de obtener también para dar al importe obtenido un destino idóneo, en forma que reditúe, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado.

3.º y último supuesto.—Comprende los *casos en que el usufructuario no haya sido dispensado de prestar fianza, y no haya afianzado o no complete suficientemente la fianza prestada en méritos a la nueva administración que recibe*.

En este caso, habrán de aplicarse conjuntamente los principios contenidos en los artículos 507 y 494 del Código civil.

En cuanto a la legitimación para el cobro de la cuota liquidada, se aplicará el artículo 507, que exige autorización del propietario o del Juez. Por lo que se refiere al destino que haya de darse a la cuota liquidada, a mi juicio deberá aplicarse el artículo 494, por lo que, a elección del nudo propietario, podrá éste retener su importe en calidad de administrador retribuido; o bien permitir que, con su intervención o la del Juez, se invierta el importe de la cuota en valores seguros.

6) El derecho de voto.

El punto, sin embargo, en que la nueva ley se manifiesta más decidida, es en la exclusión al usufructuario del ejercicio del derecho de voto—siempre salvo distinto precepto estatutario—.

Separándose por esta vez de su modelo italiano, la Ley de S. A. concede en principio al nudo propietario el derecho a votar en las Juntas generales. Esto supone una evidente desviación respecto al tratamiento tradicional del usufructo, en el cual todo lo que indique gestión o administración del objeto del mismo, se abandona al usufructuario. Veamos a qué razones ha podido obedecer esta decisión de la Ley.

A) En primer lugar, puede haber influido el actual dogma de la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima. En efecto, tal vez se haya pensado que, por virtud de dicha personalidad particular, el usufructuario no pasa de ser un tercero respeto a la misma, y que la base sobre la cual han de ejercitarse sus poderes no es el patrimonio social ni la gestión social, sino exclusivamente la proyección externa de los beneficios del socio—dividiendo, ventajas, cuota de liquidación—; con lo cual, queda automáticamente apartado de todo lo que suponga colaboración administrativa en la Sociedad. Pero el principio no parece tan riguroso desde el momento en que se permite a los Estatutos disponer lo contrario; además, la subrogación que supone el usufructo es concepto suficientemente elástico para permitir que el usufructuario pueda llevar la administración social sin perjuicio de la integridad del dogma de la personalidad jurídica.

Mas, sobre todo ello, estará siempre la incógnita sobre la procedencia de conceder personalidad a la Sociedad Anónima.

Realmente, ningún argumento tan fruete como el de la limitación de la responsabilidad. Pero—también—nada tan insuficiente. Gran parte del escepticismo que hoy existe en torno al problema genérico de la personalidad moral, se debe sin duda a este empleo abusivo—o, mejor, innecesario—del término. Del propio Gierke se ha dicho que «no se atrevió a señalar que la Sociedad Anónima no tenía intrínsecamente la naturaleza de persona jurídica, y que era sólo una comunidad en mano común, potenciada artificialmente por el privilegio de limitación de responsa-

bilidad concedido a los socios». (De Castro, *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de pers. jur.*, en *Anuario de Derecho civil*, 1949 (IV-2) pág. 1402). En realidad, sin adoptar una posición extrema, aún admitiendo la necesidad de mantener la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima, es indudable que donde aparece con más claridad su *sustratum* de comunidad es precisamente en la gestión social. Y para este supuesto *podría haber servido de guía el artículo 490 del Código civil*.

B) El artículo 41 de la Ley concede—innecesariamente—al nudo propietario la cualidad de socio. Y ha podido pensarse que de esto se seguía forzosamente la concesión del derecho de voto. Pero ello, a mi entender, adolece de un vicio de enfoque. El ejercicio del derecho de voto no está, en principio, vinculado necesaria y personalísimamente a la cualidad de socio. Hablo del ejercicio y no del derecho mismo. Y pase que la doctrina patria haya preferido defender la incesibilidad del derecho de voto incluso en su forma de cesión legitimadora del título, aunque contradictoriamente se admite la validez de la transmisión fiduciaria. Pero la misma ley nos da un ejemplo al impedir el ejercicio del derecho de voto al socio moroso en el pago de dividendos pasivos, a la Sociedad en cuanto a las acciones reembolsadas, y al permitir que quien no es socio como el propio usufructuario, o el acreedor pignoraticio, ostente *por el mero hecho de admitirlo los Estatutos*, el derecho de voto. ¿Qué razón ha habido, por tanto, para establecer el principio de la accesoria del voto respecto a la cualidad de socio, si *de un lado caben acciones que no pueden votar, y de otro se relega el precepto a una simple norma dispositiva?*

C) Mas puede haber guiado otra razón al legislador. Acaso pensó que, abandonando al usufructuario el ejercicio del derecho de voto, no sólo se ponía en sus manos la posibilidad de causar un positivo daño en la sustancia de la cosa, sino también el arma incomprensible de decidir en materias en que el nudo propietario tendría interés incuestionablemente preeminente. Pero, nótese, en primer lugar que, la posibilidad del daño existe igualmente en el usufructo de derecho común y no por eso se priva al usufructuario de la administración, dictando el Código las normas necesarias para neutralizar el peligro: método mucho más jurídico y más político, que honra a los detractados legisladores de antaño, en contraste con el espíritu como policial y omnipresente de las leyes modernas en todos los países. Y es sumamente grave que la Ley de Sociedades Anónimas no adopte ninguna de aquellas *garantías*—que el Código civil impone al usufructuario *por ser administrador*—en el caso inverso, dejándole indefenso contra la gestión maliciosa del socio (que puede alcanzar extremos insostenibles en el supuesto de que posea un paquete mayoritario).

Pero, aunque en principio ello sea cuestión de oportunidad,

no es razón suficiente la expuesta para justificar la decisión legal. Ciertamente, no se debe dejar al arbitrio del usufructuario el poder de decisión en materias competentes al interés del socio. Pero téngase en cuenta que *también es verdad la inversa*. Tan absurdo puede resultar que el usufructuario decida sobre una modificación estatutaria, como que el nudo propietario se pronuncie sobre el reparto de beneficios en fraude del usufructuario. Por supuesto, habría sido prolífico y casi imposible establecer una tabla divisoria de competencias, y por ello se impone la necesidad de atribuir a uno u otro el ejercicio del derecho de voto. Pero puestos a valorar conveniencias, basta recordar lo ya indicado: que concediéndolo al usufructuario, se tenían al menos las garantías resultantes de no pocos y sabios preceptos del Derecho común. Y esto habría podido unirse a una fórmula parecida a la que contiene el Código suizo de las obligaciones: «La acción gravada por un derecho de usufructo está representada por el usufructuario: éste es responsable frente al propietario si no atiende equitativamente a sus intereses» (art. 690).

Supuesto este estado de cosas que puede acarrear considerables perjuicios al usufructuario, justo es acudir a las normas de Derecho común para buscar fórmulas que le garanticen:

Primera. El usufructuario tendrá derecho a exigir el desdoblamiento del título y la posesión del que represente su derecho sobre la acción.

Segunda. El socio responderá ante el usufructuario si en el ejercicio de los derechos de gestión no atiende a sus intereses con la diligencia de un buen padre de familia.

Tercera. Cuando de la gestión del nudo propietario se infiriere considerable perjuicio a los intereses del usufructuario, los Tribunales podrán decretar la puesta en administración de las acciones usufructuadas, exigiendo al efecto la fianza que proceda.

Estas breves e incompletas notas son producto de un estudio cariñoso de una de nuestras instituciones más tradicionales, y representan también una apasionada protesta contra la subversión sistemática de sus principios en nuestras modernas leyes.

NOTA BIBLIOGRÁFICA COMPLEMENTARIA.—Independientemente de las obras generales, y de los trabajos citados en el texto, pueden consultarse: GASPERONI, *Le azioni di soc.*, 1942 (hay trad. esp.); MONTESSORI, *Il dir. di opz.*, en *«Rev. Dir. Comm.»*, 1921, I; FIORENTINO, *Comproprietà ed usufr. di az.*, misma *«Rev.»*, 1946, I.

En el Derecho español, los conocidos trabajos de: URÍA, en *«Rev. Cr. Derecho Inm.»*, 1943; MARTÍNEZ DE LA FUENTE, en *«Rev. Der. merc.»*, 1947; LARRAZ, misma *«Rev.»* y año; SUÁREZ DE FIGUEROA, id.; BOFARULL Y ROMAÑÁ, en este *«Anuario»*, 1948. A más, la obra de DALMASES, *Usufructo de Derechos*, 1932.

Donación, condición y conversión jurídica material

(Notas con ocasión de una nota crítica)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

SUMARIO: *Motivos de estas notas.*—I. *Concepto de donación.*—1. ¿Es la donación un contrato? ¿No es un contrato?—2. El concepto de la donación a través de la Historia.—3. Posición del Código civil, según la doctrina.—4. La donación, según el título II del Libro III del Código civil.—5. Nuestro Código civil y las donaciones «liberatorias» y «obligatorias».—6. Distinción entre las donaciones promisorias con obligación de dar y las donaciones traditorias contraídas bajo condición o plazo suspensivo.—7. Encuadramiento dogmático de la donación «mortis causa», del art. 620, entre las donaciones traditorias.—8. Configuración histórica de la donación «mortis causa», como donación condicionada.—II. *La condición y su encaje con las donaciones.*—1. Problemas que suscita el concepto estricto de la condición.—2. Concepto y caracteres del evento condicionante.—3. Causa y condición.—4. El supuesto de hecho de la donación «mortis causa» y el de la sucesión testamentaria.—5. La retroactividad y la irretroactividad del cumplimiento de las condiciones.—6. La situación de pendencia condicional y su normal irrevocabilidad.—7. Aplicación de la doctrina expuesta a las donaciones «mortis causa».—III. *Las donaciones de ultrerior grado; su naturaleza.*—1. Origen histórico del artículo 641 C. c.—2. Intranscendencia de la aceptación de los ulteriores donatarios en vida del donante.—3. La transmisibilidad o intransmisibilidad en los fideicomisos contractuales.—4. Revocabilidad por el donante de las donaciones de ultrerior grado en estado de pendencia.—IV. *La conversión jurídica material aplicada a las donaciones entre esposos.*—1. Naturaleza de la «confirmación donationis» en la *Oratio* y en el *Corpus*.—2. El problema en el Derecho histórico de Castilla.—3. Concepto y requisitos de la conversión jurídica material.—4. ¿Hay base objetiva para la conversión en donaciones «mortis causa» de las otorgadas entre cónyuges?—5. El tiempo del matrimonio, a través de la prohibición, con referencia al otorgamiento y a la efectividad de las donaciones.—6. La conversión y el artículo 1.334 del Código civil.

Terminada nuestra Guerra cuando dejé las armas para volver a abrir los libros de Derecho, entre los nuevos autores que con mayor interés y sugerión leí, desde sus primeras publicaciones, se contó Amadeo de Fuenmayor Champín.

No obstante, por curiosa paradoja, apenas me atreví a desenfundar mi pluma, me hallé en varios de mis trabajos enfrente de la opinión de Fuenmayor. Es de notar que si bien coincido con él en muchos extremos, sobre los que no he tenido ocasión de escribir, por pura casualidad resulta que de los menos de discrepancia me he ocupado principalmente en mis publicaciones.

Hace escasamente tres años conocí a Fuenmayor en el Seminario de Anuario de Derecho civil, en esas reuniones tan simpáticas que se celebraban los miércoles por la tarde en el Instituto de Estudios Jurídicos bajo la inteligente y afectuosa dirección de don Federico de Castro. Desde entonces, mi admiración hacia Amadeo ha aumentado y mi simpatía se ha convertido en sincera amistad. No obstante, muchas veces, seguimos discrepando en terreno jurídico. Discrepancias que, si cabe, aumentan y fortalecen nuestra buena amistad, pues los dos estamos igualmente convencidos de que, como dice Palomino, el Derecho sería muy aburrido si todos opinásemos igual, y porque, ambos, sabemos tomar con espíritu deportivo esas escaramuzas jurídicas.

Precisamente, es Fuenmayor un maestro en el difícil arte de defender opuestas opiniones, cuando hace falta, para dar color y sabor a un debate jurídico. Habil en la argumentación, rápido en la respuesta, es capaz de hacer cambiar en unos instantes la opinión de la mayoría, con ese arte de los grandes abogados, que saben convencer a los demás aunque ellos mismo duden.

Creo que en la nota crítica a mí dedicada (1), ha hecho gala de esa cualidad suya. Para que una nota crítica tenga «salsa» hay que discrepar del autor comentado. Debe defenderse la opinión opuesta. Éso ha hecho Fuenmayor con extraordinaria habilidad y en escasas líneas de clara y precisa prosa. De lo que no estoy del todo seguro es de que haya quedado completamente convencido de llevar la razón. Ha suscitado interés en torno a un tema que lo merece, por su trascendencia, y nos ha obligado a volver sobre algunos de los extremos, que a su fino sentido crítico le han parecido menos fundamentados, más quebradizos y frágiles.

Por eso, nuestra contranota crítica no se enfrenta con Fuenmayor, sino con una tesis, que ocasionalmente, como una finta, ha esgrimido en un juego en el que es probable que él mismo no haya tomado seriamente partido.

En sus conclusiones, dice Fuenmayor (2), que «si (Vallet) se hubiera limitado a la exégesis del artículo 620 revisando el parecer de la doctrina, apoyado en la letra del precepto, yo confieso (*habla Fuenmayor*), que me habría hecho dudar, y hasta hubiera pasado de la vacilación al convencimiento de que llevaba

(1) *Sobre una revisión de las donaciones "mortis causa" en el Código civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-III, págs. 1082 y ss.

(2) Pág. 1095.

de su parte toda la razón. ¿No estaban admitidas antes del Código las donaciones *mortis causa*? ¿No se asemejaban, a la vez, a los legados y a las donaciones *inter vivos*? Pues podían seguir *participando* de la naturaleza de unos y otros: legados en su régimen y donaciones por su otoñamiento».

Pero..., yo no me contenté con esta labor de exégesis, quise explicar la figura. Para explicarla utilicé unos conceptos que, según mi crítico, no son ortodoxos. Por ello me condena: «Tras ese examen (*de las piezas de que me serví*), parece claro que si, por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque según ha demostrado cumplidamente Vallet sólo podrían vivir como donaciones, pero de su propia construcción resulta qué en el campo de las donaciones no hay en rigor cabida para ellas.»

Aquí observamos un hábil juego de prestidigitación en la crítica. Estima admisible la existencia de las donaciones *mortis causa*, según la exégesis del art. 620 C. c...., pero no le convence la descripción, la viabilidad de la explicación técnica, que nosotros damos de las mismas, y por eso, en lugar de rechazar simplemente nuestra explicación, niega la posibilidad de aquello que, en principio, estimó posible, pero que no se ha sabido explicar a su satisfacción.

Esto nos recuerda cierta anécdota. Se hallaron por un joven naturalista unos huesos. Restos de un animal prehistórico desconocido. Se publicó el hallazgo, y su descubridor, no contento con ello, quiso aplicar prácticamente la ley de la correlación de Cuvier. Su reconstrucción teórica del animal prehistórico le pareció disparatada a su maestro. Un animal de aquella estructura no podía existir ni haber existido nunca. Era un imposible. Pero el maestro, indignado, no se contentó con esta afirmación, sino que decepcionado proclamó, como consecuencia, que aquellos huesos no existían, ¡que era imposible que se hubieran encontrado!

En nuestro caso, entra en la esfera de lo probable que sea errónea nuestra construcción de la donación *mortis causa*, que hayamos partido en su elaboración de conceptos inexactos; pero ello no podrá ser argumentado para negar la posibilidad conceptual de esa figura milenaria de la donación *mortis causa*. De ella no sólo conservamos sus huesos. Sino que—como nuestro crítico reconoce—puede tener cabida en nuestro Derecho vigente según el texto del artículo 620 C. c. Nuestras deficiencias al pretender su explicación, no bastan para borrar de un solo golpe aquellas realidades. La falta de explicación satisfactoria de un hecho probado no es argumento contra la existencia del hecho que sin fortuna se quiso explicar. Sólo probará la limitación de nuestras facultades. De paso que constituirá un ejemplo más a oponer a quienes quieran abusar del método dogmático.

No obstante, aún aceptando la posibilidad de haber partido en nuestro citado trabajo de unos conceptos fundamentales desenfocados e inexactos, no creemos que ciertamente haya sido así. Modestamente vamos a insistir en las líneas básicas de esos conceptos, que Fuenmayor nos rechaza. Éste va a ser, precisamente, el objeto de las presentes notas.

I

CONCEPTO DE DONACIÓN

Mucho se ha discutido la naturaleza de las donaciones. Autor de la talla de Biondi⁽³⁾ nos confiesa que «la colocación de la donación en el sistema jurídico presenta dificultades y genera discusiones, que se hacen patentes siempre, incluso hoy, en toda reforma legislativa». Nosotros, sin rotundidad, trataremos de defender nuestra tesis, pues creemos que no faltan razones y argumentos para ello.

1. *¿Es la donación un contrato? ¿No es un contrato?*

Antes de contestar a esta pregunta debemos empezar por ponernos de acuerdo acerca de lo que es un contrato.

Castán⁽⁴⁾ dice que las definiciones del contrato que encontramos en los autores y legislaciones modernos responden a diversas concepciones. Principalmente a las siguientes:

a) *Concepción amplia*: Identifica la noción del contrato con la convención o acto jurídico bilateral, incluyendo en ella todo acuerdo dirigido a crear relaciones de obligación, o modificar o extinguir las existentes, o a constituir relaciones de derecho real o de familia.

b) *Concepción estricta*: Separa con toda precisión convención y contrato, especie éste y género aquélla. Según ella, contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a *constituir una obligación patrimonial*.

c) *Concepción intermedia*: Sin identificar convención y contrato extiende este concepto a todo acuerdo dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico—obligatorio o real—de contenido patrimonial o económico.

Nuestros clásicos también distinguieron varias acepciones de la palabra contrato. Así el jesuíta Luis de Molina⁽⁵⁾ separa:

(3) *Donazioni*, en el T. X del *Tratado di Diritto Romano*, dirigido por ALBERTARIO (Milán, 1943), § 1, pág. 631.

(4) *Derecho civil español común y foral*, II-II (Madrid, 1939), pág. 185 y ss.

(5) *Los siete libros de la Justicia y el Derecho* (Traducción, estudio preliminar y notas de MANUEL FRAGA IRIARTE, Madrid, 1943), T. II, Vol. I, Disp. CCLII, núms. 4, 6 y 7, pág. 199 y ss.

a) *El contrato en sentido propio y estricto*: siguiendo a Labeón, a través de Ulpiano (I. Labeo, II, ff. de verb. signif.): «es la mutua obligación de dos personas». Es decir, «es un pacto del cual surgen obligaciones recíprocas» (6).

b) *En sentido más amplio, pero menos propio*, comprende «todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes». Concepto que recoge de otros textos romanos.

Es interesante, a nuestro objeto, el ejemplo que Molina pone para aclarar este segundo concepto: «En esta acepción del contrato, la donación, si se considera desde el momento de la tradición de la cosa donada no es un contrato, ya que por lo mismo que la cosa se entrega, no hay obligación alguna en justicia, ni de parte del donatario que la recibió y la acepta, ni de parte del donante, que en adelante no tiene deber alguno» «Mas cuando la donación se considera en el momento de la promesa, es un contrato en esa segunda acepción, pues si bien de la promesa aceptada no surge obligación alguna por parte del donatario, sí, en cambio, de parte del donante. Pues aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el promitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por la simple liberalidad..»

c) *En sentido latisimo y todavía menos propio*, comprende todo pacto, produzca o no obligación, considérese en el momento de la promesa o en el de la tradición, desde el momento que sea aceptado.

Explicando que, «aunque la donación aceptada que empiece en la tradición no produce obligación alguna, ni de parte del donante ni del donatario, por cuanto transmite el dominio mediante el concurso de las voluntades del donante, que consiente en donar, y del donatario que consiente en aceptar, estamos ante un pacto y, por tanto, en un contrato en esta última acepción de que ahora tratamos».

¿Cuál es el concepto de contrato que acepta el Código civil?

Ciñéndonos al Título II del Libro IV de dicho Cuerpo legal, creemos que en éste se admite la concepción calificada por Castán de estricta y que el jesuita Luis de Molina consideró intermedia entre las que juzgó más estricta y latísima, o todavía menos propia. Es decir, entiende como contrato todo convenio generador de obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas.

El artículo 1.254 nos dice: «El contrato existe desde que una o varias personas *consienten en obligarse*, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio.»

(6) Según esa acepción, sólo serían verdaderos contratos los llamados por la doctrina moderna contratos bilaterales. Aun entendiéndose que la donación impone obligaciones al donante, LABEÓN y ULPIANO hubiesen felicitado a Napoleón, contra el parecer de todos los juristas del pasado siglo.

Y el artículo 1.261 expresa que: «No hay contrato sino cuando concurran los requisitos siguientes: ...3.º Causa de la obligación que establezca.»

2. El concepto de donación a través de la Historia.

Conocido el concepto estricto y técnico de contrato, según nuestro Código civil, podemos entrar en el examen de si, según su régimen positivo, puede la donación ser conceptuada siempre, nunca, o a veces, como contrato en su estricta acepción legal.

Pero, a fin de poder situarnos con más seguridad, estimamos conveniente comenzar por el examen de las diversas concepciones a que la donación ha dado lugar a través de la Historia del Derecho.

Al efecto, podemos resumir que las leyes y los autores han considerado la institución de que nos ocupamos de tres distintas maneras. *Como causa, como modo y como título.*

La palabra causa la empleamos aquí significando *animus justificante* como *fin inmediato perseguido con un negocio dado*.

El término *modo* vamos a usarlo *ampliamente*, como acto por el que *se transmite* el dominio u otra titularidad real o crediticia, bien vaya precedido de título, bien lo lleve insito o en sí mismo o no lo requiera e, incluso cuando el mismo título tenga por sí solo eficacia traslativa.

Finalmente hablaremos del *título*, en su sentido más restringido asimilándolo a contrato dirigido a producir un acto traslativo para cuya efectividad necesita ir seguido de un *modo* de adquirir.

Hacemos estas aclaraciones por la ambigüedad y diversidad de significados con que se usan esas tres palabras.

En el Derecho romano, la donación recorrió esas tres concepciones. En su última fase pudo tener distinta naturaleza según el negocio mediante el cual se efectuaba.

En efecto:

A) Lo mismo en el Derecho primitivo que en el clásico, hasta tiempos de Constantino, la donación no fué sino una *causa* que pudo acompañar a los más diversos actos de naturaleza patrimonial—aunque no fuesen negocios jurídicos—. Así lo explicó Savigny (7) y lo entienden todos los romanistas modernos: Bonfante (8), Arangio Ruiz (9), Jors-Kunkel (10), Biondi (11), etc.

(7) *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. española de MESSIA Y POLEY, 2.^a ed., Madrid, s. f., vol. II, § CXLII y pág. 7 y ss. Habla de la «falsa idea de que la donación es un acto jurídico particular cuando, realmente, tiene un carácter general que pueden revestir los más diversos actos jurídicos, que es simplemente una justa causa».

(8) *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 8.^a edición, por BACCI Y LARROSA, revisada por CAMPUSANO (Madrid, 1929), pág. 524. Dice que donación es «aquella causa gratuita por la que alguno (el donante) realiza

El último de los citados autores señala que después de la *Lex Cincia* fué necesario individualizar la *causa donationis* ya que todos los actos cumplidos *donationis causa* se sujetaron a un régimen particular, coexistente, no obstante, con el régimen privativo de cada acto. Entonces se entendió por donación *toda atribución patrimonial gratuita*. Con este concepto global amplio, aplicable a efectos de aquella ley, coexistió otro concepto igualmente global, pero más restringido, aplicable a efectos de la prohibición de las donaciones matrimoniales. A tal efecto dicha prohibición no se extendió a todo acto realizado *donationis causa*, sino sólo a los que producían *enriquecimiento en el donatario*.

En esta determinación del *animus donandi* y del *enriquecimiento del donatario* puede hallarse el germen del concepto específico de donación. Los clásicos no llegaron a él, sino que sólo vieron un grupo genérico de negocios, de la más diversa naturaleza, aproximados a efectos determinados por su *causa* y por uno de sus efectos (el enriquecimiento del donatario).

B) Constantino en una ley, transmitida en los fragmentos Vaticanos (249, núm. 11), orientó las donaciones en otra dirección. Hizo de la donación, como dice Biondi (12), un *negocio típico*, sujeto a su forma propia y régimen jurídico específico. Pero, como negocio *tralativo del dominio—modo de adquirir «donandi animus»*—y rigurosamente formal, para cuya validez requería bajo pena de nulidad: *a) un acto escrito; b) traditio advocata vicinante; y c) depósito del documento apud acta*.

Con ello restringió el concepto de la donación. Sólo las donaciones tralativas de la propiedad, o a lo más las constitutivas de derechos reales, quedaron dentro del concepto. Los demás actos realizados «*donationis causa*» quedaron fuera del concepto estricto de donación.

C) Con Justiniano se amplía el concepto de donación. La Constitución 34 del Código, título *De donationis* (VII-LIV), del año 529, abarcando *omnem donationem*, habla de la donación de cosas y de la de prestaciones, verificadas éstas a través de la

a favor de otro (el donatario) el traspaso definitivo de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar.

(9) *Institutioni di Diritto Romano* (Nápoles, 1943), pág. 578. Expone que «la donación no era entre los romanos el nombre de un negocio jurídico que tuviese propia forma y efectos propios; más bien era la indicación de un fin práctico, al cual podían servir variados negocios».

(10) *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.^a ed. alemana, por PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, § 153, núm. 1, pág. 350 y ss. «La donación en cuanto a tal no creaba por lo menos según la concepción clásica obligaciones por sí; era simplemente una causa, a la que debía seguir una enajenación, cesión o remisión (donación al contado); si el donante quería sólo obligarse, hacia falta, por regla general, una promesa formal o estipulación (hecha *ex causa donationis*); hasta el Derecho Justiniano no se concede valor a la promesa simple de donación».

(11) Op. cit., pág. 672 y ss.

(12) Pag. 679 y ss.

stipulatio. Y la Const. 35, eod., tít., del siguiente año, ya admite las donaciones puramente obligatorias nacidas de meros pactos e incluso prevé el caso de donaciones de cosas no comprendidas en el patrimonio del donante.

En el párrafo quinto, de dicha ley, leemos: «Mas si de ninguna manera hubiere el donador expresado esto (la retención del usufructo), pero en la donación se hubiere insertado una *stipulatio*, sea compelido a fuerza de ésta a hacer la entrega. Pero si también ésta se hubiere olvidado, y él no retuviere el usufructo, impongasele, sin embargo, por nuestra ley también la necesidad de entregar lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado o todos los bienes...».

Y en la Instituta (II-VII, § 2), hablando de las donaciones *inter vivos*, dispuso: «se perfeccionan, cuando el donante hubiera manifestado su voluntad por escrito o sin escrito, y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición».

Como Biondi (13) observa, Justiniano dejó de exigir la *traditio* para la existencia de la donación. «Aquella *traditio* exigida por los clásicos para la *perfectio donationis*, y por Constantino como formalidad y cumplimiento del acto, no la exigió Teodosio para la donación *ante nupcias* y desapareció del todo con Justiniano. Como en la venta, no es elemento de perfección de la relación, sino obligación del donante.»

Ahora bien, siguiendo al propio Biondi, en el régimen Justineo debemos distinguir:

a) *Donaciones reales* para las que, según su cuantía, se exigía el acto escrito y la *insinuatio apud acta*. La propiedad, en ellas, se transfiere por el consentimiento legítimamente prestado. No requieren la tradición para la perfección de la relación; aquélla es sólo una obligación posterior del donante. Esas donaciones eran, pues, negocios traslativos del dominio. *Modo* de adquirir en sentido lato, aunque no en sentido estricto. No eran donaciones meramente obligatorias, sino traslativas, sin necesidad de *traditio*. La obligación de realizar ésta: puede decirse, por lo tanto, que era una consecuencia del cambio de dominio. Además, en la práctica, las donaciones se llegaron a otorgar con la fórmula *dono, cedo, trado, et mancipio ei ex meo iure in vestro iure transcribo*.

(13) Pág. 688 y ss.

Más delante se habló de *sollemnis et legitima traditione*, fórmula que acabó siendo de estilo y con la cual se fundieron en un solo acto y único instrumento la donación formal traslativa del dominio *solo consensus* y la *traditio* de la cosa donada.

b) Las demás donaciones reales que no excedían del valor de 500 sueldos sólo se perfeccionaban por la *traditio*, como en el régimen de Constantino. Sin *traditio* no había donación. Pero las rigideces y publicidad de la *traditio advocate vicinata* es suavizada hasta el máximo, admitiéndose al efecto la eficacia de la *traditio ficta* o *táctica*.

c) La donación obligatoria sólo había sido factible antes de Justiniano a través del contrato formal: la *stipulatio* otorgada *donationis causa* (14). Pero Justiniano da al simple pacto valor de *causa donationis* y fuerza de obligar, exigible a través de una *condictio* a la que sólo era oponible el beneficio de competencia (15). Es más, Justiniano llega a prescindir de la aceptación en algunos casos, como en la constitución de dote por un tercero (fr. 43, § 1º Dig. XXIII-III) (16).

D) En el Derecho común la doctrina no fué unánime, conforme nos expone Bussi (17). Placentino añadió a los contratos reales, enumerados por Gayo, la *permutatio*, la *donatio* y las figuras de contrato cuyo nombre comenzaba con la sílaba «do». Y fué doctrina común, que, significando *donatio*, *donidatio*, *datio*, *domini traslatio*, debía deducirse que *pro pie loquendo non dicitur donatio nisi cum pervenitur ad traditionem et ad domini traslationem*. En cambio, Paulo de Castro observó que la donación *et olim et hodie erat et est contractus nominatus, quoniam habet speciale nomen quod alteri non convenit* y que se perfeccionaba con el simple *consensus* (18).

E) En Derecho histórico español, de una parte, vemos recogida en las Partidas la doctrina justiniana. Así la ley 4, del Título IV, de la Partida quinta, admitió que «cuando la donación es fecha simplemente por carta o palabra, más non es aún entregado aquél a quien la fazió, tenido es de cumplirle aquel que la

(14) Ver BONFANTE, op. cit., pág. 526, y JÖRS-KUNKEL, op. cit., pág. 351.

(15) Ver LUIS DE MOLINA, op. y vol. cts., Disp. CCLV, núm. 8, pág. 229.

(16) Respecto al régimen anterior se planteó una discusión acerca de la necesidad de la aceptación de las donaciones. En ella terciaron, entre otros, de una parte, WINSCHEID y ASCOLI, y de otra, PEROZZI. Los primeros apoyándose en el famoso texto de ULPIANO (Dig. XII-I-18) defendieron su necesidad. PEROZZI, con sólida argumentación, contrarrestó esa tesis. Dicha polémica la recoge XIRAU PALAU, en el tomo CXLIII, de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., página 317 y ss.

(17) *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune* (Padua, 1937), núm. 53 pág. 234 y ss.

(18) Ad. 1, 7, pr., D. II-XIV, núm. 5, cita de BUSSI (op. cit. núm. 55, página 240 y ss.).

faze o sus herederos. Pero esto se deve entender de esta guisa: que si aquel que la donación ha de cumplir, fuese tan rico, que aya, de lo que le fincare, tanto de lo suyo que puede bien bevir, de guisa que non aya que demandar lo ageno; entonces es tenudo en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiese bevir, si la compliesse, estonces non sería tenudo de cumplir la donación».

Pero, en cambio, vemos como el Derecho genuinamente castellano, el Fuenro Real, recoge solamente la donación dispositiva. Así lo comprobamos en la Ley 1.^a del Tít. XII, Libro III: «Maguer que cualquiera ome que diere alguna cosa a otre, non gela pueda después toller...». La ley 2.^a añade: «Toda cosa que un home diere a otro e la metiere en su poder o la diera dende carta (traditio cartae, o injerto germánico en la tradición romana; como glosó Díaz de Montalvo) (19): qui dat instrumentum, videt rem donare, et tradere) no gela pueda después toller, sino por alguna de las cosas que manda la ley». Y, la ley 6.^a (recogida como ley 1.^a Título VII, Libro X, de la Nov. Rec.), distinguiendo las donaciones *inter vivos* de las *mortis causa*, dijo: Donaciones fazense en dos maneras, o por manda en razón de muerte, o en santidad sin manda: la que es fecha por manda puedela aquel que la fizó dar a otro, o retenerla para sí si quisiere; e la que es fecha de otra guisa, non la pueda toller aquel que la dió, sino por las razones que manda la ley; y esto si fuere hecha la donación assí como manda la ley.»

No obstante, los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del Derecho real, distinguieron dos formas de donación, que ya habían sido diseccionadas por Accursio.

Antonio Gómez (20), al efecto, dice: *Et talis donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, «traditione rei». Secundo modo, «promissione». «Traditione», quando nulla praecedante promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio, et transit dominium, et plenum jus rei in accipiamtem ex illo titulo, et causa donationis. «Promissione», quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Qua cosa de jure antiquo requirebatur solemnis stipulatio: et talis contractus celebrabatur verbis... Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic solo consensu partium.*

El citado Molina (21), coloca entre los contratos reales a la *donación en sentido estricto*, que dice se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado cuando se celebre la tradición real o fingida. Y añade, que algunas veces se toma la *donación en*

(19) Glosa a la citada ley del *Fuero Real*, Ed. Salamanca 1569, fol. 130 vto.

(20) *Varioe Resolutiones Iuris Civilis Romani et Regii* (Lugduni, 1701), Lib. II, cap. IV, núm. 1, pág. 243.

(21) Op. y vol. cits. Disp. CCLIV, núm. 14, pág. 221, y Disp. CCLXXIII, números 2 y 3, pág. 393 y s.

sentido lato, comprendiendo también la promesa gratuita antes de su cumplimiento.

Entre ambas figuras, donación en sentido estricto y donación en sentido lato, se señalaron, en cuanto a sus respectivos efectos, las siguientes diferencias:

1.^a La primera transmite el dominio, mientras la segunda sólo engendra acción personal a favor del donatario; por lo cual «si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito u oneroso, le confiere el dominio, mientras que la persona a quien hubiese prometido sólo tendrá una acción personal para reclamar la indemnización de daños y perjuicios al promitente» (22).

2.^a El requisito de la tradición, en la donación propiamente dicha, excluye a los bienes futuros como posible objeto. En cambio, tales bienes podían constituir el objeto de una donación promisoria (23).

3.^a El donante en una donación *stricto sensu* no debe responder por evicción ni saneamiento. Incluso pactándose expresamente dicha responsabilidad, ésta no sería consecuencia de la donación sino de dicho pacto adjunto. Y si el donante al donar sabía que la cosa donada pertenecía a un tercero, y el donatario hizo gastos en ella, si bien debe responderle de dichos gastos y demás perjuicios, nunca del valor de la cosa donada, dicha obligación procede de dolo del donante, mas no de la donación. Es una obligación quasi delictual (24).

Por el contrario, se entendió que la donación promisoria engendraba esas obligaciones de evicción y saneamiento. Pues, «aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto, un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el promitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por simple liberalidad».

Menos radical que Gómez, el jesuítico Molina distingue según la cosa prometida fuese cierta y determinada en singular o genérica o indeterminada. En el primer caso, sólo admite el deber de evicción para cuando el donante «al prometerla tuviere la intención de obligarse a dar una cosa semejante o su valor, en el caso de que aquella no fuese suya», y cuyo ánimo estima que, en general, no puede presumirse en el promitente. En cambio, Gómez, al contrario que para la donación traditoria (*quod... non tenetur donator de evictione, nec ad aestimationem rei, modo scienter donavit, modo ignoranter*), estima que, en todo caso, el donante en la donación promisoria *indistincte teneatur de evictione, modo scienter donet rem alienam, modo ignoranter, modo in genere, modo in specie*».

(22) Disp. CCLXXIII, núm. 3, pág. 394.

(23) Ver LUIS DE MOLINA, Disp. CCLXIX, núm. 1, pág. 362.

(24) ANTONIO GÓMEZ (op. cit., II-II, núm. 35, pág. 217), y LUIS DE MOLINA (Disp. CCLII, núm. 6, pág. 200 y s.).

4.* Mientras la donación perfecta sólo se podía revocar por las causas concretamente previstas por el Derecho, a la donación promisoria se le añade otra causa: la mutuación en el estado de las personas o de las cosas o negocios. Entre las cuales, la más importante se refiere al hecho de caer el donante en estado de pobreza, en cuyo caso se le concedía el *beneficium competentiae*. Dice Molina (25), que «en la promesa, que es una especie de ley que el promitente se impone a sí mismo, no se juzgan comprendidos los casos que hubiere exceptuado si se le hubieran ocurrido o propuesto. Y nadie puede ser mejor intérprete de su propia promesa que el mismo promitente, aunque haya prometido en absoluto y no haya pensado en tales casos inopinados. Mas cuando sobrevengan, deberá preguntársele si cuando, al prometer, se le hubiere interrogado sobre ellos, hubiera contestado que era su intención no comprenderlos en su promesa, y si así lo declara, deberá estarse a su afirmación».

5.* La donación traditoria requería la aceptación por el donatario o bien por un nuncio o un mandatario suyos. En cambio, tratándose de la donación promisoria se afirmó que, en Castilla, en virtud de la célebre ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, la promesa donatoria era obligatoria aún antes de la aceptación por el donante. Así lo entendieron Antonio Gómez (26) y el jesuita Luis de Molina (27). En cambio, opinaron contrariamente que era revocable la donación no aceptada, el otro Luis de Molina (el Doctor) (28) y Covarrubias (29), así como Gregorio López (30), aunque éste admite que si por las palabras de la donación constase que el donante ha querido obligarse, o que ha prometido no revocar la donación, o si la ha confirmado por juramento, será irrevocable en virtud de aquella ley de Castilla, incluso antes de la aceptación.

En estos casos excepcionales, observa el propio Gregorio López, el donante «se obligará personalmente, en virtud de dicha ley, a favor del ausente, pero no se transferirá el dominio al donatario mientras su aceptación no exista».

6.* Para la donación perfecta hacía falta capacidad para disponer, por tratarse de un acto de enajenación, en cambio, en la donación promisoria bastaba la capacidad para obligarse, sin

(25) Disp. CCLXXII, núm. 2, pág. 387.

(26) Op. cit., II-IV, núm. 3, pág. 245. «Hodie tamen de Jure regio attenta praedicta lege ordinarie indistincto modo sit constitutus Procurator, modo *nullius*, modo *nullus*, sed simpliciter coram testibus donet, vel promittat efficaciter tenetur, et non potest actus revocari».

(27) Op. y vol. cits., Disp. CCLXIII, núm. 9, pág. 296.

(28) *De Primo genitorum Hispanorum Origine ac Natura* (Lugdnni 1.749), IV-II, núm. 69, pág. 589.

(29) *Variarum ex Iure Pontificio Regio et Caesareo resolutionum*. Lib. I, cap. XIV, núm. 11, en *Opera Omnia* (Antuerpiae 1.614). Vol. II, págs. 63 y ss.

(30) Glosa a la Ley 4, tit. IV, Partida quinta.

perjuicio de que el menor pudiese ejercitar la *restitutio in integrum* (31).

7.^a La promesa liberal de transferir una cosa o un derecho imponía al donante la obligación de entregarlos, actuando la tradición de modo complementario del título representado por aquel contrato. De forma que si la donación promisoria era condicional o a plazo, el título se purificaba al vencimiento de aquéllos y la tradición seguía siendo necesaria para que la titularidad se transfiriese. En cambio, en la donación dispositiva aplazada o condicionada se transmitía *ipso iure* el dominio o derecho real objeto de la donación, tan pronto como se cumplía la condición o el plazo, sin necesidad de tradición (32). Esta transferencia eliminaba la existencia de obligación en el donante, que nada debía hacer, pues la disposición se cumplía automáticamente. El posterior deber de entregar la cosa, era consecuencia inmediata del cambio de dominio y sólo mediata de la donación. Ahora bien, si la obligación faltaba siempre en las donaciones dispositivas, en cambio, según la donación fuera *inter vivos* o *mortis causa*, se daba o no vinculación en el donante. En las donaciones dispositivas *inter vivos* condicionales o aplazadas el donante se hallaba vinculado, aunque no obligado. En las *mortis causa* ni vinculado ni obligado. En las promisorias obligado de modo puro, condicional o a plazo, según la modalidad que hubiere acompañado al contrato liberal.

E) En el siglo pasado se pueden observar en la doctrina las siguientes orientaciones:

a) La que siguiendo la opinión clásica, a través de Febrero, separaba la donación hecha con tradición sin proceder promesa, «en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio al donatario», y la promesa que uno hace a otro de dar cierta cosa, «por la cual queda obligado» (33).

(31) Ver el jesuita LUIS MOLINA, Disp. CCXLI, núm. 3, pág. 273, y Disp. CCLXXIV, núm. 1 pág. 396.

(32) COVARRUBIAS (Op. y cap. cits., núm. 3, pág. 61) entendió: «et ad haec insignis Regia leg. 7, tit. 4, Part. 5, quae ad Hispanum sermonem traducens dict. leg. quoties constitutionem plane probat, dominium et possessionem rei donatae post diem a donatore definitam absque illa traditione adquiriri ipsi donatori, vel alteri, cui rem donatam ipse restitu voluit, quoquidem sensu eam intellegit Rodr. Suárez, *Quoniam, in quaest 9 ad legem Regiam* et idem in *allegat. 19.*

Más modernamente, GUTIÉRREZ (*Códigos o Estudios fundamentales de Derecho Civil Español*, T. III—Madrid, 1863—, pág. 35), con referencia a las donaciones hasta cierto tiempo, si se hubiere designado la persona a quien debieren pasar concluido el plazo, deduce de la ley 7, tit. IV, Part. VI, que en ellas no es necesaria la tradición. Lo que entendemos debe aplicarse igualmente, sensu contrario, a las ordenadas *desde cierto tiempo*.

(33) *Febrero reformado y anotado o Librería de escribanos*, por el licenciado JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (Madrid, 1805) (P. I, T. II, Cap. XII, § 1.^o, núm. 1, pág. 128), que en su nota a) señala la concordancia de la opinión de FEBRERO con la de GÓMEZ (*Variae... L. II, cap. IV, núm. 1*).

Algún autor, como Escrache (34), confundió ambas formas sin diferenciarlas debidamente. Así, vemos que define la donación *inter vivos* como: «*Renuncia y traspaso* gratuito que hacemos *actual e irrevocablemente de una cosa que nos pertenece*, a favor de una persona que la acepta.» Y, en otro lugar, dice que: «Como la donación entre vivos es un contrato, y no hay contrato sin mutuo consentimiento, es necesario que intervenga la aceptación del donatario para que el donante *quede obligado a dar* lo que ofrece.» Definiciones a las que da carácter general, pese a ser contrapuestas, precisamente por corresponder la primera a la donación traditoria y la segunda a la promisoria. (Siendo de notar que ni siquiera sumadas ambas definiciones completan el concepto amplio de donación. Este tiene otros sumandos más que los dos señalados: así la donación *mortis causa* o las *inter vivos* dispositivas, pero aplazadas a condicionales, la remuneratoria, etc.).

b). Una segunda dirección es la que quiere unificar las donaciones entendiendo que son siempre contrato consensual, simple título que, cuando se refiere a cosas, necesita de la tradición, como modo para transferir el dominio.

Así vemos que en la edición del Febrero, reformada sucesivamente por García Goyena y Aguirre, por el propio Aguirre y por Montalbán y, finalmente, por Vicente y Caravantes (35), se añade este comentario a la antes transcrita distinción original de Febrero: «Ninguna utilidad puede seguirse de esta división que hace Febrero entre los modos de celebrarse la donación, porque son comunes a todos los contratos, y la donación se perfecciona como todos ellos por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es más que la consecuencia y complemento de la donación. Entre los romanos antiguamente no había donación sin entrega de la cosa y por esto era uno de los modos de adquirir; pero después vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacía desde luego e independientemente de la entrega de la cosa.»

Varios errores se deslizan en esta nota crítica:

- 1) Olvido de las trascendentales consecuencias que, como antes señalamos, se derivaban de dicha distinción.
- 2) Es equivocada la afirmación que todos los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento. Olvida la existencia de los contratos reales.
- 3) La entrega de la cosa es complemento y consecuencia de la donación si ésta le ha precedido. Pero si no es así, y ambas han sido simultáneas, mal puede ser la entrega consecuencia de la donación. Habrá habido donación precisamente en virtud de la entrega hecha con ánimo liberal.
- 4) Se dice, finalmente, que en Derecho romano la donación de

(34) *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación* (3.^a ed. Madrid, 1847). T. I, págs. 650 y 69, respectivamente.

(35) Tomo II, núm. 2.918, pág. 267 (Madrid, 1852).

modo pasa a ser simple *causa* o *título*, cosa sólo exacta en parte. Ya vimos al examinar el Derecho justiniano que la donación promisoria tuvo la eficacia de un contrato obligatorio y valor de justo título. Pero a la par con esta forma siguió existiendo la donación dispositiva con sus dos modalidades real y formal.

Sin embargo, esta opinión generalizadora, y por tanto del agrado de la moda dogmática racionalista que se iniciaba, fué compartida por varios otros autores como Gutiérrez (36) y Gómez de la Serna (37).

c) Una tercera posición es la que se pretendió adoptar, por influjo francés, en el Proyecto de Código civil de 1851. Este reguló la donación como un contrato consensual, pero translativo. Título suficiente por sí sólo para transferir el dominio o cualquier derecho real, sin necesidad de tradición real o fingida. «Donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas 'donadas» (art. 940).

Para explicar la posición del Proyecto de 1851, respecto a las donaciones, hay que recordar que frente a la concepción clásica del título y el modo, como elementos necesarios para la transmisión del dominio, se adoptaba el sistema francés de la transmisión consensual, producida por el solo acuerdo contractual o título.

Así, vemos cómo su artículo 548 proponía: «La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». Comentando García Goyena, en esta forma, la palabra *contrato*: «Entiéndese de los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compraventa, que por Derecho romano y patrio eran simples títulos» (38).

Y el artículo 981 relativo, precisamente, a la compraventa comenzaba con estas palabras: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad;...» «Desde entonces (desde el instante en que el vendedor queda obligado a entregar la cosa), asiste al acreedor—dice García Goyena (39)— no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*)».

La donación, que García Goyena considera un contrato como

(36) Op. cit., vol. III, loc. cit., *es sensu contrario*, y vol. V, pág. 86 y siguientes, en las que, además, extiende a la donación en general el *beneficium competentiae*, que sólo correspondía al donatario en la donación promisoria no ejecutada.

(37) *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* (Madrid, 1881), T. II, pág. 380, núm. 443, donde dice que: requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y del donatario, siendo, por consiguiente, títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición, que hace al donatario dueño de la cosa.

(38) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*—Madrid, 1852—, vol. II, pág. 4.

(39) Op. cit., vol. III, pág. 12.

otro cualquiera (40), en el expresado régimen debía ser traslativa del dominio ni más ni menos como fué concebida la compraventa.

3. Posición del Código civil, según la doctrina

El examen de cuál sea la interpretación que los autores dan al concepto encerrado en las normas del Código civil, debe hacerse con la reserva del diferente significado terminológico con que usan la palabra contrato. Unos, dándole su sentido lato equivalente a negocio jurídico bilateral. Otros, en su acepción estricta de negocio jurídico bilateral generador de obligaciones en una de las partes, cuando menos.

Con esta salvedad, puede ser clasificada la doctrina nacional en torno a este tema, formando tres grupos principales:

1) Posición de quienes desde el punto de vista francés, que inspiró nuestro Proyecto de Código de 1851, consideran la donación como contrato consensual y translativo.

2) Tesis que la conceptualiza como un *modo de adquirir*, que enlaza en cierto modo con su concepción como *negocio jurídico dispositivo*.

3) Opinión que aplica la doctrina general de los contratos dirigidos a producir una transmisión dominical. Entiende que es un título adquisitivo, al igual que la compraventa, que *a posteriori* requiere su correspondiente *modo* para producir la transmisión.

Valverde Valverde (41), representa la *primera posición*. Dice que la donación es «contrato unilateral, gratuito y consensual, mediante el cual una persona, que se llama donante, traspasa en forma irrevocable una utilidad de su patrimonio a otra persona, que se llama donatario, para aumentar la fortuna de éste en la misma proporción que disminuye la de aquél».

La *tercera postura* tiene ilustres sostenedores: Clemente de Diego (42), De Buen (43), Castán (44), Blas Pérez y J. Alguer (45) y Puig Peña (46). Para ellos, en el sistema de nuestra legislación, la donación «es un título traslativo, necesitando de la tradición para que el dominio quede trasladado de un modo efectivo al donatario», siendo aplicable «el artículo 609, en cuanto dispone que la propiedad y los demás derechos reales se transmiten por el *contrato mediante la tradición*; y que una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obliga-

(40) *Op. cit.*, vol. III, pág. 289 (comentario al art. 941).

(41) *Tratado de Derecho civil español*, T. III (4.^a ed., Valladolid, 1937), página 440.

(42) *Curso Elemental de Derecho civil*, T. V (Madrid, 1920), pág. 30.

(43) Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLÍN y CAPITANT, tomo VIII (Madrid, 1928), pág. 454.

(44) *Derecho civil español común y foral* (Madrid, 1952), T. I, vol. II, página 23.

(45) Notas al *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS, etc., vol. II-2, página 114 (Barcelona, 1944).

(46) *Tratado de Derecho civil español* (Madrid, 1946), IV-II, pág. 168.

torio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega».

No obstante, notemos que tanto nuestros maestros Blas Pérez y J. Alguer, como Puig Peña, admiten que es dispositiva la donación manual. Los dos primeros también reconocen que «el artículo 618 habla de disponer una cosa, con lo cual deja de incluir la donación obligatoria (constitución de un crédito) y la liberatoria (liberación de una deuda o de un gravamen)».

La *segunda posición* presenta varios matices, gravitantes entre el modo de adquirir y el negocio dispositivo formal, que a veces pueden representar simples puntos de vista diferentes de un fenómeno concebido del mismo modo en cuanto a su esencia y trascendencia, pero que, en otros casos, encarnan en dos líneas visuales muy próximas, pero que casi paralelas no llegan a encontrarse. Sucintamente referiremos las principales opiniones que pueden ser englobadas en esta dirección.

a) Mucius Scaevola (47), y Sánchez Román (48) conceptuaron que la donación es conjuntamente un contrato y un modo de adquirir, pero utilizando, al parecer, en estos casos la palabra contrato en sentido lato. También latamente, Manresa (49), llamó contrato a la donación, pues le atribuyó carácter dispositivo, al decir que: «no es solamente la entrega o la disposición de una cosa lo que constituye la donación. También es donación la disposición o dación de un derecho, como lo prueba el artículo 640 y se desprende del 609. El perdón o condonación de una deuda y la renuncia de un derecho adquirido son también donaciones verdaderas. Por eso el Código no dice que se da, cede o entrega gratuitamente, sino que se *dispone...*» «...la palabra *disponer*, que comprende uno de los derechos inherentes al dominio, indica que, para que exista la donación, no es preciso la entrega de lo donado por regla general, aunque se trate de cosas materiales (*¿a qué entrega se refiere?*—preguntamos nosotros—*¿a la material?*, *¿a la tradición jurídica?*), pues por más, que esta entrega se difiera, no por esto queda menos obligado (*¿querrá decir vinculado?*, volvemos a preguntar nosotros), el donante, que, al disponer, expresa su voluntad de desprendese de lo suyo, sin que pueda ya arrepentirse». Añadiendo que: «*Una cosa, sin em-*

(47) *Código civil comentado y concordado extensamente* (5.^a ed., Madrid, 1943), T. XI, vol. II, pág. 539. Hace presente que «siendo la donación un modo de transferir *inter vivos* el dominio de las cosas o de los derechos en la cosa, la *perfección contractual y el traspaso consiguiente de los derechos dominicales* eliminan la *posibilidad* de revocar la transmisión por la sola voluntad del transmitente».

(48) *Estudios de Derecho civil* (Madrid, 1899), T. IV, pág. 670, núm. 5 —donde señala su carácter de contrato y no de simple acto unilateral—y página 702 y ss., en la que destaca su carácter de modo de adquirir, que resalta de la sistemática del Código.

(49) *Comentarios al Código civil español*, T. V (5.^a ed., Madrid, 1932), página 70 y ss.

bargo, es disponer, y otra prometer que se dispondrá o donará. La promesa de donar aún dcepiada, no implica donación» (subrayamos nosotros).

b) Más claramente orientada tenemos la posición de Calvo Soriano (50). A su juicio «la donación regulada en el título segundo, libro III del Código civil, es decir la donación de cosas, tiene, por sí, carácter traslativo del dominio, sin necesidad de haber a cargo del donante una previa obligación de dar, que se cumplirá necesariamente por medio de la tradición». Referida a inmuebles, es, a su juicio, «un típico negocio dispositivo..., en el cual la virtud traslativa se produce por la incorporación de la voluntad a una forma pública». Y, en este supuesto «aunque admitiéramos la inexcusabilidad del juego traditorio en la donación, éste sería siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial, y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal—artículo 1.462—con virtualidad traditoria». Pues, «lo mismo la entrega de la cosa, que el escrito privado en los muebles y la escritura pública, en los inmuebles, operan la transmisión real».

c) Núñez Lagos (51) afirma: «Es evidente el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales. La donación es modo de adquirir—no título—in la Instituta de Justiniano, en las obras de los postglosadores y en el artículo 609 de nuestro Código civil...» «...la declaración de voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho. *Donare* en las fuentes es el hecho del que *da* en el momento de la *mancipatio*; *capere* es el hecho del que recibe (*manu capit*). <No se transmite la propiedad porque se haya donado, sino donando>, decía Winscheid. Se hacía la donación dando, no obligándose. Para el 618 del Código civil, la donación es *acto de disposición* de cosas, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes se *obligan* (I.445, C. c.)».

Junto a esas posiciones, no falta la más amplia y comprensiva, que recoge las tres modalidades clásicas de la donación. Roca Sastre (52), en este sentido, nos dice que el elemento *objetivo* o *económico* de la donación es «*un desplazamiento patrimonial gratuito*», cuya *atribución* puede efectuarse: *dando* (donación real), *promitendo* (donación obligatoria) y *liberando* (donación liberatoria).

Por lo que se refiere a la unilateralidad o bilateralidad de la donación no pueden olvidarse las salvedades observadas por

(50) *Tradición y donación*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. III, pág. 449 y ss.

(51) *Pago de lo indebido sin error*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 179 (primer trimestre 1936), pág. 142.

(52) *La donación remuneratoria*, en *Rev. Der. Priv.*, vol. XXXI (Noviembre 1947), pág. 828, y *Estudios de Derecho privado* (Madrid, 1948), vol. I, capítulo XV, pág. 531.

nuestros autores. Tanto por lo que se refiere a su concepto general, como a su concepción normal, más restringida, recogida en los artículos 625 y 629 del Código civil.

En torno al concepto más genérico, ha dicho Clemente de Diego (53), que «si lo ordinario es que la donación venga a la vida por un contrato, puede venir también por un acto simplemente unilateral» (v. gr.: dote constituida por un tercero, liberación de un deudor resultante de una prescripción dejada correr o de una indefensión en juicio, gastos hechos por cuenta de otro sin intención de reclamarlos, y liberación de un deudor por un pago, novación o fianza hechos por tercera persona con ánimo liberal).

Xiráu Palau (54), afirmó que, para definir la donación «parece más propio emplear la palabra *acto*, no sólo para poder comprender las donaciones *mortis causa*, sino porque la donación *inter vivos* es algunas veces acto unilateral».

Díez Pastor (55) ha destacado la enorme flexibilidad del concepto de donación que abarca desde la forma promisoria obligacional, pasando a la traditoria, hasta algunas que no implican negocio jurídico entre donante y donatario; así como subraya la innecesidad de aceptación por parte del reversionario de la donación, de ulterior grado, dispuesta a su favor.

A propósito de esta diversidad de formas, ha explicado Valverde (56), que «la multiplicidad de formas jurídicas en que la donación se manifiesta en la vida del Derecho, es lo que motiva la divergencia de opiniones existentes entre los autores al fijar su naturaleza, criterio vario que los legisladores no han podido reducir a unidad, al catalogarla en el cuadro de las instituciones legales».

Además, pese a la bilateralidad del concepto normal de donación que reflejan los artículos 623 y 629, no han faltado juiciosas observaciones, que la han diferenciado de la que es característica de los contratos *stricto sensu*. Roca Sastre (57) ha hecho notar que la fuerza dispositiva de la donación radica en la voluntad del donante; Calvo Soriano (58) ha sostenido que la aceptación del donante sólo significa la entrada del objeto donado en su patrimonio. Núñez Lagos (59), agudamente, dice: «La donación en su esencia ha encarnado con piel ajena, y los padecimientos y defectos de esta piel ha perturbado su vida. Se le han aplicado o querido aplicar elementos y requisitos propios del negocio con que aparecía a la vida, ajenos por completo a

(53) Op. vol. cits., pág. 24 y ss.

(54) *Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., T. 143 (2.º semestre 1923), pág. 334.

(55) *La donación al no concebido*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 27 de febrero 1948. «Anales...», vol. VI, pág. 125.

(56) Op. y vol. cits., pág. 430.

(57) *Derecho Hipotecario* (Barcelona, 1948), T. IV, pág. 347.

(58) Op. y loc. cits., pág. 466 y ss.

(59) Op. y loc. cits., pág. 143.

su osamenta y encarnadura. Nunca mejor dicho que se ha juzgado a flor de piel. Así, por ejemplo: la aceptación de la donación, en vez de tener una configuración analógica con la aceptación de herencia, fué traída constantemente por la teoría del consentimiento contractual.» Y Díez Pastor (60) subraya que en los títulos sinalagmáticos la aceptación encierra una oferta recíproca, mientras el beneficiario de una liberalidad nada promete; ni su voluntad nada añade al acto de disposición, en el que debe distinguirse el problema de la perfección del acto dispositivo y el de la adquisición del donatario.

4. *La donación, según el Título II del Libro III del Código civil*

A juicio nuestro, el Código civil en los artículos 618 y siguientes regula exclusivamente las donaciones dispositivas, actuales o diferidas.

He aquí los argumentos en que basamos nuestra opinión:

a) *Literalmente.*

El artículo 618 del Código civil define la donación: «es un acto de liberalidad por el cual una persona *dispone* gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». La palabra que hemos subrayado señala su *naturaleza dispositiva*. Es un negocio jurídico de disposición.

En sentido inverso, sólo podría alegarse la letra del artículo 629: «La donación no *obliga* al donante, ni produce efecto, *sino desde la aceptación.*» Para deducir, *sensu contrario*, que obliga al donante después de la aceptación del donatario. Pero, el argumento pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido. En uno y otro caso el Código emplea impropriamente el verbo *obligar*, en lugar de expresarse correctamente mediante el verbo *vincular*.

El verbo *disponer* tiene en nuestro Código una amplitud no restringida por la nota de actualidad o inmediatividad, como sucede en el Código francés, con las palabras «se desprende desde luego», del artículo 994, y en el Código italiano de 1865, con la expresión de que «el donante se despoja actual o irrevocablemente», del artículo 1.050. De su amplitud da una idea el artículo 667 al utilizarlo en la definición del testamento.

Un examen del articulado, contenido en el título que el Código dedica a la donación, confirma esa amplitud del verbo *disponer*, referido a las donaciones, no ceñida por la nota de su actualidad, ni por la irrevocabilidad.

No sólo nos lo confirma el artículo 620 al incluir las dona-

(60) Conf. cit., I-3, vol. cit., págs. 125 y ss.

ciones *mortis causa*. Prescindiendo de éstas, vemos en el artículo 641 la posibilidad de donaciones suspendidas durante el plazo de vigencia de la donación interpuesta, o suspensivamente condicionadas en este tiempo. En el artículo 639 observamos una facultad potestativa del donante de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad, con la cual puede inutilizar parcialmente la donación que dispuso; y, en el artículo 641, la cláusula de reversión *stricto sensu*, pactada a favor del donante, nos demuestra que no es esencial en las donaciones la nota de irrevocabilidad por la voluntad del donante.

En el acto dispositivo no es esencial, aunque sí normal, la vinculación del dispонente. En cambio, es completamente extraña toda obligación por parte del mismo. Así lo comprobaremos al examinar la pretendida obligación de entregar.

b) *Lógicamente.*

Toda la regulación contenida en el Título II del Código es acorde con lo expresado. En los artículos 620, 639 y 641 se comprueba en cuanto al significado del verbo disponer, y en su conjunto se constata la ausencia de obligaciones por parte del donante (61).

A diferencia de lo que sucede en la compraventa, no se impone al donante la obligación de poner la cosa donada «en poder y posesión» del donante. El artículo 1.461 señala al vendedor las obligaciones de entrega y saneamiento. Entrega que define el § 1.^º del artículo 1.462 y cuya forma de cumplimiento regulan su párrafo segundo y los artículos sucesivos. En cambio, al respecto nada dicen los preceptos que, en su título correspondiente, dedica el Código a la donación. Los artículos 632 y 633 regulan la forma de las donaciones, que de modo esencial e intrínseco tienen el mismo valor traditorio que, extrínsecamente a la compraventa, llenan las formas de tradición reguladas en los artículos 1.462 a 1.464.

Como ha hecho notar Calvo Soriano (62): «Aunque admitiéramos la inexcusabilidad del juego traditorio en la donación (*Calvo Soriano no lo admite, nosotros nos inclinamos a admitirlo en la forma que a continuación expresa*), éste sería siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal—artículo 1.462—with virtualidad traditoria.» Así es en la donación de inmuebles. En la de muebles: «El artículo 632 admite, como la forma más corriente de donación en los muebles «la entrega

(61) Incluso en los donaciones onerosas. En ellas las obligaciones y cargas se imponen al donatario—donaciones con «causa onerosa» dice el art. 622—, más no al donante. Por tanto, requieren una donación y una obligación o una prestación impuesta o aceptada por el donatario. Por otra parte, estas obligaciones del donatario son obligaciones que nacen *ex post facto*, después de perfeccionada la donación en la que tienen su causa, y cuya resolución pueden producir con su incumplimiento, dando lugar a una causa revocatoria.

(62) Loc. cit., pág. 459 y ss.

simultánea de la cosa donada», y de aquí podríamos extraer también una doctrina legal aplicable a todos los supuestos. La entrega de la cosa, unida a la voluntad, es incuestionable, sobre todo en los muebles, que opera la transmisión: luego el Código regula aquí una donación traslativa. Ahora bien, si los demás supuestos formales se admiten en forma alternativa y al mismo nivel, sin degradarlos en su eficacia con respecto a aquél, la solución lógica es que, para el Código, lo mismo la entrega de la cosa que el escrito privado en los muebles y la escritura pública en los inmuebles, operan la transmisión real. Además, el artículo 632, después de referirse a la forma normal de la donación mobiliaria, es decir, a la entrega de la cosa, admite la forma escrita, pero condiciona al escrito el que *surtirá efecto*; si el efecto de la donación, en el supuesto inmediatamente anterior en el texto legislativo, es la transmisión, el «no surtirá efecto», querrá decir que no transmitirá, y en caso de que se extienda el escrito, que sí.»

Es decir, la transmisión es necesariamente simultánea a la donación no aplazada ni condicionada suspensivamente. Sin transmisión del bien donado, no hay donación actual.

Consecuentemente, en las donaciones aplazadas o condicionales es la misma transmisión lo que se halla aplazado y condicionado. Por eso—como luego veremos—, llegado el día o cumplida la condición, la transmisión se realiza automáticamente, *ipso iure*.

Por lo tanto, en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación. De ésta se deriva la transmisión y de la transmisión—y sólo mediáticamente de la donación—dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto (63).

c) *Históricamente.*

En primer lugar, es de notar que las características expuestas

(63) En la Sentencia de 31 de octubre 1951 vemos claramente diferenciada la obligación de entregar correspondiente a la tradición dominical complementaria de un negocio obligatorio dirigido a producir una transmisión real y la obligación de entregar subsiguiente a una tradición simbólica que ha consumado el contrato básico. Desde cuyo momento «queda extinguida la acción de entrega de la cosa, sin posibilidad de prescripción de acción personal, que ya no existe, y sin posibilidad tampoco de que por mero transcurso del tiempo prescriba la acción real dominante del dominio adquirido por título y tradición si... el período de inactividad del propietario en el ejercicio de las acciones reales que le asisten no se mantiene durante treinta años, según estatuye el art. 1.963 del Código civil, salvo que por tiempo más breve se haya producido la prescripción adquisitiva del dominio».

Así ocurre en la compraventa, en la que son perfectamente diferenciables ambos momentos. En cambio, en la donación real, así que se perfecciona ésta, se consigue directamente la situación que en la compraventa sólo se alcanza con la tradición complementaria. Bien sea porque la donación tenga, *per se*, insita fuerza traditoria o porque su perfección presuponga la tradición tácita o fingida de la cosa o derecho donado.

por nuestros autores clásicos para la donación traditoria son recogidas en nuestro Código civil en el título correspondiente a las donaciones. No, en cambio, las que, en contraste, se señalaron a la donación promisoria. Así constatamos la exclusión de los bienes futuros como objeto de la donación ordinaria (art. 635), la irresponsabilidad por evicción y saneamiento, excepto en las donaciones onerosas (art. 638); la no recepción del *beneficium competentiae* (típico en las donaciones promisorias); la capacidad para disponer exigida al donante (art. 624), la necesidad de aceptación por el donatario en todas las donaciones directas de primer grado (arts. 623 y 629) y, finalmente, el automatismo de la transmisión en las donaciones de ulterior grado, por analogía a las reglas de los fideicomisos hereditarios (art. 641). Todo ello, unido al dato sistemático que a continuación vamos a valorar, inclina al convencimiento de que el título II del libro tercero del Código civil sólo ha recogido la especie traditoria o real de la donación.

d) *Sistemáticamente.*

Es de observar que la donación tiene reservado su título en el libro tercero del Código, que figura con el epígrafe: «De los diferentes modos de adquirir la propiedad.» Es decir, un libro distinto que las obligaciones y contratos. Clasificándola entre los modos de adquirir, en oposición al mero valor como *título* de los contratos dirigidos a producir una transmisión dominical. Así es confirmado en el § 2.^º del artículo 609 (*disposición preliminar* del expresado libro): «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, *por donación*, por sucesión testada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.» Es decir, esos *ciertos contratos* requieren la tradición; mientras que a la donación no se le exige complemento alguno para lograr ese efecto transmisivo. Bien sea por presuponer la tradición (real o fingida), como requisito inseparable de toda donación, o por tener ésta insita, *per se*, fuerza traslativa.

No contradice esa concepción el artículo 621 con su llamada supletoria a «las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título» (el de las donaciones). En efecto, no debe olvidarse que en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio bilateral de disposición. Por eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contrarie la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico bilateral más detenidamente regulado en el Código: el contrato *stricto sensu*; es decir, el contrato obligacional.

5. *Nuestro Código civil y las donaciones «liberatorias y obligatorias».*

a) No ofrece duda la posibilidad en nuestro régimen de la donación *in liberando*. Así resulta del artículo 1.187, § 2.^º: «Una

y otra (*condonación expresa y tácita*) estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación.» Aparte de que, como hizo notar Manresa (64), la palabra *disponer* puede comprender también, en su sentido amplio, el perdón o condonación de una deuda y la renuncia de un derecho adquirido. Estos actos, ante la distinción de los negocios jurídicos—tan discutida—en negocios de disposición y de obligación, deben clasificarse en el primer grupo, en cuanto no crean obligaciones, y, en cambio, suponen un acto que afecta a la propia titularidad de un derecho adquirido.

b) Más discutible es la cuestión relativa a la donación obligatoria.

Núñez Lagos (65) ha observado: «Para el 618 del Código civil, la donación es *acto de disposición* de cosa, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes se *obligan*» (I.445, C. c.).

Por el contrario, Blas Pérez y J. Alguer (66), apoyándose en el artículo 632, afirmaron que «la donación manual es acto de disposición; no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega».

Claro que—como hemos visto—parece más lógico y sistemático dar otra interpretación a esa admisión de la forma escrita en la donación de bienes muebles.

Más, antes de entrar en esta cuestión, conviene precisar la diferencia que media entre la *promesa de donar* y la *obligación contraída «animus donandi»*.

Pichardo de Vinquesa (67) estudió esta cuestión, ya planteada por el glosador Accursio. Notemos que, en el momento en que aquél escribe, rige en Derecho común la Constitución de Justiniano del año 530 (35, h. t. del Codex), y en Derecho real, la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá. Accursio aceptó que la donación pudiera disponerse tanto en términos de presente—*dono tibi centum*—como por palabras de futuro—*vi donabo tibi centum*—. En cambio, Alejandro y otros entendieron—según palabras de Pichardo—que «per verba futuri temporis donatione non perfici, sed pactum de donando, quod longe dissimile est donationi», y que: «neque ei civiliter permitentem donaturum obligat, nisi stipulatione confirmetur». Siguiendo a Accursio, aceptó Pichardo la primera opinión: «dupliciter enim donatio considerari debet, aut presens, quae acquisitio est, et traditione confirmata.

(64) Op. y vol. cits., pág. 70.

(65) Loc. cit., pág. 142.

(66) Op. y vol. cits., pág. 144.

(67) *Comentario*, T. I (Lugduni, 1671), Lib. II. Institutionum, tit. VII, «Aliae autem», 1º uncto., § Scindum 2, num. 9, pág. 120.

tur..., aut futura quae est obligatio de donando..., haec obligatio vel ex stipulatione oritur, vel ex nudo pacto, et utrumque per verba futuri temporis contrahitur... Igitur donatio haec per verba futuri temporis contrahi debet, quod si contingat per verba praesentis fieri, in futura resolvetur.

Por lo tanto, asimilaba totalmente la donación celebrada con palabras de futuro—promesa de donación—with la obligación contraída *animus donandi*.

Hoy el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de junio de 1908, ha declarado que *no arguye donación la simple promesa de donar, aunque sea aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es necesario para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada, por parte del donatario, en la forma y término que establece el artículo 632 del mencionado Código.*

Manresa (68) se expresa en este sentido: «*Una cosa es disponer y otra prometer que se dispondrá o donará. La promesa de donar, aun aceptada, no implica donación.*» Y Núñez Lagos (69) subraya: «*Si la donación fuera realmente un acuerdo obligacional, la datio subsiguiente sólo sería ejecución de un convenio previo, cumplimiento de una obligación de dar; en una palabra, pago; y la traditio, en todo caso se verificaría causa solvendi.* ¿Habrá que partir antes que nada del hecho y momento de la *datio*? La promesa de donar ¿es donación? ¿Sería posible obtener la condena a daños y perjuicios contra el promitente donante? Creo que la declaración de la voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho... *Se hace donación dando, no obligándose.*»

Pero, si no es posible obligarse a donar, ¿cabe obligarse *donandi animus*? ¿No se trata del mismo resultado formulado en términos distintos, el primero mediante su expresión con palabras de futuro y el segundo formulando con términos de presente una obligación con causa lucrativa? Hemos visto la asimilación de ambas figuras en el Derecho común. En otra ocasión (70) identificamos ambas formulaciones: promesa de donación y obligación a título de donación. A la alegación de que, en esta última, la donación se produce en el momento inicial de la obligación y no en su ejecución, observamos: «Pero no olvidemos que, como ha escrito Alguer (71) «en su concepto general la obligación no tiene por fin un acto del deudor, sino un resultado de prestación». Siguiendo con ello la afirmación de Degenkolb (citado por el propio

(68) Loc. últ. cit.

(69) Loc. y pág. últ. cits.

(70) Nota 307, págs. 748 y 749 del tomo V de los *Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, en nuestro cuestionado trabajo. *La donación «mortis causa» en el Código civil.*

(71) *Para la crítica del concepto del precontrato*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXII, pág. 424 (diciembre 1935).

Algúer) de que «la esencia del crédito no consiste en la tensión dada con su existencia, sino en su futura *solutio*, no en la ligadura del deudor en sí y por sí, sino en la prestación por ella asegurada...» Por ello, si yo me comprometo «*animus donandi*» a transferirte una cosa, en definitiva lo que realmente hago es obligarme a donártela. Lo demás no es sino un juego de palabras. Un disfraz sofisticamente dogmático. Si yo te dono una obligación contra mí mismo, prácticamente me comprometo a donarte su contenido. Con lo que se vuelve a caer en el concepto antes rechazado.» (Es decir, en la promesa de donación con su pretendida obligación de donar.)

No obstante, hemos visto, en la breve exposición histórica perfilada, que en el Derecho anterior al Código civil y en el Derecho romano con posterioridad a Justiniano, fué aceptada la donación contraída *nudo pacto*. E, incluso, que el Derecho castellano aceptó la donación nacida de una simple promesa unilateral. No ya la donación con una fórmula abstracta como en la *stipulatio*, sino una mera obligación *donandi causa*, cuyo contenido lo constituye una prestación gratuita. Solamente en el Proyecto de 1851, al dar fuerza traslativa a toda expresión de la voluntad de donar—como en la compraventa al acuerdo de comprar y vender—se transforman en dispositivas—puras, aplazadas o condicionales—todas las formas de donación.

Esto nos hace reflexionar. Bajo la concepción clásica de la obligación, entendiendo que su objeto lo constituye un acto del deudor, la prestación, cabe llegar sin duda a una asimilación inversa a la que nosotros hemos defendido. Bajo esta concepción, en lugar de asimilarse la obligación contraída *donandi causa* a la promesa de donar, resulta equiparada ésta a aquélla. Prometer donar equivaldría a obligarse *donandi causa* a realizar la prestación prometida. Donar con palabras de futuro sería tanto como obligarse a título de donación a transferir el objeto prometido. Sin duda, fué éste el punto de vista de Accursio, Pichardo y demás autores, que defendieron la eficacia de la fórmula «*vi donavi tibi centum*».

Tal observación obliga a examinar cuidadosamente, a este efecto, nuestro Código civil, prescindiendo incluso de la Sentencia de 6 de junio de 1908.

Insistimos en un hecho que nos parece evidente. En el título II del libro III no tiene cabida la donación obligatoria. Ni sistemáticamente es admisible en un libro dedicado a los modos de adquirir; ni cabe en concepto del artículo 618; ni se recoge en su articulado ninguno de los preceptos característicos de la donación promisoria, mientras son aceptadas las normas clásicas de la donación traditoria.

Pero fuera de él, ¿tiene un lugar la donación obligatoria en el libro IV del Código civil?

El artículo 1.274 entiende por causa en los contratos de pura

beneficencia «la mera liberalidad del bienhechor». ¿Se regirá, por tanto, la donación promisoria por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacérsele de las reglas de fondo (reducción, revocación e inoficiosidad) de las donaciones ordinarias?

No obstante, notemos que el artículo 1.274 pudo no referirse a la donación al aludir a los contratos de *pura beneficencia*. Necesariamente gratuito es el comodato y pueden serlo la fianza, el depósito, el mutuo, el mandato, etc.

Además, el artículo 1.901 señala como supuestos de *pago indebido* no repetibles, los hechos «a título de liberalidad o por otra justa causa». Esto es, en virtud de donación o en cumplimiento de alguna de las llamadas obligaciones naturales o de un deber moral. Por tanto, si el pago hecho a título de donación es un caso de pago de lo indebido, aunque no sea repetible, sin duda la obligación de dar contraída con ánimo de liberalidad no será exigible, aunque una vez pagada no puede repetirse. Con ello llegaríamos a la conclusión que ya sostuvimos en nuestra citada nota: «La mal llamada obligación de donar, aunque parezca paradójico, sólo es obligación cuando ya se ha cumplido..»

No obstante, confesamos que es posible sostener que la excepción de «que la entrega se hizo a título de liberalidad», contenida en el artículo 1.901, sólo se refiere a las donaciones traditorias, sin previa promesa, y que las promisorias escapan del artículo 1.901. Pues su cumplimiento no supondrá nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída.

Con lo cual debe concluirse que si no es decisivo el argumento favorable a la donación obligatoria, basado en el artículo 1.274, tampoco el contrario a su posibilidad, apoyado en el artículo 1.901, deja de ser discutible. Nuestros precedentes históricos en Derecho común y real apoyan la primera tesis; el Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 6 de junio de 1908, parece rechazarla.

6. *Distinción entre las donaciones promisorias con obligación de dar y las donaciones traditorias contraídas bajo condición o plazo suspensivo.*

Calvo Soriano (72), a pesar de defender el carácter dispositivo y traslativo de la donación en nuestro Código civil, entiende, no obstante, que: «Cuando concurre la condición adopta una estructura actual que se caracteriza por una expectativa de derecho cuya protección juega mejor dentro del campo de las obligaciones, como situación necesariamente previa a la transmisión real.»

Creemos que en esta observación hay una confusión, en cuanto a la referencia al campo de las obligaciones.

La donación obligatoria supone una obligación del donante directamente derivada de la donación: la de cumplir lo prometido.

(72) Loc. cit., pág. 450.

do, realizar la obligación creada. En cambio, la donación dispositiva o traditoria aplazada o condicional no crea de modo inmediato ninguna obligación en el donante. El deber de no dañar la cosa o derecho objeto de esa donación—que tiene el donante, en caso de estar vinculado por la donación que dispuso bajo condición o aplazada—dimana sólo mediáticamente de la donación y su causa inmediata está en la sujeción que normalmente protege a toda expectativa condicional o aplazada.

La propiedad de la cosa o la titularidad del derecho donado se adquiere automáticamente cumplido el evento o llegado el día. No es consecuencia de una previa obligación de entregar el posterior deber del donante de entregar materialmente la cosa después de operada aquella transmisión automática. Sólo es consecuencia del tránsito de titularidad operado: el donante ha dejado de ser dueño y carece de causa para retener el objeto donado; por tanto, debe entregarlo a su actual titular.

La diferencia se observa ya en el Derecho romano. Comparando las donaciones verificadas por tradición bajo condición suspensiva o mediante *stipulatio* condicionada suspensivamente. El cumplimiento del evento, en el primer caso, producía la transmisión dominical; en el segundo caso, purificaba la obligación (73).

Y el automatismo traslativo que acompaña a las donaciones reales condicionadas o aplazadas se observa tanto en las Partidas como en el Código civil. Allí en las leyes 5.^a y 7.^a del título IV de la Sexta Partida (74). Aquí en el artículo 641 (75).

(73) Ver antes nota 32 y texto correspondiente.

(74) La ley 5.^a comienza con estas palabras: «So condicion faziendo algund donadio und ome a otro, como si dixesse que la faze: *Dote* tal campo o tal heredad, si ...; si la condición se compliesse, *vale el donadio...*». Prueba nuestro aserto la conjugación en presente de indicativo del verbo donar «Dote» y la declaración de su validez «vale el donadio», al cumplirse la condición.

La ley 7.^a confirma lo expuesto, al examinar una situación inversa, reglándola en este sentido: «Fasta cierto dia, o a tiempo señalado puede ser fecha la donazion... E de aquel dia en adelante ganarian la possession, e señorío della, sus herederos del que ovisse fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para averla...»

(75) La ley 7.^a, tit. IV de la Partida Sexta, como antecedente histórico del art. 641, sirve para explicar el sentido de este precepto (desembocadura de aquella doctrina tradicional).

El art. 639, al examinar el supuesto de reservarse el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, concluye que *si el donante muriese sin haber hecho uso de este derecho pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado*. Es decir, la titularidad de la cosa reservada, o la correspondiente a la cantidad reservada sigue siendo del donante, el donatario sólo adquiere provisoriamente su usufructo. La imposibilidad—por muerte del sujeto—del incumplimiento de la condición negativa—de no disponer de ellos—purifica la donación—la condición negativa se tiene por cumplida conforme al art. 1.118 C. c.—y con ella se perfecciona *automáticamente*—*pertenecerán*, dice el art. 639—la transmisión del dominio pleno de la porción reservada.

7. *Encuadramiento dogmático de la donación «mortis causa» del artículo 620 C. c. entre las donaciones traditorias.*

En el estudio que acabamos de realizar destaca el carácter real o traditorio de las donaciones comprendidas en el título II, libro III del Código civil. Sin perjuicio de que pueda caber o no la donación obligatoria en el libro IV del propio Código.

La donación traditoria pura produce una transmisión de la titularidad del objeto donado. El donante transfiere, no se obliga.

La donación traditoria resolutoriamente condicionada también supone una transmisión inmediata pero reversible automáticamente al cumplirse el evento resolutorio.

La donación traditoria suspensivamente condicionada o aplazada no supone una transmisión inmediata, sino la disposición actual de una transmisión condicionada o aplazada. Con dicho plazo o condición—que suspende la transmisión—se suspende, igualmente, la perfección de la donación. Llegado el día o cumplido el evento, una y otra—transmisión y donación—se perfeccionan automáticamente; sin necesidad de acto alguno del donante. Este, por tanto, no está obligado a transferir la cosa o derecho donados. La transmisión se perfecciona *ipso iure*.

Toda donación real, si bien no obliga al donante, en cambio, normalmente le vincula. Si la donación se perfecciona inmediatamente le vincula a respetar la transmisión consumada mientras no concurra alguna causa de resolución. No obstante, no siempre es así, porque cabe que la donación haya sido resolutoriamente condicionada al ejercicio de una facultad de disponer reservada por el donante (76). Y si la donación queda suspensivamente condicionada, también vinculará normalmente al donante, como en general toda condición pendiente vincula al titular actual del derecho cuya transmisión se halla condicionada.

Pero, como veremos, esa regla no es absoluta. Además, aunque lo fuera, si en una donación actual puede estipularse que sea reversible potestativamente para el donante, con mayor razón, si se reservó tal facultad (o la ley la confirió, puesto que no repugna a su naturaleza), se podrá revocar la donación que aún no se haya perfeccionado por estar suspensivamente condicionada.

En resumen, la donación traditoria o real supone un negocio

(76) El art. 1.115 no es obstáculo para que la reversión propiamente dicha de las donaciones puede depender de una condición puramente potestativa. En efecto, el apartado primero de dicho precepto dice: «Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». Es decir, se refiere *solo* a las condiciones rigurosamente potestativas del *deudor* respecto al cumplimiento de su *obligación*. Mientras que en nuestro caso ni hay deudor ni la condición se refiere a ninguna obligación, sino a la revocación de una disposición, de un acto traslativo, que surte sus efectos, mientras la revocación no llegue. Evento potestativo que, no obstante, no invalida el disfrute que hasta aquel momento hubiera realizado el donatario. Sobre este punto insistiremos al estudiar el concepto de la condición y su aplicación a las donaciones.

jurídico dispositivo *inter vivos* que no impone obligación alguna al donante, al que normalmente vincula aunque no siempre sea así, y que supone una transmisión de una cosa o un derecho del donante al donatario. Esta última circunstancia es esencial para que exista una donación consumada. En la donación dispuesta bajo condición suspensiva, o el evento se cumple y, por tanto, hay donación, que se perfecciona a la vez que la transmisión, automáticamente al cumplirse la condición, o si el evento no se realiza no hay transmisión, ni, por tanto, tampoco hay donación. La donación fué previamente dispuesta en previsión de un hecho futuro e incierto, pero no se realiza, no se perfecciona mientras no se cumpla aquella previsión (77).

Así sucede en la donación *mortis causa* de tipo suspensivo.

Si la condición se cumple—si el donante no sobrevive al donatario—y la disposición no ha sido revocada, la donación se consuma. Se produce automáticamente la transmisión de la cosa o derecho donados. Del donante, al realizarse el evento, pasan *ipso iure* al donatario: hay donación.

Si la condición no se cumple, no hay donación. Hubo sólo una previsión, un proyecto, para un supuesto que no llegó a tener lugar. Se dispuso condicionalmente, y al no realizarse la condición, la disposición fracasó sin llegar a dar fruto. La donación abortó antes de llegar a ser.

8. Configuración histórica de la donación «*mortis causa*» como donación condicionada.

Pero como nuestro contradictor no sólo niega que las llamadas donaciones *mortis causa* sean donaciones, sino que rechaza igualmente que estén sometidas a una verdadera condición, debemos intentar demostrar ese aserto que hemos proclamado en los tres párrafos anteriores. Ese será el objeto principal de la segunda parte de estas notas.

No obstante, antes de entrar en ella, nos interesa hacer constar que clásicamente las donaciones por causa de muerte estaban comprendidas en el concepto genérico de donación y se clasificaron entre las donaciones condicionales.

La ley 67, § 1.^o (Dig. L-XVII) recoge un texto de Ulpiano que proclama lo primero «<*Donationis*> verbum simpliciter loquendo,

(77) Ese es nuestro concepto de la donación real, descriptivamente expuesto para mayor claridad. Por ello, es inexacto, como se ha comprobado, que nosotros hayamos querido reducirla—como dice FUENMAYOR (pág. 1092)—a un negocio jurídico dispositivo del que «no surge derecho alguno para el donatario ni impone ninguna obligación al donante». Sólo la última afirmación, concretada a la donación real, coincide con nuestro punto de vista: la donación trádatoria, aunque esté aplazada, no obliga al donante, ni le impone de modo inmediato obligación alguna. En cambio, la primera parte la rechazamos: si la donación se consuma, el donatario adquiere el derecho donado; si no lo adquiere es porque la donación no se ha perfeccionado, porque el supuesto de hecho condicional no ha llegado a completarse.

omnem donationem comprehendisse videtur, sive, mortis causa, sive non mortis causa fuerit».

Su naturaleza condicional la reconocen expresamente diversos textos. Al decir *expresamente*, aludimos a los que emplean esta denominación, y prescindimos de los más, que revelan su naturaleza condicional, aunque sin utilizar el término técnico que la expresa. Así en el Libro XXXIX, del Título VI tenemos el fragmento 18, pr., de Juliano (78), el frag. 42, § 1.^o de Papiniano (79), y en el Libro XI, Título I, el frag. 15 de Marcelo (80). Pero, especialmente es de citar el texto de Juliano recogido en el proemio de la ley 1, Título V, del citado Libro XXXIX. Enumera las especies de donación. Distingue la otorgada puramente, la condicionada suspensivamente y la que se resuelve bajo condición; y, concluye que esta última *donatio est, quae sub condicione solvatur, qualis est mortis causa donatio* (81). También es de notar el § 4.^o del Título XV, Libro III de la Instituta, que trata de la *stipulatio sub condicione*, que dice en uno de sus versículos: *Si quis ita stipulatur: «si in Capitolum non ascendero, dare spondes» perinde erit* (será lo mismo) *ac si stipulatus esset, quem morietur, sibi dari.*

También los modernos romanistas destacan este carácter de donación condicional que tuvo a las fuentes la otorgada *mortis causa*. Así lo han entendido, entre algunos de los más insignes: Savigny (82), Ascoli (83), Bonfante (84), Jors-Kunkel (85), Bion-

(78) «... veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea *condicione*, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium».

(79) Este fragmento, discutiendo la aplicación de la Falcidia a una donación otorgada por un padre en las postrimerías de su vida a un hijo emancipado, resuelve que no, pues entiende que la donación no era *mortis causa*—«non tam mortis causa, quam morientem donare»—, pues se había donado *sine ulla condicione redhibendis*.

(80) Habla expresamente de la condición tácita por causa de muerte, «*propter mortis causa tacitam condicione*».

(81) Algun autor ha afirmado que, precisamente, este texto dice de la donación *mortis causa* que «*non proprie donatio appellabitur*». Pero esta calificación es aplicada, en él, a toda donación condicionada en su existencia o en su resolución. Afirmación exacta, pues mientras el evento no se realice no hay propiamente donación, ésta sólo existirá verdaderamente cuando quede purificada de toda condición. Para constatarlo basta leer íntegramente los versículos segundo y tercero de dicho proemio: «*Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quem aliquid secutum fuerit; non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est.* Item quem quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis; si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est quae sub condicione solvatur...».

(82) Op. y vol. cits., pág. 162 y ss.

(83) *Traitétto delle donazioni* (2.^a ed., Milán, 1935), § 12, pág. 139. «Era ésta—dice—una donación sometida a la doble condición de la sobrevivencia del donante al donatario y de la perseverancia de la voluntad liberal, *usque ad mortem*» (luego veremos que la perseverancia no era propiamente condición, sino el ejercicio de una facultad de arrepentimiento que acompañaba a las donaciones).

di (86), etc. El primero nos dice que es una especie de donación condicional por su fin y sus resultados, y señala cómo se disponía a través de una *traditio* condicionada suspensiva o resolutoriamente, o por una *stipulatio* condicional que se perfeccionaba *cum moriar*. Y Jors-Kunkel afirman que la revocación *si donator convaluerit* o *si ille qui accepit prior decesserit* no dimana de la estructura de la institución, sino de la convención entre las partes, que podían elegir la donación *sine ulla redhibendi condicione*, o bien la donación *mortis causa*.

Biondi al distinguir las donaciones *mortis causa* que producían una adquisición inmediata, pero revocable, de aquellas otras que inicialmente sólo daban lugar a una adquisición eventual, nos explica :

a) Si la cosa donada por causa de muerte fué transmitida inmediatamente mediante *mancipatio*, se agregaba un *pactum fiduciae* o una *stipulatio* independiente con el fin de hacer volver la cosa a dominio del donante en caso de darse la hipótesis prevista para la restitución. Igualmente, en el período clásico fueron necesarios estos mismos remedios, de carácter meramente obligacional, para retransmitir la cosa tradida *mortis causa*. Pero, a principio del Imperio, ya se admitió como remedio la *condicione quasi re non secuta*. Y, finalmente, Justiniano aceptó la eficacia real de la condición resolutoria, y proclamó, precisamente, al ocuparse de las donaciones *mortis causa*, la posibilidad de transmitir la propiedad *ad tempus certum vel incertum*, con derogación del principio contrario, sentado por Diocleciano, *proprietas ad tempus transferri nequiviverit* (87).

b) La *traditio* pudo realizarse bajo *condicione suspensiva* ya en el período clásico ; de modo que, otorgada *mortis causa*, el donatario sólo adquiriese la propiedad al no sobrevivir el donante.

También los clásicos castellanos recogieron estas características estructurales de la donación *mortis causa*. El jesuíta Luis de Molina (88) aseveró que «la donación por causa de muerte es una verdadera donación». Y Antonio Gómez (89) observó, que *non*

no perfectas, que aun hoy puede darse en ciertas situaciones de pendencia condicional).

(84) *La διαθήκη ελληνικά e la «donatio mortis causa»*, en *Scritti giuridici vari*, vol. I (Torino, 1926), págs. 425 y 428.

(85) Op. cit., § 229, pág. 808.

(86) Op. cit., núm. 28, pág. 705 y ss.

(87) Const. 2, VIII-LIV y 26, VI-XXXVII del Codex, así como en la interpolación de varios textos del Digesto.

(88) Op. y vol. cits., Disp. CCLXXXV, núm. 3, pág. 547. Es interesante destacar lo que dice el propio MOLINA en el núm. 1 de la Disp. CCLXXXVIII (pág. 563). En ella puede verse claramente expuesto el germen histórico del vigente art. 620. Es un argumento más a favor de nuestra tesis, ya que aquella opinión coincide con la interpretación que de este precepto damos.

(89) *Variæ...*, loc. cit., núm. 16, «Primos», vers. «Sed in nostro casu», página 249.

est perfecta nec valida in vita donatoris, sed virtus, et effectus ejus est suspensus in tempus mortis, tanquam in actu conditionali.

En consecuencia, si las categorías jurídicas deben definirse de modo tal que comprendan todas las figuras de la especie estudiada, no hay duda de que el concepto de donación debe comprender la *mortis causa donatio*, que también ha de ser incluida entre las figuras condicionales. Todo concepto de la donación que las excluya será inexacto sea por estrechez o por desenfoque. Históricamente lo comprueban los datos que acabamos de exponer. Dogmáticamente hemos creído demostrarlo con referencia a la donación. Ahora, vamos a intentarlo con relación a la condición.

II

LA CONDICIÓN Y SU ENCAJE CON LAS DONACIONES.

Fuenmayor, en su nota crítica (90), nos acusa de dar de la donación «un concepto nuevo, por demás amplio: toda circunstancia incierta (tal es la premociencia del donante al donatario), que afecte a la eficacia del derecho, acto o negocio jurídico y que sea extrínseca a ellos». Añadiendo, líneas después: «La muerte actúa aquí como una *conditio iuris*, como un requisito legal, institucional y no como un elemento que pone en el negocio su autor».

Estas afirmaciones nos obligan a repasar el concepto de condición, el problema de la existencia de una categoría general que comprenda la *condicio facti* y la *condicio iuris*, la naturaleza de esta última, así como el encaje del evento constituido por la muerte del disponente dentro de la donación *mortis causa* y con respecto a la atribución testamentaria.

1. Problemas que suscita el concepto estricto de la condición

Vamos a repasar ese concepto amplio de la condición, que Fuenmayor ha calificado de innovación nuestra. Dijimos: «*Cuando un efecto jurídico depende de una circunstancia incierta para el saber humano y extrínseca al derecho, acto o negocio jurídico por ella afectados, existe una condición, usando este término en su más amplia acepción*» (91).

La amplitud, expresada en nuestra descripción de la condición, presenta tres direcciones. Ya que comprende la llamada *condicio iuris* y la *condicio facti*; la condición suspensiva y la resolutoria, y extiende el juego condicional no sólo a los negocios jurídicos,

(90) Loc. cit., pág. 1093.

(91) Loc. cit., pág. 618. Por cierto que FUENMAYOR, al transcribir nuestro concepto descriptivo, omite el último inciso: *usando este término en su más amplia acepción*.

sino a los actos jurídicos y a los derechos mismos. No ignorábamos que los tres puntos han sido discutidos. Para algunos sólo la titulada *condicio facti*, es verdadera condición. Según otros, la denominada condición resolutoria no es propiamente condición. Finalmente, ha sido mucho tiempo corriente identificar la condición con la cláusula condicional, adscribiéndola, de este modo, exclusivamente dentro del ámbito del negocio jurídico.

No vamos a ocuparnos, en esta ocasión, de si se pueden catalogar con las condiciones los eventos de que depende la modificación o extinción de los efectos del acto. Es decir, no entramos a discutir si sólo es propiamente condición el evento que suspende: la condición suspensiva (92). En cambio, las otras dos cuestiones nos interesan especialmente.

(92) Podemos distinguir estas posiciones doctrinales:

a) La condición resolutoria supone una doble convención: una *pura* y otra que suspensivamente condiciona la extinción de aquélla.
b) La condición resolutoria, no es más que una condición suspensiva de un efecto extintivo. La diferencia no está en la naturaleza de la condición, sino en el hecho condicionado (nacimiento o extinción de la relación). Tesis de ENNECERUS—Nipperdey (op. y vol. cits., I-2, 181, III, pág. 316—. BARBERO (*Contributo alla dottrina della condizione*, Milán, 1937, núm. 12 y ss., págs. 84 y ss.) señala su identidad de función y dice que la diferencia estriba sólo en sus efectos.

c) WENT defiende que en ambas formas la relación jurídica nace inmediatamente, sólo que en las resolutorias se ha ejecutado inmediatamente y en las suspensivas sólo al verificarse el evento. Tesis parecida a la de PELAYO (*Sobre la condición resolutoria*, en *Rev. Dr. Priv.*, T. XXXII—junio 1948—, pág. 526 y ss.), para quien la condición resolutoria es una condición *no suspensiva*, cuyo incumplimiento, por lo tanto, resuelve esos efectos previamente producidos.

d) El maestro DE CASTRO (*Derecho civil de España*, 2.^a ed., Madrid, 1940; pág. 612) coloca las situaciones condicionales entre los estados de pendencia. Por lo tanto, aplicando su teoría de los derechos en pendencia, veríamos convertidas en titularidades eventuales lo mismo la posición del titular bajo condición suspensiva que la del titular bajo condición resolutoria. La diferencia estribaría en que la titularidad interina se atribuye al sujeto bajo condición resolutoria, mas no al sujeto bajo condición suspensiva.

e) SCIALOJA: *Negocios Jurídicos*, trad. de la 4.^a ed. italiana por PELSMAKER —Sevilla, 1942—, núm. 36, págs. 90 y ss.) dice que: «en el caso de condición resolutoria, existe realmente otra suspensiva de una convención contraria al negocio jurídico principal; pero entre ambas convenciones se da una relación estrecha que no sólo es producto del hecho de que una y otra surjan, en el mismo momento, como consecuencia de una declaración compleja de voluntad, sino que casi puede decirse que un negocio jurídico se halla condicionado por el otro; que el uno nace porque el otro surgió también, y que si combatís la existencia de uno de ellos, debéis destruir, al mismo tiempo, la del otro, siendo éste el vínculo esencialísimo que surge entre estos dos negocios. En el progresivo desarrollo del derecho privado, esta conexión se va acentuando cada vez más, a medida que van desapareciendo las reglas del derecho estricto, y en el derecho moderno, en nuestro Derecho civil, por ejemplo, no es absurdo admitir que la condición resolutoria se ha aproximado tanto al tipo directo de una condición que afecta al negocio jurídico principal de un modo mucho más inmediato que en el derecho romano».

f) FALZEA (*La condizione e gli elementi dell'atto giurídico*, Milán, 1941, número 23, págs. 235 y ss.) concluye que deben considerarse fallidos los intentos de reducir ambas figuras y una institución unitaria. Una y otra se diferen-

A) Ambito de aplicación de la condición.

Von Thur (93) después de decir que la condición únicamente se presenta en los negocios jurídicos, añade que puede aplicarse a los actos jurídicos, como a la intimación, la tradición, etc. «En principio—añade—, la condición puede existir en cualquier negocio jurídico, tanto en los actos de disposición como en los negocios con eficacia personal. Puede estar sujeta a condición, tanto la transferencia de la propiedad, como la constitución, transferencia y extinción de los demás derechos reales». «En la propiedad—observa—está sujeta a condición sólo la pertenencia del derecho; en los demás derechos, también puede depender de una condición el alcance del derecho».

Sin duda el dogma voluntarista influyó notablemente en la concepción de la condición como una determinación accesoria de la voluntad. Es otra muestra de la hipertrofia que, en la dogmática jurídica, sufrió hasta no hace muchos años el elemento volitivo (94). Se discutió sobre esta base: a) Si la condición afectaba inmediatamente a la voluntad de modo que la existencia de ésta dependiera de que aquélla llegara a no verificarce. b) Si solamen-

cian esencialmente por el modo en que respectivamente influyen en los efectos Pero especialmente se diferencian en su naturaleza. La condición suspensiva es una con causa influyente en el nacimiento de la consecuencia; representa un elemento marginal, pero inherente a la estructura del acto. En cambio, la condición resolutoria es un hecho externo, influyente en la extinción de la consecuencia, pero estructuralmente autónomo.

(93) *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán* (Traducción argentina, Buenos Aires, 1948), vol. III¹, pág. 305, nota 5, y págs. 318 y siguientes, nota 93 de esta última página.

(94) NÚÑEZ LAGOS («Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista», en *Cuestiones del Derecho privado de nuestra postguerra*, Barcelona, 1942, págs. 157 y ss.) lo ha expresado con espléndida prosa:

«La palabra voluntad en las fuentes romanas no es un concepto con densidad propia y fija; significa las pocas veces que relativamente se emplea en los textos, propósito, deseo, disposición práctica externa y visible, algo que la mayoría de las veces, en las fuentes mismas, se expresa con la palabra *animus*.»

«La filosofía gótica planteó la lucha entre razón y voluntad y empieza a tomar esta palabra un contenido y una intensidad desconocida para los romanos. Surge el concepto de voluntad como querer imperativo, como pretensión de dominio, dominio de la naturaleza, dominio de la vida contractual (la voluntad es decisiva en el nacimiento, interpretación, efectividad, impugnación, etc., del contrato). En fin, surge el concepto faustico de la voluntad que había de culminar con NIESTCHE y SHOPENHAUER en filosofía; en Derecho privado con SAVIGNY, ZITELMANN y GIERKE y toda la llamada Willenstreorie, y en Derecho público con la teoría del contrato social de los ius naturalistas de la diosa razón.»

Como ha hecho notar CARNELUTTI (*Teoría General del Derecho*, trad. especial de la 1.^a ed. italiana, por C. G. POSADA, § 139, págs. 286 y ss.), el elemento psicológico ha reclamado la atención de los estudiosos, sobre los que ha ejercido una especie de fascinación que se ha traducido en un cierto obscurecimiento de los otros. En lo futuro—añade—, la doctrina de la voluntad en el acto jurídico tenderá a ser más bien simplificada que complicada, precisamente porque, como he indicado, deberá restituir a las doctrinas contiguas de la causa y de la forma de algunos elementos que corresponden más propiamente a ellas.

te se refería a los efectos de la voluntad, de suerte que la existencia de ésta no se hallase condicionada, sino únicamente aquéllos, que sólo se producirían en caso de cumplirse la condición (95).

Como dice Betti (96), ambas teorías parten inicialmente de un error. Reside «en la confusión que se establece entre el aspecto psicológico y el aspecto normativo de la voluntad privada, entre la fuente subjetiva y la sustancia objetiva del negocio, designadas ambas como voluntad». «En suma, la voluntad..., permanece siendo lo que es: un hecho pasado y como tal, inmodificable. Lo que pende, incierto y dudos, no es, por tanto, la voluntad, sino, únicamente, la regulación de intereses que constituye el contenido preceptivo del negocio. El valor vinculante de tal contenido está circunscrito a que se verifique o, respectivamente a que no se cumpla la hipotética previsión».

Observa Falzea (97), que «una exacta definición del concepto de *condicio facit* no puede lograrse sin distinguir netamente el momento subjetivo—condición como *previsión*—, del momento, objetivo—condición como *evento*—, porque a cada uno de estos perfiles corresponden dos distintos conceptos...». La previsión condicional y el evento condicionante constituyen, respectivamente: la primera, un elemento del acto jurídico en su contenido de voluntad, que forma parte de la declaración negocial compleja; y el segundo, un elemento externo al acto, e investido de la cualidad de con causa de su eficacia...; «la *previsión condicional* se inserta en la zona central del acto, y el *evento condicionante*, en cambio, concierne a la zona marginal».

De este modo—por voluntad de los otorgantes—se incrusta en el supuesto de hecho, concretamente querido, un determinado evento calificado por el Derecho como con causa de la eficacia y caracterizado por los requisitos de su proyección en el futuro respecto al acto y por su incertidumbre (98).

Centrando así el concepto de la condición, caracterizada por la inserción en el supuesto de hecho de un coelemento futuro y de in-

(95) Ver, por ejemplo, SCIALOJA (*Negocios jurídicos*, Trad. de la 4.^a ed. italiana, por PELSMAKER, Sevilla, 1942, págs. 82) y BETTI (*Teoría general del Negocio jurídico*, Trad. española de A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949, págs. 385 y ss.), que critican ambas teorías. La primera, «porque la existencia de la voluntad como hecho psicológico no ha de ser deducida de un hecho posterior, sino juzgada según criterios intrínsecos en el momento en que el negocio se efectúa, y dado que existe entonces como hecho presente en la declaración, no puede ser destruida *ex post facto* por un evento futuro como la ausencia de condición». La segunda, porque si afirma «que el nexo de subordinación discurse no ya entre condición y voluntad, sino directamente entre condición y efectos jurídicos, se cae en la incogruencia de concebir la condición como algo extraño al contenido del negocio y, por tanto, como un misterioso interruptor que se interpondría entre aquél y los efectos jurídicos correspondientes».

(96) Op. cit., pág. 386.

(97) *La condizione e gli elementi dell'atto giurídico*, Milán, 1941, núm. 9, página 79.

(98) Ver FALZEA, op. cit., núm. 10, págs. 112 y ss.

cierta realización, resultará ser un dato accidental que sean las partes o la ley quienes ordenen dicha inserción. Lo condicionado es la realización del supuesto de hecho ordenado. La voluntad —del otorgante u otorgantes, o de la ley— ordena los elementos y coelementos del supuesto de hecho en cuestión, pero sin quedar condicionada por la realización o no de esos coelementos previstos por ella. La voluntad queda en pretérito, y es el supuesto de hecho, por ella previsto, lo que queda condicionado por la realización del coelemento futuro. La voluntad es la fuente creadora, pero no elemento del acto condicionado por el evento. Por tanto, el hecho de que la fuente creadora del coelemento condicionante sea la ley y no la voluntad privada, no puede por sí sólo significar una diferente naturaleza de uno u otro evento, sino únicamente una diferencia de origen.

B) «*Condicio iuris*», «*condicio facti*» y el concepto genérico de condición.

Esta última conclusión nos encara con la debatida distinción entre *condicio facti* y *condicio iuris*.

¿Qué diferencias existen entre ambas figuras? Los autores que combaten el concepto unitario de condición no están de acuerdo en determinar la diferencia fundamental que separa estas especies. Es más, llegan a ser contradictorias entre sí algunas tesis unitaristas. Vamos a verlo:

a) Cierta doctrina ha sostenido la distinción partiendo del examen de una y otra figura desde ángulos visuales dispares. Se ha enfocado el evento al estudiar la *condicio iuris*, y la cláusula condicional al tratar de la *condicio facti*. Así Lucifredi (99), sostuvo que la condición voluntaria, en cuanto cláusula negocial, forma parte del contenido del acto; mientras la condición legal, como hecho extrínseco, está situada en zona marginal del mismo. Es claro que el error se halla en el planteamiento de las premisas, por relacionar términos heterogéneos. Como nota Falzea (100), lo correcto es examinar ambas figuras desde el mismo ángulo, sea cotejando la cláusula condicional con el mandato de la norma que prevé el evento, o bien, comparando uno y otro evento, el indicado por los sujetos y el ordenado por la norma. De este modo, se observa que la condición voluntaria puede ser construida con un perfil rigurosamente objetivo, diferenciándola de la cláusula condicional; y por otra parte, en el acto subordinado a condición legal se puede hablar de un especial elemento de hecho que asume igual posición e idéntica función que la cláusula condicional. Como ha hecho notar Cornelutti (101), es desafortunado

(99) «La nozione di elementi accidentali dell'atto amministrativo», en *Annali Perugia*, LII, 1939, núms 1 y ss., págs. 29 y ss. (cita de FALZEA).

(100) Loc. cit., págs. 121 y ss.

(101) Op. cit., § 157, págs. 323, al final, y ss.

e inexacto expresar la distinción entre condición y legal y voluntaria con la fórmula *condicio iuris-condicio facti*. Pues, es claro, que la antítesis entre el *factum* y el *ius* está totalmente fuera de lugar; en este caso.

b) No ha faltado, quién haya sostenido, que mientras la condición voluntaria es elemento constitutivo del negocio, la condición legal es, en cambio, elemento declarativo. O, que en la condición legal el querer es incondicionado, y está condicionada la posibilidad jurídica de sus efectos; mientras contrariamente en la condición voluntaria está condicionado el querer, mas no la posibilidad jurídica de sus efectos (Scherbring).

Pero estos autores parten de un concepto de la condición voluntaria que hemos rechazado. Se apoyan en la teoría de la voluntad condicionada. Por otra parte es normal en nuestro Derecho el efecto retroactivo, más o menos atenuado, del cumplimiento de la condición, que según dicha tesis sólo debería darse en la *condicio iuris*.

c) A la inversa, que los autores del anterior grupo, otros han sostenido que la condición voluntaria es el elemento marginal y la *condicio iuris* es elemento constitutivo. La primera vendría exclusivamente en consideración con respecto al específico supuesto concreto de que se tratase, añadiéndose marginalmente a los elementos esenciales, sin provocar alteración en el correlativo esquema legal. La segunda, por el contrario, se insertaría en el esquema normativo abstracto, en el que asumiría una función esencial. El acto sometido a condición voluntaria sería perfecto y sólo sus efectos penderían de la realización del evento condicionante. El acto sometido a condición legal, en cambio, representaría tan sólo una parte de un supuesto de hecho más amplio.

Falzea (102), rebatiendo a Barbero y Alimena, señala que la posición expuesta parte erróneamente de que sólo la condición legal, pero no la voluntaria, está comprendida en el esquema normativo del acto condicional. Contrariamente, es lo cierto que el fenómeno condicional se refleja de modo idéntico en ambas figuras de condición. Sea en el plano legal, en el cual pueden señalarse, en entradas, las hipótesis de un esquema normativo puro o simple y de un esquema normativo condicional. Sea en el ámbito del hecho, requiriéndose en los dos supuestos un particular elemento extrínseco al núcleo central con la función de provocar la entrada de la norma integrativa de la condicionalidad junto a las otras principales que regulan el acto.

El mecanismo condicional se añade como una superestructura que el Derecho aplica a los esquemas típicos del supuesto de hecho normal, cuando en éste concurren particulares circunstancias de hecho que pueden consistir en la inserción de una cláusula

(102) Op. últ. cit., págs. 123 y ss.

condicional, o en otro hecho que, en el negocio subordinado a *condicio iuris*, sustituya aquella cláusula.

2. Concepto y caracteres del evento condicionante

Centrado el concepto genérico de condición como un elemento extrínseco con relación al supuesto de hecho puro, pero que se inserta en él cuando el mismo supuesto de hecho sea condicionado, es necesario matizar sus características, y subrayar sus diferencias con los demás coelementos del supuesto. Pero, antes de entrar en este análisis, conviene que examinemos las distintas concepciones de la *condicio iuris*, que se han defendido por la doctrina.

a) N. Coviello, Polacco, Saggese, Finzi, entre otros autores, han adoptado una posición negativa. Repudian la figura de la *condicio iuris*, por reputarla híbrida y privada totalmente de delimitación técnica y ajena a cualquier concepto positivo.

b) Otros autores (Sraffa, Tendi, Pachioni, Stolfi, Barassi, Ferri, Allara, Henle, L. Coviello, Betti, etc.) la elevan a la categoría de los elementos esenciales o de los requisitos de validez.

c) En fin, a partir de los estudios de Scheurl y Eisele (103), va siendo cada vez más aceptada la construcción de la *condicio iuris* con el mismo esquema típico de la condición voluntaria, definiéndola como un evento futuro e incierto de cuya realización depende, por obra del Derecho, la existencia de la relación jurídica.

Situados en este terreno, volvemos a encontrarnos con el mismo problema que también se plantea al definir la condición voluntaria como evento futuro e incierto del que depende la perfección del supuesto de hecho condicional. ¿Cómo distinguir el evento condicionante de los demás coelementos del supuesto de hecho posteriores a la formación de su núcleo central? ¿Cómo distinguir los elementos centrales o intrínsecos de los marginales y extrínsecos? ¿Qué diferencia separa la *condicio iuris* de los elementos esenciales del supuesto de hecho normal, es decir, de los demás elementos esenciales del supuesto de hecho condicional, o de los otros requisitos de su validez?

También son varios los criterios que pretenden resolver esta cuestión:

a) Rubino (104), después de rechazar la posibilidad de distinguir los coelementos en causantes y condicionantes, se decide a caracterizar el *genus* común de condición comprendiendo en él

(103) SCHEURL: *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, en Beiträgez. B. der. rom., 1871, II, 2, § 25, págs. 95 y ss., y EISELE: *Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensitätsbedingung*, Archiv. Civ. Pr., L, 1871, págs. 278 y ss. y *Zur Lehre von den conditions iuris*, en Archiv. Civ. Pr., LIV, 1871, págs. 109 y ss (citas de FALZEA y de BETTI).

(104) *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (Milán, 1939), página III y ss.

todos los elementos típicos del supuesto de hecho posteriores, sucesivos, a la declaración de voluntad (105). Este criterio, a juicio nuestro, resulta demasiado amplio, en parte, y excesivamente corto en su punto de partida. Corto, porque centra exclusivamente en la declaración de voluntad el núcleo central del supuesto de hecho. Demasiado extenso en su ámbito, porque agrupa como categoría única todos esos elementos posteriores. Es cierto, como dice, que todos ellos pueden ser sometidos a una valoración jurídica unitaria, en cuanto la momentánea ausencia de cualquiera deja en suspenso el nacimiento de los efectos definitivos y, mientras tanto, juegan normalmente los efectos preliminares. Pero, no obstante, a efectos de su más perfecta asimilación en una categoría común con la condición voluntaria, hay algunos elementos sucesivos del supuesto de hecho, legalmente ordenados, que encajan, como veremos, con ella en un ámbito más uniforme y menos extenso.

b) Carnelutti distingue los requisitos del acto en estáticos—correspondientes al hecho inicial, al punto de partida del acto—y en dinámicos—o del acto propiamente dicho, referentes a la divergencia, al cambio, que el acto provoca respecto a la situación jurídica inicial—, y subdivide estos últimos en internos o elementos y externos o circunstancias (106). Los primeros, los considera *respecto del acto en sí*; los segundos, *respecto la relación entre el acto y los demás acontecimientos*. A estos, a su vez, los clasifica, en circunstancias genéricas—*distantia temporis* y *distantia loci*, o sea, tiempo y lugar del acto—, referentes a la conexión del hecho genéricamente considerado con el resto de la realidad; y circunstancias *específicas*, relativas a la conexión del mismo hecho con sólo una parte de la realidad, es decir, con otros hechos singulares (107). En las circunstancias específicas—dice—la juridicidad del acto se subordina, «no a que suceda en un determinado tiempo y lugar, es decir, a su unión temporal o espacial con el resto de la realidad, sino a que suceda en relación con un acto o hecho determinado, y por tanto, a que otro acto o hecho determinado haya o no sucedido». También, estas circunstancias específicas son objeto de nuevas subdistinciones: aten-

(105) Sin duda, por la amplitud de este *genus*, limita las consecuencias de su construcción unitaria. Observa cierta diferencia entre la condición voluntaria y los elementos típicos del supuesto de hecho posteriores a la declaración de voluntad. La primera es un elemento colocado por iniciativa de las partes; los segundos son exigidos por la ley. De ello deduce que entre ambos supuestos no cabe nada más que la simple analogía. Pero no menos que esa analogía, pues en ambos casos, estando completa la declaración de voluntad, queda diferida la producción del efecto definitivo hasta un momento ulterior, pendiente de la realización de un elemento sucesivo.

(106) *Teoría General del Derecho*, cit., § 115, pág. 239, y 130, pág. 273.

(107) *Teoría General...*, § 151, pág. 314, y § 155, pág. 318, y *Sistema di Diritto procesuale civile*, vol. I (Padova, 1936), núm. 400 y ss., pág. 128 y siguientes, y núm. 536 y ss., pág. 457 y ss.

diendo a su carácter, en positivas y negativas; y según su conexión temporal con el acto, en anteriores—*presuposición*—y posteriores, que según su certeza o incertidumbre, se descomponen en *condición* y *plazo o término*. Por lo tanto, la condición, según este maestro, queda caracterizada y definida como una *circunstancia, posterior e incierta, legal o voluntaria* (108).

Esta sugestiva exposición de Carnelutti no puede sortear una evidente dificultad práctica. ¿Cómo distinguir, en cada caso concreto, los elementos de las circunstancias? El mismo autor, se pregunta con referencia a estas últimas, es decir, con respecto a los requisitos externos: «¿Cuáles son estos requisitos y cuáles se refieren más bien que al acto en sí a su relación con algo *quod circum stat?*» Su respuesta confiesa que el trabajo de clasificación está muy poco adelantado (109). ¿Cómo juzgar la extrínsecidad? ¿De qué criterio disponemos para hallar la diferencia de un requisito interno, rezagado respecto a los demás y de incierta realización, y un requisito extrínseco, futuro e incierto? De hecho, las dificultades son múltiples y difíciles de salvar. Generalmente será una cuestión a apreciar, un tema de sensibilidad jurídica. Falta un criterio seguro que sirva de medida para fijar los linderos entre ambas figuras. Sufre, además, la dificultad de distinguir el acto condicional y el acto condicionante. No sólo ambos tienen un mismo efecto, sino que los dos concurren a su producción. Sólo su unión es fructífera. En su certa disección estriba la dificultad.

c) *Falzea*, ocupándose exclusivamente de la condición suspensiva (no considera a la resolución como verdadera condición), trata de resolver esta dificultad. A este fin sigue un nuevo camino. Comienza por proyectar el nexo intercedente entre acto jurídico y condición en el plano de los intereses. De este modo, observa no una simple relación entre un concepto y uno de sus elementos no esenciales, sino una conexión de dos planos de intereses, uno interno y otro externo. De una parte el ordenamiento jurídico define y delimita netamente un supuesto concreto de intereses, constituyendo sobre él la esencia conceptual con su correspondiente *nomen iuris*. Mas, de otro lado, el orden jurídico admite la interferencia de otro plano de intereses, externo a los tipificados, y que pueden modificar e incluso eliminar los objetivos jurídicos iniciales. Así al modificarse la figura típica, correspondiente al *nomen iuris* conceptual, se crean figuras atípicas y elementos accidentales (110).

El *nomen iuris* típico abarca gráficamente una línea que une su *causa* (en el sentido de momento preliminar) y su *efecto* (momento sucesivo). Pero, con ella puede entrecruzarse la otra línea

(108) Ver *Teoría General...*, § 157, págs. 320 a 324.

(109) *Teoría General...*, § 151, pág. 314.

(110) Op. cit., núm. 2, pág. II.

de intereses en juego, línea con fuerza de dirección distinta, que parte de una *concausa* (como tal marginal a la primera), y tiende a un *coefecto* (111). Mientras de hecho el negocio en sus elementos esenciales es preordenado fin de provocar la actuación de aquella regulación de intereses que se compendia en la situación efectual prevista por el Derecho, el evento condicionante es absolutamente extraño a tal destino primario del acto. El evento condicionante se interfiere entre el acto puro y sus efectos típicos para tutelar el sistema de intereses externos que se conectan al supuesto normal (112). Ello hace que el acto y el evento condicionante subentren en el complejo condicional. Así, junto a los elementos típicos de aquél se requiere un hecho ulterior, futuro e incierto. Mientras el evento no se realiza, el hecho presenta un estado de suspensión de su eficacia típica. Pende, en tanto, la doble posibilidad de alcanzar la situación efectual típica o de caer en una situación de definitiva ineficacia (113).

Es decir, la condición se caracteriza por ser un requisito *extrínseco* o *marginal*, *accidental*, *futuro* e *incierto* (114).

El carácter extrínseco y el carácter accidental de la condición requieren una explicación. Pues conviene precisar el sentido que Falzea atribuye, en este caso, a uno y otro adjetivo.

a) La marginalidad va referida al esquema típico del acto que corresponde a su *nomen iuris*. Supone un evento no comprendido en el supuesto de hecho hipotético del esquema típico, pero que interfiriéndose en él queda dentro del supuesto concreto del hecho de que se trata. Es decir, no es una circunstancia externa o marginal del acto de que concretamente se trata—como pretende Carnelutti—puesto que forma parte del mismo. En este sentido dice Scialoja (115) que la condición «no es algo exterior adiconado, sino algo tan intrínseco que todo negocio jurídico depende de su existencia». La marginalidad se refiere al supuesto de hecho abstracto, correspondiente al acto catalogado con su específico *nomen iuris*.

Ello supone sin duda cierta relatividad. La historia del Derecho nos lo demuestra, mostrándonos las mutaciones ocurridas en muchísimos supuestos de hecho abstractos correspondientes a diversas figuras típicas construidas legal o dogmáticamente, para satisfacer determinados intereses igualmente tipificados de modo genérico. Por otra parte, ciertos actos con *nomen iuris* típico se caracterizan por integrarse precisamente con la intersección de determinado elemento extrínseco a otro acto más genérico, con un *nomen iuris* de mayor amplitud. Así, por ejemplo, las donaciones por causa de matrimonio tienen sin duda su esquema típico, que

(111) Loc. cit., pág. 17 y ss.

(112) Núm. 10, pág. 113 y ss.

(113) Loc. cit., pág. 120.

(114) Núm. 12, pág. 130 y ss.

(115) Op. cit., § 34, pág. 83.

comprende como elemento interno y esencial el hecho de la celebración del matrimonio en atención al cual se otorgaron. Pero ese mismo hecho es extrínseco y marginal al supuesto de hecho normal de la donación real. De modo que esa misma donación debe considerarse como donación matrimonial pura—si no se halla sometida a condición distinta de la celebración del matrimonio previsto (haciendo interferir en su supuesto de hecho típico otra circunstancia típica, v. gr., que el matrimonio deba celebrarse en un lugar dado, antes de cierta fecha, etc., para que la donación sea efectiva)—y como donación genérica condicional en cuanto subordinada a la celebración del matrimonio. Es decir, esta celebración es un hecho extrínseco al esquema típico de la donación real genérica e intrínseco al esquema correspondiente a toda donación por razón de matrimonio.

b) El carácter accidental de la condición ha sido muy discutido. Ello es debido a que no siempre se emplea este término con idéntico significado. A veces se pretende aplicarlo para caracterizar los elementos no necesarios a la existencia y validez del negocio. Otras se utiliza para expresar los elementos que no son jurídicamente necesarios en un determinado tipo negocial *in abstracto*.

Bajo el *primer significado*, la condición no puede ser calificada como elemento accidental del acto condicionado. Enneccerus-Nipperdey (116) explican esta negativa porque «la declaración de voluntad condicionada es un todo inseparable que no puede descomponerse en una determinación principal y una determinación accesoria». Carnelutti (117) afirma que «si los elementos accidentales son los requisitos que pueden faltar, debieran comprenderse entre ellos también la causa e incluso la voluntad, pues hay actos de causa y de voluntad que no se manifiestan», y que «si por elementos esenciales se entienden aquellos cuya falta perjudica la eficacia del acto, debieran incluirse también la condición y el término, ya que cuando fueren previstos su importancia sería la misma».

La *segunda acepción* aplicada concretamente a cada tipo negocial con *nomen iuris* específico, considerado en su esquema típico, es la que acepta Falzea (118).

Partiendo de ella, se excluyen del concepto de condición aquellos eventos que, aun siendo ajenos al esquema típico correspondiente al *nomen iuris* del acto en cuestión considerado *in abstracto*,

(116) *Tratado...*, cit. I-2.^o, § 181, I, 1, pág. 314.

(117) *Teoría General...*, § 157, pág. 322.

(118) Op. cit., núm. 7, pág. 66 y ss. Es interesante la revisión que hace de la conocida tripartición de los elementos negociales en esenciales, naturales y accidentales. Después de criticar la duplicidad del significado atribuido en esta materia al calificativo *esencial*, y de aceptar la significación que hemos indicado en el texto, discute y niega la especie de los elementos naturales. Reduce, pues, la tripartición bipartición y orienta su significado en la forma dicha, que no fué siempre jurídicamente dada a estos términos.

en cambio afectan a los elementos esenciales del acto concreto de que se trata, como es a la determinación del sujeto o del objeto (119). En estos casos hay pendencia subjetiva u objetiva, pero no pendencia condicional propiamente dicha, o sea no hay pendencia plena.

3. *Causa y condición.*

Antes de examinar el esquema típico que presenta la donación *mortis causa* nos interesa observar otra cuestión que en nuestro caso ofrece gran interés. El problema de la relación entre *causa* y *condición*.

En la iniciación de nuestros estudios suelen enseñarnos que causa y condición son elementos totalmente dispares y heterogéneos. Un examen más cuidadoso de la cuestión obliga a rectificar esa afirmación excesivamente simplista y elemental.

Notemos que esa rectificación no es un invento moderno. Antonio Gómez (120) afirmó: «*stipulatio conditionalis, valet sine causa... quia illa conditio pro causa habetur*» y que «*contractus conditionalis non requirit causam, quia ipsa conditio est sufficiens causa*». Tesis que apoyó en el fragmento *A Titio* (Digesto, XLV-I, 108, pr.) de Javoleno y que fué sostenida por Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, Angelo, Aretino y el común de los autores, según afirma el propio Gómez. Aceptándose así, *etiamsi ex implemento conditionis nullum commodum, vel interesse resultet contrahentibus*. También Acevedo (121) afirmó que «*si contractus ille, promissio vel obligatio contineret conditionem, nam tunc causa non requiritur cum conditio illa pro causa habeatur*».

Tampoco modernamente ha escapado esto a la fina percepción de la jurisprudencia italiana: «En las obligaciones condicionales *la causa*, o sea, la razón determinante de la voluntad del que se obliga, es *inescindible de la condición* de cuya verificación depende la eficacia de la obligación» (Cas. 29 marzo 1938).

Rubino (122) confiesa que no es posible distinguir entre los diversos elementos del supuesto de hecho, en el sentido de que algunos sean causa y otros sean condición. Y Falzea (123) califica la condición como «*concausa externa, futura e incierta*».

No hay duda que la condición puede a veces actuar como causa y también que en otras ocasiones influye sobre la causa mediatisándola, calificándola y conectándola con la realización del evento condicionante. ¿Cómo separar el *animus liberal* de la condición de que se hace depender la donación? La *causa donandi* queda afec-

(119) Núm. 13, pág. 156 y ss.

(120) *Varioe...* II-XII, núm. 3, vers. «Et attende», y núm. 4, pág. 299 y ss.

(121) *Comentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, T. III (Lugduni, 1737), Libr. V, tit. XVI, núm. 43, pág. 428.

(122) Op. cit., pág. III.

(123) Op. cit., núm. 2, pág. 21.

tada e involucrada con aquella *condicio* a la que se supedita la donación (124).

Esto nos explica por qué el matrimonio es a la vez condición y con causa de las donaciones por razón de matrimonio (125) y por qué la no sobrevivencia del donante respecto al donatario es, a la par, condición y con causa de las donaciones *mortis causa*. Lo primero fué percibido hace ya muchos siglos por Javoleno en el libro X de sus Epístolas, en el citado fragmento *A Titio*: «*si stipulanti mihi dos ite promissa est: quamcunque uxorem duxero, dotis eius nomine decem dare spondes? nihil in causa est, quare ea pecunia condicione expleta non debeatur*» (126).

4. El supuesto de hecho de la donación «*mortis causa*» y el de la sucesión testamentaria.

Ha llegado el momento de analizar el supuesto de hecho de la donación *mortis causa* y de compararlo con el correspondiente a la sucesión hereditaria.

(124) FEDERICO DE CASTRO (*La promesa de contrato*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-IV, pág. 1155) reconoce que “a la verdadera condición, será preciso aplicarle ciertos preceptos propios de la causa», a diferencia de la llamada «condición de querer», a la que deben serle de aplicación disposiciones referentes a la declaración de voluntad.

(125) CASTÁN (Op. cit., II-I, págs. 228 y s. y 262 y s.), al estudiar la naturaleza de las donaciones por razón de matrimonio contrapone tres teorías, que consideran como término, plazo y condición, respectivamente, el hecho de la celebración del matrimonio con referencia a la donación otorgada en atención al mismo y a los pactos comprendidos a capitulaciones matrimoniales.

El argumento que se opone a su consideración como condición se refiere al carácter retroactivo que se se atribuye generalmente a esta figura. Pero, como veremos, este extremo es muy discutible. La figura de la condición con determinación de tiempo inicial o la posibilidad de mestizaje entre plazo y condición, apartan totalmente este obstáculo. De este modo la celebración del matrimonio será a la par: con causa—impulsiva y determinante del *animus donandi*—, condición suspensiva y plazo inicial de la donación.

Son excepción los casos en que se hiciera jugar la no celebración del matrimonio como condición resolutoria de una donación consumada previamente, conforme resulta del núm. 2 del art. 1.333. No obstante, esa última modalidad no puede presumirse conforme la normal intención en las partes, ni por el criterio interpretativo patentizado en el art. 1.289, § 1.º, C. c. Ni aun habiéndose otorgado la escritura pública de donación, o las capitulaciones que la contengan y realizado, incluso, la tradición fáctica de la cosa donada. Puesto que la expresión del matrimonio como causa o condición en la donación somete a condición suspensiva la efectividad de la donación. Antes del matrimonio, la posesión que tenga, en su caso, el presunto donatario será, por regla general, meramente precaria, aunque su posición expectante se halle jurídicamente protegida desde el otorgamiento.

(126) No olvidemos el juego negativo que en el período clásico operaba la falta de causa, frente al juego positivo que tiene nuestra concepción actual (Ver, al respecto, SERRANO SERRANO, *Justa causa traditionis*, en Rev. Crit. Dr. Inmob., 1935, pág. 333). Esto explica la doble negación conjugada entre «*nihil in causa est*» y «*quare... condicione expletæ non debeatur*». Traducida al concepto actual, esa frase conjugaría una doble afirmación entre «*hay causa*» y «*cumplida la obligación, se debe...*».

Fuenmayor (127) en su nota crítica nos plantea esta pregunta: «¿Puede decirse—sin más—que las donaciones que hayan de producir sus efectos por la muerte del donante a que alude el artículo 620 están afectadas a una condición suspensiva?»

Su respuesta es negativa: «Creemos que no. Como tampoco es condicional la disposición testamentaria, a pesar de que su eficacia depende de la premoriencia del testador y de que éste puede en todo momento arrepentirse de ella mediante la facultad revocatoria. La muerte actúa aquí como una *conditio iuris*, como un requisito legal, institucional y no como un elemento que pone en el negocio su autor.»

Pero—preguntamos a nuestra vez—¿son idénticos los supuestos de hecho de la sucesión testamentaria y de la donación *mortis causa*?

La historia del Derecho y la dogmática jurídica responden negativamente. Veamos su respectivo fallo.

a) *La historia.*

Sorprende a Fuenmayor (128) la razón dada por nosotros para explicar la diferente solución dada históricamente en los supuestos de conmoriencia según se tratara de donaciones *mortis causa* o de sucesión *mortis causa*.

Observábamos nosotros (129) que el momento de la muerte tiene carácter dinámico y que, como todo momento dinámico, puede descomponerse. «Así—decíamos—, puede distinguirse el último instante de la vida y el primer instante de la muerte, entre los cuales hace tránsito el momento de morir. Pues bien, la sucesión hereditaria se verifica en el primer instante de la muerte—pues no puede heredarse a una persona viva—y la donación *mortis causa* tiene lugar, en cambio, en el último instante de la vida. Puesto que no puede perfeccionarse una transmisión directa, a la que los herederos del donante son ajenos, si una de las partes no vive.»

Fuenmayor califica esa explicación nuestra de «*razón muy original*».

Desgraciadamente, no es tan fácil ser original en Derecho. Esa razón que alegamos es muy vieja, milenaria.

Un texto de Marcelo, que de su Digesto (Lib. XXIII) ha pasado al de Justiniano (XL-I, 15), explica cuál es el instante de la perfección de la *manumissio* y la *traditio* otorgadas *mortis causa*. Respecto a la primera dice: «*et in hac specie "in extremum tempus manumissoris vitae" confertur libertas*». Asimilando esta solución a la que atribuye a la *mortis causa traditio*: «*quemadmodum quum rem ita tradiderit; ut "moriente eo" fieret accipientis*».

Otro fragmento, éste de Trifonino (Disputas lib. IX), también recogido en el Digesto (XXIII-III, 76), señala igual criterio para

(127) Loc. cit., pág. 1093.

(128) Loc. cit., pág. 1089.

(129) Loc. cit., pág. 726.

la *mortis causa stipulatio*: «*Si pater mulieris mortis suae causa dōtem promiserit, valet promissio; nam et si "in tempus, quo ipse moreretur, promisisset", obligaretur*». Obligarse *mortis causa* equivalía a obligarse para el instante en que se fuese a morir.

Savigny, (130) refiriéndose a esta forma de *stipulatio*, observa que si bien las estipulaciones *post mortem meam* eran consideradas nulas por los jurisconsultos romanos, en cambio admitían la *mortis causa stipulatio*. Razón: el donante prometía constituirse deudor en el último momento de su vida (*cum moriar*). Se suponía, en estos casos, la siguiente forma de estipulación: ¿*cum, me vivo, morieris, centum dare spondes?* Así se obviaba toda dificultad e igualmente quedaba explicada, a su juicio, la validez de la donación en caso de muerte simultánea.

Por tanto, en Derecho romano el momento de la muerte no juzgaba de igual modo en la donación *mortis causa* que en la sucesión hereditaria. En el primer supuesto se atendía al postre instante de la vida; en la segunda, al primer instante de la muerte. En la sucesión hereditaria el instante de la muerte era el momento de la delación. En la donación *mortis causa* el último instante de la vida del donante representaba el momento del cumplimiento de la condición tácita a que se supeditaba la donación. De *tacitam condicione* habla Marcelo en el fragmento 15 antes referido.

b) Dogmáticamente.

El momento de la muerte, como vamos a ver, no es condición legal en el supuesto de hecho de la sucesión hereditaria ni en el de la donación *mortis causa*.

a) No es *condicio iuris*, sino *elemento intrínseco* en el supuesto de hecho de la sucesión *mortis causa*. La *vocación testamentaria* requiere una designación (legal o testamentaria) y el fallecimiento del causante. Por eso, antes de este instante no es válida la aceptación ni la repudiación de la herencia (art. 991 C. c.) y están prohibidos los contratos sobre la herencia futura (art. 1.271, § 2º, del C. c.).

β) Tampoco es *condicio iuris*, sino *tacita condicio*, a cuyo cumplimiento se supedita la donación, en el supuesto de donación *mortis causa*. Admitida y determinada la categoría genérica de condición y subdividida ésta en condiciones legales y condiciones voluntarias—según cuál sea la fuente creadora de modo inmediato del evento condicionante—conviene precisar que las llamadas *condiciones tácitas* deben situarse entre las segundas y no con las primeras. Ennecker-Nipperdey (131) lo advierten: «*La condicio iuris no ha de confundirse con la condición declarada tácitamente, que se basa en voluntad tácitamente declarada de las partes o del testador*». Como dice Von Tur (132), «es posible que la condición

(130) Op. y vol. cits., § CLXX, pág. 168 y ss, y nota (aa).

(131) Op. y vol. últ. cits., § 181, II, 2, d., pág. 316.

(132) Op. y vol. cits., § 80, pág. 306 y ss. (272).

sin estar expresada resulte de las circunstancias como querida tácitamente, cuando es evidente que según la voluntad de la parte o de las partes el efecto jurídico debe depender de que se produzca un acontecimiento futuro». También advierte Betti (133) que la condición llamada tácita, en cuanto sobrentendida, erróneamente es confundida con la *condicíon iuris*.

Hacemos esta advertencia porque, como veremos, vamos a catalogar como condición voluntaria, expresa o tácita, y no como condición legal el evento del fallecimiento del donante en los supuestos de donación por causa de muerte.

Pues bien: el supuesto de hecho de la donación traditoria o real, supone una transmisión verificada con ánimo liberal. A este supuesto de hecho típico, característico de su *nomen iuris*, pueden insertársele elementos marginales, como la condición y el plazo. En tales casos la perfección de la donación queda supeditada a ese elemento marginal. Antes del cumplimiento del evento previsto o del vencimiento del término no hay donación sino únicamente una disposición condicional aceptada. Habrá donación real traditoria cuando la transmisión gratuita se haya consumado, al cumplirse la condición o llegar el término. Transmisión y donación se perfeccionan simultáneamente, de modo automático, una vez realizado el evento o llegado su día.

La donación traditoria cuya eficacia se condiciona a la no sobrevivencia del donante al donatario es una donación *mortis causa*. Toda donación *mortis causa* supone ese condicionamiento de la eficacia de la donación dispuesta: La expresión de la causa de muerte lleva implícito dicho condicionamiento, que de ese modo resulta tácitamente dispuesto por las partes (134).

No hay obstáculo en que la muerte del transferente, en general, o del donante, en concreto, pueda actuar como evento condicionante de dichas transferencia y donaciones. La Res. de 15 de mayo de 1917 en uno de sus considerandos, señala una serie de supuestos, que «sin comprender directamente la herencia futura, ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria..., se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales».

La circunstancia de que la muerte del causante sea elemento

(133) Op. cit., núm. 63, pág. 393.

(134) Claro que la muerte del donante es un elemento integrante del supuesto de hecho típico de la donación *mortis causa*, esencial para el perfeccionamiento de dicha donación. Igual sucede en toda donación condicionada y en cualquier otro negocio jurídico sometido a condición con relación a su correspondiente evento condicionante, que es intrínseco y esencial a su respectivo supuesto concreto. La marginalidad del evento debe juzgarse con referencia al supuesto de hecho de la correlativa figura pura. No es correcto hablar, pues, de donación *mortis causa* condicionada a la no sobrevivencia del donante, sino simplemente de donación condicionada a dicha no sobrevivencia, o sea simplemente de donación *mortis causa*, con cuya sola denominación ya se indica la típica condicionalidad de estas donaciones con relación a la figura genérica de las donaciones puras.

intrínseco de la vocación a su herencia, no excluye que ese mismo hecho pueda actuar como evento condicionante de cualquier otro negocio lícito y válido, concertado *inter vivos*, por el cual disponga o se obligue condicionalmente el propio sujeto cuya muerte se hace jugar como condición. Sin perjuicio de que, por razones teleológicas, esta condicionalidad repercuta en la relación de fondo creada. Como sucede en la donación *mortis causa*, cuyos efectos se regulan por las reglas de la sucesión testamentaria.

5. La retroactividad y la irretroactividad del cumplimiento de las condiciones

No hemos concluído aún, con lo expuesto, la explicación que pretendemos. Quedan dos extremos por esclarecer. La facultad del donante de revocar las donaciones por él dispuestas *mortis causa*, y la no retroactividad del cumplimiento de las mismas cuando se otorgaron en forma suspensiva.

Comenzaremos por esta segunda cuestión. Es la más fácil de explicar.

Enneccerus-Nipperdey (135), dicen que la diversidad de opiniones en torno a la retroactividad de la condición puede ser explicada por las distintas configuraciones del concepto de donación.

a) La tesis de la retroactividad (Dernburg), parte de la condición pura (que rara vez se presenta), es decir, de la que no contiene una determinación de tiempo.

b) La que niega el efecto retroactivo normal a la condición, piensa en realidad exclusivamente en la condición que contiene una determinación de tiempo (que es el supuesto normal).

c) En cambio, las fuentes romanas sólo excluyen el efecto retroactivo de la condición en tanto ésta contenga una determinación de tiempo suspensiva del efecto jurídico. No obstante, rigen reglas especiales para las disposiciones de última voluntad.

Frente a la tesis de la condición con determinación de tiempo, o híbrida de plazo (defendida también por Fitting, Scheurl, Hellwing, Schulin, Barbero (136), etc., no falta quien pretenda explicar de otro modo la posible ausencia de retroactividad.

Falzea (137), considera que la nota de la retroactividad es derogable por la voluntad en contrario de los sujetos del acto. A su juicio, cuando es señalado un determinado momento en el que deben tener principio los efectos del negocio condicional, deben distinguirse dos hipótesis:

a) Si este momento debe coincidir con el del cumplimiento de la condición, no debe ser considerado como hecho suspensivo, porque como tal funciona exclusivamente la condición, y es relevan-

(135) Op. vol. cits., § 181, III, 1, nota 11, pág. 317.

(136) Op. cit., pág. 84.

(137) Op. cit., núm. 12, pág. 171 y s.

te solamente como índice de la voluntad de los sujetos, dirigida a excluir el efecto retroactivo.

b) Si se señala un momento posterior al de la realización del evento, sólo después de verificado ese evento asume el término relieve jurídico como hecho suspensivo.

Sea cual fuere, la teoría más acertada—tesis de la condición con determinación de tiempo o tesis de la exclusión expresa o tácita del efecto retroactivo—, es lo cierto que, en cualquier caso, queda perfectamente explicada la no retroactividad de la perfección de la donación *mortis causa* de tipo suspensivo.

6. La situación de pendencia condicional y su normal irrevocabilidad

A) La revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, históricamente considerada, ha sido objeto de opuestas explicaciones.

Es opinión bastante corriente que el *ius poenitendi* fué aplicado a las donaciones *mortis causa*, por su analogía sustancial con las últimas voluntades (138). Bonfante (139), en cambio, ha demostrado la inexactitud de esa tesis.

Ese régimen de la donación *mortis causa*, era el régimen clásico de todas las relaciones pendientes, fueran sometidas a condición verdadera y propia o subordinadas a una *condicio iuris*. En todas estas hipótesis el Derecho romano clásico admitía el arrepentimiento de quien había consentido, mientras el acto no fuera perfecto.

Bonfante niega, por tanto, la tesis de Bruck que supuso que ese derecho de revocación *ad libitum* pudo derivar de una reacción del testamento sobre la *donatio mortis causa*. Tanto más, cuanto que el genuino testamento romano, el del *ius civile*, no conoció la verdadera libertad de revocación. Esta fué una invención del Derecho pretorio. La famosa máxima, deducida de las leyes 4 (Dig. XXXIV-IV) y 32 (Dig. XXIV-I), *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, no sólo resulta excesivo aplicarla a la *institutio heredis*, según el mismo tenor de estos textos, sino que incluso referida a legados y fideicomisos la frase parece interpolada (140). De modo que esa famosa máxima, expresión de la revocabilidad y símbolo del testamento, según opinión vulgar, fué aplicada en Derecho clásico (en los textos originales) a las donaciones *mortis causa* y no al *testamentum*. Sabemos por Gayo (II, 151), que el *ius civile* no admitió la revocación del testamento por cambio de voluntad del testador. Aunque éste hubiese declarado de modo público y solemne su presente voluntad contraria, roto el envoltorio y destruído las tablas, valía el testamen-

(138) Ver JÖRS-KUNKEL, op. cit., § 229, 2, pág. 509.

(139) *Scripti...*, vol. y loc. cits., pág. 428 y ss.

(140) BONZZONI (*Testamento romano primitivo e su revocabilità*, pág. 17 y ss., Nápoles, 1904) fué quien demostró la interpolación de la ley 4 (Dig. XXXIV-IV) de modo convincente. (Cita de BONFANTE, pág. 428, nota 2).

to y todas sus disposiciones que fueron escritas *licet eorum probatio difficultis sit.*

B) Hoy, el debido enfoque dogmático de la cuestión requiere un análisis previo de la *situación de pendencia* característica de todo negocio sometido a condición suspensiva. Más concretamente, a nuestro objeto, en relación a los negocios dispositivos que a los obligatorios. Es decir, en aquellos supuestos en que la perfección del acto puro produciría una transmisión, que queda pendiente por haberse agregado a su supuesto de hecho normal un evento condicionante.

Si todo hecho supone el tránsito de una situación inicial a otra situación final (141)—tránsito que en nuestro caso se concreta a variar el sujeto del derecho que se pretende donar—, debe preguntarse si se habrá operado algún cambio de titularidad en el período de pendencia que media entre la disposición condicional y la realización del evento condicionante (142).

Varias explicaciones han sido defendidas por los autores. Sencilla y elementalmente trataremos de exponer las principales. Son las siguientes :

a) Algun autor ha pretendido que el acto se perfecciona a la par que su núcleo central. Ya entonces nacen los derechos deri-

(141) Ver en CARNELUTTI (*Teoría General...*, § 14, pág. 15 y s.) la distinción entre hecho y situación, como manifestaciones estática y dinámica, respectivamente.

(142) Junto al problema de determinar la naturaleza de la situación de pendencia, puede colocarse el de la fijación del momento de perfección del acto sujeto a condición. He ahí las principales teorías expuestas en torno a esta otra cuestión.

a) *Tesis de la coincidencia de la perfección del acto con la del núcleo central; dependiendo del evento tan sólo la ejecución* (WENT).

b) *Tesis de la pendencia* (FITTING, DUSI, ALLARA, COVIELLO): la relación final nace inmediatamente, con la perfección del *acto*. El *evento* tiene una función meramente declarativa.

c) *Tesis de los efectos pasivos del derecho* (HERING, BLOMEYER): al nacer el negocio exclusivamente subentra el lado pasivo del derecho condicionado, determinado, únicamente, un estado de sujeción. En cambio, queda en suspeso su lado activo hasta el cumplimiento de la condición.

d) *Doctrina de la relación fundamental* (PUNDSCHARD). Antes de cumplirse la condición surge una relación jurídica primaria de carácter objetivo que, verificado el evento, hace surgir la relación jurídica secundaria, en la cual las posiciones subjetivas hallan su lugar según la regulación prefijada.

e) *Tesis de la formación sucesiva* (KOELEN, BEKKER, ZITELMANN, VON THUR, OERTMANN, FERRARA, BETT, MESSINEO): El derecho sometido a condición llega a tener existencia a través de un ciclo formativo, cuyo inicio tendría lugar al adquirir existencia el acto y cuya conclusión coincidiría con la realización del evento.

f) *Tesis de la perfección del negocio únicamente al cumplirse la condición* (KARLOWA, BEKKER, CALLMANN, LALOUTRE, PUGLIATI, RUBINO). Entiende igualmente relevantes todos los elementos del negocio. Este sólo se perfecciona cuando despliega sus efectos. Al suspenderse su eficacia, se suspende igualmente su existencia.

(Ver la exposición y bibliografía que nos brinda FALZA: op. cit., núm. 19, pág. 194 y s.)

vados del mismo, suspendiéndose solamente su ejecución que queda pendiente de la realización del evento (143).

Pero, como observa Falzea (144), la condición en cuanto viene a incorporarse al negocio, haciéndolo idóneo para desplegar su efecto, pertenece a la zona del supuesto de hecho; y, por tanto, se coloca necesariamente antes del nacimiento de la situación efectual.

Pertenece al devenir del acto, no al devenir del efecto.

Otros autores, que han aceptado como cosa normal que la condición afecta al nacimiento de los derechos, poderes o demás situaciones jurídicas subjetivas, creen posible que, en ocasiones, se limite a suspender su ejercicio (145). Hipótesis correspondiente a la pretendida figura de la condición ejecutiva. Donati (146), que distingue dos elementos en el poder jurídico: el poder de pertenencia, o poder nudo, y el poder de ejercitar la autoridad reconocida, en el límite de aquella esfera (facultad de ejercicio del poder), ha afirmado que el poder jurídico puede estar incondicionado respecto a su titularidad, pero condicionado, en cambio, respecto al ejercicio, por un evento, que funcionaría como condición del ejercicio.

Esta distinción es concebible respecto al término inicial, dada la certeza del ejercicio sólo retardado (147). Pero, en cambio, es inaceptable en la condición, ya que junto a un ejercicio incierto no tiene sentido una titularidad actual cierta (148).

(143) En este sentido: TITULESCO, REGIS GIRARD y, entre nosotros, AZURZA y ORCOZ (*Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario, Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 180—2.^o semestre 1946—, pág. 92 y ss.).

(144) Op. cit., núm. 22, págs. 232 y ss.

(145) Nosotros así lo habíamos aceptado en nuestro trabajo de referencia (pág. 683), siguiendo la opinión de LACAL (*Las expectativas de derecho y los derechos expectantes*, en *Rev. Cr. Dr. Inmob.*, 1931, pág. 827) de que la condición suspensiva puede determinar cuando se realiza el nacimiento del derecho o la obligación, en unos casos, y en otros, la efectividad o eficacia de los derechos u obligaciones preexistentes.

(146) *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio Giurídico*, LXXI (1903), núm. 4 ss., pág. 13 y ss. (cita de FALZEA).

(147) No obstante, también es muy debatida la naturaleza de los derechos aplazados. Se ha hablado de: a) Derecho nacido, pero con su ejercicio diferido (SAVIGNY, PUCHTA, FERRARA), b) Derecho futuro (UNGER, WINSCHEID, BEKKER), c) Derecho actual con ejercicio diferido, en los créditos, y derecho futuro, en el dominio aplazado (ENNECCERUS, DERNBURG, SCIALOJA). d) Coexistencia actual interna de los titulares sucesivos que ya lo son *pro rata temporis* (F. DE CASTRO). Ver la exposición de este ilustre maestro en la 2.^a ed. de su *Derecho Civil de España*—Madrid, 1939—, pág. 609 y ss.

(148) FALZEA (loc. ult. cit., pág. 235). Nota este autor que en el supuesto llamado de pretensión condicionada en su ejercicio no debe hablarse de condición suspensiva, sino, en todo caso, de condición resolutoria combinada con un término inicial. La realización del evento actúa de término inicial con relación a la simple ejecución del derecho ya nacido. La deficiencia de dicho evento, en cambio, hace jugar la condición resolutoria del mismo derecho.

Cuando se dice—prosigue FALZEA (núm. 24, pág. 252)—que el negocio se halla subordinado a condicionalidad en cuanto un grupo de efectos, de modo que, mientras éstos estén suspendidos los otros se producen inmediata y defi-

b) Otros autores han partido de la conocida observación de Ihering sobre el lado pasivo de los derechos. Aspecto que produce un efecto de sujeción, que vincula a las partes y al objeto a la suerte del negocio condicional. En cambio, el lado activo del derecho queda en suspenso hasta el cumplimiento de la condición.

Pero esta teoría presenta una dificultad lógica: ¿Cómo puede escindirse un derecho, atribuyéndose su lado pasivo a una persona mientras el lado activo queda en manos del transferente?

Por otra parte, la vinculación es una consecuencia que puede derivar de la eficacia del acuerdo negocial—que normalmente produce ese efecto definitivo, aún en el período de pendencia—. Mas es totalmente independiente de la titularidad del derecho condicionado. Este, si como todo derecho subjetivo supone una posibilidad de libre actuación de su contenido, no puede haber entrado durante el período de pendencia en la esfera del sujeto expectante.

c) No ha faltado, tampoco, quien haya visto en la situación de pendencia una especial titularidad del derecho condicionado. Titularidad constituida, como anverso y reverso, por el derecho del transferente, sometido a condición resolutoria, y del adquirente, sometido a condición suspensiva. En este sentido se habla usualmente de propiedad bajo condición suspensiva, o de que se tiene un determinado derecho sometido a condición suspensiva. Así Morell (149), refiriéndose a la situación de reserva viudal, explica: «El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria; el derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva... Hay que distinguir entre la adquisición condicional y la definitiva...»; y añade: «sabemos que ese derecho se halla sujeto a una condición suspensiva».

Pero se ha observado que el derecho condicionado no existe aún *pendente condicione*. Es inexacto decir que se existe bajo condición: lo sometido a condición suspensiva es algo que existirá quizás, pero que por el momento no existe (150).

d) De modo semejante se ha dicho que la disposición condicional supone la enajenación de una parte futura de la propiedad o derecho objeto de la transmisión (151). O que el vendedor bajo condición suspensiva conserva la propiedad temporal, hasta la realización de la condición, y la posibilidad de que retorne a ser indefinida si la condición falla (152).

nitivamente, lo que ocurre es que el negocio es perfecto en determinado aspecto e imperfecto en el otro.

(149) *Comentarios a la legislación hipotecaria* (2.ª ed., Madrid, 1930), T. IV, pág. 390 y ss.

(150) EYGOUT (*De l'effet retroactif de la condition accomplie*), citado por REGIS GIRARD y por AZURZA.

(151) BRECH (*Ihering Jahrbuch*, LXI, año 1912, págs. 61 y 263 y ss.), citado por VON THUR (op. y vol. cits., § 81, núm. 292, nota 6, pág. 329).

(152) DEMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1906, pág. 232 y ss.

Pero, si causa esfuerzo admitir la actualidad de una titularidad cierta para el futuro, llega a ser totalmente inconcebible una titularidad actual, proyectada al futuro, cuya realidad se halla pendiente de que ocurra un acontecimiento de incierta realización.

e) Huyendo de esas dificultades, la mayor parte de la doctrina alemana ha distinguido del derecho definitivo, que debe adquirirse al perfeccionarse la condición, el derecho correspondiente a su presunto adquirente durante el período de pendencia. No se trata, pues, del mismo derecho en situaciones distintas (condicional y pura), sino de dos derechos diferentes, el primero de los cuales tiende hacia la adquisición del segundo.

ENNECKERUS (153), lo perfila como un derecho a adquirir *ipso iure* (*es decir, sin acto especial de adquisición*) al cumplirse la condición. Von Thur (154), entiende que la enajenación condicional puede equipararse a un gravamen del derecho del transferente, por transferencia constitutiva (155).

Este derecho preliminar de adquisición tendrá naturaleza absoluta, o relativa, según la correspondiente al derecho definitivo al que tiende. Así dará lugar a una *sujeción* o a una *previa obligación*, y sólo en el primer caso su titular tendrá acción contra tercero (156).

La construcción como derecho potestativo de la posición jurídica del adquirente en el negocio condicional, antes que por otro jurista fué criticada por SECKEL (157). Este autor, alegó que le faltaba una característica típica de la categoría de derechos potestativos: que la modificación jurídica a la que tendían fuese producida precisamente por un acto de su titular.

Para la crítica de la concepción del derecho preliminar, parte RUBINO (158) del concepto de derecho subjetivo. La plantea con estas interrogaciones: ¿Basta, para la existencia de un derecho subjetivo, que se deje a la libre iniciativa del titular el poder de obtener la actuación coactiva del derecho en caso de violación de éste? O, por el contrario, ¿es necesario que, antes de entrar en la fase de violación, sea atribuído al titular la posibilidad de actuar libremente en determinada dirección, es decir, la facultad de desarrollar la actividad necesaria a fin de que el derecho pueda ejercitarse? Concretamente, el concepto de derecho subjetivo, ¿re-

(153) Op. y vol. cits., § 184, II, 4, pág. 336 y ss.

(154) Op. y vol. cits., § 81, 2 (296), nota 32, pág. 333 y (299), pág. 337.

(155) En nuestra patria la tesis de ENNECKERUS, además de BLAS PÉREZ Y ALGUER (op. y vols. cits., pág. 338), también la ha aceptado ROCA SASTRE, que la aplica a la situación de reserva (*Estudios de Derecho Privado*, II—Madrid, 1948—, cap. IX, págs. 305 y 315 y ss.): «Los reservatarios—dice—son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva..., el reservista tiene una propiedad revocable, por estar sujeta a condición resolutoria.»

(156) Ver BLAS PÉREZ y J. ALGUER (op. y vol. cits., pág. 339, *in fine*).

(157) *Festgabe f. Koch*, pág. 219, cita de RUBINO.

(158) Op. cit., pág. 312 y ss.

quiere la posibilidad de su ejercicio? Objeto del derecho subjetivo—contesta Rubino—es la protección de un interés, *finalidad* que sólo se consigue con el ejercicio del derecho. Por tanto, el derecho subjetivo nace para ser ejercitado y con él debe nacer la posibilidad del ejercicio.

Sobre esta base, concluye que si al concepto de derecho subjetivo es esencial la posibilidad de libre actuación de su titular para la realización no coactiva de su contenido, resultará que la posición eventual del adquirente bajo condición no puede ser considerada como tal derecho.

f) Federico de Castro (159), engloba la situación condicional entre las que titula situaciones jurídicas de pendencia. En éstas distingue: los derechos subjetivos que forman el objeto de la situación, las titularidades provisionales y los derechos eventuales. Notemos que esta distinción se apoya en la disección que este ilustre maestro hace entre el derecho subjetivo y su titularidad.

Los derechos subjetivos—a su juicio—permanecen intactos en su estructura, pero vinculados y pendientes de la determinación del sujeto definitivo. La titularidad actual se halla transitoriamente indeterminada, hasta que la condición se cumple. A los posibles sujetos definitivos les corresponden, durante la situación de pendencia, sendas titularidades provisionales preventivas. Pero, a la vez, para que no queden indefensos durante este período los intereses del sujeto definitivo, se crea una titularidad provisional interina, que puede corresponder a uno de los titulares preventivos o a tercera persona.

De este modo no existirá ningún titular actual pleno; aunque puedan aparecerlo la acumulación en una misma persona de una titularidad preventiva con la titularidad interina. El objeto de la titularidad preventiva lo forma el llamado derecho *condicionado o eventual*. Su naturaleza no es la de un derecho independiente, sino la de un derecho subordinado, con el carácter interino que determina la relación jurídica de lo que depende.

Como hemos visto, esta tesis se asienta sobre la base de ser posible la existencia de un derecho subjetivo cuyo sujeto definitivo está transitoriamente indeterminado. Derecho vinculado a un sujeto determinable en el futuro, pero carente de titular actual. Puesto que a la titularidad preventiva sólo corresponde un derecho subordinado de carácter interino y la titularidad provisional no supone la titularidad de un derecho propio, sino la potestad de administrar y defender un derecho ajeno (o que, por lo menos, actualmente no es propio), aunque algún día pueda llegar a corresponderle como plena titularidad.

Cabe objetar si es posible la existencia de un derecho subjetivo sin sujeto actual. Un derecho subjetivo sin titular, ¿puede ser algo más que un cuerpo sin alma?

(159) Op. cit., pág. 611 y ss.

Ha dicho De Buen (160), que: «por propia definición (*más exactamente por denominación*), el derecho subjetivo presupone un sujeto; si no lo tuviera carecería de la cualidad de *subjetivo*». Por eso, propone ese otro planteamiento: «¿cabe mantener la unidad de un conjunto de relaciones jurídicas aunque carezcan de sujeto?». Es decir, apunta, que se mantiene la estructura de la relación jurídica, pero mientras falta el titular no puede hablarse de derecho subjetivo.

Al margen de esta cuestión general, y concretándonos a nuestro caso, surge otra duda: ¿Puede aplicarse esa doctrina al supuesto condicional?

El adquirente bajo condición, como hemos visto con anterioridad, no es un titular actual del derecho condicionado. Pero, en cambio, el transferente sigue siéndolo. No puede decirse que desempeñe una titularidad preventiva en el sentido gestorio antes expuesto. Actúa en nombre propio, en interés propio, para sí. Aunque esté limitada su titularidad, sea por el derecho expectante del adquirente (si como derecho se califica), o por los derechos o potestades de sujeción que protejen su expectativa.

La situación de pendencia subjetiva se da netamente en los supuestos de disposiciones directas a favor de *nascituris*, o a favor de sujetos alternativamente indeterminados (mientras no se realice la determinación), o en la institución condicional de heredero (arts. 801 y ss. C. c.). En cambio, no parece tan clara, en el caso normal de disposición suspensivamente condicionada. El transferente, aunque se halle sujeto al posible cumplimiento del evento no por ello deja de seguir obrando como verdadero titular, en nombre propio, aunque estén limitados condicionalmente los efectos definitivos de sus actos de disposición.

g) Entre la más moderna doctrina es común otra distinción. Entre la expectativa condicional, en sí misma, considerada, y los efectos cautelares o preliminares que la acompañan (161).

Para Rubino (162) la expectativa, de una parte, designa siempre un *quid* de mero hecho: simple esperanza de futura adquisición de un derecho. Mas, de otra, obtiene entidad jurídica en cuanto es protegida por el complejo de los efectos preliminares,

(160) *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, en *Libro-Homenaje al Profesor don Felipe de Diego* (Madrid, 1940), pág. 193.

(161) Ver RUBINO (op. cit., pág. 308 y ss.), BARBERO (op. cit., pág. 44 y s.), FALZEA (op. cit. núm. 19, pág. 212), BETTI (op. cit., pág. 402 y s.). Así como ZITELMANN y WÜRDINGER (citados por aquéllos).

Nótese, no obstante, que no existe coincidencia plena entre estos autores. Así: para FALZEA la vinculación de sujeto y objeto a la suerte del negocio corresponde a la relación de *expectativa* y no a sus efectos cautelares. Por ello, a su juicio, existe irrevocabilidad en el período de pendencia, siempre y cuando la situación definitiva deba ir acompañada de esa irrevocabilidad. En cambio, para RUBINO y BETTI la vinculación es consecuencia, en su caso, de esos efectos cautelares o preliminares.

(162) Op. cit., pág. 315 y s.

que defienden la futura adquisición del derecho. Por eso, jurídicamente, la expectativa es una entidad jurídica subordinada al conjunto de estos efectos preliminares singulares, que se producen a favor de un sujeto. Supone, por tanto, un interés jurídicamente protegido, pero no un derecho subjetivo. Pues, a juicio de Rubino, la noción del derecho subjetivo requiere la posibilidad de una libre actividad del titular (o de alguien en su lugar) para la realización no coactiva del derecho en la fase que precede a su violación.

Igualmente, Betti (163) afirma: «El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual, sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta simple constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado.» «De otro lado—añade—, ya en pendencia la condición, existe el germen de vida de una relación jurídica futura, de la cual surgirá, sin más, con sólo producirse la condición, ya que entonces se hallará completo el supuesto de hecho que la engendra. El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por algunos efectos *provisionales* y *preliminares*, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en el caso de cumplimiento de la condición; efectos que despliegan una función de garantía y tutela de la expectativa, con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la situación actual.»

Los autores que explican la situación de pendencia, como constituyente de algo más que una simple expectativa, es decir, de un verdadero derecho, patrimonialmente apreciable, por estar legalmente protegido (aunque distinto del otro definitivo a que tiende), señalan (164), las siguientes manifestaciones de esta protección:

1.^a En el vínculo que liga a las partes, entre sí; y en la facultad conferida, por lo menos a una de ellas, de adoptar las medidas conservativas para asegurarse la adquisición del derecho pendiente.

2.^a En el poder del titular de disponer de su propio derecho transfiriéndolo a otros, o constituyendo derechos nuevos, si bien el acto dispositivo queda sujeto a las mismas condiciones que afectan al primer negocio.

3.^a En la transmisibilidad del derecho condicional a los herederos del titular.

Pero estos efectos, ¿son esenciales a toda situación de pendencia condicional? Y, aún siendo así, ¿sólo son explicables si se entiende que el titular en pendencia es actualmente sujeto de

(163) Loc. últ. cit.

(164) V. gr., ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, traducido de la 4.^a ed. italiana por SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJERO (Madrid, 1929), T. I, § 30, pág. 295.

un verdadero derecho que protege el tránsito de su expectativa a derecho definitivo?

a) En primer lugar, es sabido que en nuestra legislación, como en Derecho romano y en la mayoría de los Códigos modernos, no se entienden transmisibles a los herederos las atribuciones dispuestas en acto de última voluntad bajo condición suspensiva. Eso ya nos demuestra, por sí, que la transmisibilidad a los herederos no es característica esencial de la situación condicional, o en pendencia.

b) Por otra parte, para explicar la posibilidad de que la expectativa condicionada pueda ser objeto de actos de disposición, *inter vivos o moris causa*, traslativa o constitutiva, no es necesario configurarla como un derecho preliminar tendente al definitivo. Según Betti (165), pueden ser objeto de actos de disposición no sólo los derechos actuales, sino los futuros. Si entre el transferente y el derecho futuro existe una relación de vinculación, condicionada o no, la sustitución de aquél por el adquirente, en su propia situación jurídica, dará lugar, en su día, a que el derecho condicionado se perfeccione automáticamente a favor del adquirente.

Es decir, que la posibilidad de transmisión previa de un derecho futuro dependerá, en primer término, de la existencia de esa vinculación preliminar, y, en segundo lugar, de la ausencia de prohibición legal de disponer anticipadamente, motivada por una razón teleológica (166). Con ello llegamos a la conclusión que esa facultad anticipada de transmitir, antes de cumplirse la condición suspensiva, sólo podría considerarse como dato característico de la situación de pendencia condicional en el caso de que ésta engendrase siempre esa vinculación previa—lo que vamos a examinar a continuación—y de que fuese incompatible a su naturaleza la posibilidad de que las partes o la ley impidan ese juego transmisible previo.

c) La vinculación de sujetos y objeto a la suerte del negocio, es decir, la abscripción de unos y otro hacia la relación final, o, en otras palabras, la irrevocabilidad de la situación de pendencia, ha sido considerada como característica esencial suya.

(165) Op. cit., pág. 402 y ss. En nota, cita la opinión, en aquel sentido, de BRECHT y BLOMEYER.

(166) Por esa segunda razón es intransferible la legítima futura, pese a que en cierta medida puede decirse que existe verdadera vinculación. Por falta de toda vinculación, el comprador de cosa de un tercero no adquiere automáticamente su propiedad al adquirirla posteriormente el vendedor, sino que es necesario que éste, mediante la tradición, complete el título previo. En cambio, no es ello necesario cuando el vendedor tenía los bienes vendidos pendientes de fideicomiso, con tal de que la venta previa hubiese reunido las formalidades correspondientes a la tradición instrumental. Esto supondrá la transmisión al comprador de la situación jurídica expectante de una adquisición automática de que gozaba el vendedor.

Von Thur (167), en este sentido, dice que las partes quedan vinculadas por sus declaraciones condicionales. No obstante, tiene un concepto amplio de esa vinculación, o, mejor dicho, una visión limitada de su contenido necesario. Así lo prueba al asegurar que semejante vinculación, en cierta medida, se presenta aún en la pretendida condición *si voluerat* (por él aceptada). Es decir, admite que esa vinculación puede mantenerse exclusivamente en aquel ámbito que las partes le dejaron, por reducido que sea.

Falzea (168) observa que: «En los negocios bilaterales asume decisivo relieve la irrevocabilidad, considerada por algunos demasiado genéricamente como efecto preliminar típico del acto convencional.» «Pero debe objetarse—responde él mismo—que la irrevocabilidad forma parte de la situación final, aunque se origine en el período de pendencia, así sólo puede admitirse en ésta cuando la propia situación final sea irrevocable. La irrevocabilidad, por tanto, no puede, en primer lugar, valer como fundamento del *genus* condición, abarcando la *condicio facti* y la *condicio iuris*; ni puede, por otra parte, asumirse como regla para los negocios sometidos a condición legal, pues debe objetarse que ésta no solamente puede no valer para los negocios unilaterales, sino ni siquiera de modo absoluto para los negocios bilaterales.»

Con mayor atención, es estudiada esta cuestión por Rubino. Preocupa a este autor la naturaleza jurídica de la irrevocabilidad (169). De ahí el primer dilema: *a)* ¿Constituye la irrevocabilidad un efecto jurídico con propia individualidad? *b)* O, por el contrario, ¿se construye en forma meramente negativa, en función del poder de revocar, como simple *carenza* de dicho poder? Esta segunda tesis no es aceptable; si la irrevocabilidad no fuese sino la ausencia de poder de revocación, no sería precisamente un efecto de contenido negativo, sino un no efecto, la falta de un efecto jurídico concreto. Se daría el absurdo lógico de que existiría junto a la nada antes del ser. Construida en forma positiva (170) supone una *sujeción* de una o ambas partes para *proteger* un *interés* de la otra o de ambas (171). Protección distinta a la del derecho subjetivo, pues no requiere actuación volitiva del sujeto protegido; y más fuerte que ella, pues no puede ser violada. Cualquier

(167) Op. y vol. cits., § 81, pág. 328.

(168) Op. cit., núm. 19, nota 216, pág. 213 y ss.

(169) Op. cit., pág. 256 y ss.

(170) RUBINO (pág. 268 y s.) distingue dos hipótesis de estado de sujeción: *a)* La que consiste en la imposibilidad de impedir la creación, modificación o extinción de una relación.

b) La que produce la imposibilidad de producir en la propia esfera jurídica una determinada modificación por medio de un negocio jurídico.

(171) Aclara RUBINO (pág. 274 y s.) que el estado de sujeción puede ser impuesto: *a)* A un sujeto sin referencia a otro sujeto específicamente determinado (supone la subordinación de un interés privado al interés público). *b)* A un sujeto e interés de otro sujeto específicamente determinado; lo que supone la composición de un conflicto intersubjetivo de intereses, impuesta con la sujeción de uno al otro.

eventual negocio de disposición contrario a la sujeción sería nulo. Por lo tanto, no es posible la violación del interés protegido por una sujeción jurídica (172).

Anota (173) que la irrevocabilidad puede presentarse en un negocio sea en la fase de eficacia definitiva, o bien, ya en el período de sus efectos preliminares. En la fase de los efectos definitivos, la irrevocabilidad se refiere a una situación jurídica ya existente. En cambio, en la fase de los efectos preliminares, la irrevocabilidad se refiere a una situación jurídica que aun debe realizarse, y consiste en la imposibilidad de impedir preventivamente la futura consumación de dicha modificación jurídica.

Como en la fase de efectos definitivos, en la de pendencia —explica el mismo autor (174)— la irrevocabilidad sólo es normal, pero no esencial. Las excepciones las divide en dos grupos, que considera comunes tanto a la pendencia de una condición voluntaria como a la ausencia temporal de un elemento típico del supuesto de hecho:

a) En primer lugar, cuando la revocación sea admitida por la ley para la relación definitiva correspondiente al supuesto de hecho completo, con mayor razón debe aceptarse para cuando después de formada la voluntad contractual falta algún evento para la plena perfección del supuesto de hecho completo. V. gr., así sucederá en los negocios basados en la confianza, contraídos *intuitus personae*, como el mandato, el arrendamiento de obra, etc.

b) En otras ocasiones, la revocabilidad de la situación de pendencia no depende de la revocabilidad del supuesto de hecho completo. Pese a la irrevocabilidad de éste, se admite la revocación del supuesto de hecho mientras pende la realización del evento (175). Se trata de supuestos excepcionales. En ellos esa revocabilidad deriva directamente de la ley o por iniciativa de las partes.

(172) Explica el propio RUBINO (pág. 275, *in fine* y ss.): «La sujeción en sentido técnico, que hemos intentado delinear, es el medio jurídico idóneo para tutelar un interés en forma más intensa que el derecho subjetivo. Precisamente, por eso, al titular del interés no se le atribuye poder alguno, que por lo demás resultaría superfluo. El titular de un derecho subjetivo tiene normalmente—en la fase que precede a su violación—poder para desarrollar una determinada actividad, precisamente porque ésta es necesaria para la satisfacción de su interés en forma no coactiva. El titular de un derecho real de goce puede actuar en la cosa; el sujeto de otro derecho absoluto puede desarrollar aquella actividad que el Derecho le concede; el acreedor de un derecho de crédito puede reclamar al deudor su cumplimiento antes de acudir a la autoridad judicial. En cambio, el titular de un interés protegido—por ejemplo, el sujeto a cuyo favor se impone a otro sujeto la indisponibilidad de un derecho—no tiene necesidad de desarrollar actividad alguna, porque su interés ya resulta satisfecho mediante la *sujeción* que pesa sobre el otro sujeto, es decir, en una forma negativa.»

(173) Págs. 242 y s. y 278.

(174) Pág. 251 y ss.

(175) Normalmente, la irrevocabilidad es bilateral o unilateral en la fase de efectos preliminares, según sea bilateral o unilateral en la fase de efectos definitivos. Así como la irrevocabilidad es generalmente bilateral en la fase

Junto a la normal sujeción, que produce la irrevocabilidad de la situación preliminar pendiente de la realización del evento, existe también normalmente, en esta fase, otra relación que consiste en el deber de no impedir la realización del evento condicionante, y, a la vez, de no producir la desaparición de aquellos elementos, presentes en el momento de perfeccionarse la voluntad contractual, que deben permanecer hasta la perfección completa del supuesto de hecho. Este deber no se confunde con la irrevocabilidad preliminar. Aunque junto a la irrevocabilidad existe siempre ese deber, que cubre aquello que la sujeción no puede impedir (v. gr., la destrucción material de la cosa objeto del negocio condicional), en otros casos, en cambio, puede darse ese deber de abstención faltando la sujeción vinculante e inviolable (así, en un negocio revocable puede insertarse una obligación de no revocar) (176).

En resumen, tanto la sujeción, que produce la irrevocabilidad, como ese deber de corrección, acompañan normalmente a la situación de pendencia, pero no se confunden con ella. La protegen y defienden, en su caso, pero son externos a la misma. Constituyen los efectos preliminares constituyentes de una situación jurídica protegida. Se protege un interés con una sujeción, con unos deberes; pero ese complejo preliminar no debe confundirse con el derecho futuro que pende de la condición.

Siendo así, estos elementos extrínsecos (constituyan o no derechos de carácter preliminar) no son esenciales al concepto de condición suspensiva. Como hemos visto, excepcionalmente pueden no acompañarla.

7. Aplicación de la doctrina expuesta a las donaciones «mortis causa».

Hemos visto que por la ley o por previsión de las partes (177) se puede excluir la irrevocabilidad en la situación de pendencia,

de efectos definitivos, así también lo es en la fase de efectos preliminares. Pero, debe advertirse que si bien es normal la correspondencia entre la irrevocabilidad en la fase de efectos preliminares y la irrevocabilidad en la fase de efectos definitivos, en cambio, en casos excepcionales la irrevocabilidad puede ser bilateral en la fase de efectos definitivos y unilateral en la de pendencia (Cfr. RUBINO, op. cit., pág. 253).

(176) Ver RUBINO, op. cit., pág. 287.

(177) No debe confundirse la condición suspensiva causal, pero afectada por la facultad de revocar por parte del disponente durante el período de pendencia, con la denominada condición *«si voleris», «si volo», «si volueris»* o *«si voluero»*. Esta discutida figura defendida por gran parte de la doctrina extranjera (V. gr.: ENNECCERUS, op. vol. cits, § 181, IV, 3, pág. 319 y s. y nota 18; VON THUR, op. cits., pág. 312, nota 49), y entre nosotros, especialmente, por ALGUER (*Para la crítica del concepto del precontrato*, en Rev. Dr. Priv., tomo XXIII, enero 1936, pág. 14) y por este mismo autor con BLAS PÉREZ (Notas al citado Tratado..., de ENNECCERUS, vol. cit., pág. 325), ha sido certamente criticada por FEDERICO DE CASTRO (*La promesa de contrato*, en ANUARIO citado, pág. 1154 y ss.), que nos la muestra como algo distinto de la condición

aun cuando ésta tienda a perfeccionar una relación definitiva de carácter irrevocable.

La donación *mortis causa*, mientras no se haya perfeccionado, por cumplimiento del evento de no sobrevivir el donante al donatario, supone una donación condicional en estado de pendencia, como antes dejamos comprobado. Pero este estado de pendencia se caracteriza, precisamente, porque a la correspondiente expectativa—esencial a toda situación jurídica condicionada—no le acompañan, como normalmente sucede en otras hipótesis, la extínseca protección del interés pendiente. Falta la irrevocabilidad. No sólo porque las partes la han excluido, expresa o tácitamente, sino también, en nuestro régimen vigente, porque la ley la prohíbe.

En Derecho romano, parece que la revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, antes de su perfección—es decir, antes de morir el donante (178)—era característica natural, pero no esencial, de las mismas (179). Por lo tanto, dependía de la voluntad tácita de las partes. Intención que se presumía dada la causa de la donación

Esta afecta a la causa. La «condicio si volueris», al consentimiento: supone el ejercicio de un derecho de configuración jurídica.

La facultad de revocación, *ius poenitendi*, no pretende ser una causa de revocación. Ni una pretendida condición «si volet» de juego resolutorio. Es, simplemente, una consecuencia de la exclusión, unilateral o bilateral, de la sujeción productora de la irrevocabilidad.

No falta la voluntad como en el negocio sometido a la pretendida condición de querer. Las voluntades existen, aunque el acuerdo no resulte vinculante para una o para ambas partes. No hace falta una nueva declaración para que nazca el derecho. Basta que no se produzca una contradeclaración. Si no se revoca aquélla, si no se ejerce el *ius poenitendi*, la eficacia del negocio llegado el día se consuma.

(178) Como dijo ULPIANO (lib. LXXVII ad Edictum): «Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur» (Dig. XXXIX-VI, 32).

(179) Ver lo que expusimos en nuestro trabajo de referencia (loc. cit., páginas 640 y ss. y 660) recordando la renovada controversia acerca del carácter esencial o meramente natural del *ius poenitendi* en la *mortis causa donationis*.

En nuestro Derecho histórico, COVARRUBIAS (*Opera Omnia*, ed. cit., vol. I, «De testam.», Tertia rubricae; «De mortis causa donationes», núms. 34 y 35, pág. 30, y «Secunda rubricae pars», «De testam. revocatione», núm. 33 y 34, págs. 5 y 6), y el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cits., Disp. CCLXXXVII, núm. 15 y s., pág. 555 y ss.), con criterio semejante al seguido siglos después por SAVIGNY, señalan varios supuestos de renuncia del *ius poenitendi*, diferenciándolo del pacto «ut nullo caso revocaretur». Sobre esta base examinan cuatro casos:

1.^º Donación por causa de muerte, revocable por arrepentimiento del donante, pero que debía mantenerse firme en caso de convalecencia de la enfermedad o evasión del peligro que la motivó e, incluso, por premoriencia del donatario. (En realidad, esta última estipulación supone una sustitución vulgar dispuesta a favor de los herederos del donatario).

2.^º Donación *mortis causa*, ineficaz por premoriencia del donatario, pero no revocable por arrepentimiento del donante, ni por librarse de la enfermedad o peligro.

3.^º Donación *mortis causa*, ineficaz en caso de sobrevivir el donante al pe-

y la condición a que se supeditaba. Paulo (Lib. VI, *ad Legem Iuliam et Papiam*), en un fragmento recogido en el Digesto (XXXIX-VI, 35, § 2.º), señala que, mientras quien dona absolutamente prefiere que tenga la cosa otro más bien que no él, «at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam deditse mavult». «Y por esto—concluye Paulo—es por lo que vulgarmente se dice: que él prefiere tener más bien que aquel a quien dona, y que después tenga éste más bien que su heredero.»

Hoy día, en cambio, por imperio del artículo 620 C. c., debe entenderse que esa revocabilidad de las donaciones *mortis causa* en pendencia, es esencial a las mismas—salvo en los supuestos excepcionales en que se apoyan en los artículos 177, 827 y 1.331 del Código civil—y deriva, por razones teleológicas (180), del mandato legal (181).

ligro o enfermedad previsto, pero no revocable por premociencia del donatario ni por arrepentimiento del donante.

4.º Donación hecha en consideración a la muerte con el pacto de *qui nullo caso revocaretur*. En este supuesto, COVARRUBIAS (loc. últ. cit., núms. 33 y 34) y ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 22, pág. 253) distinguen, según se haya insertado esa promesa en la parte dispositiva o en la ejecutiva del instrumento. En este caso, contra la opinión del DR. LUIS DE MOLINA (op. citada, IV-II, núm. 47 y s., pág. 585), entendieron no puesta esa promesa de no revocar. En el otro caso, estimaron que la donación se transformaba en *inter vivos*. El otro, LUIS DE MOLINA, el jesuítico (loc. últ. cit.), acepta esta opinión, pero con una salvedad. En el caso de contenerse la promesa de no revocar en la parte ejecutiva, cree que cuando resulte responder a la voluntad del donante, y no meramente a estilo o uso notarial, debe entenderse como si se hubiese expresado en la parte dispositiva. Así debía presumirse, según COVARRUBIAS y el mismo MOLINA, si la promesa colocada a la parte ejecutiva fué confirmada por juramento. Si tal donación irrevocable no fué acompañada de la entrega de los bienes, igualmente la reputaban *inter vivos*, pero aplazada hasta la muerte del causante en cuanto su ejecución y entrega material de posesión. Es decir, *inter vivos* con entrega *post mortem*, que suponía la inmediata transmisión del nudo dominio de la cosa o de la nuda titularidad del derecho.

(180) A juicio nuestro, la revocabilidad de toda donación condicionada suspensivamente a la muerte del donante obedece solamente a razones teleológicas (antes que nosotros, ya lo habían afirmado BLAS PÉREZ y J. ALGUER, loc. últ. cit., pág. 116).

Nuestro querido amigo y compañero MANUEL DE LA CÁMARA (*Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código Civil*, en *Rev. Dr. Prr.*, T. XXXV febrero 1951—, pág. 95, nota 30) no reparó en que es ésa la base de la tesis que defendimos (loc. cit., pág. 690). Por otra parte, el criterio distintivo entre las donaciones *mortis causa* y las catalogadas por la doctrina francesa como donaciones *inter vivos condicionadas a la premociencia del donante*, lo funda en una opinión sobre la esencia del concepto de condición que a nuestro modo de ver es inexacta.

Para nuestro compañero, la donación *mortis causa* es similar a un legado dispuesto *inter vivos* como donación, de modo que el donatario no adquiere la cosa legada, ni siquiera provisionalmente, hasta la muerte del donante. En cambio, en la otra especie de donación, el donante, «queriendo disponer vinculativamente de la cosa donada, subordina, sin embargo, la eficacia del acto a la condición suspensiva de la supervivencia del donatario».

Hoy volvemos a insistir en nuestro criterio, entendiendo haber demostrado

Resumiendo: La donación *mortis causa* es una donación condicionada a la circunstancia de que el donante no sobreviva al donatario. Antes de morir el donante no hay donación; ésta sólo se perfecciona al cumplirse el evento. En su situación de pendencia —y, salvo casos excepcionales— la donación *mortis causa* no está

que la vinculación no es esencial a la situación de pendencia condicional. Pueden excluirse las partes e incluso puede ser prohibida por la ley.

La donación *mortis causa* es una verdadera donación condicionada a la no sobrevivencia del donante. Si no vincula al donante es, simplemente, porque la ley no le concede en ningún caso la sujeción que es normal en la mayoría de las situaciones de pendencia condicional. No se la concede, porque al Derecho le interesan los resultados y no las abstracciones mentales de las partes, y quiere que toda donación cuyos efectos deben producirse a la muerte del donante (recordemos que la condición suspensiva suspende la eficacia del negocio, no meramente su ejecución) se rija por las reglas de fondo de las disposiciones de última voluntad, y, por lo tanto, que sean revocables. En consecuencia, las partes, aunque quieran, no pueden vincularse con tales convenciones, salvo en los casos excepcionales en que la ley lo autorice.

CÁMARA prosigue: «Supuesta una *mortis causa donatio irrevocabile* (por renuncia, si se admite, del *ius poenitendi*), no por ello cabría identificarla con una donación *inter vivos* suspensivamente condicionada por la premoriencia del donante. La enajenación (al menos a título oneroso) de la cosa donada dejaría sin efecto la donación, pese a la renuncia de la facultad de revocar que lógicamente habría de referirse, tan sólo, a la posibilidad de retirar la liberalidad *mortis causa* acordada y sujeta siempre, de suyo, al evento de la existencia de lo donado en el patrimonio del donante el día de su muerte, no siendo aplicable esta doctrina a una donación *inter vivos* condicionada *post mortem*.

Tampoco estamos de acuerdo con esta apreciación. Si la enajenación de la cosa, objeto de la donación *mortis causa*, deja a ésta sin efecto, se debe a que es considerada como una forma tácita de revocación de la donación *mortis causa*. (Ver COVARRUBIAS, loc. últ. cit., núm. 19, pág. 29; ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., núm. 19, pág. 251 y ss., y el jesuita LUIS DE MOLINA, Disp. últimamente cit., núm. 11, pág. 552).

La renuncia a la facultad de revocar supone la vinculación del donante durante la fase de pendencia. Durante ese periodo no puede disponer del objeto de la donación, sino con la limitación que supone dicha vinculación al resultado del evento (salvo—es claro—el juego registral a favor de terceros adquirentes de buena fe, si la donación *mortis causa* irrevocable no fué inscrita). Esta irrevocabilidad y sujeción debe entenderse producida, en este sentido absoluto, en las donaciones *mortis causa* que encajen en los supuestos de los artículos 177, 828 y 1.331 del Código civil.

Así resulta del concepto de irrevocabilidad que antes hemos expuesto. No es un concepto negativo—falta de revocabilidad—, sino positivo. La irrevocabilidad es una consecuencia de la sujeción, normal a todo negocio en su fase de pendencia cuando dicho negocio la suponga a su fase definitiva. El *ius poenitendi* significa una excepción a dicha sujeción. Excepción que clásicamente se presumía en las donaciones *mortis causa* y que el Código civil impone en las donaciones «que hayan de producir sus efectos por muerte del donante», salvo en los supuestos singulares antes expresados. Por lo tanto, en Derecho histórico cuando las partes renunciaban a dicha facultad de arrepentirse, y aun hoy, en los casos en que la ley no la imponga, rige integralmente la norma general que supone una situación de sujeción en toda relación en pendencia. Sujeción que en todo negocio dispositivo *inter vivos* produce la consiguiente *vinculación de la cosa*, con eficacia *erga omnes* (salvo el juego registral).

(181) Debemos rectificar, después de lo expuesto, la distinción dogmática que en nuestro anterior trabajo establecimos entre donaciones *mortis causa* y donaciones actuales que atribuyen un derecho suspensivamente condicionado a la premoriencia del donante (pág. 687 y ss.). Allí traducimos con esta fórmula

protegida por vinculación alguna del donatario. Vinculación que se niega por razones teleológicas apreciadas por la ley.

Estas razones teleológicas se inspiran en la realidad de que toda donación *mortis causa* contiene una disposición hecha en previsión de la muerte del disponente. Fundamento que explica por qué el Derecho, desde la Constitución de Justiniano 4 (LVIIL-VIII del Codex al artículo 620 del Código civil, haya asimilado las reglas relativas a sus efectos y las dispuestas para la sucesión testamentaria. Pero sin confundir unas y otras.

la distinción de unas y otras donaciones: En las *mortis causa* la donación queda en suspenso hasta cumplirse el evento de no sobrevivir el donante al donatario, y su revocabilidad depende de la misma pendencia de la donación. En las otras donaciones, decíamos, la donación se ha verificado y perfeccionado, pero lo que se dona es un derecho que se condiciona, en el momento de donar, al mismo evento antes expresado, y su irrevocabilidad dimanaría dogmáticamente de la irrevocabilidad de la donación, mientras que la condición afecta al derecho donado en su propia esencia, en su médula. (Aunque estimábamos que por razones teleológicas, esa irrevocabilidad quedaba frustrada en nuestro Derecho vigente por imperio del art. 620 C. c.)

Un primer error se debió a que partíamos de la posible existencia en el patrimonio del adquirente de un derecho sometido a condición suspensiva. Pero, como hemos visto, aquél a quien se le ha atribuido un derecho bajo condición suspensiva no es titular actual de dicho derecho.

No hay titularidad suspensivamente condicionada, sino en pendencia. Es decir, no pasa de ser una titularidad futura, aun cuando la situación de pendencia pueda hallarse protegida.

Además, en el negocio que crease una pendencia de esta naturaleza para hacer *in actu* donación de ella, nada se donaría—más que una esperanza—si el derecho en pendencia no llegase a nacer.

Es cierto que puede enajenarse previamente un derecho futuro, cuando el transferente goce de una situación protegida por la vinculación del titular actual y la ley no prohíba su enajenación. Por tanto, si puede enajenarse previamente, también previamente podrá donarse, para que al cumplirse el evento se haga automáticamente del donatario.

Pero una cosa es enajenar o donar previamente un derecho futuro cuya pendencia condicional está engendrada en el momento de otorgarse el acto dispositivo y otra cosa distinta es querer donar pura e irrevocablemente un derecho futuro cuya pendencia se crea en el preciso acto de la donación por su propio titular actual.

El orden de los factores no altera el producto: En este segundo caso la situación inicial es la misma que en la donación *mortis causa*: una titularidad plena del donante. El resultado final idéntico: la adquisición real del donatario depende de la no sobrevivencia del donante. El resultado previo también se reduce, en ambos casos, a la atribución de una expectativa, cuya protección la norma debe resolver teleológicamente atendiendo a los intereses en juego.

El *anomus* es el mismo en uno y otro caso; un fin liberal, pero con su eficacia práctica supeditada a la muerte del donante. Lo demás no son más que abstracciones internas de las partes que no interesan al Derecho; aparte de que nadie puede condicionar a favor de sí mismo un derecho propio sin atribuir a otro la expectativa creada. Siendo así: no se dona puramente una expectativa condicional creada al donar, sino que se dona condicionalmente. Si el evento no transforma la expectativa en adquisición del donatario, no habrá donación.

A iguales supuestos de hecho corresponden idénticas normas. Por consiguiente, la protección de la expectativa, es decir, la irrevocabilidad o no de la situación de pendencia debe ser la misma. Tanto si las partes han expresado que condicionaban la donación, como si declararon condicionar su objeto.

En otro error incurrimos entonces al expresar que la razón de la revoca-

Claramente se constata en el artículo 620, que las llama «*donaciones*» y dice que «*se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*».

Fiel trasunto del criterio de los clásicos castellanos, logrado al españolar el afrancesado Proyecto de 1851, siguiendo la directriz impuesta a los redactores del vigente Código civil de respetar, en lo posible, nuestro Derecho histórico.

A este respecto, no podemos menos que transcribir un párrafo del jesuita Luis de Molina (182), cuya concepción de la *mortis causa donatio* coincide totalmente con la interpretación del artículo 620 C. c. que nosotros hemos defendido. En ella cabe sostener que se halla reflejado el germen histórico de este precepto. Dice así ese texto:

«Como dice Julio Claro (Sentencias, lib. IV, párr. donat., q. 5), en otros tiempos hubo una gran disputa entre los autores sobre si la donación por causa de muerte tiene más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades, existiendo partidarios de ambas doctrinas. Mas hoy es ya opinión común que si la donación por causa de muerte se considera en cuanto a su principio o producción, es más bien un contrato (183) que un acto de última voluntad; mas por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos. De aquí deducen los autores que *en su origen y producción le son aplicables a la donación por causa de muerte las normas de los contratos; mientras que respecto a sus efectos y estabilidad deberán aplicarse las normas de las últimas voluntades, siempre que no existan disposiciones peculiares*. Tal es la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (Rub. de test., part. 3, núms. 1 y 15), Antonio Gómez (Var. Resol. I, cap. 3, número 16), Julio Claro (q. 5, cit.), Molina (De primog., lib. I, capítulo 12, núm. 8 y sig., y, especialmente, núm. 16).»

III

LAS DONACIONES DE ULTERIOR GRADO. SU NATURALEZA

Tal vez el extremo menos meditado de la nota crítica que comentamos es el relativo a las donaciones superpuestas. «¿Qué do-

bilidad de la donación *mortis causa* derivaba simplemente de la pendencia de la donación. La disposición a título gratuito, aunque pendiente, puede ser irrevocable aun antes de cumplirse el evento, ya que es normal que la sujeción acompañe a toda situación de pendencia condicional. En nuestro caso, la revocabilidad estriba—como hemos visto en el texto—en la exclusión de la vinculación del donante. No sólo por la presunta voluntad de quien dice donar por causa de muerte, sino por imperativo de la ley, que impone la revocabilidad de toda donación que haya de producir sus efectos a la muerte del donante, en tanto en cuanto aplica las reglas de la sucesión testamentaria.

(182) Op. y vol.º cits., Disp. XXLXXXVIII, núm. 1, pág. 563.

(183) MOLINA usa aquí la palabra *contrato* en la tercera y más lata de las tres acepciones que atribuye a esta palabra.

naciones son éstas—pregunta Fuenmayor—que no requieren aceptación?». Siendo así—concluye—que la donación «es un contrato dentro de nuestro sistema, exige siempre la aceptación del donatario» (184).

1. Origen histórico del artículo 641 C. c.

Para poder explicar las donaciones de ulterior grado reconocidas en el artículo 641 del Código civil, es imprescindible conocer la materia moldeada por los autores de la codificación para dictar este precepto.

Los antecedentes históricos inmediatos a toda reforma legislativa son imprescindibles para conocer la posición adoptada por el legislador. Pero es mucho más esencial su conocimiento hallándonos ante una codificación que pretendió mantener las líneas básicas del Derecho nacional. Especialmente, si los breves términos de un precepto sólo se refieren de pasada, sin desflorar su esencia ni desentrañar su naturaleza y requisitos, a una institución perfectamente definida y elaborada en el Derecho anterior.

La materia objeto del artículo que aquí nos interesa, así como sus antecedentes, fueron señalados por los primeros comentaristas del Código civil (185). A través de su precedente legislativo, el artículo 959 del Proyecto de Código de 1851, y de la mano de García Goyena (186) comprobamos que: «La reversión es una verdadera sustitución y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas según el artículo 636» (relativo a los fideicomisos testamentarios). También veremos como entendiendo de aplicación las prohibiciones de los artículos 635, 636 y 638 del Proyecto, dictaminó

(184) No queremos dejar pasar este comentario sin rechazar una imputación que nos hace FUENMAYOR: «Como quiera que la donación no es—para él (*habla de mí*)—un contrato, no hace falta el concurso de la voluntad del donatario para perfeccionar el negocio».

Aclaramos. Para nosotros, la donación regulada en los arts. 618 y ss. del Código civil no es un contrato, en cuanto no produce obligaciones para ninguna de las partes. En cambio, entendemos que, normalmente, requiere el consentimiento del donatario (arts. 623 y 629 C. c.), porque suele ser un negocio dis positivo de naturaleza bilateral.

El supuesto del art. 641 es excepcional. Se aparta de la regla general, lo mismo que sus antecedentes históricos se separaron de la normal bilateralidad de la donación traditoria.

Igual ocurre a las donaciones *mortis causa* superpuestas, en relación a las donaciones *mortis causa* normales. El concepto más amplio de donación *mortis causa* recoge todas las otorgadas por razón de la muerte del donante en negocio jurídico *inter vivos*, sea unilateral o bilateral. El concepto normal recoge solamente las donaciones *mortis causa* otorgadas directamente por el donante al donatario, y aceptadas por éste. Los supuestos excepcionales, que abarcan las donaciones *mortis causa* superpuestas e indirectas, salen fuera del esquema normal y justifican la formulación de aquella concepción más amplia.

(185) MANRESA (op. y vol. cits., pág. 144) y SCAEVOLA (op. y vol. cits., páginas 851 y 855) señalan que la impropiamente llamada reversión a favor de un tercero es un caso de sustitución de donatarios.

(186) Op. y vol. cits., pág. 303.

que: «será, pues, válida la donación, a pesar de la nulidad de la reversión o sustitución; y podrá imponerse a la donación hecha a un impúbero para el caso allí expresado» (187).

La letra del propio artículo 641 es por sí sola expresiva, con su llamada a las reglas de las sustituciones testamentarias.

Es necesario, por tanto, conocer la naturaleza y contenido de las donaciones sucesivas, en otros términos llamadas fideicomisos contractuales. Su estudio nos obligará a la par que a repasar su base histórica, a buscar una nueva aplicación dogmática de los efectos de la condición interpuesta para el nacimiento de una donación.

Varios extremos necesitamos aclarar al respecto: *a)* La necesidad o innecesidad de aceptación por el donatario en vida del donante. *b)* La transmisibilidad o intransmisibilidad a los herederos del donatario que premuera de las donaciones de segundo grado en pendencia. *c)* La revocabilidad de las donaciones antes de cumplirse el evento que implica la sustitución.

2. Intrascendencia de la aceptación de los ulteriores donatarios en vida del donante.

En el régimen vigente es clara la distinción entre la donación superpuesta o donación fideicomisaria y la estipulación a favor de tercero—incluso en su forma de *modus* impuesto a un donatario (188). En cambio, en el Derecho romano la eficacia del fi-

(187) El Proyecto de 1951 sólo admitía la sustitución fideicomisaria en el reducido límite autorizado en el § 3.^º del art. 638. Es decir, impuesta a los hijos, sobre la parte libre y exclusivamente a favor de los nietos del testador, «sin pasar a otros grados».

(188) En nuestro trabajo: *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor, etc...* (Rev. Dr. Priv., vol. XXX. Diciembre 1946, pág. 949) dejamos escrito: «el derecho del tercero no nace en virtud de ninguna obligación o prestación real de *secundus*. No forma parte de su contraprestación ni actúa como *modus* de la transmisión que le hace *primus*, sino que el derecho del tercero deriva aquí directamente de *primus*, representando simplemente una *minus adquisitio de secundus*. *Minus adquisitio*, en cuanto está limitada con relación al tiempo». (Tesis que ratificamos a nuestra conferencia sobre *La donación mortis causa...*, loc. cit., págs. 781 y s.).

Poco más de un año después, nuestro compañero JOSÉ LUIS DÍAZ PASTOR, en su Conferencia *Donación a personas futuras* (Ac. Matritense del Notariado, 27 febrero 1948), proclamó magistralmente (II-6):

«La donación *sub modo* crea una obligación personal del donatario a favor del beneficiario, un derecho correspondiente del beneficiario a exigir la prestación, que por si solos no ligan los bienes, cuyo incumplimiento no actúa como condición resolutoria (art. 797). Por el contrario, el Código no dice que el donatario con cláusula reversalista esté obligado a transmitir lo donado, sino que se puede establecer la reversión», es decir, una pura disposición *lex rei dicta*, cuya eficacia es automática. Cumplida la condición o el plazo no nace una mera obligación de entregar por parte del donatario, sino que se opera un cambio de dominio, porque el suyo se resuelve. Los efectos de la resolución se producen *ex tunc* y arrastran cualquier disposición intermedia del primer donatario».

deicomiso contractual a favor del segundo donatario surge a la par que se consagra el derecho de tercero a que se cumpla la estipulación a su favor otorgada. Nacen ésta y aquél como una sola institución que la historia del Derecho se ha encargado de es- cindir.

Una constitución de Diocleciano y Maximino del año 290, conocida por ley *Quoties* y recogida en el *Codex* (VIII-LV, 3), consagró el derecho del tercero. El medio hábil consistió en conceder una acción útil *qui stipulatus non sit*.

Conforme a ella, el tercero, aunque no haya aceptado la donación ni celebrado estipulación alguna, al llegar el tiempo fijado tendrá acción útil para sí y para sus herederos, a fin de exigir la cosa donada contra el donatario que fué gravado con la obligación de restituirla al cabo de dicho tiempo (189).

Entre los autores de Derecho común no faltaron quienes sostuvieron que dicha acción tenía carácter real y, por tanto, era ejercitable contra cualquier poseedor aunque derivase su causa del primer donatario. Así lo afirma Peregrinus (190), siguiendo la tesis de Decio, Ripa y otros. «*Et illa utilis actio, quae quidem substituto donatario acquiritur, ne dum personalis est, sed et realis, ita utilis vindicatio donatario substituto quaeretur*» (191). No obstante, predominó la tesis opuesta, según la cual la acción del tercero beneficiario era puramente personal (192).

En cambio, la ley 7, título IV de la Quinta Partida, ocupándose de la donación que es fecha a día cierto, e tiempo señalado, consagra que: «*E de aquel día en adelante ganarian la posesión, e el señorío della, sus herederos del que oviesse fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para auerla*» (193). Con lo cual, la es-

(189) Ver LUIS DE MOLINA, el jesuita, op. y vol. cits., Disp. CCLXV, número 2.^o, pág. 325.

(190) *De Fideicommissis...* (Editio Novissima, Lugduni, 1670), art. LI, número 17, pág. 732.

(191) El principal argumento esgrimido en pro de esta tesis fué el siguiente: Antes de la citada ley *Quoties*, cuando el tercero no hubiera estipulado con el donante la restitución de la cosa ni aceptado la donación carecía de acción para reclamarla aun llegado el día o cumplida la condición. En cambio, según la Constitución de VALERTANO Y GALLIANO del año 258 (*Codex VIII-LV*, 1), el donante, llegado este momento, pudo ejercitar *vindicationem etiam in hoc casu utile*, si el donatario no cumplía el pacto o gravamen que se le impuso. Por eso, como la ley *Quoties*, al conceder la acción útil al tercero, dijo que sería precisamente aquélla *quae sorori tuae* (la donante), *si in rebus humanis agere, competit, tibi accommodabitur*, es decir, la que competía a la donante, dedujeron que será la del tercero la propia acción reivindicatoria útil a que alude la citada ley «*Si doceas*».

(192) Ver COVARRUBIAS (*Variarum...* cit., Lib. I, cap. XIV, n.º 3, en *Opera Omnia*, ed. cit., vol. II, pág. 61), ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri Commentaria*—Antuerpiæ, 1624—, ley 40, n.º 28, pág. 225), y el jesuita LUIS DE MOLINA (loc. ult. cit., n.º 7, pág. 326 y s.), que señala ser ésta la más común opinión de los autores.

(193) ANTONIO GÓMEZ (loc. ult. cit.) intentó sostener que la citada ley de las Partidas sólo debía ser entendida en este sentido cuando la reversión se

tipulación a favor de tercero y la obligación del primer donatario se transforman en una segunda donación superpuesta, de transmisión automática, *ipso iure*, al cumplirse el plazo de dominio y posesión señalado a favor del ulterior donatario. Como afirmó el doctor Luis de Molina, *duae donationes resultent, una in favorem primi, alia autem in favorem secundi* (194).

Así se mantuvo la doctrina del *Codex* en cuanto a la eficacia de la disposición a favor del beneficiario que no intervino en la donación. Pero aquélla se transformó en una segunda donación traditoria aplazada, o condicional con fijación de término, pero automáticamente eficaz en su momento. Así obtuvo entidad propia lo que originariamente fué una mera estipulación modal pactada a favor de un tercero.

Esta ha sido la evolución histórica del fideicomiso contractual, y así configurado lo hallaron los autores del artículo 641. Su letra, lógicamente entendida, confirma por demás estos antecedentes. En efecto, como ha dicho Diez Pastor (195): «En principio el artículo 641 parece referir al derecho sucesorio (art. 781) tan sólo la determinación del ámbito en el que las donaciones pueden revertir... nada nos autoriza a pensar que en cuanto a su perfección estas disposiciones no estén sujetas a las normas generales de los capítulos I y II» (de la donación). «En un examen somero apreciamos, sin embargo, que las normas relativas a la perfección de acto donatorio son en su mayoría inadecuadas a la de esta disposición cuando favorece a un no cencebido; que el precepto rudimentario del artículo 1.257 del C. c. tampoco parece admitirla en su seno; y que la alusión a la doctrina de las sustituciones, acaso de manera subconsciente, va mucho más allá de un mero prevenirse contra la vinculación y nos revela el verdadero entorno histórico conceptual de la reversión.»

Como habíamos expresado en el trabajo al que principalmente venimos refiriéndonos (196), el artículo 781, al fijar los límites de las sustituciones fideicomisarias, distingue dos supuestos: a) Como límite general, «que no pasen del segundo grado. b) El supuesto de «que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»; en cuyo caso, no impone límite de grado. Por consiguiente, dada esta excepción, la regla primera an-

operase a favor del propio donatario o sus herederos, pero no en el supuesto de pasar a un extraño. Alegó, al efecto, al carácter restrictivo que debía dársele por ser la ley correctoria del Derecho común. Pero concluyó aceptando para todo caso la innovación realizada por ella. Igualmente COVARRUBIAS (loc. últ. cit.), que reconoce: «dominium et possessionem rei donatae post diem a donatore definitam absque ulla traditione adquiriri ipsi donatori, vel alteri, cui rem donatam ipse restituit volunt». (posición de RODRIGO SUÁREZ, a quien cita).

(194) Op. cit., Lib. IV, cap. II, núm. 73, vers. fin., pág. 590.

(195) Conf. cit., II, 1.º, *Anales...*, vol. VI, págs. 147 y s.

(196) *Anales...*, cits., pág. 793.

tes referida, es de aplicación en los supuestos de llamarse a personas que aún no existan al fallecer el disponente. Es así que a esos mismos límites—existencia antes de fallecer el donante de los donatarios de ulterior grado o, en caso contrario, no pasar del segundo grado las sustituciones—se remite el artículo 641; *ergo*; cabe que la donación de ulterior grado se otorgue a favor de personas que no puedan aceptarla (por no existir aún) en vida del donante. Lo que demuestra que no es requisito de las donaciones superpuestas su aceptación en vida del donante por los destinatarios de las mismas. Es decir, impera idéntico criterio que en el Derecho histórico vigente hasta la promulgación del Código civil.

Demostrada la innecesidad de la aceptación en vida del donante del fideicomisario contractual, cabe preguntar si su aceptación previa al término o evento condicional previsto para su adquisición surte algún efecto cuando no haya sido rogada por el propio donante. Pero esta cuestión está íntimamente ligada con el problema de la posibilidad de que el donante revoque libremente antes de la llegada del día o cumplimiento de la condición el *modus* o las donaciones superpuestas a la otorgada directamente. La solución de este último problema—que luego vamos a tratar—decidirá la correspondiente a aquél.

3. *La transmisibilidad o intransmisibilidad en los fideicomisos contractuales.*

La transmisibilidad o intransmisibilidad de la situación expectante de los donatarios de grado ulterior fué discutida por los autores de Derecho común. Predominó primeramente la solución negativa. Peregrinus (197) la formuló con estas palabras: «*substituto post mortem primi donatarii praemoriente, perimitur substitutio, prout in ultimis voluntatibus.*»

Contra esta solución—como reconoce el mismo autor—se alegó que las esperanzas derivadas de los contratos condicionales son transmisibles a los herederos, a diferencia de las dimanantes de últimas voluntades. Razón demasiado genérica, nacida de la observación de los casos corrientes de uno y otro supuesto, pero que no se apoya en su respectiva esencia. Esta diferencia se basaba en razones teleológicas y no dogmáticas y, por tanto, a aquellas razones más que a la naturaleza del acto dispositivo debía atenderse para resolver los supuestos dudosos.

Además se entendió que la *donatio post mortem primi donatarii* presuponía la sobrevivencia del segundo, por lo cual si éste hubiere premuerto la condición quedaba incumplida. En este sentido orientaron su dictamen Alciato y Bartolo (198).

(197) Op. cit., art. LI, núm. 20, pág. 732.

(198) Así lo refiere PEREGRINUS (loc. ult. cit.): *facta donatione Petro, eius vita durante, et post eius mortem Michaëli, et eius haeredibus, respondit praemortuo Michaële donationem quoad eum irritam redi, nec ad haeredes transmissan, quoniam substitutio de Michaële conditionaliter facta erat, si su-*

Peregrinus (199) lo enfocó teleológicamente y desde el punto de vista de la normal intención del donante: *Nam substitutiones istae nominatim subordinatae de uno in alium, ob mortis mentionem, clare demonstrant intentionem donantis fuisse, magis amare primum, quam secundum, magis secundum, quam tertium, idcirco tertius moriens ante secundum, vel secundus ante primum, non transmittit ad suos haeredes, ad exclusionem haeredum prioris, quia sicut primum in vita praetulit secundo, ita haeredes primi censemur praetulisse haeredibus secundi.*

También Gregorio López (200) pregunta: «¿Qué diremos si habiéndolo designado hubiese fallecido antes del tiempo marcado para diferírsela la donación?» «Digase—responde—que ésta quedará en poder del primer donatario gravado, a tenor de la ley 38, § 6, D. de legat 3 (XXXII-único) y de la ley única, § 1 y 2, C. de caduc. tollend (VI-II) y según Juan Andrés».

En el siglo pasado, Martí de Eixalá (201), en su adición a esta glosa, distingue dos hipótesis: a) Que la donación no pueda revocarse por el donante en cuanto al segundo donatario: «éste tiene un derecho constituido, y por lo mismo lo transmite a sus herederos, aunque no haya cedido el día». b) Que la donación fuese revocable: «como no hay obligación respecto al segundo donatario mientras viva el donante, tampoco tiene derecho alguno que pueda transmitir» (Solución que nos lleva al problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de estas donaciones de ulterior grado, para ver en qué supuestos se da una u otra situación. Notemos, no obstante, como objeción a este paralelismo, que si la expectativa condicional no se confunde con la protección que el derecho le confiere, serán cuestiones diferentes las relativas a la inexistencia de dicha protección y a la transmisibilidad de aquella expectativa).

Martí Miralles (202), recogiendo la opinión común de los autores, resuelve así el supuesto: Los fideicomisos contractuales, «aunque como su mismo nombre indica, son verdaderos contratos, conservan la naturaleza de las disposiciones testamentarias de donde fueron trasplantados al terreno contractual... siendo consecuencia de todo ello que la eventualidad de un derecho no se transmite a los herederos del que lo tiene a su favor si éste muere

perveniret Petro, unde eo praemortente defectu conditionis substitutus excluditur, nec obstat in § *ex conditionalis* (Instituta III-XV, § 4º, vers. final) nam transmittitur ante defectum conditionis, et ut contractus valeat, implementum conditionis requiritur. Sed cum ut praesupponitur conditio desecret, cessat quippe omnis transmissio, nec resistit illa addicto, et *haeredibus*, nam intelligit, quatenus ius iam quae situm esset Michaëli, et sic in sensu composito, non alternative, et in sensu disiuncto».

(199) Art. y núm. cits., pág. 732 *in fine* y 733.

(200) Glosa penúltima a la ley 7, tit. IV, Partida sexta.

(201) Ed. cit. de las Partidas, vol. III, pág. 45, nota 35.

(202) ¿*Cláusula reversal o sustitución fideicomisaria?* *Fideicomisos contractuales condicionados*, en Rev. Dr. Priv., T. XIX (mayo 1932), pág. 145.

antes que la eventualidad o condición se realice». (Notemos que si bien sólo se refiere a los fideicomisos contractuales condicionados, comprende con ellos a los meramente aplazados. Pues toda sustitución *post mortem* aplazada presupone el evento de la existencia del sustituto en dicho momento.)

En definitiva, estimamos que la voluntad del donante ha de considerarse, en este aspecto, determinante de la solución a dar en cada caso. No puede imponerse ninguna solución dogmática en contra de la voluntad del donante. En este aspecto, si de una parte cabe considerar que la existencia, en su día, del donatario forma parte esencial del supuesto de hecho de la donación; de otra, es admisible, para este caso, la previsión de una sustitución vulgar a favor de los herederos del donatario premuerto. Ahora bien: en caso de duda, nos parece muy razonable la opinión clásica de Peregrino referida a los supuestos de donaciones superpuestas a otras donaciones vitalicias a favor de los anteriores donatarios. Si el donante prefirió el primer donatario al segundo y éste al tercero, es lógico entender que prefirió los herederos del primero a los del segundo y los de éste a los del tercero. No debemos olvidar que mientras el contrato propiamente dicho (es decir, el negocio jurídico obligacional) se perfecciona con el acuerdo de voluntades, por tanto, antes de cumplirse la condición de la que depende el nacimiento de las obligaciones derivadas del mismo, en cambio la donación traditoria sólo se perfecciona a la par que se verifica la transmisión, condicionada al disponerla. Además, normalmente, el donante al disponer una donación de grado posterior no conviene ni contrata con el donatario ulterior, ni siquiera le dirige su declaración para que la acepte antes de llegar su día.

4. Revocabilidad por el donante de las donaciones de ulterior grado en estado de pendencia.

La tercera y más discutida cuestión se refiere a si son revocables por el donante las donaciones de ulterior grado antes del vencimiento del término o del cumplimiento de la condición a que se hallan sometidas.

Antes de entrar en su estudio tomaremos nota de que nuestro campo de observación actual resulta de mayor amplitud que el ocupado por las donaciones *mortis causa* superpuestas a otras donaciones *inter vivos* o *mortis causa*.

Las donaciones de ulterior grado contenidas en todo fideicomiso condicional pueden pender de distintas modalidades. Pueden referirse a la muerte del donante o de los anteriores donatarios (203) o de uno y otros (204), pero también pueden estar pen-

(203) Ver lo que dijimos en nuestro trabajo de referencia (I, A, c, pág. 636 y s.). POTHIER (*Pandectes...*, cit., vol. XVI, Lib. XXXIX, tit. VI, núm. IX, pág. 205) cita los siguientes textos que catalogan estas donaciones entre las *mortis causa*: Dig. XXXIX-VI, 11 (ULPIANO, ley 11, lib. XXXIII ad Sabi-

dientes del cumplimiento de cualquier otro evento condicionante o simplemente del vencimiento de un término cierto o incierto.

De todas ellas vamos a ocuparnos en términos generales bajo el doble aspecto histórico-jurídico y dogmático.

Históricamente comprobamos entre los autores de Derecho común, así como en nuestros clásicos con referencia al Derecho real, que la opinión más aceptada consideró que las donaciones de mayor grado eran generalmente revocables antes del vencimiento del término o del cumplimiento del evento de que dependían. Pero exclusivamente por el donante, no así por sus herederos.

Bartolo inicia la larga serie de autores de Derecho intermedio que aceptaron esta tesis. Baldo y Paulo de Castro defendieron la contraria. Así lo refiere Peregrinus (205), que opta por distinguir dos supuestos: a) Si el pacto extrínseco en beneficio del tercero fué impuesto exclusivamente a favor del donante, en cuyo supuesto éste, por sí sólo, podrán revocar esta segunda donación. b) Si el pacto fué dispuesto también a favor del primer donatario (como cuando la donación se hiciera a él y después a sus hijos por ruego suyo), en cuyo caso entendió necesario el consentimiento tanto del donante como de este primer donatario. En caso de duda, de acuerdo con la opinión de Juan de Imola y Aretino, estimó que la donación a favor de tercero debía presumirse establecida por exclusivo favor del donante.

Entre los clásicos, Gregorio López (206), Covarrubias (207) y el jesuita Luis de Molina (208), siguieron con referencia al Derecho común la general opinión iniciada por Bartolo (209).

En cambio, Rodrigo Suárez (210), Antonio Gómez (211) y

num), *Dig. h. t.*, 18 (JULIANO, lib. LX *Digestorum*) y *Codex VIII-LVII*, 3 (Const. de DROCLEIANO y MAXIMINO).

(204) Ver la clasificación, con sus ejemplos, que establecimos en nuestro repetido estudio (*loc. cit.*, XIII-3, pág. 784 y ss.): a) donaciones superpuestas «*propter donantis mortem*»; b) «*propter mortem donantis et primi donatariorum*», y c) «*propter mortem primi donatariorum*».

(205) *Op. cit.*, art. LI, núm. 46, pág. 740 y s.

(206) Glosa 4.^a a la ley 7, h. t., palabras «el otro».

(207) *Variarum.... Lib. I, cap. XIV*, núm. 7 y ss., en *Opera Omnia*, edición cit., vol. II, pág. 61 y ss.

(208) *Op. vol. cits. Disp. CCLXV*, núm. 14, pág. 330 y ss.

(209) Los defensores de la revocabilidad de la segunda donación antes de la llegada del día se apoyaron en los siguientes textos romanos: *Dig. XII-IV*, 5, § 1; *XVIII-VII*, 3; *XL-VIII*, 3, y *Codex IV-LVII*, 1 y 6. En todos estos casos se admitía la revocación por el transferente de la manumisión superpuesta a una donación o una venta, con tal que el arrepentimiento se ejercitase antes de cumplirse el término para su efectividad. Doctrina que se generalizaba aplicándola a cualquier carga impuesta por el donante. También se arguyó la ley 18, *Dig. XXXIX-V*, en la que ULPIANO—invocando las opiniones de ARISTON y POMPONIO—dice: «*quum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est.*»

(210) *Opera Omnia* (Duaci, 1614), *Allegatione et Consilia domini*, allegatio XIX, núm. 23, pág. 85 y s.: «*Item—dice—, ostenditur hoc sine scrupulo, si ex contractu irrevocabili donarem alicui rem post mortem meam, si promissi sem non revocare, non possem revocare... Sed quae differentia erit ad propo-*

Acevedo (212), entre otros, sostuvieron la irrevocabilidad de la disposición a favor del tercero, aún antes de su aceptación por este (213).

El doctor Luis de Molina (214), enfoca en otros términos la cuestión. Parte de la pluralidad de donaciones que todo fideicomiso contractual supone, para resolver que todas deben regirse por las mismas normas, y, en consecuencia: *ita ut sicut prima necessario acceptanda fuit, ita etiam in secunda id ipsum dicendum sit, non enim est dabilis aliqua ratio differentiae inter primam et secundam donationem...* (215). *Tunc namque sicut respectu primi donatio revocari non poterat, ita etiam nec respectu secundi revocari poterit.* Es decir, que en lugar de hacer depender la irrevocabilidad de la segunda donación de la llegada del día o del cumplimiento de la condición, la refiere exclusivamente al momento de su aceptación.

Pero, esta posición olvida que, precisamente, la declaración del donante no va destinada a la aceptación del segundo donatario hasta la llegada del plazo fijado o evento previsto. Por eso, sale fuera del campo de la discusión planteada.

En cambio, todos los autores estuvieron de acuerdo, siguiendo la común opinión de Bartolo, en que fallecido el donante, que impuso el gravamen, sin haberlo revocado, pero antes de llegar el momento de la restitución, quedaban confirmados donación y gravamen, sin que los herederos del donante pudieran revocar-

situm, si dicam quod post mortem alterius talia bona deveniant ad talem ut fit in bonis maioriae, quomodo peterit hoc vinculum revocari in praeditum illus vocati post mortem alterius?, et certe nulla urgens ratio differentiae posset assignari. Et haec fuit intentio Paul licet non ita clare loquatur in l. si pecuniam, ff. de conditio ob causam.

(211) *Ad leges Tauri...*, lex XL, núm. 29, pág. 226.

(212) Op. cit., vol. III, lib. V, tit. VI, ley XI (Tauri 27), núm. 19, página 194 y s.

(213) Los defensores de esta tesis alegaron la referida ley *Quoties* (Código VIII-LV, 3) y la ley 1, Dig. XL-VIII. Aquella, porque concede al tercero derecho y acción incluso antes de la aceptación del gravamen. La otra, porque en ella dice PAULO que el esclavo vendido con la condición de ser manumitido al cabo de cierto tiempo, transcurrido éste «etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit».

Argumentos a los que replica el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., número 16, págs. 332 y s.): Al primero, que la ley *Quoties* sólo concede derecho y acción al tercero después de pasado el tiempo fijado, y por lo tanto, estará pendiente de que el donante no haya revocado su disposición con anterioridad al nacimiento de dicho derecho. Al segundo, que ya la glosa de ACURSIO refiere la citada ley 1, h. t., al desistimiento posterior al plazo fijado, cuando el esclavo ha adquirido la libertad, por lo que ya no podrá ser revocada.

(214) *Primogeniorum Hispanorum...*, IV-II, núm. 73 y ss., pág. 589 y ss

(215) No obstante, admite que la segunda donación puede ser aceptada después de muerto el donante, hecho que la hace irrevocable. Así dice (núm. 77, vers. 1, pág. 591): «cum enim ex parte donantis donatio perfecta sit, nec ab illo fuerit ante acceptationem revocata, nihil impedit, quin eo mortuo sequi valeat acceptatio, nec haeredum praejudicium in consideratione est, cum ipsi cum defuncto donante una atque eadem persona esse censeantur».

los. Pues, la potestad y el derecho que tenía el donante para revocar el gravamen no pasa a sus herederos (216).

Hasta aquí la cuestión en Derecho común. Ahora cabe preguntar si en Derecho de Castilla fueron modificados estos principios romanos de los que se dedujo la normal revocabilidad por el donante mientras no se cumpliese el evento o llegare el día de los feidecomisos contractuales dispuestos bajo condición o término.

No se dudó de la irrevocabilidad de los mayorazgos dispuestos en acto *inter vivos*. Así resulta implícitamente de la ley XL de Toro. Los dos Luis de Molina, el doctor (217) y el jesuíta (218), explican que, «cuando la donación tenga el carácter de mayorazgo, estableciendo un orden de sucesión perpetuo entre las personas de un familia, como quiera que la donación se considere hecha a la misma familia, bastará la aceptación del primer vinculero para que se repute absolutamente aceptado, de modo que ya no se pueda revocar el mayorazgo por falta de aceptación».

Pero aquí sólo nos interesan los demás fideicomisos contractuales, que no entrañaron la función de mayorazgos. Respecto a ellos, se planteó si el Ordenamiento de Alcalá pudo significar un cambio, imponiendo la irrevocabilidad de las donaciones de segundo grado desde el mismo instante de disponerse la primera donación. Nos referimos a la famosa ley única, Título XVI del dicho Ordenamiento, que pasó a ser ley 3, Título VIII del Libro III del de Montalvo, ley 2, Título XVI, Libro V de la Nueva Recopilación y 1.^a, Título I del Libro X de la Novísima (219).

(216) En este sentido, PEREGRINUS (art. cit., núm. 56, pág. 743), COVARRUBIAS (loc. ult. cit., núm. 17, pág. 66), el DR. LUIS DE MOLINA (núm. 17 citado, pág. 591) y su homónimo el jesuíta (Disp. ult. cit., núm. 13, pág. 330). Tesis apoyada en los citados textos: Dig. XVIII-VII, 3, que contiene el dictamen de PAULO: «Si quis hac lege venit, ut int̄a certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit; si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret, heredis voluntatem non esse exquirendam». Dig. XL-VIII, 3, en el cual CALISTRATO concluye que «mortuo autem venditore non esse heredium eius voluntatem explorandam», por lo que no pueden revocar la manumisión del esclavo vendido por el causante y dispuesta por éste, al venderlo, para después de cierto plazo. Y Codex IV-LVII, 1, que recoge una Constitución del Emperador Alejandro, que para la efectividad de la libertad sólo exige que «tempore peracto, si modo Patroclo (el donante, que impuso al donatario la manumisión de Hernia) non contrariae voluntatis fuerit, aut etiam si iam decesserit».

(217) Op. cit., IV-II, núm. 75, pág. 590.

(218) Disp. ult. cit., núm. 9, pág. 328.

(219) «Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, de que no fué hecha estipulación, que quiere decir *prometimiento con cierta solemnidad de Derecho*, o que fué hecho el contrato u obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante escribano público, o que fué hecha a otra persona privada, en nombre de otros entre ausentes, o se obligó alguno, que daría a otro, o haría alguna cosa; mandamos, que todavía vale la dicha obligación y contrato que fuese hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.»

Gregorio López (220) distingue estos supuestos, que separa de la regla general: *a)* «Que el pacto a favor del segundo donatario se hubiese verificado estando éste presente y aceptando; *b)* «o, que el donante hubiese prometido expresa o tácitamente no revocar lo dispuesto a favor de dicho segundo donatario». En estos dos casos estimo irrevocable la donación superpuesta, en los demás considero que la ley del Ordenamiento no había modificado el Derecho común. Semejante opinión fué defendida por Covarrubias (221).

La razón es evidente. La famosa ley castellana parte de «*que parezca* (en el sentido de *resultar, aparecer, dejarse ver*, no de *semejar*, ni del actual uso corriente del verbo *parecer*), *que uno se quiso obligar a otro*». Ese *quererse obligar* es esencial que *aparezca*, para que dicho precepto pueda ser aplicado. Y sin duda se manifiesta—si no en el sentido de obligarse, sí en el de vincularse—cuando la donación se otorga ante el segundo donatario, cuya aceptación se recoge. O bien, si el donante prometió no revocarla, o se obligó personalmente, en virtud de dicha ley, a favor de estos ulteriores destinatarios (222).

En los demás casos no es presumible que el donante haya querido obligarse ni vincularse mientras el plazo no llegue o la condición se haya cumplido. Su disposición mira al futuro. Ni siquiera ha ofrecido su aceptación al presunto beneficiario. La ha ordenado como límite de la primera donación dispuesta, en previsión de un evento o espera de un término.

Entre tanto, parece más justo y más correcto entender revocable una disposición cuya aceptación no se ha solicitado y que el donante no se obligó a mantener, ni prometió realizar.

Ya en el siglo pasado Martí de Eixala (223), en su adición a la referida glosa de Gregorio López, a la citada ley 7 h. t., juzgiosamente opinó: «Sentado que las innovaciones que hizo la ley

(220) Glosa 4 (a la palabra «*el otro*») de la citada ley 7.^a, en relación con la glosa 1.^a (a las palabras «*ca estonce non la puede facers*») a la ley 4.^a h. t.

(221) Loc. ult. cit., núm. 13, pág. 64: «alteri per alterum in hoc Regno, etiam aliisque ulla stipulationis solemnitate obligationem acquiri: absentique permissionem fieri posse cum effectu etiam nemine absentis nomine acceptante: modo animus obligandi appareat, id enim intelligendum est, etiam sine cessione, dum tamen ratihabito, aut acceptatio absentis sequente fuerit, ea etenim modum sequantur nec actio quaeritur, nec illa obligatio firma ad agendum sine cessione censemur ex premissis, tametsi revocari non possit».

(222) El jesuita MOLINA (Disp. ult. cit., núm. 18, ap. final) admite que en el reino de Castilla, conforme a tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, «todos están de acuerdo en que el gravamen impuesto, desde el momento en que haya sido aceptado a nombre del tercero por un particular cualquiera, no podrá ser revocado». (Es de entender que fué necesario que este «particular cualquiera» actúe en la donación como receptor de la declaración que le dirige el donante, con el fin de prestar a éste dicha aceptación a favor del segundo donatario, aun careciendo de poderes de este último). E incluso, en tanto que «el gravamen haya sido impuesto por el donante con ánimo de obligarse, no podrá ya ser revocado, aunque no haya sido aceptado por nadie, ni se haya cumplido el tiempo en que deba cumplirlo el donatario».

(223) Op. y vol. cits., pág. 45.

del Ordenamiento fueron, quitar la necesidad de la estipulación atribuyendo igual fuerza que a ésta a la simple expresión de la voluntad, y declarar que podía estipularse y, en general, aceptarse cualquier promesa en provecho de otro; tendremos que deberá atenderse al modo cómo se ha verificado la designación del segundo donatario. Si es a manera de condición o gravamen que se inserta todo en provecho del donante, no se halla obstáculo en que éste lo revoque; pero si la persona del segundo donatario fué indicada por el primero, quien rogó al donante que a favor de la misma ordenare la restitución, entonces tenemos una verdadera promesa alcanzada a favor de un tercero, de consiguiente obligatoria por la ley del Ordenamiento, y por lo mismo irrevocable (224).

Esta es nuestra opinión (225), referida al vigente artículo 641. De no resultar que en la sustitución intervino la voluntad e interés del primer donatario, queda aquélla fuera del ámbito neocial de la primera donación aceptada. Resulta ser tan sólo un límite de ésta. Su aceptación por el tercero no es solicitada por el donante—ni es dable presumir que la quiera—para antes del vencimiento del término fijado o del cumplimiento del evento previsto. La inserción de la segunda donación en el otorgamiento de la primera sirve para dar substancialidad a aquélla. Pero no

(224) A continuación, el propio autor plantea, con cierta timidez, el problema de «si hubiese duda acerca de si en la designación de la persona se atendió o no a las afecciones del primer donatario». Propone que «debería tal vez subdistinguirse», según tratara el donante simplemente de quitar el gravamen de restitución o de designar un nuevo destinatario de ésta. A juicio nuestro, con esta subdistinción desenfoca el problema. En realidad, de lo que se trata es de saber qué interés—del donante o del primer donatario—determinó la sustitución. Y, en caso de absoluta duda, debe presumirse que fueron decisivos el interés y la voluntad del donante. Así lo abona el viejo principio interpretativo de los contratos gratuitos, que hoy vemos recogido en el artículo 1.289 C. c.

(225) Así lo defendimos en anteriores trabajos: *Las ventas con reserva de usufructo...* (Rev. Dr. Priv., vol. cit., pág. 953 y ss.) y *La donación «mortis causa...* (loc. cit., pág. 789 y ss.).

Con anterioridad lo entendió de este modo MARTÍ MIRALLES (loc. cit., página 146)—aunque con referencia al Derecho romano—, apoyándose en dos textos que no hemos visto citados por los autores de Derecho intermedio. La opinión de POMPONIO, contenida en el frag. 18 (Dig. XXXII-único): «nuda voluntate fideicommissus infirmantur». Y la Constitución de DIOCLECIANO y MAXIMINO, compilada en el Codex VI-XLII, 27: «Fideicommissum, eius, qui reliquerat, poenitentia probata, successores nunquam praestare compelluntur».

Según el mismo MARTÍ MIRALLES, ese régimen de irrevocabilidad de los fideicomisos referido en estos textos, «más que a los dejados en disposiciones *mortis causa*, ha de considerarse establecido con relación a los contractuales, por cuanto en los ordenados en actos de última voluntad ya se sobrentiende, sin necesidad de afirmarlo especialmente, dado que dicha clase de actos son esencialmente revocables».

No obstante, confesamos que este argumento queda en parte desvalorizado después de haber demostrado BONZONI y BONFANTE (ver antes la nota 139) que el régimen de revocabilidad de la institución de herederos es posterior al de los fideicomisos.

para hacerla irrevocable, si el donante no quiso vincularse, ni la dispuso a ruego o en interés del primer donatario aceptante, ni éste actuó como representante legal o voluntario de los donatarios ulteriores.

Díez Pastor (226), por el contrario, se ha pronunciado por la irrevocabilidad, en todo caso, de las donaciones de ultrior grado. Su raciocinio parte de una premisa mayor exacta: «donación y reversión implican dos disposiciones distintas aunque conexas y suponen dos causas diferentes». En cambio, su premisa mayor peca, a juicio nuestro, de excesiva generalidad: «La donación —dice— es por su naturaleza irrevocable y sólo puede ser deshecha por el disenso del donante y donatario» (227).

Por *naturaleza* sólo es irrevocable la donación perfecta, es decir, aceptada, pura y formal. La revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones no aceptadas, o de las condicionadas o aplazadas, depende más de la particular posición que adopte el Derecho positivo, que de la naturaleza y estado de formación del acto (228).

En otra ocasión (229) aplaudimos la certera visión de nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1940, al distinguir la estipulación a favor de tercero—en la que surge un derecho propio para el tercero—de aquellos otros contratos en los que hay un tercero destinatario de la prestación pero a cuyo favor no se atribuye ningún derecho. Por nuestra cuenta, observamos un tercer supuesto que recoge aquellos otros casos en los que se dispone a favor del tercero un verdadero derecho, pero no un derecho actual, sino futuro. Un derecho que sólo surgirá en

(226) Loc. cit., II-5, págs. 155 y s.

(227) Sobre estas premisas, la conclusión patente le lleva a formular esta pregunta: «pero, ¿quién puede disentir a nombre del no concebido que según la interpretación corriente del art. 627 no puede ser representado ni aun para aceptar una donación pura y simple?». No, desde luego, el primer donatario. El fondo de esta cuestión se ve más claro aún si nos referimos a las causas culposas de revocación. El incumplimiento de condiciones voluntarias por el primer donatario, su ingratitud hacia el donante, ¿deben perjudicar a los llamados a la reversión? Sería absurdo en cualquier caso, pero lo parece mucho más si tenemos en cuenta el carácter normalmente familiar de estas disposiciones, que se proponen, casi siempre, proteger y asegurar a la prole no concebida».

(228) Transcribimos de BIONDI (op. cit., núm. 23, pág. 695): «bajo el régimen de la ley Cincia, mientras la *donación* no fuese *perfecta*, el donante podía arrepentirse...; podía decirse que la donación era revocable al libre arbitrio del donante, tanto que la *Oratio Antonini* privaba a los herederos del donante de esta facultad de revocación». Copiamos a BONFANTE (*Scritti...*, loc. citada, pág. 17 y s.), «en el Derecho romano clásico, la facultad de arrepentirse era consecuencia natural de todas las relaciones en estado de pendencia, sean sometidas a una condición verdadera y propia o a una *condicio iuris*».

En Derecho común y en Derecho real de Castilla hemos visto hasta qué extremo llegó la polémica acerca de la revocabilidad o irrevocabilidad de las donaciones no aceptadas o pendientes del vencimiento de un término inicial o del cumplimiento de una condición. No son, pues irrevocables por *naturaleza*, aunque la ley pueda imponer—acertada o desacertadamente—su irrevocabilidad.

(229) *Donaciones a mortis causa...*, loc. cit., pág. 808 y s.

un día cierto o incierto o en caso de cumplirse determinada condición.

De ahí, dedujimos entonces la siguiente consecuencia: Si del contrato o de la estipulación a favor de tercero resulta que se quiere atribuir un derecho inmediato a favor del tercero, éste podrá aceptarlo inmediatamente; y, verificada la aceptación, su derecho será irrevocable. Pero si en la estipulación o contrato no se ha querido atribuir al tercero un derecho actual e inmediato sino sólo un derecho para el futuro, aunque el tercero acepte antes de llegar aquel momento, al cual se ha referido la disposición hecha a su favor, nada adquirirá aún, puesto que nada se le ha atribuido todavía. Por lo tanto, no adquiriendo derecho alguno con tal aceptación, no vinculará con ella, frente a él, ni al estipulante ni al promitente.

Pues bien, esto que dijimos para la estipulación, propiamente dicha, a favor de tercero, puede aplicarse perfectamente, con igual razón, a la disposición que el donante haga en favor de un tercero (el donatario de ulterior grado).

Pero no a base de la distinción entre derecho condicional y derecho futuro—concretamente, entre evento condicionante del que depende la ejecución de un derecho y evento del que pende el nacimiento del mismo derecho—que entonces propusimos y que en el presente trabajo hemos revisado. Sino por las razones que vamos a exponer, derivadas del sentido y momento de la oferta, así como del mismo concepto genérico de condición.

a) La oferta puede ser emitida para su aceptación inmediata. Pero, no hay inconveniente en admitir que al declararla se señale un plazo *ad quem* o *a quo* para su aceptación, término cuyo inicio y conclusión puede hacerse depender de la realización de un determinado evento. En tales casos sólo la aceptación emitida en dicho período de tiempo, cierto o incierto, vinculará al oferente. (Notemos la diferencia existente entre una oferta condicional, cuya aceptación podrá dar lugar a un negocio condicionado, y una oferta cuya propia efectividad se hace depender de un evento o se limita a un tiempo dado, inicial o final).

Para que pueda decirse que existe oferta, es necesario que vaya dirigida a alguien a quien se le comunique directa o indirectamente. No basta que uno a solas diga «ofrezco ciento a Ticio». Ni es suficiente decírselo a Cayo, si éste no es mandatario o representante de Ticio, ni el dicente le encarga que transmita a éste su oferta. No es bastante escribir una carta para que la oferta nazca; hay que dirigirla a su destinatario o persona que le reperinte o a quien se encargue su transmisión.

En las reversiones dispuestas a favor de tercera persona, el donante establece un límite a la donación que otorga al primer donatario. Pero la ulterior disposición, que tras este límite de la primera donación resulta a favor de un tercero, puede no ser comunicada a éste por el donante. Queda inserta así la dona-

ción como una oferta en pendencia, esperando como una acción en cartera, el momento de ser puesta en circulación. El fin de esta pendencia, la firmeza de la oferta, su puesta en circulación coincidirá con el término o evento determinante de la sustitución. Antes, por no ser firme, será revocable. Pero, por estar insertada en otro contrato participará de la sustantividad de éste. Sustantividad que, dado el distinto sentido de la disposición gratuita con respecto a una oferta contractual *stricto sensu*, hará que sea irrevocable por los herederos del donante, que deben respetar las declaraciones de voluntad de su causante que tengan fuerza sustantiva suficiente para sobrevivirle (230).

En ciertos casos puede no ser así. V. gr., si el reversionario está presente y acepta; si se le comunica por el donante la disposición otorgada a su favor; si el primer donatario actúa, de acuerdo con el donante, representando a los ulteriores donatarios y acepta en nombre de éstos, o es facultado por el donante para comunicarles la oferta. En estos supuestos, esta particular actuación es índice de que la oferta de las ulteriores donaciones no está en suspenso, de que puede ser aceptada antes de llegar el momento de la reversión (de modo que únicamente se condiciona o aplaza la perfección de la donación, como en toda donación directa condicionada o aplazada).

También cabe que la sustitución se imponga—como observaron Peregrino, hace siglos, y Martí de Eixala, en el pasado—en interés del primer donatario, formando parte de la vinculación del donante hacia él. En este caso sin su consentimiento no podrá revocarse, ni modificarse dicha reversión.

Pero normalmente, en la duda, no puede presumirse que el primer donatario actúe como mandatario del donante para aceptar por los ulteriores donatarios, con o sin poder de éstos, ni que la reversión se haya estipulado en beneficio del primero. Como antes expusimos, nos lo veda la norma interpretativa recogida en el artículo 1.289, párrafo 1.º del Código civil.

b) Al ocuparnos de la situación de pendencia condicional, nos hemos inclinado por aquella posición que distingue la expectativa condicional—mera *spes*, simple esperanza—y la protección jurídica que el ordenamiento concede normalmente a las expectativas condicionales, mediante la vinculación de sujetos y objeto, así como a través de las llamadas medidas preventivas otor-

(230) Entre las disposiciones a favor de persona no contratante, que tienen fuerza sustantiva suficiente para sobrevivir a su emitente, pueden citarse: a), las resultantes a favor de tercera persona en negocio jurídico bilateral obligatorio o dispositivo; b), las aceptadas, sin poder del destinatario, por tercera persona en nombre de aquél; y c), las que reúnan las formas exigidas para las disposiciones de última voluntad. En los demás casos, sin acuerdo negocial (oneroso o lucrativo), entre declarante y destinatario, la declaración de aquél no podrá sobrevivirle. (Ver, respecto la sustantividad de las declaraciones de voluntad lo que expresamos en nuestro trabajo, «Las ventas con reserva de usufructo, etc. ...», loc. cit., pág. 952).

gadas al sujeto expectante. No obstante, también comprobamos que la voluntad de las partes o la norma jurídica positiva, por razones teleológicas, pueden excluir la protección de ciertas expectativas condicionales.

Pues bien, esta exclusión debe entenderse implícitamente querida por el disponente de una sustitución, cuando no haya notificado ésta, directa ni indirectamente, al tercer destinatario de la misma.¹ A no ser que el donante se hubiera obligado frente al primer donatario o no revocarla, o la hubiese dispuesto en interés de este último (231).

Y, está explícitamente excluida por la ley, dicha protección, en los casos en que la donación de ulterior grado se haya dispuesto *post mortem donantis* o *post mortem donantis et primi donatarii*. Así resulta de la llamada que hace el artículo 620 a las reglas de la sucesión testamentaria, entre las que se halla la contenida en el artículo 737.

IV

LA CONVERSIÓN JURÍDICA MATERIAL APLICADA A LAS DONACIONES ENTRE ESPOSOS

Llegamos al último punto de estas notas (232). Fuenmayor rechaza una a una todas nuestras conclusiones. También a la tesis de la convalidación *mortis causa* de las donaciones entre cónyuges nulas *inter vivos* le toca sufrir su turno en contra (233).

La rechaza, por juzgarla infundada. Porque a su entender: «esa pretendida conversión de que habla Vallet no cuenta con

(231) ¿Debe entenderse dispuesta en interés del primer donatario la reversión a favor de sus descendientes? Así lo entendió PEREGRINUS (Op. y art. cits., núm. 46, pág. 741).

(232) Nada vamos a añadir respecto a las donaciones indirectas. En nuestro trabajo de referencia (nota 405 bis, págs. 798 y ss.), analizamos la brillante tesis de ORTEGA PARDO («Donaciones indirectas», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-III, págs. 918 y ss.). Nuestra conclusión fué la siguiente: «En resumen, la utilidad que paradigmáticamente se alcanzaría aceptando la ordenada y técnicamente estética construcción de ORTEGA PARDO, sería la siguiente: Dejarla vacía de todos los supuestos que, según la mayor parte de la doctrina, formaba su contenido, excepto uno de ellos, que ni siquiera admite totalmente, sino sólo en parte a través de una distinción que, como hemos visto, es inadmisible por basarse en un dato subjetivo que no puede variar el régimen del negocio en cuestión, imperativamente ordenado por la ley. Es decir, que rechazada su sutil distinción, esa figura tan brillantemente construida queda sin contenido, hueca totalmente. Es una jaula dorada de la que han huido todos sus pájaros.»

FUENMAYOR, en su nota crítica (núm. 15, pág. 1094), no discute ninguno de nuestros argumentos, esgrimidos de cara a la realidad y tocando de pies a tierra, como vulgarmente se dice. Todos ellos permanecen en pie en espera de que sean discutidos.

(233) Loc. cit., núm. 16, págs. 1094 y ss.

ninguno de los elementos indispensables para admitirla: ni hay base negocial adecuada ni precepto legal que la utorice».

1. Naturaleza de la «*confirmatio donationis*» en la *Oratio* y en el *Corpus*

Creemos que una meditada respuesta a estas objeciones requiere un previo examen de la confirmación impropia o conversión sustancial, a fin de sacar las conclusiones pertinentes al objeto de nuestro estudio. Pero antes de iniciar esa labor creemos que conviene examinar si la convalidación, a la muerte del cónyuge donante, de la donación que éste dispuso a favor de su consorte, sin arrepentirse después, ha tenido históricamente como base dogmática una conversión material (234), una confirmación o una ratificación tácitas, o la cesación de una ineffectuacía temporal.

(234) En Derecho romano, la donación *mortis causa* entre cónyuges presenta un progresivo desarrollo. Sabido es que ULPIANO (Dig. XXXIX-VI, 2) admitió la existencia de tres especies de donación *mortis causa*. Se plantea si entre cónyuges fué posible utilizar cualquiera de ellas. Según el frag. 43 (NERACIO, libro I, *Responsorum*), Dig. XXXIX-VI, el jurista FULCINO opinó que sólo era válida cuando el cónyuge donante *iustissimum mortis metum habeat*; pero NERANCIO entendió que bastaba que *moriturum se putet*, sin que debiera investigar si había tenido o no justo motivo para ello.

El problema más arduo e interesante se plantea en torno a las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio. Es decir, respecto aquéllas que van acompañadas de una transmisión actual del dominio, aun cuando estén pendientes de revocación por arrepentimiento del donante o por premoriedad del donatario. Para resolver acertadamente esta cuestión es imprescindible descomponerla cronológicamente. Y, además, subdistinguir la validez entre cónyuges de la donación *mortis causa* de tipo resolutorio, la suspensión temporal de sus efectos y la retroactividad o no de su confirmación al morir el donante con respecto a ese periodo de suspensión.

Bajo el aspecto cronológico, los romanistas modernos han señalado, en general, la separación entre el Derecho clásico y el Justiniano (Ver ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938 núms. 155 a 161, páginas 163 a 170; ALVAREZ SUÁREZ, *Contribución al estudio de las donaciones «mortis causa» entre cónyuges*, en «Estudios Jurídicos», «Fascículo de Derecho privado», núm. I, julio 1941, año I, págs. 43 y ss.).

A) El problema de la validez en el periodo clásico de las donaciones de este tipo ha dado lugar, en líneas generales, a las siguientes soluciones:

a) Segundo FERNÁNDEZ DE RETES (*De donat. inter vir. et uxor.*, en «Novo Thes. iur. civ. et can.», de MEERMANN, t. VI, págs. 663-702 y cap. VIII, párrafo quinto, según cita de ALVAREZ SUÁREZ), la donación de tipo resolutorio fué válida y su efecto la transmisión inmediata del dominio revocable, que se consolidaría al fallecer el donante sin haber revocado la donación. Su tesis se apoyó en aquel inciso del texto de ULPIANO, Dig. XXIV-I, II, § 1.º, que dice: *Ut non solum ea donatio valeat secundum Julianus, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti. cum mors insequatur, sed omnis mortis causa donatio*. Con lo que parece aludir a la conocida tripartición de JULIANO, referida por el mismo ULPIANO en el citado frag. 2.º (Dig. XXXIX-VI), que comprende la donación *mortis causa* de tipo resolutorio. Además, con esa inmediata transmisión del dominio revocable que se consolida al morir el donante explica RETES la retroacción al momento del otorgamiento, que a la muerte del donante se produce según el frag. XXXIX-VI, 40 del Digesto.

b) URCISINO ALVAREZ SUÁREZ (*loc. cit.*, págs. 46 a 49), sostiene la imposibilidad de estas donaciones. De sus argumentos algunos también pueden in-

Dejando a un lado los problemas del origen y motivo de la prohibición de las donaciones entre esposos (235), es lo cierto que, en Roma, el Senado consulto del año 206, significa un momón trascendental en la historia de esta figura jurídica. La fa-

vocarse en defensa de la tercera posición de que luego nos ocuparemos. Tales: la cita del frag. 77, Dig. XXVIII-V, con su afirmación *mariti manet*; los efectos retroactivos señalados en el frag. 40, Dig. XXXIX-VI, que prueban no hubo transmisión inmediata; los textos que indican la suspensión de la donación (Dig. XXIV-I, frs. 10, 20 y 11, § 10), y la invocación del frag. 14, Dig. XXXIX-VI, que permite al marido el ejercicio de la acción reivindicatoria respecto al fundo que transmitió a su mujer por donación *mortis causa*.

En cambio, hay otro argumento en el que basa de un modo especial la imposibilidad absoluta de estas donaciones. A su juicio faltó en Derecho clásico un medio jurídico hábil para lograr el consiguiente traspaso de propiedad (ver núm. 5, págs. 48 y ss.). A su juicio, la transmisión por *mancipatio*, *in iure cessio*, o simplemente por *datio* con finalidad de donar *mortis causa*, no era posible entre cónyuges por la imposibilidad de que entre éstos se produjeran aquellos efectos traslativos, normales a dichos actos dispositivos. Claro que a este argumento cabe oponer la posibilidad de que se realizaran dichos actos, quedando en suspenso sus efectos hasta la fecha del fallecimiento del cónyuge donante.

c) La tesis preponderante entre los romanistas modernos entiende que si bien inicialmente sólo fueron aceptadas entre cónyuges las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo, luego se amplió su admisión a todo tipo de donaciones *mortis causa*, quedando suspendidos sus efectos de modo que la cosa sólo se adquiría *mortis tempore* (Ver ARU, *op. cit.*, núms. 155 a 161, páginas 163 a 170; y BIONDI, *op. cit.*, núm. 13, pág. 657, nota 2*).

Suponemos que no faltarán quien arguya que en este caso dichas donaciones quedaban asimiladas en sus efectos a las de tipo suspensivo. Es cierto, pero también es verdad que de este modo la donación *mortis causa* de tipo resolutorio no resultaba totalmente nula, sino que era válida con efectos suspensivos. Aquellas *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, no caían totalmente en el vacío, aunque sus efectos no fuesen inmediatos a despecho de la intención de las partes.

B) En *tiempo de Justiniano*, según ALVAREZ SUÁREZ (*loc. cit.*, págs. 49 y ss.), una constitución del año 530 (Cod. VIII-LIV, 35, § 5.^o) determinó que el acuerdo de las dos partes, cualesquiera que fuesen sus términos, y aun no habiendo cristalizado en una estipulación, tuviera eficacia para producir acción en beneficio del donatario. De este modo, a su juicio, la donación se convirtió en un pacto legítimo al que podía ir unido un acuerdo de restitución para el supuesto de que el donante sobreviviera al donatario. Este pacto de restitución funcionaría como condición resolutoria y la *traditio* realizada como consecuencia del pacto legítimo de donación tendría virtualidad traslativa inmediata. El donatario recibiría la propiedad de la cosa donada afectada por la condición resolutoria de la premoriencia del donatario. Con este criterio quiere explicar URCISINO ALVAREZ el supuesto del § 9, frag. 11 de ULPIANO (Digesto XXIV-I), estimando el caso exclusivamente planteado en Derecho Justiniano, y como interpolación bizantina el inciso comprendido entre las palabras *Piane* y el final del párrafo. Pero es lo cierto que este mismo inciso habla de que *retro agi donationem*. Efecto que parece incompatible con una inmediata transmisión de la cosa donada, y que se conjuga mejor con la afirmación con que concluye el versículo anterior: *nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae temporis malueris fut.*

Por eso, faltando un texto en que apoyar con cierta solidez la tesis del sabio romanista español, parece más aceptable la opinión de quienes estiman que en Derecho justiniano continuó la suspensión de los efectos traslativos de la donación *mortis causa*, de tipo resolutorio entre cónyuges hasta tanto no

mosa *Oratio de Severo* y Antonino admitió la confirmación de dichas donaciones si el donante fallecía en vida del donatario y sin haberse arrepentido de su donación. Así nos los narran el propio Antonino (*Codex V-XVI*, 3), y Ulpiano (*Dig. XXIV-I*, 32). Este criterio destaca en otros textos, y la ley 25, *Codex V-XVI* de Justiniano lo ratifica *ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus*. También se aplicó a las donaciones hechas entre suegro y yerno o nuera y entre consuegros (236).

falleciese el donante. La innovación justiniana debió consistir en los efectos retroactivos concedidos a la donación una vez llegado el evento de premorir el donante sin haber revocado la donación.

SAVIGNY (*op. y vol. cits.*, § CLXX, pág. 168) estimó que esa retroactividad se daba ya en Derecho clásico, apoyándose en un texto de ULPIANO, *Digesto XXIV-I*, II, § 1.^o, y otro de PAPINIANO, *Dig. XXXIX-VI*, 40. Por el contrario, ARU (*loc. ulti. cit.*), más modernamente, ha estimado que dicho efecto fué atribuido por los compiladores bizantinos que realizaron las correspondientes interpolaciones en los textos clásicos. BIONDI (*nota ulti. cit.*) cree, en cambio, que la imputación de interpolación tampoco resuelve la cuestión, ya que ni siquiera con relación al Derecho justiniano es admisible que los efectos de la donación puedan retrotraerse a un momento del matrimonio, ni la tendencia justiniana a la retroactividad o aquella cierta laxitud en la aplicación de la prohibición, que incluso se nota en el período clásico, puede justificar ese resultado tan desorbitado. Por eso, cree que el aludido texto de PAPINIANO, en su encuadramiento originario, no tenía conexión con la prohibición de las donaciones durante el matrimonio.

(235) En cuanto a su origen, se discute si fué consuetudinario—*Moribus apud nos receptionem est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*, dijo ULPIANO (*Dig. XXIV-I*, § 1.^o)—o legal, y, en este caso, si fué creación de la *Lex Iulia et Papia* o de otra disposición (Ver ASCOLI, *Trattato della donazioni*, Florencia, 1898, § 38, págs. 497 y ss., y 2.^a ed., § 47, Milán, 1935, páginas 455 y ss.; LAURIA, *Il dirietto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, Padova, 1938, vol. II, págs. 513 y ss.; ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938, núms. 4 a 24, páginas 6 a 35, y BIONDI, *op. cit.*, núm. 12, págs. 649 y ss.).

Respecto a los motivos de la prohibición, se señalan: la explicación de ULPIANO (*Dig. XXIV-I*, § 1.^o), *ne mutuo amore invicem spoliarentur*; la de PAULO (fr. 2, h. t.), *ne casset eis studium liberos potius educendi*; PAPINIANO habla de *veniale concordium* (*Dig. XXIII-IV*, 27); *ne concordia pretio conciliari videretur*, expresa la *Oratio de Caracalla* (según cita de ULPIANO, *Digesto XXIV-I*, § 3.^o, pr.). ALIBRANDI (*Richerche sull'origine del dirietto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi e documenti di «Storia e Diritto»*, año XIII, 1892, págs. 65 y ss., y *Opera giuridiche e storiche*, vol. I pág. 69 y siguientes, Roma, 1896; citas de ASCOLI, que se adhirió a su tesis, *op. cit.*, págs. 502 y ss.) ha opinado que inicialmente las donaciones entre cónyuges no fueron válidas por la situación *loco filiae mariti*, en que la mujer se hallaba en el matrimonio *cum manu*; caído este en desuso, la ley Cincia estableció la plena validez de estas donaciones (*Frag. Vaticano*, 302), pero la *Lex Iulia et Papia* restauró la prohibición con la finalidad de evitar que *in fraudem legis* se burlaran las leyes caducarias. ARANGIO RUIZ (*op. cit.*, pág. 581), modernamente ha opinado que su objeto fué impedir en el matrimonio *sine manu* que a través de donaciones pasasen los bienes de la familia agnática de un cónyuge a la del otro. BIONDI (*loc. cit.*, págs. 652 y ss.), después de examinar y criticar todos los fundamentos expresados, concluye que esta prohibición puede colocarse entre aquellos principios que sólo se mantienen vigentes por respeto a la tradición.

(236) PAPINIANO y ULPIANO señalaron como requisito para su confirmación, además de la muerte del suegro, la premoriencia a éste de su hijo, cónyuge

La trascendencia de la *Oratio* y la explicación de cómo un supuesto de nulidad absoluta pudo ser convalidado a la muerte del donante, ha dado lugar a múltiples opiniones y a un acalorado debate entre los romanistas más ilustres. En breve sistematización, trataremos de resumir tan interesante cuestión.

a) Recientemente Aru (237), con relación al régimen de la *Oratio*, ha defendido brillantemente que Severo y Antonino solamente dotaron al donatario de una *exceptio dolí*, que paralizaba la eficacia de la reivindicación de los herederos del donante, y de la acción Publiciana. Es decir, que frente a la nulidad civil total y absoluta y no convalidable, se aplicó un remedio pretorio que prácticamente sólo actuaba enervando la actuación civilmente correcta del heredero, por considerar que moralmente *durum et avarum esse*.

Según Betti (238), la *confirmatio donationis* consistía en conferir la propiedad pretoria de la cosa donada, colocando al donatario en situación de defenderse mediante la *exceptio* (o la *replicatio*) *doli* contra la *reivindicatio* o la *exceptio legis Cinciae* ejercitada por el heredero del donante.

Biondi (239), ha rechazado estas tesis por juzgarlas faltas de base. En efecto ninguno de estos medios es mencionado en texto alguno. Por otra parte, la Constitución de Diocleciano y Maximino (Codex V-XVI, 18), expresamente habla de la convalidación del *dominium*.

b) No han faltado, tampoco, quienes han afirmado que el régimen romano desembocó en la cancelación del régimen de nulidad absoluta de las donaciones (240). El propio Aru cree que, al abolirse la ley *Cincia* y fusionarse el *Ius civile* y el *Ius pretorium*, desapareció por obra de Justiniano el régimen de nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, sometidas en adelante en un régimen de *anulabilidad*.

Los argumentos en pro de esta tesis, que aduce Aru, son en esencia los siguientes: 1.º) La Constitución de Justiniano del año 528 (Codex V-XVI, 25), no invoca siquiera la *Oratio*, haciendo derivar la confirmación directamente del *silentium donatoris*. 2.º) La *ratihabitio retroactiva*, que se admite en esta constitución

de la donataria (Dig. XXIV-I, 32, § 16). La donación de nuera a suegro, premuriendo éste, podía sostenerse si el marido era su heredero único, entendiendo entonces pendiente de la sobrevivencia de éste a su esposa (*frag. sit.*, § 18).

(237) *Op. cit.*, núm. 325 y ss., págs. 336 y ss.

(238) *Instituzioni di Diritto romano*, vol. I, 2.^a ed., Padova, 1942, § 67, nota 38, pág. 187.

(239) *Op. cit.*, núm. 16, pág. 668, nota primera.

(240) DEL MEDIO (*Per la storia delle donazioni fra coniugi in Diritto romano*, en "Riv. Ital. por la Scienza Giurídica", XXIII, 1902, págs. 519 y siguiente, e *Intorno al diritto di donare fra coniugi nel Diritto romano*, Módena, 1902—citas de ARU—) ha sido posiblemente uno de los más decididos defensores de esta tesis.

y en la Novela CLXII, demuestra, a su juicio que el acto inicial no pudo concebirse como totalmente nulo. 3.^o) La aplicación de las palabras *revocare y extingere* a las donaciones entre cónyuges supone su validez inicial.

Por esto, concluye que la donación de un cónyuge al otro en el Derecho Justiniano fué un negocio *anulable con eficacia mortis causa*. Es decir, sin eficacia inmediata, cuya impugnación o revocación era facultad personalísima del donante. La muerte de éste coincidía con la convalecencia de la donación y la confirmación se realizaba tácitamente. Referida a un negocio anulable, destruía el vicio inicial y por consiguiente actuaba retroactivamente.

La tesis de Arú presenta, no obstante, evidentes puntos débiles. En primer lugar, queda sin justificar porque los copiladores bizantinos dejaron en el Corpus, sin suprimirlas ni interpolarlas, afirmaciones que siguen la pauta de la expresión de la Oratio *nihil actum est donatione* y tan rotundas como el *non valeret* de Diocleciano en la Constitución 18 (Codex V-XVI) y el *nihil valevit traditio* de Marcelo (Dig. XXIV-I, 49).

Además, especialmente, es de notar que el cónyuge donante no necesitaba recurrir al ejercicio procesal de acción o excepción alguna para lograr la anulación de la donación, al contrario de lo que es característico de la anulabilidad. Directa o indirectamente—a través de un acto dispositivo a favor de otra persona—puede el donante dejar sin efecto alguno a la donación, sin necesidad de impugnarla. Y, sin que el donante excepcione contra los herederos del donatario, la premoriencia de éste imposibilita irremediablemente su confirmación.

Por otra parte, el primer argumento transcritto no puede llevar a consecuencia alguna, como no sea la interpretación de la expresión de la Oratio, *si in eadem voluntate donator permaniserit*, mediante las palabras de Justiniano, *per silentium donatoris vel donatricis* (241). Las demás razones, pueden esgrimirse, igualmente o tal vez con más razón, a favor de la tesis de la conversión de la donación entre cónyuges en donación *mortis causa*.

c) Otros autores de la talla de Winscheid (242), Bonfante (243), Sicialoja (244), y Girard (245), entre otros, han sostenido

(241) Así lo entiende ASCOLI (op. cit., 1.^a ed., págs. 514 y ss., y 2.^a edición, págs. 466 y ss.

(242) *Diritto delle Pandette* (trad. italiana, anotada por FADDA y BENSA, Turín, 1930), vol. I, § 83, págs. 275 y ss.

(243) *Instituciones... cit.*, § 33, pág. 99.

(244) Op. cit., núm. 57, págs. 203 y ss. Véase la nota (1) de la página 204, añadida por MAPEI y NANINI.

(245) Op. cit. III-VI, cap. I, 2.^a, núm. 2, pág. 1001: *La Oratio Antonini*, en verdad, no suprimió la nulidad de las donaciones entre esposos, pero decidió que se volviesen válidas (*conversentia*) si el cónyuge donante moría dentro del matrimonio sin haber cambiado de voluntad. En la nota (5) añade que es el sistema inverso del Código civil francés (art. 1.906) donde la disposición entre esposos es válida, pero revocable.

la posibilidad de confirmación de negocios jurídicos totalmente nulos. Especialmente se apoyan en la citada Constitución 25 h. t., de Justitiano, y en la retroactividad reconocida en ella. De ahí deducen «que vale como confirmación y no como conclusión de un nuevo negocio jurídico» y que «no obstante, encontrarse de hecho contenida la voluntad productora de los efectos jurídicos en el acto confirmatorio, al carecer la precedente de efectos, estos se producen en lo sucesivo como si el negocio jurídico hubiese sido válido desde el comienzo».

Pero, aparte de que la retroactividad fué al parecer una innovación Justinianea, la solución de admitir la confirmación o convalidación de un acto nulo totalmente, contrariando así los más elementales principios dogmáticos, sólo debe aceptarse, a juicio nuestro, como un último recurso para el caso de que no sea posible hallar otra solución más lógica y técnica.

d) D'Ancona, en sus contranotas a Glüeck (246), sitúa entre el negocio nulo y el anulable una tercera categoría: el *negotium imperfectum*. Supone éste, una especie de invalidez que no excluye la existencia del negocio; pero que paraliza la realización de sus efectos jurídicos en tanto se haya verificado un evento futuro e incierto, que él califica como *condicio iuris*.

Claro, que con esta construcción, aplicada a las donaciones entre cónyuges, llegamos al resultado de que éstas quedan pendientes de la muerte del donante. Su eficacia depende de este evento como en las donaciones *mortis causa*. Es decir, la ley les añade la misma condición que en las donaciones *mortis causa* resulta de la explícita voluntad del donante. De este modo, agotando sus conclusiones y corrigiendo algunas de las premisas dogmáticas de D'Ancona con los resultados obtenidos al estudiar la donación, llegamos a comprobar que se produce una conversión legal en donaciones *mortis causa* de las que marido y mujer pretendieron otorgarse *inter vivos*. Es decir, derivamos a otra tesis, que luego analizaremos.

e) Glüeck (247), Bremer (248) y Schupfer (249), estimaron que la donación entre cónyuges no revocada por el donante, se convalidaba a favor del donatario al fallecer aquél, como *disposición testamentaria*. El texto de la *Oratio*, según refiere el Digesto, en los §§ 1.^º y 3.^º del frag. 32 h. t., parece apoyar esta tesis: *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est* (§ 1.^º), *quamadmodum circa fideicomissa solemus, vel legatis..., ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum* (§ 3.^º).

(246) *Comentario alle Pandette*, Milán, 1889-95, vol. XXIV, págs. 129 y ss. (cita de ARU).

(247) *Op. cit.* XXIV-I, § 1.254 (cita de ASCOLI).

(248) *Shenkungen unter Ehegatten*, en «Archiv. für die civilistische Praxis», vol. LI, págs. 202 y ss. (cita de ASCOLI).

(249) *La famiglia secondo il Diritto romano* (Padova, 1876), págs. 421 y siguientes (citado por ARU).

También se aduce la Constitución de Diocleciano y Maximino del año 290 (Codex VI-L, 12): «*In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis iuris placitis comprehensum est*».

Pero, en contra, observó Ascoli (250), que el mismo Justiniano, a quien atribuye la interpolación de las palabras *quasi testamento sit confirmatum*, de hecho negó toda paridad de las donaciones entre cónyuges con las disposiciones testamentarias al admitir la retroactividad de aquellas. Y Biondi (251), a la citada expresión *fideicommissi partibus funguntur*, opone el texto de otra Constitución de los propios Emperadores Diocleciano y Maximino (Codex V-XVI, 15), que precisamente en un supuesto de confirmación de la donación en testamento, decide *non fideicommissum relictum* (252).

Lauria (253), más recientemente, ha vuelto a insistir, en cierto modo, en la tesis de que nos ocupamos. «Caracalla—explica—sanctionó probablemente el uso de confirmar, con disposiciones de última voluntad, las donaciones prohibidas, en beneficio del cónyuge donatario sobreviviente, pero llegó más allá, porque presumió la confirmación tácita cuanto faltaba la expresa».

No obstante, la validez de la donación en los casos de conmociencia—de que luego trataremos—y la retroactividad, atribuida por Justiniano a esta confirmación, nos demuestran que la eficacia de aquella no coincidía con la que hubiera tenido en caso de valer solamente como disposición testamentaria.

f) Savigny (254), afirmó que en el régimen del Senadoconsulto del año 206, a pesar de mantenerse la nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, «se supone que el donante ha querido hacer una *mortis causa donatio*, es decir, en la previsión de su muerte durante el matrimonio, donación que era permitida antiguamente entre esposos, pero que no era definitiva hasta el momento de la muerte, de modo que se aplicaba esta misma regla a las donaciones entre esposos hechas sin mención de la causa de muerte, siempre que el donante muriese durante el matrimonio sin haber cambiado de voluntad».

En esta tesis abundaron varios autores como Mandry (255) y

(250) *Op. cit.*, 1.^a ed., nota 3.^a de la pág. 519, y 2.^a ed., pág. 471, nota primera.

(251) *Op. cit.*, § 16, pág. 668.

(252) He aquí, traducido, el último apartado de esta Constitución: «Así, pues, como habiendo leído el testamento, hemos observado que tu marido te conservó el dominio en virtud de la precedente donación y que proveyó a tu seguridad para obtener la propiedad, el enunciado de las palabras indicadas muestra, *no que te dejo un fideicomiso*, sino que al tiempo de la muerte se te aplicó en virtud de la autoridad del Senadoconsulto una liberalidad de tu marido, por cuya seguridad miró aún al morir en cuanto pudo afirmar el dominio.»

(253) *Loc. cit.*, págs. 556 y ss., letra a.

(254) *Op. y vol. cits.*, § CLXIV, pág. 123.

(255) *Das gemeine Familiengüterrecht* (Tubinga, 1871), pág. 277, núm. 8 (citada por AXU).

Glasson (256). Más tarde, Dumont (257), afirmó que los comentaristas y la jurisprudencia reconocieron, «al parecer, una extensión de las reglas ya aplicadas a las donaciones *mortis causa* entre esposos, tanto en cuanto a los requisitos de esta *convalescentia*, como a sus consecuencias». Pero pocas páginas después (258), recogiendo velas, observó que: «La *convalescentia* de una donación entre esposos, en virtud del Senado consulto del 206, produce consecuencias parecidas a aquéllas de la convalidación de una donación *mortis causa* o de la confirmación testamentaria de una liberalidad ordinaria, pero, no obstante, conserva un carácter propio». En la siguiente página añadió que: «No parece, no obstante, que haya habido una asimilación perfecta de la *convalescentia* de una donación por efecto del S. C. del 206, a su confirmación testamentaria, o a la no revocación de una donación *mortis causa*». Concluyendo, por fin, que no se puede decir, «que después del 206 las donaciones entre esposos hayan sido consideradas *mortis causa*» (259).

(256) *Etude sur les donations a cause de mort* (París, 1870), págs. 101 y siguientes.

(257) *Les donations entre epoux en Droit Romain* (París, 1928), página 245.

(258) Pág. 258.

(259) Págs. 259 y ss. Los argumentos de DUMONT para explicar esa identificación no tienen excesiva fuerza a efectos de excluir la conversión como posible explicación de la *convalescentia* de que nos ocupamos.

a) En primer lugar, cita un fragmento de PAULO (Dig. XXI-único, 68). Resolvía éste que no se comprendían en el fideicomiso las cosas que en vida dió el marido a la mujer por donación, porque debían reputarse fuera de la categoría de bienes del difunto, y que ella los habría de tener aun siendo otro el heredero, sin perjuicio de reconocer (en el último inciso) que el marido puede encomendar especialmente a la fe de la mujer, que también las restituía.

Ciertamente, este texto nos demuestra que lo donado por el marido a la mujer queda fuera de la herencia. Pero, precisamente en esto, coincide con el régimen de la donación *mortis causa*.

No olvidemos tampoco que, en principio, sólo lo recibido por herencia se entiende comprendido en el fideicomiso universal (Dig. XXXVI-I, 18, § 3, y § 4).

ARC (*op. cit.*, núm. 271, pág. 227, nota 1.^a), comenta así el referido texto: «Tratándose de una *questio* debemos pensar que el caso referido por PAULO fué discutido por la jurisprudencia clásica. La solución es presentada por PAULO como absolutamente personal (*respondi...*). La frase *plane-fin* es casi con seguridad un añadido de los compiladores. El valor de ésta es meramente formal, pues es claro que si en fideicomiso, posterior a la donación, el testador impone a su mujer la restitución de la cosa donada, tal voluntad debía acatarse y, por otra parte, no significaba si no que la *suprema voluntas* del donante fué la de revocar la donación, transformándola en fideicomiso a favor de terceros».

b) La subsistencia de la práctica de confirmar en testamento o por fideicomiso las donaciones entre esposos es alegada como segundo argumento. Esta práctica se ve ratificada en dos constituciones de DIOCLECIANO. La Const. 14 (Codex V-XVI) nos explica que tal declaración de última voluntad puede expresar simplemente la intención del donante en el momento de redactar su testamento, o bien la de transformar en legado o fideicomiso la liberalidad

Reciente, Arangio Ruiz (260), ha explicado, que: «El contraste en que se encuentra esta convalecencia con el principio de la nulidad absoluta, ha dado no poco que discurrir a los intérpretes; pero la tentativa de eliminar el conflicto rechazando la nulidad

dirigida a su consorte. Y la Const. 12 (Dig. VI-I.), a través de la cual cree entrever DUMONT que la aplicación de la Falcidía a las donaciones entre esposos fué resuelta no sin dejar de producir discusiones.

El primero de los textos citados demuestra palpablemente que la *convalescentia* no convertía las donaciones entre cónyuges en disposiciones testamentarias. En cambio, no arguye en pro ni en contra de su conversión en donaciones *mortis causa*.

La declaración testamentaria de la intención del cónyuge donante de que la donación que hizo a su consorte sea válida pudo ser útil, incluso a los meros efectos de constatar la certeza de la donación, su no revocación, o la intención del donante posterior a la revocación de que fuese válida la donación. No olvidemos que en caso de desistir el donante de su arrepentimiento la donación se confirmaba (ULPIANO, Dig. XXIV-I, 32 §§ 3 y 4).

Después de la Constitución de JUSTINTANO del 528 (Codex V-XVI, 25) la confirmación en testamento fué útil en cuanto sirvió para excusar la insinuación de las donaciones entre esposos así confirmadas, aun cuando entonces sólo valiesen como verdaderos legados, sin efecto retroactivo.

FERNÁNDEZ DE RETES (*Opusculorum adi*—Salmanticae, 1658—lib. VIII, capítulo últ., pág. 358), refiriéndose a la confirmación testamentaria de las donaciones entre cónyuges, dice: «Olim (antes de la *Oratio*) necessaria, quia necessaria erat expressio voluntatis ad confirmandum donationem, hodie (después de la *Oratio*) utilis, quia si sufficit tacita confirmation, utilior erit expresa.»

Ello, a pesar de que *ergo concurrunt duae causae lucrativae, nam ubi valet donatio, non valet legatum; ubi non valet ab initio donatio valet legatum*.

c) En fin, especialmente invoca un texto de MARCELO (*Reglas*, lib. V) que recoge el Digesto en su lib. XXXIX, título VI, ley 27. Es el famoso fragmento que estudia la donación por causa de muerte dispuesta de modo que en ningún caso sea revocada. MARCELO dictaminó que «hay más bien una causa de donar que una donación por causa de muerte, y, por lo tanto, debe ser considerada lo mismo que otra cualquiera donación entre vivos; y por esto no es válida entre marido y mujer, y por ella tampoco tiene lugar la Falcidía como en la donación por causa de muerte».

DUMONT (nota 2, pág. 260) reconoce que la última frase *et ideo nec Falcidio locum habet...* no concierne más que a las donaciones entre extraños, a las cuales se aplica la expresión general *alia quaevit inter vivos donatio*. «La repetición de *et ideo*, así como el escaso interés de este pasaje final, permite suponer, por otra parte—añade—, que ha sido añadido como una glosa al texto primitivo» (en apoyo cita a SENN, *Les donation a causa de mort*, págs. 133-4).

Claro que las glosas pudieron comenzar, si no en el primer *et ideo*, en *ideoque*. Notemos, además, que el inciso *ideo quo inter viros et uxores non valet* aparece intercalado como cuerpo extraño entre dos incisos relacionados entre sí por referirse a las demás donaciones entre vivos *et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevit inter vivos donatio* y *et ideo nec Falcidio locum habet quasi in mortis causa donatione*.

De cualquier modo, el argumento del texto, orientado en el sentido de que la donación entre cónyuges dispuesta por causa de muerte con el pacto *ut nullo casu revocetur* debía considerarse como cualquier donación *inter vivos*, y, por lo tanto, no era válida entre marido y mujer, tampoco nos lleva a la conclusión de que su *convalescentia* no la confirmase como si hubiera sido verdaderamente una donación *mortis causa*.

El sentido del texto parece ser otro. El problema central que plantea es si la donación por causa de muerte, dispuesta de modo que en ningún caso pudiese ser revocada, es verdaderamente una *donatio mortis causa* o bien debe

ha fallado completamente y más bien es de creer que los antiguos habrían concebido hábilmente la donación no revocada en vida, como tácitamente renovada *mortis causa*».

Los principales textos que se han esgrimido para defender esta concepción son los §§ 7 y 8 de frag. 32 (Dig. XXIV-I). De ellos el § 8.º, es especialmente interesante al explicar su solución en su último versículo: *nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.* (261). También se invocan los frags. Vaticanos 274 y 294. Este último recoge un texto de Papiniano, que dice: «*Quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non oportere maximi principes nostri suaserunt et ite Senatus censuit.*» De lo que dedujo Savigny que la donación entre cónyuges era solamente válida por asimilación a la donación *mortis causa*.

Fadda (262), a quien secundó Ascoli (263), criticó esta tesis, oponiendo estas dos objeciones:

a) Que las donaciones *mortis causa* sólo eran válidas entre cónyuges cuando debían tener lugar después de la muerte del donante. En cambio, las *inter vivos*, a la muerte del cónyuge donante se entendían válidas desde su conclusión. Resultado que, posteriormente, fué extendido a las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio.

b) Que faltaba a las donaciones *inter vivos* otorgadas entre

entenderse válida *inter vivos*. MARCELO lo resuelve en este último sentido, y por ello advierte que, no obstante, si se otorgó entre cónyuges no será nula, y que, por lo tanto, será una donación *inter vivos* nula como tal. Pero nada más añade, ni al parecer se prentendió decir. Su fin no parece haber sido el distinguir la donación entre cónyuges de la *mortis causa donatio* normal.

Las prolijas consecuencias que deduce del pacto de no revocar no deben desorientarnos en este respecto.

Combinando este texto con la doctrina de la *Oratio*, sólo llegamos a esta conclusión en cuanto al corolario relativo a las donaciones entre cónyuges: La donación por causa de muerte irrevocable en todo caso es, en realidad, una donación *inter vivos*. Pero, si es otorgada entre cónyuges es nula en este concepto. Mas en virtud de la *Oratio Antonini*, es confirmable por muerte del donante no arrepentido de haberla otorgado. Si así ocurre, valdrá... ¿como donación *mortis causa*? El frag. 27 no entra en esta cuestión por la sencilla razón de que no la plantea. Se contenta con decir que como donación *inter vivos*, *inter viros et uxores non valet*. Lo demás ya es problema de interpretación de la *Oratio*, no del frag. 27. Pretender otra cosa equivaldría a sacar este texto fuera de sus madres, a hacerle decir más de lo que pretendió expresar.

(260) *Instituzioni di Diritto romano* (Nápoles, 1943), págs. 581 (*in fine*) y siguientes.

(261) Según ARU, este inciso—*nam* al fin—fué interpolado por los compiladores justinianos.

(262) *Nota a una sentenza della Corte d'appellazione di Génova 21 decembre 1882, en Foro Italiano*, XVIII, 1853, I, pág. 262 y ss. (cita de ASCOLI).

(263) Op. cit., 1.ª ed., § 38, pág. 519. En la 2.ª ed. (§ 47, pág. 470) su afirmación parece menos rotunda, aunque se inclina por mantener el primero de sus argumentos.

cónyuges la específica intención inicial característica de las donaciones *mortis causa*.

Aru (264) ha rechazado el primero de los argumentos de Fadda y Ascoli. A su juicio, según antes expusimos, la retroactividad fué creación justiniana. Tanto respecto a las donaciones entre cónyuges como para las *mortis causa* otorgadas entre extraños. Fué un fenómeno cronológicamente correlativo.

En cambio, acepta y hace suya la segunda objeción. Reconoce que en Derecho justiniano hubo, ciertamente, aproximación entre las donaciones entre cónyuges y las *mortis causa*, pero no ficción de que aquéllas valieran en este segundo concepto.

Pero, esta opinión, parte de un punto de vista que nos parece inexacto. A nuestro parecer, no se trata de fingir que la donación entre esposos fué otorgada *mortis causa*, sino de atribuirle la misma eficacia que si se hubiera otorgado de este modo. No hay *ficción*, sino *conversión*. Y la conversión, como veremos, no exige una expresa intención inicial de las partes dirigida al negocio convertido, ni la ficción de que la habrían tenido en caso de conocer la nulidad del primer negocio. Basta que el resultado empírico de aquél se halle totalmente comprendido en el negocio realmente querido por las partes, pero juridicamente inválido.

Por otra parte, aunque falta en el Corpus un texto que de modo rotundo proclame la validez como donaciones *mortis causa* de las que los cónyuges se otorgaran *inter vivos*, en cambio su simétrica regulación nos demuestra concluyentemente que fué éste el resultado a que se llegó con el régimen del Senadoconsulto. Las donaciones entre cónyuges no producían los efectos de las donaciones *inter vivos*, eran totalmente nulas como tales; pero, en cambio, producían idénticos efectos que las ordenadas *mortis causa*. Valían en este concepto, sin ficción alguna, por conversión legal y jurisprudencialmente reglada.

En efecto, podemos comprobar esa identificación:

1.º En el requisito del *perseverare* o *perseverantia voluntates* del donante, y en la posibilidad de *revocare* o *poenitentia* por parte del mismo, hablándose de *suprema voluntas* del cónyuge donante y repitiéndose el principio de que «*sit ambulatoria voluntas usque ad vitae, supremum exitum*» (fr. 32, § 3, Dig. h. t.) (265).

2.º En el requisito de no sobrevivir el donante al donata-

(264) Op. cit., núm. 351, pág. 365.

(265) La revocación podía verificarse en forma expresa o tácita. Táctimamente se entendía revocada, en caso de que el donante vendiera, permutara, legara o donase la misma cosa a otra persona (Dig. XXIV-I, 32, § 15, Cód. V-XVI 12), o si se producía la separación de los cónyuges, a no ser que se hubiera hecho con mutuo consentimiento y beneplácito (Dig. XXIV-I, ley 11, § 10 y ley 32, § 10 y Cód. V-XVI, 18). La pignoración de la cosa donada fué examinada en el § 5 del repetido frag. 32 Dig. h. t., en la Constit. 12, Cód. h. t. y resuelta, finalmente, en la Nov. CLXI, por JUSTINIANO, en el sentido de que en ningún caso excluyera la convalidación.

rio (266), de modo que incluso en caso de conmoriencia la donación era válida (267).

3.^o Por el automatismo de la adquisición del dominio en el momento de fallecer el donatario en las donaciones de tipo suspensivo (268).

4.^o Aunque en las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio el donatario adquiere inmediatamente la propiedad de la cosa donada, si bien sometida a revocación por arrepentimiento o pre-moriencia del donante, y, en cambio, en la donación *inter vivos* entre cónyuges esta adquisición queda aplazada al tiempo de morir el donante, es lo cierto que esto mismo ocurre en aquellas donaciones *mortis causa* otorgadas entre cónyuges. Se trata de una consecuencia de la prohibición de donarse *durante* el matrimonio. Pero es de notar que la retroactividad, con respecto a la percepción de frutos, de la donación entre cónyuges, una vez perfeccionada ésta, la equilibraba *a posteriori*, en su resultado práctico, con la normal eficacia inmediata de la donación *mortis causa* ordinaria de tipo resolutorio (269).

5.^o A unas y otras donaciones (*mortis causa* y entre cónyuges) era aplicable la Falcidia (270).

6.^o El problema de la extensión, o no, de la confirmación a las donaciones *in promitendo* (271) no afecta a la tesis que de-

(266) Dig. XXIV-I, fr. 32, § 14 (ULPIANO, lib. XXXIII ad Sabinum) y XXXIV-V, 8 (PAULO, Sent. lib. II) y Cód. V-XVI, 18.

(267) Pág. 248 y ss.

(268) Como dijo ULPIANO en el § 1.^o de citado fragmento 32 h. t.: «ut et ipso inter res fiant eius, cui donatae sunt».

(269) Codex V-XVI, 25.

(270) ULPIANO, Dig. h. t., 32, § 1: «de Falcidia, ubi possit locum habere».

(271) Vieja es la polémica suscitada en torno a esta cuestión. Base de ella son tres fragmentos de ULPIANO, recogidos en el Libro XXIV, tit. I del Digesto. En el 23 alude, aprobadola, a la opinión de PAPINTIANO de que la Oración del Divino Severo «ad rerum donationem pertinere», no siendo aplicable su confirmación «enique si stipulanti spondisset uxori sua». En cambio, en el § 1.^o del 32 dice comprender «ad omnes donationes inter virum et uxorem factas». Y, en el § 23 del mismo frag. 32, después de aceptar la confirmación de las donaciones liberatorias, concluye que «et generaliter universae donationes, quas impeditri diximus, ex Oratione valebunt». La antinomia, por lo menos aparente, entre textos ha dado lugar a varias hipótesis:

VINIO (*Selectarum Iuris Quaestionum*—ed. novissima, Lugduni, 1755—, Lib. II, cap. XV, pág. 131 y s.) y POTIER (op. cit., vol. IX, núm. LXXIII, pág. 139), siguiendo la común opinión de la glosa, entendieron que la Oratio sólo se aplicó a las donaciones reales.

FABRO (*Coniecturae*, II, 8—cita de SAVIGNY—), en cambio, opinó que ULPIANO discrepaba de la interpretación de PAPINTIANO. En el inciso «Papinianus recte putabat», del fr. 23, estimó que estaba interpolada la palabra *recte*.

SAVIGNY (op. y vol. cits., § CLXIV, pág. 129 y s.) cree que la aprobación de ULPIANO, con la palabra *recte*, se refiere exclusivamente a la primera opinión de PAPINTIANO, expuesta en este texto, pero no a la segunda.

Otros autores han querido descubrir la existencia de dos Senadoconsultos. El primero debido a Septimio Severo, más restringido, es el aludido por PAPINTIANO; el segundo, de ANTONIO CARACALLA, que extendió la convalidación, fué el interpretado por ULPIANO. Esta explicación, que se halla ya en la glosa, fué

fendemos. Pues, aunque se rechace la confirmación de estas donaciones podríamos concluir que sólo las donaciones *inter vivos* traditorias se podrán convertir, entre cónyuges, en donaciones *mortis causa*. Igualmente, podemos decir respecto al requisito de la insinuación (272).

2. El problema en el Derecho histórico de Castilla.

La nulidad de las donaciones *inter vivos* de un cónyuge a otro

aceptada por PUCHTA (Rhein Museum, VI, pág. 383, cita de SAVIGNY) y rechazada por SAVIGNY (loc. últ. cit. pág. 129).

BRENNER (op. cit., pág. 175 y ss.—cita de ASCOLI—), ASCOLI (op. cit., 1.^a edición, pág. 515 y ss., y 2.^a ed., pág. 469 y s.) y BONFANTE (*Corsso di Diritto Romano*, vol. I—Roma, 1925—, pág. 223) han estimado que ULPIANO siguió el criterio de PAPINIANO, aplicando la *Oratio* tan sólo a las donaciones reales. Pero que posteriormente, aun en el periodo clásico, se extendió la *confirmatio* a las donaciones promisorias cumplidas en vida del donante. No a las meramente estipuladas, pues era obstáculo para ello el principio de que «*obligatio ab herede incipere non potest*». Los bizantinos la extendieron a toda donación. Obra suya, además de la Novela CLXII (no glosada y por tanto sin fuerza de ley en Derecho común), fueron las consiguientes interpolaciones de textos del Digesto.

Opinión semejante han seguido otros autores como DEL MEDIO, DUMONT, ARU, etc.

DEL MEDIO (op. cit., pág. 121—cita de ARU) aprecia una evolución en el pensamiento de ULPIANO, que a compás de un cambio jurisprudencial aplicó la *Oratio* a la *acceptatio* y a la *stipulatio anni*. Siendo justiniana la general aplicación a las donaciones promisorias.

DUMONT (op. cit., pág. 253 y ss.) estima clásica la extensión a la *stipulatio anni*, en virtud de su indivisibilidad siempre y cuando se hubiera pagado algún *annum*.

ARU (op. cit., núm. 267 pág. 272 y ss., y núm. 315, pág. 322) cree que la convalización *ex Oratione Severi* requería una relación de hecho entre la *donatio* y la cosa, por lo cual sólo se aplicó a las donaciones reales. La jurisprudencia la desarrolló aplicándola a las donaciones liberatorias y a la *stipulatio anni*, pero solamente con respecto a las anualidades satisfechas. JUSTINIANO la aplicó a cualquier donación promatoria.

LAURIA (op. cit., VII, pág. 553 y ss.), en su idea de la doble *Oratio*, opina que: a) Septimio Severo en una *Oratio*, anterior al año 206, confirmó únicamente las donaciones *quae nomine uxoris a viro compratae sunt*, cuando el marido donaba a la mujer el precio de la compra o directamente compraba a nombre de ella. b) PAPINIANO y probablemente otros juristas, entre ellos ULPIANO, interpretaron extensivamente la *Oratio* refiriéndola *ad rerum donationes*; comprendiendo todas las donaciones reales y también las donaciones de la mujer al marido. Esta extensión es a la que alude ULPIANO al expresar *sed ad omnes donationes* (nota 126). c) CARACALLA, en la *Oratio* del 206, mantuvo estas directrices. d) JUSTINIANO, en su Novela 162, c. 1, no aludió a las donaciones *in obligando*, sino que únicamente se refirió al marido que donó pero no transmitió a la mujer la cosa donada, entendiendo válida la donación aun sin dicha entrega (nota 142, pág. 557).

(272) Respecto este punto no debemos olvidar que, según mayoría de los romanistas (ver nuestro trabajo de referencia, pág. 654, letra c), en las donaciones *mortis causa* que excedieran de 500 sueldos el donante pudo optar entre insinuarlas o bien otorgarlas ante cinco testigos. Nada de particular tiene que esta simplificación formal concedida por JUSTINIANO en la Const. 4 (Codex VIII-LVII), no se extendiera a las donaciones otorgadas *inter vivos* entre cónyuges a pesar de su conversión material—pero no formal—en donaciones *mortis causa*.

y su convalidación *post mortem* se recogen también en las Partidas. La ley 4.^a, tít. XI de la Cuarta Partida, declaró que: «E porende, si las fizieren después que el matrimonio es acabado, no devén valer, si el uno se fiziere por ello más rico, e el otro más pobre; fueras ende, si aquel que fiziesse tal donación, nunca la revocasse, nin la defiziesse en su vida.»

El criterio de la absoluta ineficacia de las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio nos lo refleja Gregorio López, al glosar las palabras *non devén valer*: «En tanto no nace de ellas obligación natural siquiera» (273). Términos semejantes a los que emplea Palacios Rubios (274); «*Donatio inter cóniuges adeo prohibita est quod ex ea non oritur obligatio etiam naturalis.*»

Según Antonio Gómez (275), «*talis donatio sit ipso iure nula, et ex ea nulla oriatur actio nec obligatio.*». Explica su confirmación por muerte del donante, con esta razón: «*Quia illo tempore jam cessat illa ratio impeditiva, et unus liberé potest instituere alium, vel ei legata, et fideicomissa relinquere: ergo ex tacita voluntate videatur confirmata talis donatio, et habere vim relictii. Vere tamen et realiter est donatio, et sic species contractus..., ut talis donatio valeat et confirmetur morte, non requiritur haereditatis aditio.*» Es decir, que sólo se confirma a la muerte del donante porque tiene fuerza de cosa relictiva, pero sin dejar de ser donación ni perder su naturaleza contractual (*lato sensu*) (276).

Palacios Rubios (277) es de parecida opinión: «*Ratio potest esse (de la confirmación) quia in eadem voluntate presumitur quis esse nisi venientem ad mortem appareat contrarium voluisse.*» Por lo cual deduce que: «*Ista enim donatio inter coniuges videtur quodammodo donatio causa mortis: cum per mortem confirmetur: ut dictum est: que quidem donationes causa mortis etiam ad sui validitatem non requirunt additionem hereditatis.*»

(273) Gl. 2 a la citada ley 4: «*In tantum, quod neque ex ea oritur naturalis obligatio*» (citando, en apoyo, a BARTOLO y ALEJANDRO).

(274) *Repetitio rubricae et capítulo Per vestras, de donationibus inter vi rum et uxorem* (Lyón, 1538), § 29, núm. 1, fol. 24 vto.

(275) *Variae... II-IV*, núm. 23, pág. 253. AYLLÓN LAÍNEZ (*Additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones...*, II-IV, núm. 24, pág. 142. Ed. Venecia, 1747), también afirma, como opinión común de los autores, de los que cita una larga lista, que las donaciones entre marido y mujer *«esse nullam ipso iure»*.

(276) Frente a este texto, parece, en cierto modo, contradictoria la argumentación a que recurre para explicar la necesidad de que sean insinuadas las donaciones entre cónyuges para poder convalidarse si su valor excediera del tope al efecto fijado a las donaciones inter vivos. Dice (núm. 18, pág. 450) que esta diferencia, con relación a las *mortis causa*, puede ser (*potest esse*) por esta razón: «*quia donatio causa mortis habet vim relictii, cum ejus effectus confereratur post mortem: donatio vero, quae confirmatur, est pura, et simplex.*» Como hemos visto en el texto, en el núm. 23 dice que la donación entre cónyuges tiene *«cum relictii»*, y que *«confirmatur morte ipsius donatoris, non vero donatarii»*, con lo cual no puede ser *«pura»* ni *«simplex»*.

Ver, también, sus *Ad leges Tauri...*, Lex L, núm. 65 (pág. 489 y s.), donde parece entender que la donación entre cónyuges sólo es temporalmente nula.

(277) Op. ult. cit., § 69, núms. 1 y 3, fol. 80.

El doctor Luis de Molina (278) observa la existencia de una tercera especie diversa y distinta, así de las donaciones *inter vivos* como de los legados. Estima que está integrada por las donaciones *mortis causa*, las *inter patrem et filium in potestate* y la *inter virum et uxorem facta* (279).

El otro Luis de Molina, el jesuita, ofrece (280) esta explicación histórica a la confirmación de las donaciones entre cónyuges: «De este modo (se refiere a cómo quedaron después del Senado consulto de Antonino), tal donación se diferencia muy poco del legado y de la donación por causa de muerte, siendo lógico que, permitidos estos modos de disposición entre los cónyuges, se tolerease también aquél.» Pero, añade poco después (281), que en estas donaciones entre vivos de un cónyuge a favor de otro «se transmite el dominio de la cosa donada desde el momento de la muerte del donante, independientemente de la adición de la herencia por los herederos; ya que tales donaciones se diferencian notablemente de los legados, como ya vimos al tratar de la donación por causa de muerte».

Fernández de Retes (282) proclama: «Vir uxori aliquas res donavit constante matrimonio, donatio non valet... sed confirmatur, si donator prius decebat perseverans in eadem voluntatem... si praecedat donatarius, evanescit...». Y califica, en otro pasaje (283), a la donación celebrada *inter virum et uxorem*, entre las donaciones, *quae ex post facto confirmatur*. Es decir, en resumen, la califica como donación inválida inicialmente, que se confirma *ex post facto*, si el donante no sobrevive al donatario y muere sin haberla revocado.

(278) Op. cit., I-XII, núm. 14, pág. 118.

(279) He aquí su explicación respecto la *tertia especie* de estas últimas:

«Omnes namque donationes, quae usque ad mortem revocari possunt, morte confirmantur ultimae voluntatis naturam sequuntur, et ea quae ex similibus contractibus capiuntur, vim relictii obtinere notissimum est... Ex eo namque, quod hae donationes usque ad mortem revocari possunt, atque morte confirmantur» (núm. 10, pág. 117 y s.).

«In hac autem re observandum erit, quod quamvis ea quae ex donatione, quae confirmatur, capiuntur, habeant vim legati relictii, seu fideicommissi; non tamen illud, quod ex his contractibus capit, poterit dici vere esse legatum, seu relictum, nec fideicommissum, et per consequens, nec etiam hanc esse veram, sed propiam ultimam voluntatem; sed hujusmodi dispositiones tertiam quamdam speciem diversam ab ultima voluntate, legato, relichto, seu fideicommisso, taque contractu constituant; quae nec ultima voluntas est, quamvis ultimae voluntatis vim habeat, quoad confirmationem donationis et revocandi potestatem... quod ea quae capiuntur ex donatione revocabili, quae morte confirmatur, non dicuntur capi ex ultima voluntate, quia hae donationes, nec censentur esse donationes inter vivos, nec ultima voluntas, nec legatum, sed tertiam quamdam speciem de per se distinctam, ac separatam constituant» (núm. 12, pág. 119).

(280) Op. y vols. cits., Disp. CCLXXXIX, núm. 2, pág. 583 y s.

(281) Disp. últ. cit., núm. 9, pág. 588.

(282) Op. últ. cit., Lib. VII *Opuscularum*, cap. V, «De commorientium iure», núm. 26, pág. 275.

(283) Lib. VII *Opuscularum*, cit., cap. últ.; pág. 358.

Además de las características recogidas en las citas que anteceden—es decir, otorgamiento contractual (*lato sensus*), perseverancia en la voluntad por el donante, muerte de éste y adquisición *ipso iure* independiente de la adición—requirieron nuestros clásicos, en paridad con las donaciones *moris causa*, la premoriencia o, por lo menos, la comoriencia del donante (284) y les aplicaron la cuarta Falcidia (285).

El problema del ámbito de la aplicación de la convalidación fué interpretado restrictivamente. Sólo se admitió, en las donaciones entre cónyuges, si la cosa donada hubiese sido entregada al donatario, antes del óbito del donante, al menos por tradición fingida (286). La insinuación se consideró como requisito necesario

(284) Así expresa ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, lex L, n.º 65, página 490), siguiendo la común opinión de los autores, «ista donatio non confirmatur morte in tribus casibus. Primus est, si donator revocavit exprese. Secundus est, si revocavit tacite per aliquas probabiles et verosimiles coniecturas. Tertius est, si donatarius, qui donationes recepit prius decedat». «Si autem ambo simul decedant, puta ruina, incendio, naufragio, vel quovis alio casu fortuito, bene confirmatur».

El jesuita LUIS DE MOLINA sigue esta común opinión (Disp. últ. cit., número 11, pág. 588 y s.), aplicándola, igualmente, al caso de no constar suficientemente cuál de los cónyuges falleció primero, «y si la donación fuere reciproca, quedarán ambas confirmadas y válidas». Se fija, sobre todo, en que «según la oración del Emperador Antonino, los únicos impedimentos de la convalidación serían la revocación del donante» y «la premuerte del donatario, que no consta en el caso citado» (muerte en un mismo accidente). COVARRUBIAS (*Variarum*, lib. II, cap. VII, n.º 5, op. cit., vol. II, pág. 125 y s.), siguiendo a BARTOLO, extiende la validez a los supuestos de perecer los cónyuges en lugares distintos por causas diversas mientras no constare que el donatario hubiere fallecido antes que el donante.

FERNÁNDEZ DE RETES (*In Lib. VII Opuscotorum* cit. n.º 26, pág. 276) explica así la indicada regla de Derecho romano: «Itaque favor in eo stat, ut neminem supervixisse praesumamus, quoad sufficit ad hoc, ut substineatur donatio; quae non alias irritatur quam si donator supervivat: valevitque per consequens, si simul cum donatario decedat. Qua de causa Pauius, in d. l. 8 vers. maxime, non aliud rationem reddit quam *eo maxime quod donator non supervivat qui rem condicere possit*. Quasi apertius dicat, requiritur, ut donator supervivat, in cuius personae radicetur condictio, sive potestas condicendi rem donatam: qui cum non supervixerit, non potuit ad heredes transmittere condicionem, quae in eius persona numquam nata fuit, nec caepit competere».

Pero, en el mismo libro y capítulo (n.º 44, pág. 287) añade que en Derecho de Castilla quedó modificada la presunción de comoriencia entre marido y mujer perecidos en un mismo accidente, según la ley de 12, del título último de la Partida séptima, al declararse en ella: «Otrosi dezimos, que muriendo el marido o la mujer en alguna nave que se quebrantara en la mar, o en torre, o en casa, que se encendiesse fuego, o que se cayesse a so ora; entendemos, que la mujer, porque es flaca naturalmente, moriría primero que el varón: e tiene pro saber esto, por razón de las donaciones que el marido, e la mujer, fazen el uno al otro en su vida...»

(285) Ver LUIS DE MOLINA, el jesuita (Disp. últ. cit., n.º 10, pág. 588).

(286) Entre otros, así opinaron: GREGORIO LÓPEZ (glo, 2º, a la ley 4, h. t., donde cita a su favor las opiniones de BARTOLO, BALDO y JASON), ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, n.º 23, pág. 253, y *Ad leges Tauri...*, lex L, n.º 65, pág. 490: «Requeritur traditio vera vel ficta», citando en contra a AZÓN) y el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., n.ºs. 4 y 5, pág. 585). COVARRUBIAS

para la convalidación, en cuanto al exceso, salvo si la donación entre cónyuges fuese confirmada por un acto de última voluntad, como testamento o codicilo. En este caso valía también en cuanto al exceso, pero no en concepto de donación, sino de legado y, por ende, sin retrotraerse sus efectos al tiempo de la donación (287).

La retroacción de las donaciones entre cónyuges se limitaba, no obstante, a la adquisición de frutos. No se hacia extensiva a la adquisición del dominio, que sólo se entendía transferido al fallecer el cónyuge donante (288).

Muchos años después, poco antes del Código civil, resumía Morató (289), la doctrina vigente en Derecho castellano, concluyendo «que todas las donaciones, aun las prohibidas, se confirman con la muerte del donante, si éste no las ha revocado: *por quanto entonces adquieran el carácter de donaciones «mortis causa», por entenderse que el que las hizo persiste en su voluntad de donar en el momento de la muerte.*»

3. Concepto y requisitos de la conversión jurídica material.

A) Formuladas estas observaciones, veamos en qué consiste la conversión.

Es aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, negocio o documento, sustancial o formalmente nulos en su especie o tipo, resulta válido como acto, negocio o forma de especie o tipo distinto (290).

(*Variarum...*, lib. I, cap. VII, núms. 5 y 6, vol. últ. cit., pág. 34 y ss.), admite como tradición fingida o virtual suficiente el hecho de que el marido confiese, con ánimo de donar, haber recibido mayor dote de la que en realidad se le entregó.

(287) Ver GREGORIO LÓPEZ (Gl. 6, a las palabras «en su vida», a la ley 4, h. t.), ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, pág. 250, y *Ad leges Tauri...*, lex L, num. 56, pág. 472) y el jesuita MOLINA (op., vol. y Disp. cits., núms. 749, pág. 586 y ss.), que admiten la eficacia sin insinuación si el exceso fuese módico. El segundo autor citado señala que, entre los Doctores, BALDO admitía la confirmación de dichas donaciones aun no habiendo sido insinuadas; SALICETO y SOCCINO las reputaban no convalidables en cuantía alguna si excedían de la tasa, y ODOFREDO, ALBERICO y JUAN ANDRÉS, convalidables sólo en cuanto no excedieren de la cuantía que no requería insinuación.

(288) Ver GREGORIO LÓPEZ (gl. últ. cit.); ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 23, pág. 254: «Imo, quod retrotagit ad tempus contractus, et factae donationis: quia ita debet intelligi, quoad fructus tantum, non vero quoad ipsam donationem, rem et dominium ejus, secundum Gloss. et communiter Doctores»); LUIS DE MOLINA, el jesuita (Disp. últ. cit., núm. 8, pág. 587), etc.

(289) «El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala, por el Dr. D. DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ (Valladolid, 1868), vol. I, núm. 263, pág. 137.

(290) ENNECKERUS (op. cit., I-2.º, pág. 189; V, pág. 361), expone así este fenómeno:

«Si un negocio es nulo en el sentido que las partes se habían propuesto, pue-

De la expresada enunciación puede deducirse la existencia de dos principales categorías de conversión jurídica: la conversión material o sustancial y la conversión formal (291).

El caso más interesante que la Historia del Derecho nos ha brindado de conversión formal ha sido, sin duda, la eficacia como codicilo del testamento formalmente nulo. Esta conversión se apoyó en una cláusula expresa del testador (292).

Hoy en el Código civil se admiten concretamente algunos supuestos de conversión formal; v. gr., en los artículos 715 (testamento cerrado en ológrafo) y 1.222 (documento público en privado).

Tampoco faltan en nuestro Derecho histórico hipótesis tradicionalmente admitidas de conversión material (293). Entre las de mayor interés pueden señalarse:

a) La conversión del testamento sustancialmente nulo en co-

de, no obstante, ser mantenido como negocio distinto, si concurren todos los requisitos de éste, incluso la forma.»

CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, vol. I, 7.^a ed. Madrid, 1949, pág. 833), dice: «Hay conversión del negocio jurídico cuando un negocio nulo, en la forma o tipo en que las partes lo han encuadrado, puede ser mantenido como un negocio de tipo distinto, por contener los elementos esenciales propios de este último.»

(291) VALVERDE Y VALVERDE (*op. cit.*, vol. I, pág. 570) ignora la conversión substancial en cuanto dice: «La conversión, pues, no afecta a la substancia del negocio jurídico; el acto, aunque convertido, es siempre el mismo, puesto que la declaración de la voluntad es la misma también; la que es diversa, lo que cambia, es la forma.»

En cambio, otros autores, como STOLEI (*Diritto civile*, I-2.^o. Torino, 1931, núm. 1.062, pág. 771) y MOSCO (*La conversione del negocio giuridico*, Nápoli, 1947, núm. 70, pág. 266), creen que, en la conversión formal «no se puede propiamente hablar de conversión en cuanto siempre se trata del mismo negocio jurídico y no de un negocio jurídico nulo y otro válido». También excluye del concepto de conversión los supuestos de error de las partes en el *nomen iuris* (núm. 1.063 pág. 771).

(292) La eficacia de la cláusula codicular en supuestos de defecto de forma del testamento, se apoyó en los siguientes textos, *Codex VI-XLII*, 29 y VI-XXXVI, 8, § 1.

En cambio, la famosa ley 1 del tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá no fué considerada como suficiente apoyo, en ausencia de aquella cláusula expresa, para dar validez codicular a los testamentos defectuosos de forma, pero que reuniesen la prescrita para los codicilos (v. gr.: en el caso de que alguna mujer actuase de testigo, o en el testamento cerrado, si el número de testigos alcanzara a cinco sin llegar a siete). Así lo afirmó el jesuita LUIS DE MOLINA (*Op. cit.*, vol. I-III, Disp. CXXXII, núm. 1, pág. 334).

(293) Con respecto al Derecho romano, cita BETTI (*Institutioni di Diritto Romano*, vol. cit., § 67, nota 39, págs. 187 y ss.) los siguientes casos: la conversión impropia (sin absorción o cumulativa) de la sustitución vulgar en pupilar (Dig., XXXVIII-VI, 4, pr. 1); la confirmación del legado de propiedad inválida por el S. C. Neroniano (GAVO, II, 197); la corrección de un fideicomiso redactado en términos inexactos (Dig., XXXVI-I, 18, pr. y XXX-CXIV, 6); el tratamiento de la sustitución pupilar como si contuviere la vulgar. (CICERÓN, *Or.*, I, 39, 180).

dicilo y de la institución de heredero en fideicomiso impuesto a los herederos legales (294).

b) La validez como legado de la donación *mortis causa*, directa y de primer grado, nula por defecto de aceptación (295).

c) La conversión en legados de las donaciones *inter vivos* a

(294) Aparte del defecto de forma, la cláusula codicilar salvaba los siguientes defectos del testamento: a) Falta de institución de heredero o que este, por cualquier causa, no llegara a serlo. b) Revocación del testamento por otro posterior que ordene la subsistencia de aquél (Dig. XXVIII-III, 12, § 1.^o). c) Preterición.

Sin necesidad de expresar la cláusula codicilar en Derechos de Castilla, (Ley 1, tít. XIX, Ordenamiento de Alcalá), Barcelona (Constit. de Pedro el Ceremonioso de 14 noviembre 1339) y Tortosa (Costum 2.^o, Rubr. IV, lib. VI del *Codic de les Costums de Tortosa*) aceptaron que el testamento, ineficaz como tal, por las dos primeras razones expresadas, valiera automáticamente, cual si contuviera aquella cláusula.

Lo mismo sucedía en Barcelona y Tortosa en el caso de nulidad por preterición. Más dudosa fué la cuestión en Castilla, en este supuesto, como vamos a ver.

La institución de heredero contenida en estos testamentos valía como fideicomiso impuesto a los herederos abintestato (o en el caso b) antes citado, con cargo a los instituidos en el testamento derogatorio).

La citada ley primera, tít. XIX, Ord. de Alcalá, ordenó la validez del testamento aunque no contuviese institución de heredero o si teniéndola no aceptaba el instituido. No aludió, en cambio, al valor codicilar del testamento con vicio de preterición. No obstante, no faltó quien, como A. GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, lex XXIV, núm. 1, vers. quinto, pág. 166), pretendiese que en los testamentos cuando sólo se dispusiera a favor de descendientes, aunque faltare en ellos la cláusula codicilar expresa y sufriesen vicio de preterición, valdría la institución en cuanto al tercio y al quinto como fideicomiso impuesto a los herederos legítimos, por sobreentenderse tácitamente la cláusula codicilar en dichos testamentos a favor de descendientes (*Ad leges Tauri...*, lex 3, número 78 en rel. núm. 75, págs. 26 y 27). Y ACEVEDO (*op. cit.*, vol. III, páginas 112 y 181), glosando las leyes primera, tít. IV (gl. 152 y 153) y octava, tít. VI (gl. 4.^a) del lib. V de la *Nueva Recopilación*, planteó incluso la posibilidad de que en cuanto al quinto valiese como fideicomiso, la institución de heredero dispuesta a favor de un extraño, contenida en un testamento con vicio de preterición y sin cláusula codicilar expresa.

(295) Ver ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, vers. *Praedicta tamen*, pág. 251) y el jesuita LUIS DE MOLINA (*op. cit.*, vol. II-1, Disp. CCLXXXVII, núm. 6, págs. 549 y ss.), que afirman ser ésta la opinión BARTOLO y común entre los autores. En el citado texto de MOLINA se lee: «Cuando la donación por causa de muerte se hiciere sin aceptación, por testamento, codicilo, carta o incluso verbalmente, como quiera que no tendría el carácter de contrato, ni siquiera de nudo pacto, valdrá, no obstante, si se observa la solemnidad testifical de que luego hablaremos, no como donación por causa de muerte, sino como legado, o lo que es lo mismo, como fideicomiso particular».

En apoyo de esta conversión se alegaba:

a) El criterio que transpira la ley 2.^o, *Codex*, VI-XLIII, especialmente en sus versículos primero y últimos. «*Nos emin non verbis sed ipsis rebus leges imponimus*», concluía el propio JUSTINIANO.

b) Dos textos de PAPINIANO (Dig. XXXI-único, 75 y 77, § 26) en los que respectivamente ordenaron sendas donaciones un hermano a su hermana por carta, «*quam post mortem suam* (de él) aperiri mandavit», y una madre a un hijo, también por carta, depositada con estas instrucciones: «*instrumentum voluntatis meae post morten meam filio meo tradi volo*». Resolviendo el prin-

favor de ausentes, otorgadas sin intervenir nuncio ni epístola, pero con las solemnidades requeridas para las últimas voluntades (296).

d) La confirmación *mortis causa* de las donaciones *inter vivos* sustancialmente nulas.

cipe de los juristas romanos en ambos textos, que dichas disposiciones deben valer como fideicomisos.

c) Y la Constitución de los Emperadores Caro, Carino y Humeriano del año 284 (*Codex*, VIII-LIV, 5) que luego transcribimos.

(296) ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, vers. *Praedicta tamen*, pág. 251, dice: «*Imo quod magis est, illud procedit, etiam si donatio sit facta simpliciter et inter vivos; quia si fiat absenti, et cum solmenitate requisita in ultima voluntate, puta coram quinque testibus, censemur legatum et ultima voluntas.*»

El principal fundamento de esta tesis se hallaba en la citada Constitución de los Emperadores Caro, Carino y Numeriano (*Codex*, VIII-LIV, 5): «*Si donatio per epistolam facta non appetat, verba tamen testamenti, quibus liberalitas testatrix confirmata est, fideicommissum continere non ambigitur.*»

(297) La ley 2, Cod. III-XXIX (Constit. de VALERIANO y GALIENO) y la ley 25, Cod. V-XVI (Constit. de JUSTINIANO), admiten que la donación entre padre e hijo en potestad, aun siendo radicalmente ineficaz, quedaba confirmada por la muerte de padre que no la hubiese revocado, convalidándose en absoluto y retrotrayéndose sus efectos al momento de la tradición, en cuanto a la propiedad de los frutos, siempre que, si no hubo insinuación, no excediera del tope legal. Diocleciano y Maximino habían resuelto con el mismo criterio un supuesto de compra por un padre a nombre de su hija, indicando (*Codex*, III-XXVI, 18) que muchas veces se había resuelto por rescripto que, *si non postea contrarium eius (de. padre) indicium probetur*, se le adjudicase a la hija como propio, mediante el *arbitrum dividendae*. Semejante criterio aparece en los fragmentos Vaticanos 274 y 281.

BONDI (*op. cit.*, núm. 30, págs. 713 y ss.) destaca la imposibilidad de relaciones patrimoniales entre *pater et filius in potestate* (ni siquiera se les aplicó el *Senadoconsulto de Caracalla*), a la par que la inadecuación de las consecuencias de esa nulidad a la nueva conciencia jurídica creada con la decadencia de la *patria potestad*. Se comenzó por admitir su confirmación testamentaria con valor de fideicomiso. Y a partir de la segunda mitad del siglo XI, se adoptó la convalidación en todo caso de fallecer el padre o ser emancipado el hijo, sin que hubiese sido revocada la donación. Principio que se entendió en el sentido de que la donación a favor del *filius* no revocada se consideraba como prelegado o donación *mortis causa*, y, por lo tanto, sujeta a la *Falcidio*. Su conversión en donación *mortis causa* resplandece en especial en el frag. Vat. 274 y ha sido utilizada por MANDRY (*loc. cit.*) como argumento analógico en pro de la conversión *mortis causa* de las donaciones entre cónyuges. En contra, ARU (*op. cit.*, núms 13 y ss., págs. 19 y ss.) opone la distinta naturaleza de ambas nulidades. Inexistencia en la de padres a hijos, *nulla donatio fuit*, dice PAULO (Dig. XLI-VI, 1, § 1º). Prohibición para las de marido a mujer (*donatio facta sit*, dice PAULO 1, § 2º). Por eso rechaza la aplicación en estos casos de la tesis de HOFFMANN de la *veteris nulis imitatio*.

La ley 4^a, tit. XV. Partida sexta, también lo aceptó para la donación *inter vivos* que hiciera «el padre a su fijo que estuviere en su poder», determinando su eficacia si el padre «después non la revocare hasta su muerte». Claro que este remedio perdió todo su interés después de las leyes 17 y 26 de Toro, que admitieron la validez de las donaciones de los padres a sus hijos en potestad, considerándolas revocables si no hubiere mediado la tradición e irreversibles si ésta se realizó. (Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 4, págs. 123 y ss., y LUIS DE MOLINA, el jesuita, *op. y vol. últ. citados*, Dis. CCXCI, núm. 5, pág. 609).

En estos casos no se observa un criterio uniforme en cuanto a los requisitos de la conversión.

La validez como legado o fideicomiso de una institución materialmente nula requirió una cláusula expresa o una disposición legal que la ordenase. En cambio, los supuestos de conversión de donaciones, imperfectas por falta de aceptación, en legados y fideicomisos, fueron resueltos jurisprudencialmente por convicción y no por volición, atendiendo a la intención lógicamente presumible del disponente. Incluso las constituciones, que ratificaron esta tesis, razonan y resuelven más que ordenan y crean. Y en las donaciones nulas *inter vivos*, pero convalidables *mortis causa*, el Senadoconsulto y los rescriptos atienden, sin duda, a un clima creado por la posibilidad de disponer *mortis causa* aquella misma donación que respectada en vida por el causante no querían acatar sus herederos.

Ha observado Betti (298) que no fué una razón de legitimidad, sino de oportunidad políticolegalitativa la que probablemente aconsejó a los romanos disponer la conversión por acto de autoridad que vinculara la futura interpretación sin posibilidad de ulterior discusión. Cicerón da a entender—añade el propio Betti—que toda esta materia fué objeto de interpretación *lato sensu* y, por tanto, competencia de la jurisprudencia, verdadera inspiradora de todas las soluciones, incluso las pronunciadas por otras fuentes del derecho.

En el Derecho comparado moderno se señalan numerosos casos de conversión material (299). Algunos Códigos contienen una regla que *in genere* autoriza la conversión sustancial. Así, el § 140 del B. G. B. y el artículo 1.424, par. 2, del vigente Código italiano. No obstante, no se entiende, en general, que esta regla positiva sea creadora de la conversión, sino que simplemente reconoce y formula un principio jurídico que como tal se impondría aun a falta de norma legal (300).

Nuestros Códigos civil y de comercio no contienen norma general alguna que regule esta institución. Sin embargo, se ha previsto algún supuesto concreto de conversión material. Así, en los artículos 450 y 729 del Código de comercio. El primero reputa pagaré a favor del tomador y a cargo del librador a la letra de cambio que adoleciere de algún defecto o falta de formalidad legal. El segundo reduce el préstamo a la gruesa a préstamo sen-

(298) *Instituzioni...*, vol. cit., 67, nota 39, págs. 187 y ss.

(299) Ver, v. gr., los supuestos que citan ENNECCERUS (*op. cit.* I-2º, 189, V, nota 27, pág. 361). BETTI (*Teoría general...* cit., núm. 61, págs 375 y ss., nota 3) y MOSCO (*op. cit.*, núms. 78 a 86, págs. 291 a 318). De especial interés es el problema planteado en Italia respecto la convalidación, como sustitución vulgar, de una sustitución fideicomisaria prohibida y que ha dado lugar a la abundante bibliografía que cita STOLFI (*op. y vol. cits.*, núm. 1.060, página 770).

(300) Así, se patentiza esa realidad en la jurisprudencia italiana anterior al Código vigente (ver la nota últ. cit. de BETTI). Hecho que MOSCO no puede negar (*op. cit.*, pr. págs. 3 y ss.).

cillo, si no llegaran a ponerse en riesgo los efectos sobre los que se presta el dinero.

B) *Requisitos.*

La doctrina no está de acuerdo respecto a los requisitos de la conversión jurídica material.

a) El fundamento, a la par que requisito motriz, se ha situado en dos polos opuestos: en la voluntad de las partes y en el derecho objetivo. Como dice Mosco (301), «esta construcción representa el punto más delicado de las relaciones entre dos factores diversos: voluntad privada y voluntad legal».

i) Para una gran parte de la doctrina, la voluntad de las partes, base y centro de todo negocio jurídico, es la fuente de la conversión. Fadda y Bensa (302) exponen las distintas valoraciones que los autores atribuyen a este requisito. Son éstas: el negocio convertido es siempre querido; debe considerarse como querido; debe ser querido en realidad; debe ser querido en sustancia si no en el nombre.

Estos dos autores adoptan una posición ecléctica (303): «si con los elementos no afectados de nulidad se puede configurar un negocio que, al menos sustancialmente, consiga el fin querido por las partes, debe darse eficacia a este negocio, si se puede entender que las partes, aun por este medio, hubiesen de conseguir el objeto que se proponían; si, en cambio, el resultado es diverso, debe concurrir la voluntad expresa o tácita de las partes».

z) La primera subtesis de este grupo requiere una voluntad real—expresa o tácita—. Su fundamento se sitúa en el principio de la autonomía de la voluntad privada.

Mosco (304), que arremete contra esta fundamentación, alega que es inexacta la opinión doctrinal que entiende que todo o gran parte de los efectos del negocio deben entenderse producto directo e indirecto de la voluntad privada. Si la conversión «quisiera referirse a una voluntad concreta verdadera y propia se diría una cosa sin sentido alguno, en cuanto está fuera de duda que las partes si hubiesen conocido la nulidad derechamente se hubiesen abs- tenido de estipular el negocio».

Betti (305) también objeta que no es la forma jurídica lo que importa a las partes, sino el resultado práctico.

Y Correia (306) opone este dilema: o la ineffectuación del negocio no fué prevista, en cuyo caso no puede hablarse de voluntad real,

(301) *Op. cit.*, núm. 14, pág. 67.

(302) Notas al lib. II de las *Pandectas*, de WISCHEID, *op. cit.*, vol. IV, nota cit., págs. 455 y ss.

(303) *Nota cit.*, págs. 457, in fine y ss.

(304) *Op. cit.*, núm. 14, pág. 68 y núm. 24, pág. 104.

(305) *Op. cit.*, y núm. 61, pág. 377.

(306) *A conversao dos negócios jurídicos ineffectuados* (Coimbra, 1949), conforme la nota bibliográfica de ORTEGA PARDO, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, III-II, págs. 434.

pues ésta no fué representada (y sin representación no hay voluntad), o fué prevista y se dispuso expresa o tácitamente la validez de otro negocio para tal hipótesis, y entonces existirá una manifestación de voluntad en alternativa, a la que si llamamos conversión será reconociendo de antemano que tal figura carece en absoluto de autonomía.

3) De la tesis de la voluntad real se pasa a la de la voluntad presunta o hipotética.

Así, Von Thur (307), aclara: «no se trata de la interpretación de la voluntad realmente existente entre las partes (porque ellas quieren el negocio nulo); lo que se imagina es una voluntad hipotética, aquella que las partes habrían manifestado si hubiesen conocido la nulidad del negocio».

Según Enneccerus (308) «no se exige que la intención de las partes se dirigiera de un modo eventual a este otro negocio. Basta que haya lugar a presumir que hubiera sido querido de conocerse la nulidad».

Esta posición fué acogida en el § 140 del B. G. B. y por el vigente Código italiano en su artículo 1.424, apartado 2.º

Correia (309) se suma a ella y la cree aplicable al Derecho portugués. Afirma que el Juez, basándose en la hipotética voluntad de las partes, la que razonablemente cabe pensar que tendrían de haber previsto la nulidad, puede construir un nuevo negocio que sustituya al ineficaz efectivamente querido.

Pero tampoco convence a Mosco (310) esta postura, pues entiende que la interpretación no tiene, fuera de los elementos objetivos del negocio, ninguna base segura para saber cuál habría sido la voluntad de las partes en un caso que hubiera podido ser, pero que no fué.

Betti (311) igualmente critica la redacción del artículo 1.424 del Código italiano.

Cree que, «a pesar de un texto tan parcial a favor de la posición voluntarista en el problema de la conversión no puede ser dudoso que, según el espíritu y total sistema de la ley, el intérprete debe orientarse hacia una solución objetiva. Tanto más cuanto que reina la discordia entre los mantenedores de la solución voluntarista, discutiendo si conviene referirse a la voluntad en abstracto o a la voluntad en concreto. Y, además, no se sabe de cierto cómo atribuir eficacia a una voluntad que no se ha manifestado, permaneciendo hipotética, en un estado meramente virtual».

γ) Haciendo tránsito hacia una posición más objetiva, En-

(307) *Op. y vol. cits.*, pág. 318, § 288.

(308) *Op. vol y pág. últ. cit.*

(309) *Nota bibliográfica cit.*, pág. 435.

(310) *Op. cit.*, núm. 24, pág. 104.

(311) *Op. últ. cit.*, núm. 61, pág. 377.

neccerus (312) dice que en general estará justificado presumir que el otro negocio hubiese sido querido en caso de conocerse la nulidad del convenido, cuando por aquél se alcance igualmente el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto» (313).

Por ese camino se deriva a no valorar la voluntad jurídica de las partes, sino su intención empírica o práctica (314), en la que se sitúa el fundamento de la conversión.

De ahí ya es brevísimamente el paso que hace falta dar para hallarse dentro de una concepción puramente objetiva de los requisitos de la conversión.

Betti (315) lo expresa de este modo: «Que el negocio nulo o ineficaz produzca los efectos de un negocio distinto cuya función práctica esté integrada en la del negocio nulo y que concurran todos los requisitos de sustancia y forma de este otro negocio, o sea, todos los presupuestos y elementos esenciales, es fórmula que no puede encontrar objeciones.»

2) Pero esta formulación objetiva, al no apoyarse en la voluntad de las partes, debe buscar su fundamento jurídico en el Derecho positivo. Aquí vuelve a surgir otra discrepancia doctrinal; la conversión ¿debe nacer de la ley o bien deriva de un principio general anterior a su reconocimiento normativo? Su reconocimiento ¿es función del legislador o del Juez?

a) Mosco parte de que la ley es fuente de todos los efectos jurídicos, no teniendo la voluntad privada otra función que la de ser condición necesaria para la producción de los efectos concretos impuestos por la ley. Así, dice: «El espíritu de la norma, en suma, es que una vez las partes, hayan manifestado una cierta voluntad negocial merecedora de tutela jurídica, aunque sea limitada, ya no corresponde a las mismas regular la suerte de la relación jurídica que nace, eso pasa al dominio de la ley. Como la ley pone un límite a la autonomía de la voluntad, a través de toda la disciplina de la nulidad y anulabilidad del negocio, la soberanía de la ley sigue manifestándose en el sentido de que donde las

(312) *Op. vol. y pág. últ. cit.*

(313) De modo parecido, VON THUR (*loc. últ. cit.*) señala que el proceso de la conversión «se funda en la consideración de que los contratantes están más interesados en el efecto práctico, especialmente económico, que en la forma jurídica elegida para alcanzarlo, y que a falta de los efectos jurídicos que se proponían, se habrían conformado con efectos jurídicos de la misma especie, aunque tal vez menos intensos».

(314) Esta cuestión está intimamente relacionada con el más fundamental problema de la base volitiva del negocio jurídico. Si está constituida por una voluntad jurídica (WINSCHEID) o meramente práctica o empírica (LENEL, FADDA, FERRINI, SEGRÉ) y su interesante desarrollo y consecuencias en materia interpretativa. Para una visión general de esa fundamental cuestión, ver PACHIONI (*Diritto Civile Italiano*, t. I, vol. I—Padova, 1937—, cap. XII, 2.^o a 6.^o, págs. 384 y ss.); MESSINA (*Scritti Giuridici, I Negoci fiduciari*, 14 y 16, *La volontà dell'effetto nei neg. giuridici. Corrente delle literatura*, págs. 42 y ss.), y Mosco (*op. cit.*, núms. 28 a 42, págs. 118 a 165).

(315) *Op., núm. y pág. últ. cit.*

partes, sin reserva, hubieren estipulado un negocio, deben estar sometidas incluso a aquellos efectos más limitados que, a consecuencia de la nulidad y de la conversión combinadas conjuntamente puedan derivarse» (316).

Al efecto señala la aplicación de la doctrina de la buena fe (317), de la cual se deduce que cada parte tiene derecho a exigir el exacto cumplimiento de las obligaciones que del negocio derivan, y donde esos efectos no se puedan conseguir enteramente, tiene también derecho a exigir aquellos efectos más limitados que el negocio viiado sea capaz de producir (318).

Por ello concluye que la conversión, por un lado, realiza una función de integración de la voluntad privada por la ley, y por otro lado, representa una hipótesis de sustitución de la voluntad de las partes. La ley, en la conversión, actúa de modo dispositivo, no coactivo (319), y por tanto, únicamente a falta de voluntad en contrario de los contratantes (320).

Contra esta tesis, Correia (321) observa que aun cuando los efectos jurídicos deriven de la ley, para que puedan considerarse ligados a un negocio es necesario que se armonicen con el contenido de la voluntad negocial que se deduce de la voluntad declarada. Al no existir voluntad modeladora del contenido negocial, no puede determinarse el tipo de contrato que las partes celebran ni, por

(316) *Op. cit.*, núm. 24, pág. 105.

(317) Página 106.

(318) Página 107. No obstante, distingue con toda claridad la conversión de la eficacia parcial (núm. 72, págs. 269 y ss.). Los autores de Derecho intermedio dedujeron del Dig. XXXVI-I, 15, el principio general *utile per inutile non vivatur*, que sólo fué exceptuado cuando de las circunstancias del negocio resultase que no correspondía a la voluntad de las partes. El B. G. B., en su § 139, invirtió esta regla y su excepción, salvo en Derecho hereditario (§ 2.085). El Código Italiano de 1865 no consagró regla general alguna, pero contenía aplicaciones de aquella regla de Derecho común y la doctrina la extendió como principio general. El vigente la expresa en su art. 1.419, si bien la formula *sensus contrario*.

Su diferencia respecto la conversión radica en que no hay sustitución de un tipo de negocio por otro, sino sólo reducción del objeto constitutivo del negocio, por nulidad de una simple cláusula, de una parte de la prestación o del tiempo de duración de un efecto. No varía el tipo ni pierde su identidad (núm. 73, pág. 278).

(Cenido a las disposiciones testamentarias, JERÓNIMO LÓPEZ se ocupa de pasada de su validez parcial en nuestro Derecho, en magnífico trabajo, al comentar la desafortunada Sent. de 29 de octubre de 1949, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-I, y s. 511 y ss.).

(319) *Op. cit.*, núm. 26, pág. 116.

(320) Núm. *ult. cit.*, págs. 113 y ss. Al efecto, distingue la conversión propiamente dicha de la sustitución legal coactiva de un negocio nulo o ineffectivo por otro de efectos más limitados. A su juicio la conversión, si bien no necesita voluntad negocial, requiere la ausencia de voluntad en contrario. Por eso, frente a SANTORO-PISARELLI, comprende en la conversión el supuesto de concreta previsión legal dispositiva, y, por el contrario, separa de esta institución a la sustitución legal coactiva (núm. 59, pág. 237). Un caso de sustitución legal coactiva tenemos en el art. 1.669, § 2.º del Código civil.

(321) *Op. cit.*, según la nota bibliográfica *cit.*, pág. 435.

tanto, el conjunto de sus efectos. Lo contrario supone negar a la voluntad su primordial función modeladora del contenido ne-gocial.

Por otra parte, como hemos visto, en Derecho romano fué la jurisprudencia la fuente inspiradora de los supuestos de conversión admitidos. Ya que la ley sólo por razones de oportunidad político-legislativa vinculó en ciertos casos la futura interpretación, al declarar por acto de autoridad ciertos supuestos de conversión. También comprobamos que la jurisprudencia italiana anterior al vigente Código aplicó esa regla general como principio deducido del espíritu del Derecho, traslucido en los supuestos concretos reglados.

Correia (322), después de examinar las hipótesis singulares de conversión expresamente previstas en el ordenamiento jurídico portugués, concluye que dichos preceptos legales demuestran que no es extraña al ordenamiento lusitano la posibilidad de asentar un negocio sobre la voluntad hipotética de las partes. Con ello elimina el argumento de más peso esgrimido contra la conversión: el que no pueda considerarse admitida en la ley. El hecho que la ley no la prevea de un modo general y expreso sólo supone una laguna del sistema jurídico que es necesario llenar, porque la buena fe y la economía jurídica así lo exigen.

Entre nuestros autores, Clemente de Diego, Alguer y Blas Pérez (324) dentro de su posición, basada en la voluntad hipotética de las partes (325), admiten que sin necesidad de norma legal expresa sea regla general la posibilidad de la conversión material en Derecho español (326).

(322) *Loc. cit.*, pág. 436.

(323) *Op. y vol. últ. cits.*, pág. 273. Dice que «*como la ley no quiere poner obstáculos a la actividad económica de los individuos*, y éstos lo que quieren es conseguir el fin que se proponen, siéndoles indiferentes el medio, presumible es que los interesados querrán por este otro medio alcanzar el propósito que les animaba al realizar el acto nulo».

(324) Pág. *últ. cit.*, donde estiman que «se debe reconocer, en general, la conversión material cuando el contenido parcial de un negocio no afecta de nulidad y aislado de su demás contenido nulo puede ser configurado como negocio perfecto de otro tipo y procede admitir que las partes lo hubieren querido con este carácter. Si tal investigación interpretativa da un resultado seguro, no creemos haya obstáculo para proclamar la eficacia del negocio convertido».

(325) La gran mayoría de los autores que defienden las tesis voluntaristas (sea de la voluntad real, tácita, hipotética o empírica), no enumeran a la declaración legal entre los requisitos de la conversión. No la exigen, por ejemplo, ENNECCERUS (*loc. últ. cit.*), STOLFI (*op. y vol. cits.*, núm. 1.660, página 770) ni CASTÁN (*op. y vol. últ. cits.*, pág. 833, nota 2). En cambio, VOX THUR (*op. y vol. cits.*, pág. 318, nota 52) dice que el término conversión «no es muy feliz porque la validez no es obra del Juez, sino que la establece la ley».

(326) VALVERDE VALVERDE (*op. y vol. últ. cits.*, pág. 571), con respecto a la conversión formal, cree lo contrario. A su juicio: «una legislación que sea respetuosa con la forma de los actos, no debe permitir la conversión más que en casos especiales y determinados, y sólo autorizar la tal conversión cuando

β) Otros autores, sin negar la actual primacía de la ley en la jerarquía de las fuentes del Derecho, fundamentan la concepción objetiva de la conversión sin basarla en disposición de la norma legal. La sitúan en el terreno de los principios generales del Derecho o en la jurisprudencia que trasluce ese principio positivo. De modo que su formulación legal en los ordenamientos jurídicos derivados del Derecho romano sólo supone el reconocimiento de su anterior existencia.

Betti (327) se expresa en este sentido: «No basta—dice—la posibilidad de la conversión, es preciso que sea también reconocida su oportunidad, su correspondencia al criterio de la buena fe y en general, a las exigencias de la justicia. Ahora bien, el reconocer como oportuna y justa la regulación de intereses que se opera con el negocio de tipo diferente es, en todo caso, una apreciación de exclusiva competencia del orden jurídico, y, por tanto, sólo de la *jurisprudencia*, en cuanto órgano de interpretación y elaboración del Derecho vigente.»

Ciertamente, si la finalidad práctica perseguida en el negocio nulo escapa en parte a la prohibición legal, sale fuera de la órbita prohibida (328). Cuando este resultado posible corresponda a un interés jurídicamente respetable, según criterio de buena fe, razonablemente no existe base para entender excluido, en la intención de las partes, este logro parcial. Por eso, creemos que debe ser respetado y jurídicamente protegido. Con tal de que su forma, interna y externa, reúna todos los requisitos formales y materiales correspondientes a la fórmula jurídica que haga viable aquella realización práctica. El artículo 1.258 del Código civil, con su llamada a la buena fe, nos señala un camino a seguir y nos lleva hacia la formulación del correspondiente principio general de Derecho, ya reconocido en la esencia romana que es la base de nuestro sistema jurídico. Principio general paralelo al referido *utile per inutile non vitiatur*, al de la *integración* de la voluntad contractual por el uso y costumbre del país con arreglo a las normas de la buena fe (recogido en los arts. 1.287 y 1.258 del Código civil), y al de la *conservación* del negocio jurídico (*favor negotii*) (329).

incumplida una forma admitida por ella no haya inconveniente en respetar la declaración de voluntad, que fué revestida de otra forma imperfecta; y nunca estimamos que en una buena política legislativa se debe presumir la autorización de la conversión; al contrario, debe permitirse solamente en los casos taxativamente determinados en la ley».

(327) Loc. últ. cit., pág. 375.

(328) Por ello, es, sin duda, necesario—como observa BETTI (pág. 379)—que la ley no prohíba especialmente el supuesto de conversión de que se trata.

(329) Ha escrito BETTI (op. cit., pág. 376 y ss.) que la conversión del negocio inválido o *ineficaz* obedece a la misma exigencia general de *conservación* del negocio jurídico que inspira la interpretación del contrato cuando éste ó una cláusula de él admite dos sentidos y determine la *convalidación* del negocio jurídico. En términos más generales, FERERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, vol. cit., pág. 537) nos dice: que «el Derecho moderno, en los negocios jurídicos, acude sólo en último extremo a la declaración de su

Tanto ese principio general, cuya realidad creemos evidente, como la valoración jurídica de la intención empírica de los otorgantes, a juicio nuestro, bastan para fundamentar la posibilidad de esa institución. De ese modo, la conversión jurídico material, se apoya en dos pilares: uno objetivo, consistente en el enunciado principio general de Derecho, y otro subjetivo, la finalidad práctica perseguida por los contratantes.

b) Con una u otra, o con ambas bases, la voluntad de las partes—real o hipotética, jurídica o empírica—y la norma—ley, principio general de Derecho o jurisprudencia—, requírese además un supuesto de hecho objetivo para que la conversión llegue a tener efecto. En su citado artículo 1.424, el Código italiano, exige que el negocio nulo reúna los requisitos de sustancia y forma del negocio que haya de sustituirle. Esa formulación sintetiza perfectamente el actual estado de opinión de la doctrina, y a la vez deja abierta a la discusión toda la serie de cuestiones tan arduamente disputadas por los juristas, en especial alemanes e italianos.

1) En primer término se discute si son convertibles todos los negocios jurídicos nulos sin excepción, y, además, si también lo son los llamados negocios jurídicos inexistentes y los anulables una vez impugnados (330).

nulidad (*favor negotii*), y los salva de ella—según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión.

(330) Se ha discutido si son susceptibles de conversión todos los negocios jurídicos nulos, los llamados inexistentes y los anulables una vez impugnados.

Mosco (op. cit., núm. 95, págs. 347 y ss.) parte de la afirmación de que mientras los negocios nulos pueden producir efectos secundarios, los inexistentes a lo más podrán generar efectos extranegociales. Por eso, en principio sólo admite la conversión de los primeros. No obstante, acepta su posibilidad en los negocios en los que falte un elemento constitutivo, que estén pendientes del cumplimiento de una condición suspensiva, o bien que requieran una circunstancia accesoria no realizada (v. gr., su aprobación u homologación) (número 100, pág. 379 y s.). En cambio, rechaza la conversión de los negocios que sean nulos por su carácter inmoral, de los contrarios al orden público, o si el sujeto está absolutamente indeterminado o es indeterminable (núm. 98, pág. 361 y ss.).

En términos generales, acepta—Mosco (núm. 99, pág. 365 y s.)—la conversión de los negocios anulables impugnados. Sólo exceptúa ciertos supuestos, como los de anulabilidad por violencia o por error.

Más concretamente, CORREIA (según la citada refundición de ORTEGA PARDO, loc. cit., pág. 436) declara que en cualquier hipótesis de ineficacia es posible admitir la conversión, siempre y cuando las razones que conducen a la ireficacia no impidan construir la voluntad hipotética de las partes, base del nuevo negocio. Claro que estima necesario «que la nulidad sea real y no meramente posible» (v. gr., como en el negocio anulable en tanto no sea impugnado). También exige que por lo menos uno de los contratantes desconozca la nulidad del negocio.

VON THUR (op. y vol. cits., pág. 319 [288] entiende que el¹ negocio nulo debió ser requerido y entendido como válido por las partes. Y que no se produce la conversión si el negocio no es nulo, sino que está incompleto (esta opinión, como hemos visto, la rechaza Mosco, y no puede aceptarse si no es con la reserva que conviene a un juicio que la Historia del Derecho no ha rubricado, por lo menos en los casos b) y c) anteriormente examinados en la página 101).

2) En general, se estima que el negocio que haya de sustituir al nulo, no es indispensable que sea un negocio de *otra clase*. Según Enneccerus (331), puede tratarse simplemente de un negocio de otro efecto u otro contenido. Como dice Mosco (332), la conversión puede realizarse incluso fuera del rígido esquema de las categorías negociales, con la ductilidad que necesariamente supone la conversión de negocios innominados en nominados, o, viceversa, de típicos en atípicos.

3) También parece existir acuerdo en considerar que los requisitos de forma del negocio convertido han de entenderse cumplidos no sólo en caso de haberse llenado en el negocio nulo los mismos requisitos exigidos para aquél, sino también cuando se hubiere vestido una forma más rigurosa que la exigida en el nuevo (333).

4) Los requisitos de fondo han dado lugar a mayores discrepancias, a veces más terminológicas que sustanciales.

Según el artículo 1.261 del Código civil los requisitos esenciales del contrato son: el *consentimiento* (sustituido en los negocios jurídicos unilaterales por la voluntad de su otorgante), que previamente supone capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación; el *objeto*, en su sentido restringido e impropio de cosa, —objeto de la prestación o de la disposición—o de servicio estipulado (arts. 1.271 a 1.273); y la *causa*, con la visión parcial que de la misma tiene nuestro Código civil, refiriéndola aisladamente a la obligación de cada una de las partes y enfocada a la prestación, promesa o servicio de la otra parte, al servicio o beneficio remunerado o a la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274).

La voluntad, el consentimiento, ya hemos visto antes cómo debía jugar desviándose de su aspecto netamente jurídico hacia su sentido empírico o práctico. (Sin duda la capacidad y la legitimación deben ser las exigidas para el nuevo negocio.)

El objeto, en el sentido del Código civil, queda subsumido, tal como veremos, dentro de la concepción amplia y más estricta del objeto del negocio, y, la causa de la obligación o disposición en la mayoría de los negocios sólo supone una visión unilateral y parcial de la causa del negocio.

Esa visión más amplia es imprescindible para comprender el ámbito de la conversión. Su materia.

Al comparar el negocio nulo y el negocio resultante ¿debe atenderse a su objeto, a su causa, a sus efectos, a su contenido, a su fin, a su resultado?

a) El *contenido del negocio* plantea la misma cuestión de límites antes aludida con respecto al alcance de la voluntad. Por eso esta fórmula puede resultar peligrosa. Ninguna luz podría proporcionarnos, si su expresión, según la opinión de algún au-

(331) Loc. últ. cit., nota 25.

(332) Op. cit., núm. 69, pág. 265.

(333) Ver Mosco, op. cit., núm. 88, pág. 327.

tor (334), abarcara "sólo lo que fué expresa o tácitamente declarado".

β) Los *efectos del negocio* (335), en su sentido jurídico, tampoco pueden servirnos de base para apreciar la conversión.

Son efectos jurídicos de un negocio: la tutela que el ordenamiento jurídico le presta, y las llamadas consecuencias jurídicas de tal negocio, es decir, los derechos, obligaciones, etc., derivados del mismo.

Pues bien, como indica Mosco (336), los efectos jurídicos son meramente instrumentales para el logro del resultado final. Razón por la que objeta: Un mismo efecto se puede encontrar en negocios de tipo distinto, con objeto y finalidad totalmente diferentes.

El efecto jurídico, en su actitud instrumental plurima, puede tener en ciertos negocios, la naturaleza de medio puramente eventual. De modo que si bien en determinados casos concretos puede ser un instrumento concurrente para la consecución del resultado propio del negocio, en cambio, en otros casos concretos puede faltar, sin que ello obste a la realización del resultado (v. gr., el efecto traslativo en la constitución de la sociedad, o el deber de custodia en el mandato) (337).

Otros efectos son necesarios para la realización del resultado correspondiente de ciertos tipos de negocios, pero cumplen una función meramente accesoria respecto al mismo (v. gr. el efecto, traslativo en el mutuo o en el depósito irregular, o la obligación de custodia en el transporte, el mandato o el depósito) (338).

Ni siquiera el hecho de que dos negocios tengan un mismo efecto necesario y principal, arrastra como consecuencia necesaria la convertibilidad de uno en otro, por la simple razón de que con cada tipo de negocio las partes persiguen resultados diversos, y tal vez insustituibles. Y esta diversidad de resultados—pese a la identidad de un efecto principal—deriva de la combinación en síntesis única de aquel efecto con otros efectos diferentes, o de una particular contraprestación, o de otra causa cualquiera (así, verbi gratia, pese a la identidad de efectos traslativos, no cabe conversión entre venta y permuta) (339).

γ) La *causa* del negocio, como base de la fórmula de la con-

(334) V. gr., Mosco, núm. 61, pág. 242.

(335) BIERMANN (*Allgemeiner Teil*, II, 543) y PLANK (*Komentar*, § 140. A. I)—según citas de Mosco (pág. 243)—, al aludir a la identidad o similitud de efectos, en realidad se refieren al *efecto económico* o al *efecto práctico*, y no, por lo tanto, a los efectos jurídicos propiamente dichos. En todo caso, conviene evitar la referencia a los efectos, a fin de no producir confusión terminológica al hablar de ellos en sentido distinto del que técnicamente tienen asignado en la Ciencia del Derecho.

(336) Op. cit., núm. 62, pág. 245.

(337) Núm. 63, pág. 245 y ss.

(338) Núm. 65, pág. 251.

(339) Núm. 63, pág. 253 y ss.

versión, arrastra como una tara todas las dificultades de su formulación, con la disparidad de opiniones que dicho concepto suscita, entre las doctrinas objetivas, subjetivistas y negativas.

Correia (340), señala que la causa es el instrumento más idóneo de valoración para la conversión. Pero, para él, la causa equivale a la *finalidad económico-jurídica* que las partes revelan querer alcanzar.

Según Mosco, la causa de la atribución es un elemento que forma parte integrante del objeto de todo negocio patrimonial—en el sentido que luego veremos asigna al objeto—; en los negocios onerosos es el objeto la síntesis de las dos causas de atribución (341). En consecuencia, claro está, que juzgándola totalmente absorbida por el objeto, concluye por calificar de inútil la construcción doctrinal de la causa del contrato (342).

3) La *finalidad económico jurídica* es contemplada por Enneccerus (343). Fadda y Bensa (344), atienden a la *finalidad práctica*. Pero, por su parte, el citado Mosco (345), dice que por fin del negocio no debe entenderse sino el *objeto del negocio* considerado como meta de la voluntad negocial, el resultado final a que tienen las partes. Con ello comprobamos, otra vez, que con distintas denominaciones, debidas a sus puntos de mira diversos, nuestros autores contemplan una misma cosa desde ángulos visuales diferentes.

Von Thur (346), habla del *efecto práctico, especialmente económico*, e indica que éste interesa más a las partes que la forma jurídica elegida para alcanzarlo.

Betti (347), alude a la *función práctica económico-social* y al *interés práctico* perseguido por las partes, y explica que: «el mecanismo jurídico de un negocio no es nunca exactamente mensurable y comparable con otro, en forma que pueda decirse de uno que se encuentre comprendido en el otro; pero sí, en cambio, puede afirmarse sobre la función económico social de un negocio, que se integra en la órbita del interés práctico que normalmente determina la conclusión de otro».

Semejante sentido atribuye Mosco a su fórmula: el *objeto del negocio*. Para él, no constituyen el objeto del contrato: ni la cosa a que se refiere la prestación, ni las prestaciones—tanto consideradas aisladamente como en su conjunto—por el fin instrumen-

(340) Recen. cit., pág. 437.

(341) Op. cit., núm. 55, pág. 212.

(342) Núm. 58, pág. 229 y s.

(343) Op. vol. y pág. últ. cits. Requiere que «el otro negocio alcance igualmente el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto».

(344) Loc. últ. cit., pág. 455 y s.

(345) Op. cit., núm. 67, pág. 255.

(346) Op. y vol. loc. últ. cits., pág. 318.

(347) Op. y núm. cits., pág. 377 y s.

tal que tienen para el logro del objeto (348). Este a su juicio lo constituye el resultado práctico perseguido por el contrato, materia del acuerdo (349).

En definitiva, frente a las fórmulas técnico jurídicas, se imponen las fórmulas empíricas o económico-prácticas. No es el contenido jurídico, ni los efectos jurídicos, ni la causa, en sentido puramente técnico lo que interesa, sino el contenido práctico, económico-jurídico, llámesele fin económico-jurídico, efecto práctico, función económico-social, interés práctico u objeto del negocio.

5) Pero, ¿qué relación debe existir entre ese objeto funcional práctico del negocio nulo y el del otro negocio que debe sustituirle?

z) Staudinger-Riezler (350), requieren un *mismo objeto*. Tesis inaceptable porque se funda en el supuesto irreal de que puedan existir dos tipos distintos de negocio con objeto típico idéntico.

Fadda y Bensa (351), adoptaron una solución parecida. Como regla general reclamaron idéntica finalidad práctica, por lo menos substancialmente, y, sólo en caso de voluntad expresa o tácita de las partes admitieron la conversión cuando el resultado fuera diversos.

β) Otros autores (352), exigen un *objeto similar*, partiendo de la que llaman *contigüidad de tipos negociales* (v. gr., contratos de trabajo y de obra, o permuto y compraventa). Criterio certeramente tachado por Mosco (353), dada la vaguedad e inseguridad de su aplicación.

γ) La doctrina dominante exige que el negocio nulo tenga el objeto *más amplio* que el nuevo negocio, de modo que éste se halle *virtualmente comprendido* en el de aquél. Así: Enneccerus (354), reclama que el segundo negocio alcance el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente y de un modo no tan perfecto. Betti (355), pide que la función económico-social del negocio válido se encuentre comprendida en la del nulo y se integre en la misma órbita del interés práctico que determina la conclusión de éste. Mosco (356), admite la conversión siempre que se pueda hallar un negocio capaz de caber, por su naturaleza y amplitud de su objeto, en la órbita del objeto perseguido con el negocio nulo.

6) Por fin, si como hemos visto la conversión, sea que esté inspirada en la voluntad empírica de las partes o en un principio ge-

(348) Op. cit., núm. 45, pág. 173.

(349) Núm. 46, pág. 174.

(350) *Kommentar*, vol. I, pág. 590 (cita de Mosco, pág. 256).

(351) Loc. últ. cit.

(352) Así, VON THUR (op. y vol. cits., pág. 318) requiere que el otro negocio sea «de fin y efectos análogos».

(353) Op. cit., núm. 68, pág. 259.

(354) Loc. últ. cit.

(355) Loc. cit., pág. 377 y s.

(356) Op. cit., núm. 69, págs. 262 a 265.

neral, recogido o no en la ley, tiene carácter dispositivo, de modo que no puede imponerse contra la voluntad de las partes, parece aceptable, conforme propone Correia, que deba ser reclamada, cuando menos por una de las partes, sin que pueda decretarse de oficio por el Juez (357).

4. ¿*Hay base objetiva para la conversión en donaciones «mortis causa» de las otorgadas entre cónyuges?*

Frente a esta enumerada determinación de los requisitos de la conversión, Fuenmayor señala, según vimos, los siguientes: la base negocial adecuada y un precepto legal que la autorice.

No nos dice qué entiende por *base negocial adecuada*. Sin embargo, el hecho de no aludir a voluntad expresa, tácita o presunta de las partes, parece dar a entender que adopta una posición objetiva y estima necesaria la existencia de un negocio nulo que comprenda el contenido y reúna los requisitos del negocio válido en que se convierte.

A su juicio, en la donación entre cónyuges falta base negocial suficiente para su validez *mortis causa*. Argumenta con estas palabras: «Si las partes han realizado una donación *inter vivos* prohibida por la ley. ¿Cómo se equiparan su voluntad de transmitir actualmente a través de un contrato y la disposición aplazada hasta la muerte de uno de ellos, semejante en su esencia, a la disposición testamentaria? Porque en la donación *inter vivos* surge un derecho para el donatario y se obliga, por su parte, el donador; pero en la *mortis causa* no hay vínculo ninguno que les ligue a juicio de Vallet».

Francamente no comprendemos lo que tenga que ver con la falta de base negocial, la falta de un derecho actual en el donatario *mortis causa* y la actualidad del derecho del donatario *inter vivos*, ni con la vinculación de éste y falta de vinculación de aquél en vida del donante. Lo que importa es que la finalidad del negocio convertido se comprenda en la que se quiso asignar al negocio nulo. Ahí está la base negocial adecuada, que no falta en nuestro caso. Igualmente el contenido volitivo de la donación *mortis causa* forma parte del contenido volitivo de la donación *inter vivos*, proyectado en el futuro. Así lo expresamos en otra ocasión (358).

«Es natural que si un cónyuge puede donar *mortis causa* a su consorte y le quiere donar *inter vivos*, es decir, para que el objeto donado se haga de su consorte tanto en vida del propio cónyuge donante como después de la muerte del mismo, ya que la donación *inter vivos* es perpetua, tal donación, si no vale en su aspecto actual, valga, por lo menos en su segundo aspecto. Es decir, para

(357) Recen. cit., pág. 437.

(358) Dictamen publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-II, pág. 661.

después de la muerte del donante, si entonces vive aún el donatario, y aquél no se arrepintió.

Es de notar que Mosco (359), al plantear y resolver afirmativamente (360), la posibilidad de la conversión de la donación entre cónyuges—nula conforme al artículo 781 del Código civil italiano—en legado (361), ha argumentado de modo parecido: «el objeto de la donación entre vivos, como negocio con efecto inmediato, es indudablemente más amplio que el correspondiente de la disposición testamentaria, y es evidentemente de la misma naturaleza, en cuanto tiende a procurar un enriquecimiento al beneficiario».

Entiende, además, Fuenmayor que, «si fuera correcta esa pretendida conversión, tales donaciones prohibidas como *inter vivos* durante el matrimonio serían ya válidas, aún antes de la muerte del donante, en calidad de donaciones *mortis causa*». Cosa que también rechaza por estimar que «choca con la letra del artículo 1.334, que no prohíbe sólo «durante el matrimonio» las «donaciones *inter vivos*», sino las donaciones de todo tipo, sin distingo alguno, alcanzando, por tanto, la prohibición lo mismo a las *inter vivos* que a las realizadas por causa de muerte».

Con varios siglos de anticipación ha sido contestada esta objeción de Fuenmayor. Antonio Gómez (362), dijo: «*Sed in nostro casu donatio causa mortis non est perfecta, nec válida in vita donatoris, sed virtus, et effectus ejus est suspensus in tempus mortis tamquam in actu conditionali*». No hay donación *mortis causa*, sino después de muerto el donante, antes sólo hay un proyecto, una expectativa. También lo había dicho Ulpiano (*L. LXXXVI ad Edictum*), en fragmento recogido en el Digesto, XXXIX-IV, 32: «*Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*». Por lo tanto, la donación *mortis causa* dispuesta por un cónyuge a favor de otro, no se perfecciona, no tiene lugar du-

(359) Op. cit., núm. 83, pág. 305.

(360) No obstante, para la efectividad de esta conversión será casi siempre obstáculo la falta de la forma adecuada, necesaria para su validez testamentaria (ver Mosco, op. cit., núm. 90, pág. 332 y s.).

(361) Es de notar que en Derecho italiano no están admitidas las donaciones *mortis causa* (el vigente Código, en su art. 760, para toda donación exige un enriquecimiento actual, y de sus arts. 800 y ss. se deduce su irrevocabilidad, excepto en los casos taxativamente señalados; aunque no exprese tan rotundamente como en el derogado art. 1.950 que la disposición del donante debe ser actual e irrevocable). Por eso no puede plantearse en él la conversión de las donaciones entre cónyuges en donaciones *mortis causa*. (En cambio, se admite, incluso por la jurisprudencia, la conversión en legados de las donaciones *mortis causa* que reúnan los requisitos de forma de aquéllas. Ver SATTA, *La conversione del negocio giurídico*—Milán, 1903—, pág. 165; MAROI, *Della donazioni*, D'AMELIO, *Commentario. Libro delle successioni e donazioni*, págs. 742 y s., citados por Mosco, y éste, op. cit., núm. 83, pág. 303, y núm. 90, págs. 332 y s.).

A pesar de ello, una sentencia de la Corte de Apelación de Génova, de 25 febrero 1882, admitió la convalidación de las donaciones entre cónyuges por premorioria del donante. Doctrina rectificada por la misma Corte de apelación el 21 diciembre 1892 (ver FADDA: op. cit., 2.^a ed., § 48, págs. 437 y s.).

(362) *Variæ...*, II-IV, núm. 16, pág. 249.

rante el matrimonio. Entre tanto sólo hay una disposición condicional en pendencia, en suspenso, que abortará si el evento de no prevenir el donatario no tiene lugar. Sólo cuando el evento previsto se realiza, tiene lugar la *datio*—presupuesto práctico de toda donación traditoria o real—, *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt*, observó Gayo (Diges-
to XXIV-I, 10).

5. El tiempo del matrimonio, a través de la prohibición, con referencia al otorgamiento y a la efectividad de las donaciones

Por otra parte, la expresión «durante el matrimonio» (del artículo 1.334), tiene viejos antecedentes históricos que nos aclaran su sentido. Igualmente, la finalidad de la prohibición explicó en Derecho romano, y puede ayudar a explicar en el Código civil el sentido de esas palabras.

Con referencia al Derecho romano, leemos a Biondi (363):

«Puesto que la prohibición procura impedir el enriquecimiento durante el matrimonio, no se tiene en cuenta el tiempo en el cual fué hecha la donación, sino aquél en el cual deba realizarse. Por lo tanto, por tener efecto cuando el matrimonio se ha disuelto, se admite la *donatio mortis causa* y *exilii causa*, incluso es permitida la *donatio divorii causa*, siempre que se haga en la inminencia y no solamente en previsión del divorcio. Inversamente es afectada por la prohibición la donación hecha con anterioridad, pero a cumplir durante el matrimonio». Esto último, ya fué dictaminado por Ulpiano (Dig. XXIV-I, 32, § 22): «Si el esposo hubiere hecho donación a la esposa habiéndose referido la donación al tiempo del matrimonio, aunque esta donación no parezca hecha entre marido y mujer, y no basten para ella las palabras de la Oración, se ha de decir, sin embargo, que la donación está comprendida en el sentido de la Oración, de suerte que, si la voluntad hubiere subsistido hasta la muerte, sea válida la donación». Convalidación *mortis causa* necesaria, porque como reconoció el Emperador Gordiano (Codex V-III, 4): «Lo que se dona a la esposa con esta condición, que adquiera su dominio entonces cuando se hubieren verificado las nupcias, queda sin efecto» (*ut tunc dominium eius adipiscatur, quum nuptiae fuerint secutae, sine effectu est*).

Criterio, que vemos recogido por Palacios Rubios (364), entre nuestros clásicos. En efecto, reconoce: *Quod procedit* (es decir, la nulidad y consiguiente convalidación *mortis causa*) *non solum in donationibus factis inter coniuges constante matrimonio: sed etiam in factis ante matrimonium relatis tamen in tempus matrimonium*.

(363) Op. cit., núm. 13, pág. 567 y ss.

(364) Op. cit., § 69, núm. 2, fol. 80.

6. La conversión y el artículo 1.334 del Código civil

Fuenmayor añade que «tampoco existe un precepto legal amparador de esta pretendida conversión. El artículo 1.334 que Vallet alega, no nos sirve. Su interpretación de este precepto es ingeniosa, pero forzada. Cuando dice que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio», no viene a limitar tan sólo, como Vallet pretende, el tiempo de duración de esa nulidad. Quiere referirse—y así lo ha entendido la doctrina común de los exégetas—a todas las donaciones otorgadas durante el matrimonio por los cónyuges».

Antes hemos opinado, siguiendo a la más general doctrina de los autores modernos, que no es necesario una concreta autorización legal para que proceda la conversión. Basta, que se den sus requisitos normales y que no sea explícita o implicitamente vedada por la ley.

No obstante, insistimos en el caso presente, a mayor abundamiento, en que el artículo 1.334 apoya la conversión, por cuanto limita la nulidad «durante el matrimonio».

En anteriores trabajos (365), señalamos la incorrección gramatical y la redundancia en que incurría el artículo 1.344 del Código civil en caso de haber querido decir lo que la mayoría de sus exégetas pretenden. También vimos, que los antecedentes históricos del precepto confirmaban nuestra interpretación. Pocas líneas atrás, acabamos de ver el sentido que debe asignarse a la expresión *durante el matrimonio*, conforme se entendió por el Derecho vigente hasta la redacción del Código civil, atendiendo a la finalidad de la prohibición de las donaciones entre cónyuges que fué la de evitar, constante el matrimonio, el enriquecimiento de uno de ellos en perjuicio del otro. Ahora, sólo vamos a añadir algunas nuevas consideraciones que refuerzan nuestros anteriores argumentos.

Notemos, previamente, que Baratta (366), comentando la interpretación común de nuestros exégetas, concretamente con referencia a la obra de Valverde, ha observado, sorprendido, que: «No se alcanza a comprender cómo en un tratado de diversos volúmenes, el autor no crea oportuno añadir algunas consideraciones sobre los motivos del cambio legislativo, *sobre todo en una materia en la cual, aún pudiendo ser idéntica la norma, persiste el desacuerdo entre los legisladores de países que tienen un ordenamiento jurídico familiar apoyado en idénticas bases.*»

Sin duda, ha sido muy precipitada la interpretación generalmente dada al artículo 1.334.

Ante todo, es de observar que en el período de preparación

(365) *La donación *mortis causa*....*, loc. cit., XIV, 2, pág. 795 y s., y el Dictamen cit., pág. 661 y s.

(366) *Il diritto di liberalità fra coniugi durante el matrimonio nel Diritto comparato e nel Progetto di reforma del Codice civile italiano* (Napoli, 1937). pág. 21 y s.

codificadora los autores se dividieron en dos grupos: Los que entendieron vigente la ley 4, Título XI, Partida cuarta, con la interpretación que antes expusimos (367). Y aquellos otros, que pretendían la vigencia de la Ley 7.^a, Título II, Libro V del Fuero Juzgo y ley 9.^a, Título XII, Libro III del Fuero Real, de modo que sólo deberían entenderse prohibidas a los cónyuges las donaciones otorgadas durante el primer año de matrimonio (368).

Por tanto, la discusión se centraba entre la admisión de la validez de las donaciones otorgadas después del primer año de matrimonio (solución gótica) y la nulidad de todas las donaciones entre cónyuges sin perjuicio de la convolución *mortis causa* si el donante premoría sin haberlas revocado (solución de las Partidas).

El Licenciado D. Pablo Gorozábel, Abogado de los reales Consejos, en su proyecto particular de Código civil (369), propuso las siguientes normas:

«1.182 Toda donación entre cónyuges, cuyo efecto sea el de adquirir el donatario desde el momento la propiedad de lo donado *es nula*, si por ella el donante disminuye algo de sus bienes y el donatario los aumenta».

(367) Así se entendió en las versiones del Febrero: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (Parte I, tomo II, cap. XII, § 1, núm. 15, pág. 135); *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos legistas*, de EUGENIO DE TAPIA (Volumen II, libr. II, tit. IV, cap. XXII, núm. 16, pág. 467), y *Febrero Reformado o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES (T. II, núm. 2.908, pág. 291). También lo juzgaron de este modo ESCRICHE (*Diccionario...*, T. I, pág. 652 y ss.), BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. V, pág. 106 y ss.), GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos de Derecho civil y Penal de España*, vol. II, núm. 449, 4.^a pág. 385) y DOMINGO DE MORATÓ (op., vol. y loc. cit.).

(368) En este sentido MARTÍ DE EIXALÁ (adicción a la gl. 28 del tit. XI, Partida IV, op. y vol. cits., pág. 1009), quien no obstante reconoce: «Con todo, el derecho de Partidas, es el que en esta parte se ha considerado y se considera vigente, sin duda por lo grave y poderoso de los motivos en que, como el Derecho común, había fundado aquél la citada prohibición de las donaciones entre cónyuges. De extrañar es, sin embargo, que al partir todos nuestros intérpretes de ese principio y al conceder semejante preferencia a las leyes de Partida sobre las del Fuero Real, lo hayan hecho sencillamente y como una cosa natural, sin dar razón alguna de semejante conducta».

NAVARRA AMANDI (op. y vol. cits., art. 1.376, pág. 137) adoptó una solución acumulativa de ambos preceptos, entendiendo que no debía considerarse derogada la ley visigoda por la de origen romano de las Partidas, y que ésta sólo debía aplicarse a las donaciones posteriores al primer año de matrimonio. (Solución inaceptable, pues si conforme al Derecho Real eran válidas las donaciones posteriores al primer año de matrimonio, holgaba su convolución al premorir el cónyuge donante sin haberlas revocado. Si acaso la convolución hubiese convenido a las otorgadas durante el primer año.) No obstante, timidamente añade que no se atreve a poner su dictamen en frente del de los ilustres comentaristas que defendían la tesis opuesta.

(369) *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y Leyes sueltas de esta Nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos* (Tolosa, 1832), pág. 262 y ss.

«1.186. Fuera de estas limitaciones, toda donación para ser válida entre cónyuges debe tener su efecto después de la muerte del donante».

«1.187. Por lo mismo el cónyuge donante puede revocar cuando quiere la donación que haya hecho al otro...».

«1.188. (§ 2.º). Si el donatario muere antes que el donante la donación queda ineficaz».

En notas de pie de página señala como base de estos preceptos las leyes 4, 5 y 6, Título XI, de la Partida cuarta. En estos proyectados preceptos, seguimos viendo que el tiempo del matrimonio, en la prohibición de las donaciones entre cónyuges, juega con relación a su efectividad, a su realización, no con referencia a su otorgamiento.

En el Proyecto de 1851, el párrafo primero de su artículo 1.259 dice escuetamente: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula.»

Es de notar, ante todo, el doble sentido que pudo darse a este proyectado precepto. Basta contrastar lo que diría colocando una coma detrás de la palabra «otro» (370) y lo que expresaría si dicha coma se situase inmediatamente antes de la disposición normativa «será nula» (371). En este último caso la nulidad se proyectaría sobre las donaciones otorgadas durante el matrimonio. Con la primera coma, el sentido del precepto condensaría la doctrina de la repetida ley 4, tit. XI, Part. IV. Es decir, la clásica concepción romana recogida en las Partidas y por los autores de Castilla. Siendo de notar que García Goyena (372), alma del Proyecto, al glosar este artículo, alude a las leyes romanas y a la tan repetida de las Partidas, sin destacar la introducción de diferencia alguna, ni hacer constar la modificación de la legislación entonces vigente. No sólo falta una exposición de los motivos de esa reforma, que se pretende quiso establecerse, sino que ni siquiera se hace constar que se quisiera establecer reforma alguna ni resulta del contexto literal de artículo.

Llegamos al vigente Código civil. El artículo 1.334 pudo aclarar la duda latente en la redacción del artículo 1.259 del Proyecto e inclinarse por el derecho tradicional o por su reforma sin más que añadir a una coma en uno o en otro sitio.

A sus redactores, en la Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo 1888, se les ordenó que realizaran la Codificación civil «sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes». Tomado el Proyecto de 1851 como punto de partida y de trabajo, no obstante, se limita en dicha Base, «sólo en cuanto se halla contenido en éste el sentido y ca-

(370) *Toda donación de un cónyuge a otro, durante el matrimonio será nula.*

(371) *Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio, será nula.*

(372) *Concordancias..., vol. III. art. 1.259, pág. 273 y ss.*

pital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio».

La letra de 1.334, a juicio nuestro, decide la cuestión. Modifica ligeramente la redacción del 1.259 del Proyecto. Aparte de decir «entre cónyuges», en lugar «de un cónyuge a otro», transporta las palabras en que se centra el contenido normativo del precepto del final al principio del mismo. «Será nula», pasa a encabezar el artículo: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.» Nueva redacción con la que queda más claramente expresada la ordenación lógica. Al juicio imperativo del artículo 1.334, que tiene un sujeto universal, dentro de su género delimitado: «toda donación entre cónyuges», y un predicado afirmativo: «será nula», se le añade una limitación consistente en una determinación de tiempo: «durante el matrimonio».

Estas tres últimas palabras serían totalmente inútiles referidas a las donaciones entre cónyuges: Si una donación es otorgada entre cónyuges es redundante añadir que es otorgada durante el matrimonio. De lo contrario, donante y donatario no serían cónyuges ni la donación, por tanto, podría titularse entre cónyuges.

En cambio, esa determinación de tiempo, referida al predicado «será nula», matiza y limita el sentido de éste. En armonía, precisamente con sus antecedentes históricos, vigentes al promulgarse el Código civil. A éste, como a sus precedentes romanos y de Partidas, le interesa el tiempo de la consumación más que el del otorgamiento de la donación. No admite la validez durante el matrimonio de las donaciones; su otorgamiento y su ulterior validez no le preocupan.

Por eso, el artículo 1.334 no impide la conversión, sino que implícitamente la facilita y ordena al limitar la nulidad *durante el matrimonio*. Frase que, aun cuando no existiera la figura jurídica de la conversión, debería llevarnos a un resultado práctico parecido al logrado a partir de la *Oratio*. La determinación de tiempo nos recuerda más la construcción de D'Ancona, del *negotium imperfectum*, que al negocio absolutamente nulo.

Por todo ello, no queremos concluir sin formular antes dos preguntas:

Si el sentido gramatical (la sintaxis no puede despreciarse) y lógico (no puede presumirse que el legislador haya sido redundante al decir «donaciones entre cónyuges durante el matrimonio») concuerda con los antecedentes históricos, con el Derecho vigente al publicarse el Código civil, y con el sentido común y moral, ¿por qué adoptar una interpretación distinta? ¿Por qué presumir que el legislador fué redundante, faltó a la sintaxis, modificó el derecho a la sazón vigente y, además, impuso una disposición menos justa y equitativa?

Rogamos al paciente lector que medite la respuesta, como nosotros hemos procurado hacer.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La expropiación por causa de interés social en la agricultura

(Comentarios a la ley de 27 de abril de 1946)

JAIME MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA

Abogado del Estado

SUMARIO: La expropiación de fincas rústicas por causa de interés o utilidad social. Precedentes. La Ley de 27 de abril de 1946, II. Especialidades de la expropiación forzosa por causa de interés social según esta ley. 1. La declaración de interés social. 2. Particularidades de esta declaración: el periodo de diligencias previas; la discrecionalidad. 3. El justiprecio de las fincas: a) Ponderación obligada de los tres criterios legales de valoración. b) La valoración de las plusvalías derivadas de las obras de riego. Los precios en secanos. c) Mejoras e indemnizaciones abonables y no abonables. d) Fijación del justiprecio en casos especiales. 4. Garantías y defensas de los propietarios en estos expedientes. 5. El recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

I

LA EXPROPIACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS POR CAUSA DE INTERÉS O UTILIDAD SOCIAL

Precedentes legales.

Tiene sus precedentes esta expropiación, en nuestra patria, en el artículo 44 de la Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931, según el cual la propiedad de toda clase de bienes podría ser objeto de expropiación forzosa por causa de *utilidad social* mediante adecuada indemnización, a menos que dispusiera otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Publicada la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932, tan radical en materia de expropiación forzosa de fincas rústicas, como que declaraba sujetas a esta medida *todas las tierras* comprendidas en cualquiera de los trece extensos apartados de la Base 5.^a, una vez que se incluyeran en el *inventario de bienes expropiables* que se ordenaba formar a los Registradores de la Propiedad por la Base 7.^a de la propia ley, el

aludido principio constitucional que autorizaba la expropiación forzosa de ciertos bienes «por causa de utilidad social, mediante adecuada indemnización»—que poco más o menos venía a ser el mismo contenido en el artículo 349 del Código civil, entonces y ahora vigente, de 1889, y el artículo 10 de la Constitución de la Monarquía de 1876, con la pequeña variante de referirse a la «utilidad pública» en lugar de a la «utilidad social»—, vino a quedar rebasado y, por tanto, prácticamente inoperante respecto de la propiedad rústica, puesto que, contando aquellos Gobiernos con soluciones tan expeditivas como las arbitradas por la Ley de Reforma Agraria, hubiera resultado pueril acudir al «expediente» de unas declaraciones de utilidad social hechas finca por finca para conseguir, después de varios años, su expropiación.

Podemos decir, pues, que la expropiación forzosa de bienes de propiedad particular, por causa de utilidad social autorizada por el artículo 44 de la Constitución de la República española de 1931, no llegó a adquirir importancia en la práctica, debido principalmente a que al plantearse la Reforma Agraria en 1932 el instrumento elegido para llevarla adelante, no fué ese tipo de expropiación forzosa, sino otro mucho más amplio al servicio de la *socialización de la propiedad*, también autorizada por el propio precepto constitucional (1).

Fué más tarde, en virtud de la ley llamada entonces de reforma de la Reforma Agraria, de 1.^º de agosto de 1935, cuando comenzó a tomar relieve este tipo especial de expropiación forzosa de fincas rústicas determinadas por causa de utilidad social. El artículo 14 de esta ley, según el texto refundido aprobado por Decreto de 9 de noviembre de 1935, autorizó al Instituto de Reforma Agraria para *declarar de utilidad social y expropiar cualquier finca* cuya adquisición considerara necesaria para la realización de alguna de las finalidades previstas en la ley. Y por Decreto de 20 de marzo de 1936 se hizo aplicación del principio facultando al citado Instituto para declarar de utilidad social las fincas que radicaran en un término municipal o se extendieran a los de varios municipios en los que se dieran las características de gran concentración de la propiedad, censo campesino elevado en relación con el número de habitantes, reducida extensión del término en comparación con ese censo, y predominio de cultivos extensivos; declaración está complementada por medio de la autorización otorgada al propio Instituto de Reforma Agraria en el mismo Decreto para disponer y ordenar las *ocupaciones temporales* prescritas por la Ley de Reforma Agraria, *como medio de anticipar los asentamientos* en todas las fincas que hubieran sido declaradas de utili-

(1) Decía, en efecto, el citado art. 44: «La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.»

dad social, sin perjuicio de incoar el oportuno expediente de expropiación (2).

Pronto había de parecer una rémora, sin embargo, este sistema de las declaraciones de utilidad social hechas finca por finca y expedientes individuales de expropiación, lo que determinó que por Decreto de 16 de abril de 1936 fuera autorizada la presentación a las Cortes de un proyecto de ley restableciendo en todo su vigor la primitiva Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932, volviéndose, por tanto, al procedimiento radical de las expropiaciones en masa, cuando no confiscaciones, de una propiedad socializada.

La ley de 27 de abril de 1946.

El corto espacio de vigencia de la ley reformadora de la de Reforma Agraria permite afirmar, sin incurrir en error grave, que ha sido la ley de 27 de abril de 1946, con la realidad de su aplicación, la primera en virtud de la cual se ha puesto en práctica en España el principio de la expropiación forzosa por causa de interés social, expresamente reconocido por el artículo 32 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, al declarar que nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o *interés social*, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

II

ESPECIALIDADES DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA POR CAUSA DE INTERÉS SOCIAL SEGÚN LA LEY DE 27 DE ABRIL DE 1946

Podríamos resumir las principales especialidades que diferencian este procedimiento expropiatorio del general establecido en la ley de 10 de enero de 1879 en los siguientes apartados, que estudiaremos separadamente a continuación:

(2) Estas ocupaciones temporales para anticipar los asentamiento se habían previsto ya en la Base 9.^a de la ley de Reforma Agraria de 1932, respecto de las fincas incluidas en el Inventario de las afectadas. Al suprimirse este Inventario, en 1935, e implantarse el sistema de la declaración de utilidad social, finca por finca, como presupuesto para la expropiación forzosa, esas ocupaciones temporales se autorizaron sólo en tanto la expropiación se llevara a efecto (art. 27 de la ley de 1935). Un Decreto de 14 de marzo de 1936—triunfante ya el Frente Popular—amplió, respecto de los yunteros extremeños, la eficacia del principio de «utilidad social», contenido en el art. 44 aludido en el texto, a la permisión de estas ocupaciones temporales para anticipar los asentamientos; pero, con mayor fidelidad a la letra de la ley, el otro Decreto que se cita en el texto enlazó esas ocupaciones con la *declaración de utilidad social a efectos de expropiación forzosa*, como supuesto necesario para acordarlas. Queda dicho, por tanto, que hubo entonces una declaración de utilidad social para la expropiación y otra para la ocupación temporal de fincas por los yunteros «sin tierra a la que aplicar sus actividades» (Decreto de 3 de marzo de 1936 y el antes citado del 14).

1.^º Sustitución de los dos primeros períodos que establece el artículo 3.^º de la ley general de Expropiación forzosa, «declaración de utilidad pública» y «necesidad de la ocupación del inmueble», por la declaración de interés social hecha después del período denominado de «diligencias previas».

2.^º Carácter y eficacia especiales de la resolución ministerial en cuya virtud se declara el interés social.

3.^º Adopción de reglas singulares para la determinación del justiprecio.

4.^º Garantías y defensas de los particulares afectados por la expropiación.

I. La declaración de interés social.

Orientada exclusivamente la ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 hacia las expropiaciones a que diera lugar la ejecución de las «obras de utilidad pública» a que se refiere el artículo 2.^º de dicha ley—pese a que el artículo 10 de la Constitución de 1876 y aun el propio artículo 1.^º de esta de Expropiación Forzosa hacen referencia al más amplio concepto de «expropiación por causa de utilidad pública»—, no es de extrañar la aparición de una larga serie de disposiciones sobradamente conocidas tendentes a la adaptación de los preceptos de la ley a los diferentes casos en que, por no tratarse precisamente de la ejecución de *obras públicas*, los indicados preceptos resultaban inadecuados. En este aspecto pueden citarse las contenidas en las leyes de 26 de julio de 1892 y 18 de marzo de 1895 sobre ensanche de las grandes poblaciones y obras de saneamiento o mejora interior de las mismas, así como en los Estatutos municipal y provincial de 1924 y 1925 y Reglamento de Obras y Servicios Municipales de 14 de julio de 1924, en las últimas de las cuales llegó ya a establecerse la refundición en un solo acto o declaración (la aprobación de los planes, proyectos o anteproyectos, etc.) de los dos requisitos exigidos por la ley general, disponiendo que bastaría el referido acto para que se entendiera en cada caso declarada, no sólo la utilidad pública, sino también la necesidad de la ocupación de los bienes de que se trate (3).

La crisis de la ley de 1879 se hizo particularmente ostensible cuando en 7 de octubre de 1939 se estimó necesario abreviar los trámites previstos en ella, incluso para los casos de ejecución de obras públicas que, como decíamos, son los únicos en realidad contemplados por la ley general de Expropiación Forzosa.

Establecida por esta ley de 1939 una *declaración de urgencia* que, respecto de determinadas obras, lleva aneja la de la necesi-

(3) V. sobre este último particular los arts. 184 y 185 del Estatuto Municipal de 1924 y los arts. 15, 26, 29, 33, 36, 107, 125, etc., del Reglamento de obras, servicios y bienes municipales, de 14 de julio de dicho año 1924.

dad de la ocupación (4), era imprescindible arbitrar en ella un procedimiento breve que permitiera suplir las diferentes diligencias de la sección 2.^a del título II, de la ley general de Expropiación Forzosa, encaminadas a la determinación del inmueble a expropiar y la aportación de los datos precisos para la ulterior determinación del justiprecio. No es otra la finalidad principal del acta previa a la ocupación regulada en esta ley.

Conocidos estos precedentes, queda perfectamente explicada la adopción de la *declaración comprimida* a que hace referencia el artículo 2.^o de la ley de 27 de abril de 1946, al establecer que la declaración de interés social de la expropiación de una finca rústica a los fines expresados en el artículo 1.^o de la misma ley, hecha por medio de Decreto acordado en Consejo de Ministros, implicará la de la necesidad de ocupación del inmueble de que se trate. Lo que se pretende con ello, sencillamente, es eludir—como ya lo habían procurado esas otras disposiciones de las que se han citado algunas con anterioridad—la tramitación de los dos prolíjos períodos primero y segundo de la ley general de Expropiación Forzosa.

2. *Eficacia de la declaración de interés social. Carácter teóricamente transitorio de la «discrecionalidad» administrativa en estas materias.*

Las verdaderas particularidades de esta declaración de interés social están constituidas por otras dos:

1.^a Ir precedida de unas «diligencias previas» con las que, en realidad, se inicia el expediente; y

2.^a No ser susceptible de recurso alguno.

Es consecuencia de existir el periodo de diligencias previas el que—a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los expedientes de expropiación para obras públicas—cuando se declara el interés social de la expropiación forzosa, es perfectamente conocida ya la finca o porción de finca cuya adquisición se estima necesaria para resolver el problema que determina la acción administrativa (art. 1.^o de la ley de 27 de abril de 1946). No obstante, como para la práctica del justiprecio son necesarios datos y elementos que los peritos deben recoger, un Decreto de 20 de mayo de 1949 determinó los trámites y requisitos para el nombramiento de dichos técnicos y la práctica de las operaciones previas al justiprecio (5).

(4) Nada dice sobre la de utilidad pública, por lo que sería una corruptela suponer implícita esta declaración también en la de urgencia. El Decreto de 7 de noviembre de 1952, por ejemplo, referente al embalse «Las Peñitas» (Cádiz), se refiere expresamente tanto a la urgencia como a la «utilidad pública».

(5) Un Decreto-ley de igual fecha traspasó al Director General del Instituto Nacional de Colonización las facultades encomendadas por la ley de Expropiación de 1879 a los Gobernadores civiles.

La negación de toda clase de recursos contra la declaración ministerial, aparte de estar justificada por la existencia de toda esa tramitación previa en la que informa el Instituto Nacional de Colonización sobre el problema social y se da audiencia a los interesados (art. 3.^º) que pueden impugnar la procedencia de la expropiación por concurrir alguna de las excepciones del artículo 9.^º, etcétera, no es sino una aplicación de principios inspiradores de leyes fundamentales, como el Fuero del Trabajo (6), cuya traducción a la realidad exige todavía reservar muchas materias a la esfera de actuación discrecional del Gobierno, por no haberse acertado aún con la ordenación adecuada para la realización de los principios de justicia en que se orientan muchas leyes de carácter social, como ésta de 27 de abril de 1946.

No vacilamos, pues, en afirmar el carácter imperfecto, diríamos embrionario, de una estructuración jurídica que demande, por ejemplo, la actuación frecuente de principios tales como el que se sienta en el preámbulo del Fuero del Trabajo al establecer la «subordinación de la economía a la política». Ello supone, ciertamente, un paso adelante en cuanto que se derroca la soberanía de lo económico, al menos en el reino de los principios; pero la insuficiencia del postulado, lo que le da carácter transitorio e inestable es la falta de desarrollo jurídico que obliga a vincular todavía muchas veces el logro de una tarea de justicia a órganos políticos.

Toda posición de equilibrio inestable está siempre amenazada de caer hacia donde no debiera. De modo que, advertido cuál es el peligro con estas indicaciones generales, diremos que la perfección demandada por el actual sistema de la «discrecionalidad» e inimpugnabilidad absoluta de la declaración de interés social (7) no debe buscarse, a nuestro juicio, apelando tal vez al recurso contencioso-administrativo de nuestra vieja ley de 1894, recientemente retocada (8), sino en otra dirección que sepa aunar el respeto a los derechos subjetivos, rectamente entendidos, con las exigencias del bien común, dentro de un ordenamiento jurídico y, por consiguiente, estable.

En este como en otros campos es ya urgente superar la fase «política», superación que sólo se conseguirá, naturalmente, si las

(6) Y aun la de lo Contencioso-Administrativo.

(7) Igual podría decirse de las declaraciones análogas de *utilidad pública*. Sin embargo, en éstas de interés social ofrece singular relieve el aspecto considerado por el carácter *particular*, que tiene siempre la resolución administrativa, y también por emanar del Gobierno, lo que excluye *en todos los casos* la garantía que, respecto de los generales de expropiación, suponen los recursos de alzada ante el superior contra declaraciones hechas por Autoridades de esferas inferiores.

(8) Lo que, además, sería contrario, dentro del sistema vigente, a la jurisprudencia que considera a las declaraciones de utilidad y necesidad *materia de carácter discrecional*.

nuevas leyes aciertan con las fórmulas justas y con las instituciones adecuadas.

3. *El justiprecio de las fincas en la ley de 27 de abril de 1946.*

Aparte peculiaridades de menor importancia, como, por ejemplo, la de que la tasación haya de efectuarse por los peritos de la Administración y de los propietarios en *un solo documento*, con precedente en la Base²³ de la ley de Colonización de Grandes Zonas de 26 de diciembre de 1939, o la de declararse expresamente que no se estimen las *mejoras* hechas en las fincas después de la declaración de interés social (9) y otras relativas a los plazos para la valoración, etc., etc., deben señalarse como verdaderas especialidades del justiprecio en estas expropiaciones:

a) La necesidad de tener en cuenta para la tasación el valor catastral de las fincas, las rentas de los últimos cinco años y el valor en venta de fincas análogas (art. 5).

b) La prohibición legal de incluir la plusvalía derivada de grandes obras hidráulicas en la valoración de las fincas regables merced a dichas obras, salvo la que resulte aplicable a la parte de finca que realmente haya sido transformada (arts. 8 y 11).

c) No tener lugar, conforme a la ley, en las valoraciones periciales el concepto especial de indemnización que prevé el artículo 28 de la ley general de Expropiación Forzosa por los perjuicios de toda clase ocasionados con la obra que da lugar a la expropiación; y

d) Estimarse definitivamente fijado el justiprecio que señale el Instituto Nacional de Colonización, sin ulterior recurso, cuando exista acuerdo entre las valoraciones de los dos peritos o cuando la diferencia entre ambas no excediese del 5 por 100 de la tasación del perito del Instituto (art. 5).

Ponderación conjunta de los criterios valorativos legales.

El primero de estos puntos, o sea, el que los peritos nombrados en estos expedientes hayan de tener en cuenta al efectuar la tasación de las fincas el valor con que éstas aparezcan catastradas, las rentas producidas en los últimos cinco años y el valor en venta de otras fincas análogas por su clase y situación en el término o comarca de que se trate, impone con toda la fuerza de una exigencia legal el que todos y cada uno de los indicados factores o elementos dejen sentir su influjo en la determinación del precio.

No fué en este extremo muy audaz la ley de 27 de abril de 1946, pese a ser una de sus finalidades, según el preámbulo y el propio articulado, la de resolver problemas sociales mediante la creación

(9) Prevención análoga se establece en la Base antes citada, recogiendo reiterada jurisprudencia sobre expropiación por causa de utilidad pública.

de nuevos propietarios o colonos, lo cual es tanto menos explicable cuanto que existía el precedente del Estatuto Municipal, cuyos artículos 186 a 188, referentes a las expropiaciones forzosas necesarias para la realización de las obras de ensanche, saneamiento y urbanización, establecieron ya que habrían de servir de base, no sólo para el depósito previo, sino para la valoración de las fincas expropiadas, las rentas catastrales o líquidos imponibles fijados a los inmuebles a efectos tributarios, con los coeficientes o porcentajes de corrección a que los propios artículos del Estatuto Municipal y los artículos 111 y 117 del Reglamento sobre obras, servicios y bienes municipales hacen también referencia.

Si, dado el carácter particular de la declaración de interés social que esta ley de 27 de abril de 1946 establece a efectos expropiatorios, se estimó injusto por el legislador la implantación de un sistema valorativo tan radical, en cuanto que el sacrificio para la obtención del bien general implicado en la resolución del problema social de que se trata vendría a recaer casi exclusivamente sobre uno solo o unos pocos propietarios del término municipal, esta consideración no podía llevarse hasta el extremo de prescindir en absoluto de la valoración resultante de los datos fiscales.

Así, pues, en buena interpretación, no debe estimarse practicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.^º de la ley que comentamos ninguna tasación pericial que prescinda por completo de cualquiera de los factores indicados (renta catastral, rentas reales y valor en venta), ni aun por estimar que no reflejan el verdadero valor de la finca expropiada. Al decirse en la ley que *habrán de tenerse en cuenta* los tres elementos, se está exigiendo, sin duda posible, que *los tres* han de ser ponderados al fijar la tasación, de manera que la que se pratique reciba la influencia conjunta de todos ellos; lo que no quiere decir que deba acudirse al procedimiento de hallar la media aritmética, recurso siempre tentador, por su sencillez, pero que estimamos inadecuado (10), sino que actúe cada valoración parcial (valoración catastral, valoración por rentas y valoración por precios de venta) como correctora, en más o en menos, de las otras dos, so pena de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto de 20 de mayo de 1949.

Valoración de plusvalías o «precios en secano».

El segundo extremo a examinar ahora, relativo a la *valoración o no valoración de las plusvalías* derivadas de las obras de riego

(10) Refiriéndose no a la tasación pericial, sino a la fijación del justiprecio por la Autoridad competente, decía el Tribunal Supremo (S. de 30-VI-1941) que «no es posible calificar como precio justo a la semisuma de las tres evaluaciones.... pues si tal procedimiento simplista tendría posible justificación caso de no intervenir otros factores que los puramente aritméticos, aparece mucho menos congruente cuando hay aspectos jurídicos y económicos merecedores y susceptibles de ponderación reflexiva».

realizadas por el Estado, no ha sido siempre entendido con claridad.

En esta ley, el justísimo principio que impide la apropiación por los particulares de tales incrementos de valor tiene su manifestación en dos lugares: el artículo 8.^º, referente al caso especial de las fincas susceptibles de transformación de secano en regadío a consecuencia de una gran obra hidráulica y no transformadas por sus propietarios después de transcurridos cuatro años, que se declaran preferentemente expropiables (11) siempre que sean aptas para resolver un problema social «sin que en la valoración de las mismas se tenga en cuenta la plusvalía derivada de la gran obra hidráulica»; y el artículo 11, en el que, al tratar del justiprecio de «las fincas transformables de secano en regadío merced a una gran obra hidráulica», establece que se tendrá en cuenta el valor real del inmueble según el estado de las obras de transformación realizadas por el propietario, sin que a este fin se tome en consideración más plusvalía que la aplicable a la parte de la finca que realmente haya sido transformada.

La defectuosa técnica de estos preceptos legales ha dado lugar a frecuentes confusiones originadas en la errónea creencia de suponer que la exclusión de las llamadas plusvalía es una sanción, una pena, aplicable a los propietarios que no hayan transformado sus tierras en regadío (12).

La única sanción, si así desea llamársele, que en estos preceptos se establece, es la de que serán preferentemente expropiables las fincas susceptibles de transformación de secano en regadío a consecuencia de una gran obra hidráulica en el caso de que hubiesen transcurrido más de cuatro años sin que el propietario realizase la transformación y siempre que estas fincas, a juicio del Ministerio de Agricultura, sean capaces de resol-

(11) Esta y no otra, como diremos, es la finalidad de este artículo.

(12) Tratando de análoga cuestión, decía en una conferencia dada en el Instituto de Estudios de Administración Local el 21 de marzo del corriente año 1952, lo siguiente: «Frecuentemente se invoca por los propietarios afectados como una razón de por sí suficiente, a su juicio, para detener la acción colonizadora oficial, la de que por no haber sido concluidas las obras de los canales no les ha sido tampoco posible a ellos realizar las de preparación del terreno, acequias, etc. No entienden la Ley los que razonan así. Si se hubiera pensado en castigar a los remisos o premiar a los diligentes o, simplemente, en estimular la puesta en riego por los particulares, hubiera bastado con amenazas de expropiación o con los altos cánones de riego que ya figuraban en las disposiciones legales anteriores a la creación del Instituto. Pero de lo que se trató y de lo que se trata es de aprovechar para fines sociales el incremento de valor derivado para los terrenos de su puesta en riego, plusvalía realizable gracias a esas grandes inversiones económicas hechas por el Estado. No debe, pues, entrarse solamente en el punto relativo a si los propietarios particulares contribuyeron o no contribuyeron con su mínima parte, o simplemente con sus compromisos, a costear los gastos de las grandes obras: Se trata solamente de que hechas esas obras con el dinero de los contribuyentes, ese margen de beneficio, esa mayor riqueza derivada de la realización de dichas obras, se debe a los necesitados...»

ver el problema social de que se trate, conforme al artículo 8.^º a que acabamos de aludir.

La referencia que en este artículo 8.^º se hace al plazo de cuatro años, no tiene otro alcance que precisar los supuestos de aplicación de lo que dispone, como es obligado cuando se trata de preceptos que imponen sanciones o cargas especiales. Y lo de que en la valoración de dichas fincas no se tenga en cuenta la plusvalía derivada de las grandes obras hidráulicas, no es sino una regla, que en rigor no era necesaria, sancionadora del principio universal que veda el enriquecimiento injusto. El hecho de que en el artículo 11 se declare lo mismo con mayor detalle, no significa otra cosa sino que se estimó conveniente no se olvidara por peritos ni por autoridades o Tribunales aquel principio de justicia en la práctica de las valoraciones; pero no contiene ninguna regla nueva ni tampoco distinta de la establecida en el artículo 8.^º

Analizando algo más detalladamente la ley en este punto, nos encontramos que los artículos 8.^º, 9.^º y 10, establecen, respectivamente:

a) Qué fincas serán preferentemente expropiadas: las regables y no regadas, una vez transcurridos cuatro años desde que pudieron serlo.

b) Qué fincas se exceptúan de la expropiación forzosa por causa de interés social: las llevadas en cultivo directo y personal, y las ejemplares (13), y

c) Qué fincas quedan, «en principio», exceptuadas de la expropiación forzosa por causa de interés social: las regadas por iniciativa de sus propietarios; las en que la expropiación origine determinados perjuicios económicos, y las sitas en «zonas regables», que realmente hayan sido transformadas de secano en regadío dentro de los plazos y condiciones legales (14).

Una vez así delimitada, objetivamente, la esfera de la acción de la actividad administrativa encaminada a la expropiación de fincas rústicas por causa de interés social—en los citados artículos 8.^º, 9.^º y 10—, en el artículo 11 se aclara, como dijimos, la manera de proceder en el justiprecio de las fincas regables en las que se hubiesen realizado obras de transformación por los propietarios. Por tanto, esta regla de valoración será de aplicar, no sólo a las fincas totalmente transformadas (en cuya valoración total se incluirá la plusvalía derivada de esta transfor-

(13) Para la aplicación de esta última excepción fué dictado el Decreto de 10 de enero de 1947. V. además el art. 4.^º de la ley de 15 de julio de 1952 sobre explotaciones agrarias ejemplares, que aplica a éstas la misma excepción.

(14) Se dice que se exceptúan «en principio», porque según el propio artículo 10, estas fincas «sólo podrán ser expropiadas en el caso de que no hubiese otras susceptibles de resolver el problema social que se trate de remediar».

mación), sino también a las que lo hayan sido sólo en parte, respecto de las cuales se dice que únicamente se tomará en consideración la plusvalía de la porción realmente transformada por obras realizadas por el propietario.

Esto quiere decir que cabe perfectamente que se dé el supuesto de una finca «preferentemente expropiable», conforme a la regla del artículo 8.^º, en cuya valoración, sin embargo, deban incluirse plusvalías: las correspondientes a la parte o partes de dicha finca que haya podido transformar su propietario, sin que ésto sea obstáculo para su expropiación preferente a causa de no haber sido transformada en su totalidad dentro del plazo de cuatro años a que se refiere dicho artículo 8.^º

En esta hipótesis no se infringiría el artículo 8.^º de la Ley, pese a que dice no se tenga en cuenta la plusvalía derivada de la gran obra, puesto que la regla de valoración es la contenida en el artículo 11 que se refiere, como hemos dicho, a la expropiación de «fincas transformables de secano en regadío merced a una gran obra hidráulica», «al amparo de esta ley», y, por tanto, no sólo a las exceptuadas en principio de la expropiación, conforme al artículo 10, apartado cuarto, sino incluso a las que deban expropriarse preferentemente por no haber sido transformadas..., aunque *parcialmente* lo hubieran sido, como en el caso imaginado. La citada expresión que emplea el artículo 8.^º: «sin que en la valoración de las mismas se tenga en cuenta la plusvalía derivada de la gran obra hidráulica», sólo indica que se supone el caso de fincas transformables cuyos propietarios no hubieren realizado ninguna obra de transformación, sin ánimo de dar una regla detallada para la justa valoración de tales inmuebles. Y la mejor prueba de ello está en que en el artículo 11, lejos de referirse de modo exclusivo a las fincas «realmente transformadas» (exceptuadas en principio según el artículo 10, apartado cuarto, de la expropiación forzosa), lo hace a las *fincas transformables* de secano en regadío, dentro de las cuales están comprendidas, como se ha dicho, las preferentemente expropiables según el artículo 8.^º; dándose precisamente en este artículo 11 la regla justa para su valoración, a fin de comprender dentro de ella, tanto el citado caso de las fincas comprendidas en el artículo 8.^º, como el de las en principio exceptuadas del artículo 10, por cuanto que la regla es la misma en todos los casos, a saber: Que se tendrá en cuenta en el justiprecio el valor real de los inmuebles según el estado de las obras de transformación realizadas por los propietarios, sin que a este fin se tome en consideración más plusvalía que la aplicable a la parte de finca que realmente haya sido transformada como consecuencia de dichas obras de la propiedad.

Podemos, pues, afirmar:

1.^º Que la expropiación establecida por la ley de 27 de abril de 1946 no tiene una finalidad punitiva, sino la de resolver problemas sociales (art. 1.^º).

2.^º Que, sin embargo, estimándose conveniente establecer algunas reglas de preferencia y de excepción respecto de la elección de fincas a expropiar, se estimó conveniente que se dirigiera primamente la acción administrativa contra las fincas regables y no regadas, y se exceptuara, en principio, a las regables y ya regadas, caso de que hubiera otros inmuebles aptos para resolver el problema social que se trate de remediar (arts. 8.^º y 10), y

3.^º En la valoración de fincas regables en virtud de obras hidráulicas realizadas por el Estado, lo mismo si se trata de las que se expropian preferentemente por no estar totalmente transformadas (caso del artículo 8.^º), que si trata de las que gozan, en principio, de excepción, por haber sido transformadas por sus propietarios (caso del art. 10, apartado cuarto), sólo puede tenerse en cuenta «el valor real del inmueble según el estado de las obras de transformación realizadas por el propietario, sin que a este fin se tome en consideración más plusvalía que la aplicable a la parte de la finca que realmente haya sido transformada» en virtud de dichas obras efectuadas por los propietarios (art. 15).

Resultaría prolijo enumerar la larga serie de razones y antecedentes justificativos de estos preceptos legales, que no vienen sino a vedar, como apuntábamos, el enriquecimiento injusto. Sin embargo, estimamos conveniente recordar que la imposición de los *precios en secano* respecto de las expropiaciones de fincas transformables en regadío y no transformadas por sus propietarios, se estableció en España ya en el artículo 249 de la primitiva ley de Aguas, de 3 de agosto de 1860, habiéndose establecido también en los artículos 197 de la ley de Aguas vigente, en el 15 de la de Construcciones Hidráulicas de 7 de julio de 1911, y, últimamente (prescindiendo de citas legales intermedias y de conclusiones y ponencias en este sentido de los diferentes Congresos Nacionales de Riegos), en el artículo 4.^º i) de la ley de Zonas Regables de 21 de abril de 1949 (15). ¿Habría de resultar menos avanzada que la ley de Aguas de 1866 una ley dictada en 1946 para la resolución de problemas sociales?

Creemos haber contribuído, con lo dicho, al esclarecimiento del problema de la valoración de las plusvalías, según la ley de expropiación de fincas rústicas por causa de interés social. Pero quizás no esté de más que nos planteemos ahora un nuevo problema.

Admitido con facilidad que sea legalmente imposible, además de injusto, valorar las plusvalías en los casos en que el propietario

(15) Razonábamos este mismo punto, enfrentándonos con unos argumentos del P. Azpíroz, en «Un proceso legislativo interesante», conferencia dada por el autor en Málaga en 1950, pub. en *Estudios*, del Instituto Nacional de Colonización, vol. IV, núm. 20, pág. 32, y asimismo en el artículo «Modernas orientaciones de la colonización agraria en España», Rev. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. II, fasc. III, julio-septiembre 1949, pág. 1050 y ss.

rio de una finca «regable» no realice en ella las obras complementarias a su cargo para la transformación en regadio, ¿no será bastante para el cómputo de las plusvalías, en caso de expropiación forzosa de dicha finca, el hecho de que el propietario haya realizado por su cuenta todo lo que le era exigible, mediante la suscripción de los compromisos de auxilio contraídos en virtud de la ley de Construcciones Hidráulicas de 7 de julio de 1911, o de convenios especiales, e incluso el abono de algunos reintegros?

Según el texto, ya examinado, de la Ley de 27 de abril de 1946, no es bastante. El artículo 11 bien claramente dice que en las fincas «transformables de secano en regadio merced a una gran obra hidráulica» que se expropian al amparo de la ley, «se tendrá en cuenta el valor real del inmueble según el estado de las obras de transformación realizadas por el propietario, sin que a este fin se tome en consideración más plusvalía que la aplicable a la parte de la finca que realmente haya sido transformada».

Luego es evidente que sólo esas «obras de transformación realizadas por el propietario», y no los simples compromisos de auxilio ni los abonos a cuenta del reintegro, podrían justificar la computación o inclusión en el justiprecio de las plusvalías derivadas de la gran obra hidráulica.

Y ello no puede ser más lógico si se tiene en cuenta, por una parte, que las grandes obras se han ejecutado por el Estado y, por otra, la falta de cumplimiento de tales compromisos por parte de los propietarios, corporaciones y entidades interesados en las grandes obras hidráulicas, extremo éste del que hemos tratado en otra ocasión (16) y que aquí podemos ilustrar con las siguientes citas:

El Real Decreto-Ley de 5 de marzo de 1926, creador de las Confederaciones Sindicales Hidrográficas, cuyo artículo 7º, apartado e), refiriéndose a las facultades de las Confederaciones, alude inequívocamente a las *obras de riegos que debieron ejecutarse con fondos mixtos de acuerdo con lo convenido y escriturado con el Estado al recibir su auxilio, pero que de hecho se han ejecutado con fondos públicos por incumplimiento de aquellos compromisos*.

El Decreto-Ley de 7 de octubre de 1926, adicionando artículos a la ley de Construcciones Hidráulicas de 1911, facultó al Estado para dispensar a los interesados en las obras de riego o pantanos del desembolso a que venían obligados durante la construcción de aquéllos, permitiéndoles hacer el reembolso de la cantidad total con que deban contribuir, en el plazo de veinticinco años después de terminadas las obras (17).

(16) V. el op. cit., «Un proceso legislativo interesante», págs. 25 y 26.

(17) Es creencia muy generalizada la de que los trabajadores o pequeños empresarios que perciben determinados beneficios en virtud de las *modernas*

Y en la Memoria del Plan de Obras Hidráulicas, aprobado por ley de 11 de abril de 1939, se dice textualmente que la aplicación de la ley de auxilios para Construcciones hidráulicas de 7 de julio de 1911, tan beneficiosa para los particulares, ha sido en la práctica llevada con perjuicio para el Estado, pues en la mayor parte de las obras se ha llegado a la explotación dejando de modo deliberado por ejecutar algunos detalles a fin de no darlas por terminadas, sin embargo de estar utilizadas en plan normal por los usuarios, y dejando transcurrir de ese modo un gran número de años para que el Estado comience a reintegrarse de la parte adelantada. Es indudable que tal abuso, llevado a cabo en no pocas obras hidráulicas, debe evitarse, quizás con el criterio de que se comiencen a contar los plazos a partir del momento en que las obras empiecen a explotarse con rendimiento normal para la zona de riego (18).

En resumen, estimamos que la regla más práctica para la justa resolución de los casos concretos que puedan plantearse, en la hipótesis, por ejemplo, de fincas regables, expropiadas en virtud de esta ley de 27 de abril de 1946, cuyos propietarios no hubieran realizado obras de transformación, pero, en cambio, hubiesen aportado algunas sumas en concepto de auxilios para la construcción de las grandes obras por el Estado, será, sencillamente, comprender entre las partidas abonables a los expropiados el reintegro de las citadas cantidades, e incluso el importe de ciertas obras y gastos que pudieran haber efectuado, pero que no dieran derecho, no obstante, al abono de plusvalías, en razón de no existir en la finca tierras realmente transformadas de secano en regadío.

Podríamos decir, brevemente, que una cosa es el abono de «mejoras» y otra muy distinta el cómputo de «plusvalías». Las primeras son siempre de abono con tal que no se hubieran realizado después de hecha la declaración de interés social (art. 5.º, párrafo segundo de la ley); respecto de las segundas, habrá que estar necesariamente, por imperativo legal, fundado como hemos visto en razones de justicia, a lo establecido por la propia ley.

leyes sociales. obtienen verdaderos *privilegios*, justificativos de cualquier medida *restrictiva*—planteamiento puramente negativo, pero frecuente al introducir reformas legales—. Debemos acostumbrarnos a reconocer, frente a casos como los que se citan en el texto anotado y los que siguen, que existe una injusta desigualdad siempre que se considera *debida*, por el contrario, cualquier ventaja, cuando es en provecho de los propietarios o entidades bien provistos de recursos económicos. *Desigualdad*, diríamos mejor, *injustísima*, en cuanto que favorece a los mejor dotados en perjuicio de los que menos poseen. Tanto de ésta como de otras muchas cuestiones de interés tratamos en nuestro trabajo, en preparación, sobre «Colonización y Reforma agraria en los grandes regadíos».

(18) «Plan General de Obras Púbicas», t. II, pág. 35, «Plan de Obras Hidráulicas». Imp. de los Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares.

Indemnizaciones abonables en virtud de estas expropiaciones.

Forman parte, pues, de la valoración de las fincas expropiadas por causa de interés social, conforme a la ley de 1946 y al Decreto de 20 de mayo de 1949, el importe de las edificaciones, plantaciones y otras mejoras existentes en las fincas con anterioridad a la declaración de interés social y, en su caso, las cantidades desembolsadas o el importe de determinadas obras a que hacíamos referencia al finalizar el apartado precedente de nuestro estudio (art. 5.^o de la ley de 27 de abril de 1946 y 5.^o del Decreto de 20 de mayo de 1949).

No habrá lugar, por el contrario, en dichas valoraciones, ni en el justiprecio, al reconocimiento de las indemnizaciones de perjuicios a que se refiere el artículo 28 de la ley general de Expropiación forzosa, conforme al cual, en los supuestos que contempla dicha ley, al valor de la parte ocupada de las fincas han de agregarse las sumas que representen los perjuicios de toda clase que se occasionen con la obra que da lugar a la expropiación, como también, en compensación de éstos o parte de ellos, deberá tenerse en cuenta el beneficio que la misma ocasione en los restos de finca no expropiados.

Constituye este precepto una demostración del aserto que establecíamos al tratar anteriormente de la declaración de interés social conforme a la ley de 27 de abril de 1946, de estar orientada por modo exclusivo la general de Expropiación forzosa a la tramitación de los expedientes a que diera lugar la ejecución de obras públicas, en los que el objeto de la expropiación está constituido casi siempre por zonas o fajas de terreno; lo que, unido a la circunstancia, claramente aludida en el citado artículo 28, de que las fincas afectadas reciben además inmediatamente determinados beneficios por la ejecución de las obras públicas (carreteras, canales, ferrocarriles, etc.), viene a justificar suficientemente la regla legal.

Esta sola consideración sería bastante, a nuestro juicio, para rechazar la procedencia de que en las expropiaciones por causa de interés social, cuyos supuestos son tan diferentes, hayan de abonarse cantidades por tales conceptos. Pero hay otras razones derivadas de la propia ley de 27 de abril de 1946, como las siguientes:

1.^a El justiprecio en estas expropiaciones por causa de interés social ha de ajustarse precisamente a lo establecido en los artículos 5.^o y 11 de la ley especial, en los que a pesar de regularse muy detalladamente la forma de llevarse a cabo las tasaciones periciales, nada se dice acerca de dicha indemnización, con lo que queda excluida respecto de dichas tasaciones la aplicación de las normas de carácter general, habida cuenta de lo que dispone el

artículo 4.^º, párrafo primero, de la ley comentada (19), por ser inadaptables como hemos demostrado a las especiales que establece la ley de 27 de abril de 1946 para la práctica de dichas tasaciones periciales.

2.^a No se hace referencia alguna a la aportación de datos para la determinación de las indemnizaciones procedentes por esos perjuicios ocasionados por las obras públicas a que alude el artículo 28 citado de la ley de 1879, en el Decreto de 20 de mayo de 1949 que vino a desarrollar en este punto la de expropiación de fincas rústicas por causa de interés social.

3.^a Existen normas específicas, además, perfectamente adaptadas al objeto de estas expropiaciones, en los artículos 12 y 13 de la ley que comentamos, en razón de que, como repetidas veces se ha dicho, el objeto de estas enajenaciones forzosas es siempre toda una finca rural o una parte de la misma, susceptible en todo caso de una colonización o parcelación técnica y económicamente conveniente (art. 3.^º).

Conforme a dichos artículos 12 y 13, *los posibles perjuicios que una expropiación de tal naturaleza pueda producir en la explotación de los predios tienen una reparación mucho más adecuada, cual es la de poder exigir que el Instituto Nacional de Colonización adquiera los ganados, maquinaria, aperos y productos existentes en la finca, o bien disponer de un plazo prudencial para la permanencia en la finca de los citados muebles y semovientes*, caso de no interesar al propietario su enajenación al Instituto, *y, tratándose de expropiaciones parciales, el derecho a exigir del Instituto la total expropiación del predio*, dentro de las normas de la Ley.

• Por último, en los casos en que el Gobierno estime de urgencia la ocupación de las fincas expropiadas por causa de interés social, aludidos en el párrafo segundo del artículo 4.^º de la Ley de 27 de abril de 1946, *el abono de las indemnizaciones por los perjuicios derivados de la rápida ocupación*, está asimismo previsto en el artículo 6.^º de la ley de 7 de octubre de 1939 sobre procedimiento de urgencia, cuya aplicación procede en dichos supuestos con arreglo al citado precepto de la ley de 1946.

Fijación del justiprecio. Caso especial.

Decíamos que era otra de las particularidades de la ley comentada la de estimarse fijado definitivamente, sin ulterior recurso, el justiprecio de las fincas por el Instituto Nacional de Colonización, no sólo cuando exista acuerdo entre las valoraciones de los Peritos, caso ya previsto en la legislación general de Expropiación forzosa (arts. 28 de la Ley y 47 del Reglamento), sino,

(19) Establece que las leyes generales sobre Expropiación forzosa regirán respecto de estos expedientes, salvo las modificaciones que impone la que estudiamos.

además, cuando la diferencia entre aquéllas no excediese del cinco por ciento de la del Perito del Instituto (20).

Este precepto, contenido también en el artículo 5.^º de la ley, viene a reconocer la especial confianza que se ha querido depositar en el Organismo encargado del fin social de la colonización, no sólo en razón de la competencia técnica derivada de su composición y organización, sino, muy particularmente de la garantía especial de ponderación y acierto, que para el enjuiciamiento de una cuestión técnica y social como es la valoración de fincas rústicas adquiridas para la solución de problemas sociales, supone el hecho de que la fijación definitiva del justiprecio sea hecha por el Consejo Nacional de Colonización presidido por el Ministro de Agricultura e integrado por los Directores Generales de Administración Local, Obras Hidráulicas e Instituto Nacional de la Vivienda y, entre otras elevadas representaciones, las de F. E. T. y de las J. O. N. S. y Obra Sindical «Colonización».

Junto con las particularidades examinadas, esta otra apoya también la idea que en todo el trabajo venimos desarrollando, puesto que constituye una pieza más del sistema completo y peculiar del justiprecio que la ley de 1946 ha establecido respecto a expropiación de fincas rústicas por causa de interés social. Nos queda únicamente ya referirnos a las normas de procedimiento, también especiales, establecidas en esta Ley.

4. *Garantías y defensas de los propietarios particulares en estos expedientes*

Resumidamente, están constituidas por las que a continuación se expresan:

1.^a El recurso en la vía administrativa a que hacen referencia las reglas segunda y tercera del artículo 3.^º de la ley que estudiamos, mediante el cual, como se dijo anteriormente, los particulares pueden impugnar la declaración de interés social que se pretende, alegando las causas que a su juicio impidan efectuarla, ó las excepciones absolutas y relativas contenidas, respectivamente, en los artículos 9.^º y 10 de esta ley, y

2.^a El recurso de revisión que autoriza y regula el artículo 7.^º de la misma ley, con cuyo análisis terminaremos nuestro estudio.

(20) En la ley de 1935 (art. 18), cuando las tasaciones de los peritos particulares y del Instituto de Reforma Agraria estuvieran acordes, o cuando la de aquéllos no excediera en más del 10 por 100 de la de éste, el Instituto de Reforma Agraria fijaría ejecutivamente y sin ulterior recurso el valor base para la expropiación, aceptando en el primer supuesto la peritación conforme, y pudiendo, en el segundo, adoptar cualquiera de las dos o un valor intermedio, atendiendo las circunstancias del caso.

5. *El recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*

Los precedentes de este extraño recurso están constituidos, sin duda, por el artículo 5.^º de la ley de reforma de la Reforma Agraria, de 1935 (21), y la disposición transitoria tercera, A, norma séptima de la ley sobre Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940. Basta comparar todos estos textos para convencerse de la influencia que los de 1935 y 1940 han tenido en el de 1946.

No creemos que sea un acierto la creación de este recurso, por las siguientes razones, entre otras que podrían aducirse:

Primera. Porque sustrae a la jurisdicción contencioso-administrativa cuestiones tan de su competencia como las de apreciar si se han cometido infracciones legales o de procedimiento en expedientes administrativos de expropiación forzosa, o si ha existido lesión en el señalamiento del justiprecio. Una y otra están reservadas a dicha jurisdicción contencioso-administrativa por el artículo 35 de la ley general de Expropiación forzosa de 1879.

Segunda. Por prever entre las causas del recurso de revisión una prácticamente inaplicable, cual es la primera que enumera el artículo 7.^º: la incompetencia de jurisdicción.

Limitada por la propia ley la procedencia de la revisión a los supuestos de resoluciones adoptadas por el Instituto en estos expedientes a efectos de justiprecio, pago y toma de posesión (artículo 7.^º), como una consecuencia lógica de no ser susceptible de recurso alguno el acuerdo del Gobierno, declarando el interés social que implica además la necesidad de la ocupación (art. 2.^º), es evidente que la cuestión jurisdiccional queda decidida *ab initio* inapelablemente; o sea, con anterioridad al planteamiento del recurso, en el que no es posible ya, por tanto, discutir la competencia radical de la Administración para dictar en esos períodos las resoluciones impugnables en virtud de este recurso especial.

Cosa distinta ocurre en los recursos de revisión en materia de arrendamientos rústicos conforme a las citadas disposiciones transitorias de la ley de 28 de junio de 1940, en los que es, desde luego, cuestionable si las relaciones arrendaticias habrán de someterse a las leyes y procedimientos especiales, o a la legislación común.

Y en cuanto al más análogo precedente, también citado, del artículo 5.^º de la ley de la Reforma Agraria, texto refundido de 9 de noviembre de 1935, es de notar que no se refiere a este caso de incompetencia, sino tan sólo a los de infracción de ley, que-

(21) Conforme a su texto, contra todas las resoluciones que, de oficio o a instancia de parte, adoptara el Instituto de Reforma Agraria en ejecución de la ley, podrían los interesados interponer, en término de treinta días, recurso de revisión en un solo efecto ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, debiendo fundarse en quebrantamiento de forma que haya producido indefensión o injusticia notoria por lesión en la valoración de la finca o infracción de ley.

brantamiento de forma o injusticia notoria por lesión en la valoración, pese a que dicha ley sometía a la resolución del Tribunal Supremo la procedencia misma de la declaración de interés social a efectos expropiatorios, por razón de estar o no estar la finca afectada por la ley (arts. 5.^o y 14 y concordantes), a diferencia, como se dijo, de lo dispuesto por la de interés social de 1946, según la cual, los trámites sujetos a revisión ante el Tribunal Supremo son siempre de actuación administrativa obligada, en virtud de una declaración inimpugnable hecha previamente por el Gobierno para cada caso conforme a la Ley.

Tercera. Resalta particularmente la violencia con que se ha encajado este recurso en el procedimiento expropiatorio, el hecho de que, por la índole misma de aquél, no quepan expedientes para que la Administración pueda seguir adelante la expropiación o bien desistir de ella, a la vista del justiprecio definitivo, tanto más indicados en estos casos cuanto que el precio final señalado a las fincas debe ser satisfecho por personas a quienes no se concede intervención alguna en los trámites para la fijación de aquél.

En la ley de Reforma de 1935 fijaba el Juez el justiprecio en casos de discordia pericial, pero de estimar lesiva el Instituto de Reforma Agraria la valoración señalada, estaba facultado para dejar en suspenso la ejecución del acuerdo de expropiación e interponer el recurso de revisión ante la Sala de Derecho Social del Tribunal Supremo (22).

Mucho más en armonía con los principios inspiradores de la acción administrativa estaría el recurso contencioso-administrativo previsto en la ley general de Expropiación forzosa, con la consiguiente facultad por parte del Gobierno para decretar la suspensión o inejecución de los fallos en los casos fijados en la propia Ley reguladora de esta jurisdicción (23), o en los que, atendido el carácter social de la finalidad perseguida con estas expropiaciones, hubiera sido oportuno haber establecido y reglamentado en su ley especial.

De estas y otras observaciones se desprende que juzgamos necesario otorgar la consideración y el relieve adecuados a los intereses y derechos de los sujetos a quienes se pretende beneficiar con leyes de este tipo.

En el caso que ahora examinamos puede comprobarse que la Ley parece no reconocer otros derechos o intereses dignos de respeto y de efectuación garantizada por el Derecho que los de los propietarios expropiados; de tal manera que si el justiprecio a pagar por la finca resultara lesivo para los colonos, que en definitiva han de satisfacerlo, estorbando gravemente su desenvolvimiento económico en el período de acceso a la propiedad, que es comúnmente también el de la formación y crecimiento de la familia,

(22) Art. 20 del texto refundido de 9 de noviembre de dicho año.

(23) V. art. 92 del texto refundido por D. de 8 de febrero de 1952.

la solución consistirá en abandonar ellos sus lotes, en una u otra forma, o bien en que el Estado arbitre medios extraordinarios que vendrán a recargar también, de modo quizá excesivo, otros desenvolvimientos económicos tan respetables como los de los colonos y propietarios territoriales.

En la ley comentada no existe solución para los supuestos en que se planteara un problema de esta naturaleza, puesto que el no utilizar la finca expropiada a los fines sociales de su adquisición, hipótesis prevista por el artículo 14, no es una facultad rescisoria a voluntad de la Administración, que pudiera suplir o mejorar las de suspender o inejecutar los fallos que se dan en la vía contencioso-administrativa, sino una facultad reservada al propietario para pedir o no la reversión, por el precio de valoración dado a la finca, en las condiciones que en el propio precepto se señalan.

Aparte estas someras reflexiones de carácter, pudiéramos decir, sustantivo podrían hacerse otras cuya exposición razonada alargaría estas notas con exceso. Hacemos referencia al problema, que en el caso que acabamos de estudiar ofrece especial interés, de la armonización entre las relaciones jurídicas materiales: civiles, mercantiles, administrativas..., públicas, privadas, sociales, etcétera, y la organización encargada de su tutela y efectuación procesales, armonía que es necesario procurar por el íntimo nexo existente entre los recursos y las relaciones jurídicas cuya actuación contenciosa ha de discurrir por los cauces de aquéllos, que en tanto serán los adecuados para la solución de las contendidas, en cuanto la organización y fines de los respectivos procesos sean tales que permitan la actuación de los principios inspiradores de la relación jurídica que en cada uno haya de discutirse.

La repercusión contributiva en los arrendamientos urbanos⁽¹⁾

NATALIO REAL DE LA RIVA
Abogado

SUMARIO: Planteamiento.—I. Nociones de Derecho Tributario.—II. Normalidad y anormalidad fiscal.—III. Repercusión contributiva.—IV. Cuadro de coeficientes aplicables en la repercusión después de las subidas experimentadas desde el año 1946.—V. Juicio sobre la repercusión fiscal.

La legislación fiscal adolece, en ciertos casos, de claridad expositiva, y como las relaciones jurídicas derivadas de los arrendamientos urbanos son algo enrevesadas, esto determina que la repercusión de los aumentos contributivos en los alquileres en la que se mezclan ambos elementos resulte una cuestión en extremo confusa, embarazosa y poco grata. La desorientación es grande en este punto. Hay inquilinos que por tal concepto satisfacen más de lo que en rigor les corresponde, y, en cambio, propietarios que sin saberlo se están perjudicando en ello. Y como el problema, después de los varios aumentos que ha sufrido la contribución urbana desde 1946, reviste hoy cierta importancia, creemos que merece la pena dedicarle unos minutos con el fin de lograr una solución armónica.

Repercibir una cantidad equivale, en última instancia, a reintegrarse de ella. Si el Decreto-ley de 11 de enero de 1946, ratificado por el artículo 126 de la L. A. U. de 31 de diciembre del mismo año, en concordancia con otras disposiciones de más limitado alcance, de las que también nos ocuparemos, otorgan a los propietarios el derecho y la facultad de repercutir sobre los inquilinos los aumentos de contribución urbana introducidos desde el citado año 1946, pudiendo aumentar los alquileres en proporción a los recargos contributivos señalados, resulta indiscutible la conveniencia de recordar aquellas nociones de carácter general y muy frecuente uso en materia fiscal.

1.º La contribución territorial urbana es uno de los impuestos importantes llamados de producto porque viene a gravar el rendimiento de los edificios.

El valor es la estimación económica de una cosa en términos generales. Los valores son variables, pero existen dos cauces de valoración muy conocidos: valor en venta, que es la suma de dinero por la que en condiciones normales se hallaría comprador para un inmueble en una fecha determinada, y el valor en renta que es el producto o beneficio que un inmueble rinde o es susceptible de rendir

(1) Este trabajo forma parte de una publicación más extensa bajo el epígrafe "Tres cuestiones fundamentales de Arrendamientos Urbanos", que pronto aparecerá.

anualmente y cuyo importe, capitalizado a base de los porcentajes normales, arroja el valor completo total. La contribución urbana tiene en cuenta este segundo valor. Ahora bien, la imposición no recae sobre el producto total o bruto que de los bienes se obtiene, sino precisamente sobre el rendimiento neto o líquido, cantidad que resulta después de rebajados (del producto íntegro) los gastos calculados para sostenimiento y entretenimiento del inmueble, posibles pérdidas de rentas y suministro de agua, servicios de calefacción y ascensor, cuando éstos se encuentran comprendidos en la renta y corren a cargo también del propietario (art. 6.^o del Reglamento de 24 de enero de 1894 y art. 32 del Reglamento de 15 de septiembre de 1932).

Los tipos de descuento, por huecos y reparos, que se aplican a cada edificio son los siguientes:

Además de los descuentos anteriores, cuando el suministro de los servicios de agua, ascensor y calefacción corre a cargo del propietario, se introducirán las siguientes rebajas (D. 30 mayo 1941):

Por el servicio de agua 3 por 100
 Por el ascensor 2 por 100
 Por el servicio de calefacción 12 por 100

La aplicación de los descuentos anteriores habrá de efectuarse por separado para cada una de las viviendas o locales de la finca, según su destino, de tal manera que el descuento sea proporcional a su disfrute. En idéntica forma se hará en los descuentos por agua, calefacción y ascensor, siempre que tales servicios se abonen por el inquilino con independencia de la renta, es decir, además de ésta.

Introducidos sobre el ingreso bruto o real todos o parte de los descuentos anteriores, según proceda en cada caso, queda hallado el rendimiento neto líquido imponible de un edificio que el Estado toma como base de su impuesto como riqueza urbana. Aplicando sobre el

líquido imponible el tipo de gravamen o tanto por ciento establecido se obtiene la cuota del Tesoro. Pero el importe de la contribución a satisfacer se nutre o se compone no sólo de la cuota del Tesoro, sino también de los aumentos o recargos que el Estado impone directamente o autoriza a imponer para cubrir diversas atenciones. Y así, en 1945, antes de los aumentos objeto de la repercusión, la contribución urbana se eleva en total al 23,22 por 100, es decir, el 17,20 por 100 como cuota del Tesoro y por recargos el 6,02 por 100.

En consecuencia, es fácil comprender las dos únicas formas por las cuales puede elevarse la contribución urbana de un inmueble:

A) Si aumenta el rendimiento líquido y, por tanto, la base imponible del impuesto.

B) Si el Estado eleva el tanto por ciento relativo a la cuota del Tesoro o el tanto por ciento correspondiente a los recargos; en una palabra, si asciende la cuota contributiva.

El apartado A), en puridad, no eleva para el contribuyente dicho impuesto, ni viene a agravar en nada su situación fiscal. Sólo ocurre (en buenos términos de técnica hacendística) que se amplía la base impositiva por el aumento cierto de la riqueza líquida, y en consecuencia aumentan correlativamente y en justa proporción la cuota del Tesoro y los recargos, en una palabra, la contribución total (el particular tributa más porque recibe más). En tal supuesto no existe elevación contributiva, aunque las cifras en realidad se alteren.

Por el contrario, donde reside la verdadera elevación contributiva es en el caso del apartado B) cuando el Estado, tomando por base la misma riqueza urbana invariada, aumenta los tipos del impuesto (sea la cuota del Tesoro o los recargos acumulados). Entonces sí, porque el particular que ingresa 100 pesetas líquidas varía su situación fiscal de ser la cuota a satisfacer el 10 por 100 de tal suma a si el tipo se recarga en un 5 por 100 más. La cosa es clara.

Para el establecimiento de la contribución urbana juega un papel muy importante conocer el rendimiento efectivo total de esta clase de inmuebles, ya que partiendo de dicho producto, descontando lo que proceda por gastos de entretenimiento y demás ya señalados, se llega al líquido imponible que sirve de base al Impuesto.

A través de dos cauces principales conoce Hacienda la situación de tales inmuebles: mediante la declaración jurada por alta que hacen los propietarios dando cuenta de la renta que obtienen (y de las deducciones respectivas por los conceptos anotados) y a través de las Oficinas del Catastro urbano que, con arreglo a los informes técnicos, fijan las rentas susceptibles de producir los inmuebles. Consignemos que la labor del Catastro es lenta y empinada y que por lo regular se nutre de la propia información que dan los propietarios.

2.^o Los contribuyentes pueden encontrarse, respecto a la Hacienda en orden a la contribución territorial urbana que nos ocupa, en alguno de estos casos: a) Que la realidad particular coincida con la realidad oficial, porque el particular haya atemperado sus declaraciones

a las cifras exactas que obtiene como producto de sus fincas. *b)* Que el propietario formule declaraciones por debajo de la situación real, declaraciones que Hacienda acepta como buenas y gira una contribución inferior a la que justamente corresponde. *c)* Que el particular formule declaraciones inexactas con datos superiores al producto que ingresa, y *d)* Que la realidad oficial estime justo un líquido imponible superior a las rentas que efectivamente el propietario ingresa y se gire contribución con arreglo a esos datos oficiales, descartando el beneficio real. Veamos:

(El supuesto del apartado *a*) refleja la situación típica y característica, de la que surge la repercusión contributiva que el propietario puede hacer valer cerca de sus arrendatarios, lo mismo de viviendas que de locales de negocio. Y como este punto es el tema central de nuestro trabajo, antes daremos paso a los demás supuestos enunciados.)

Cuando el propietario ha formulado declaraciones de rentas por bajo de los ingresos ciertos que percibe (que es el supuesto *b*), no viene autorizado legalmente para repercutir de los inquilinos los aumentos que su contribución experimente y hasta tanto que normalice su situación fiscal, aparte de que en tales condiciones a nadie se le ocurriría efectuarlo; y si es cierto que con tal práctica ya se beneficia en la misma proporción que a la Hacienda defrauda, hoy se expone, además, a que los inquilinos, sabedores de que tributa defectuosamente por haber falseado las declaraciones, pidan certificación oficial de lo que en éstas consta y reduzca a tales cifras las rentas venideras, sin que pueda el propietario en cuestión remediar el voluntario fraude cometido. (Art. 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945 y art. 133 de la L. A. U.).

Aquellos propietarios que involuntaria, negligentemente o por otros motivos difíciles de justificar estuvieren pagando una contribución inferior, deben aprovechar aquellas moratorias que Hacienda concede para que los contribuyentes normalicen su situación fiscal.

Y ahora nos referimos al supuesto *c*), cuyo enunciado no es tan absurdo como a primera vista parece, ya que es posible que algún propietario haya razonado puerilmente de este modo. Si la contribución urbana guarda relación con el producto, cabe la posibilidad de que, inflando mi declaración con fines tributarios, pueda luego levantar los alquileres, elevándolos proporcionalmente a las cifras de aquella declaración. Si alguno tal hiciera, sólo de incauto peca, pues utilizando ese razonamiento no logrará subir el alquiler ni una peseta (artículo 127 de la L. A. U.), y, en cambio, el Fisco, aprovechando su declaración, le gira una contribución inflada, que ni siquiera puede repercutir y trasladar al inquilino, pues el artículo 13 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 dice "que cuando el líquido imponible de una finca se eleve sobre el efectivo por voluntad del propietario en ningún caso podrá éste repercutir el exceso sobre los inquilinos".

En cambio, "si la Administración de Hacienda fija por sí misma a una finca urbana un líquido imponible superior al determinado por los alquileres devengados por todos los conceptos (que es el supuesto d), el propietario tiene derecho a repercutir proporcionalmente sobre los inquilinos la contribución correspondiente al exceso en forma de elevación del alquiler", según dispone de manera taxativa el ya citado artículo 13 de la Ley de R. T. de 16 de diciembre de 1940 y la Orden de 18 de noviembre de 1943. Mas este caso no es propiamente típico de la repercusión arrendaticia, aunque por primera vez se utilizara entonces el concepto de la repercusión sobre los alquileres, sino que es más bien una fórmula expediente para deshacer la irregularidad fiscal que supone fijar a un inmueble un líquido imponible superior a su producto efectivo y el deseo de desgravar al propietario de este exceso que venía a remachar el clavo de un alquiler ridículo, y por ello, mientras dura la situación anómala, el dueño puede repercutir la diferencia o exceso sobre los inquilinos y además "sea cual fuere la fecha de la edificación u ocupación de la finca, cuando las rentas asignadas a la misma en virtud de inspección del Servicio del Catastro urbano y no por declaración formulada por el propietario resultaren superiores a las que vinieren satisfaciendo sus inquilinos o arrendatarios, desalojada que sea por éstos podrá pactar con los nuevos una renta igual a la atribuída por dicho Servicio".

Dada la importancia que tiene para la Administración de Hacienda conocer y constatar la verdadera riqueza urbana, no solamente confecciona el Padrón de edificios y solares de cada término municipal, en el que se recogen las fincas que aparecen en el Registro fiscal, no exentas de contribución, con expresión del líquido imponible, cuota del Tesoro, recargos, contribución total a satisfacer y nombre y circunstancias de los contribuyentes, sino que además realiza constantes esfuerzos para estimular la sinceridad del contribuyente, ofreciéndole las moratorias, que vienen a ser una especie de "borrón y cuenta nueva", moratorias que son también a veces preludio de un nuevo ascenso tributario. Y así, antes de los aumentos contributivos objeto de repercusión, la Ley de Presupuestos del Estado de 31 de diciembre de 1945, en su artículo 14, concedió una moratoria para que antes del 1.^o de marzo de 1946 los contribuyentes suplieran sus declaraciones cuando no se atemperaran a la realidad, pues si no lo hicieran, los inquilinos podrán reducir sus pagos a los límites tomados como base tributaria. Independientemente de esta o de cualquier moratoria, el propietario debe de dar a conocer a Hacienda, mediante la oportuna declaración, los aumentos de renta que efectivamente hubiere tenido, dentro del trimestre natural en que comenzaron a percibirse aquellos aumentos, para que dentro del trimestre siguiente la Administración de Hacienda gire el impuesto con la subida correspondiente, pues de no hacerlo, además de defraudar al Fisco, no se estará en condiciones de repercutir las diferencias sobre los alquileres, ya que es principio inexcusable para que la repercusión proceda que las rentas declaradas a la Hacienda

sean reflejo fiel y exacto de aquellas que los dueños perciban por sus alquileres, normalidad fiscal que deriva del propio concepto de la repercusión, ya que si el propietario no paga, ¿cómo va a repetir un pago que no ha hecho?, sería enriquecerse ilícitamente. (D. 21 mayo 1943, D-Ley 11 enero 1946, art. 133 de la L. A. U. y base 22 de la L. de Régimen Local).

Repercusión contributiva.

3.^º Y ahora ya acometemos de frente este problema de la repercusión contributiva sobre los inquilinos.

Las normas básicas sobre tal punto derivan de los artículos 2.^º y 3.^º del D-Ley de 11 de enero de 1946 (*B. O.* del 25) y artículo 126 de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946, hoy vigente; pues, a decir verdad, tanto la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 (en su artículo 13) como la Orden ministerial de 18 de noviembre de 1943, no hacen sino sentar los principios de la repercusión arrendaticia por los aumentos que se anuncian para la contribución urbana, y autorizar concretamente dicha repercusión—no en razón a tales aumentos, sin exteriorizar aún—para los propietarios que estuvieren cobrando unas rentas (tan bajas) inferiores al líquido imponible señalado a las fincas por propia iniciativa de la Administración. Pero repercusión propiamente tal, originada por el aumento de la contribución territorial, no ha existido hasta iniciarse el año 1946, pues sólo a partir de este momento se introdujeron por Hacienda dichos aumentos, facultando a los propietarios para derramar (repetir o cobrarse ellos a su vez) tal exceso o diferencia sobre los inquilinos, siempre a base de estos dos requisitos que juegan inexcusablemente en la repercusión: que se produzca un aumento efectivo en la contribución total (o sea, que se aumente la cuota o tipo de gravamen) y que el propietario tenga declaradas las rentas que percibe realmente. El propietario que se encuentre en tales condiciones puede reintegrarse del aumento contributivo que ha sufrido y recobrarlo proporcionalmente de los inquilinos, adjudicándose su parte también el propietario en el supuesto de que habite o disfrute personalmente alguna vivienda o local mercantil del edificio en cuestión.

Como se ve, la cosa es clara, pero la confusión reinante viene de hacer todos los propietarios o inquilinos de su caso, un caso único, cuando en realidad, prácticamente, todos resultan diferentes, ya que no sólo hay que tener en cuenta el porcentaje elevado por la contribución (siempre el mismo para todos, según los años), sino además el importe de las rentas y los diferentes descuentos que procede efectuar por agua, huecos, ascensor y calefacción central; pues, tomando como ejemplo, un alquiler mensual de 100 pesetas, el Estado descuenta de esta cantidad una cifra de 25 a 42 pesetas, que progresan correlativamente según las rebajas que correspondan por tales suministros, dando por resultado un líquido imponible de 75 a 58 pesetas, según los casos. Y como a partir del 1.^º de enero de 1946 hasta la fecha la con-

tribución urbana ha experimentado cuatro aumentos fijos y permanentes, acumulables al final, en los años 1946, 1947, 1948 y 1950 (según las disposiciones de 17 de julio de 1945, 7 de marzo de 1947, 7 de noviembre de 1947 y 2 de febrero de 1950) del 4,30, 3,44, 0,86 y 3,44 como tantos por ciento sobre el líquido imponible, y uno transitorio —sólo durante el año 1939— con un tanto por ciento del 1,03 sobre el líquido imponible; de ahí que resulten distintos coeficientes aplicables por año (según los casos), y que en el supuesto de tomar como base un líquido imponible de 75 pesetas resulte un coeficiente de aumento total del 9,03 (repartido en la siguiente forma: para el año 1946, el 3,22; 1947, el 2,58; 1948, el 0,65; en el 1949, el 0,77, con carácter transitorio y no acumulable, y en 1950, el 2,58).

4.^o No sólo para mejor comprensión de la materia, sino precisamente con el fin de facilitar la aplicación de la repercusión contributiva que nos ocupa a todos los lectores que interese la cuestión, hemos confeccionado el cuadro que insertamos a continuación en el que, partiendo de una renta X, hallamos el líquido imponible y los coeficientes aplicables en cada uno de los años según los aumentos contributivos, no teniendo el lector más que encajar su caso en el tipo correspondiente para conocer automáticamente la cuantía en que la renta mensual debe ser aumentada por motivo de estas repercusiones, según se hacen en los ejemplos que se adicionan a dicho cuadro, pudiendo ofrecer la seguridad de que tales coeficientes son exactos y cualquier propietario puede reclamarlos de sus inquilinos con sólo anunciar el cobro con un mes de anticipación, siendo indiferente que el importe de la repercusión se liquide y cobre mensual, semestral o anualmente.

Cuadro de coeficientes para la repercusión contributiva

C O N C E P T O Renta o alquiler <i>Por 100 pesetas alquiler</i>	Des- cuen- to B. Cont.	Líquido impon- ible E. 23,22 E. 27,52 E. 30,96 E. 31,82 E. 31,82 Es 27,52 Es 30,96 Es 31,82 Es 32,85 Es 35,26 Total	1946	1947	1948	1949 ¹	1950	
			Más 4,30	Más 3,44	Más 0,86	Más 1,05	Más 3,44	
Descuento huecos y rep.	25	75	3,22	2,58	0,65	0,77	2,58	9,03
Idem agua y huecos ...	28	72	3,10	2,48	0,62	0,74	2,48	8,68
Idem huecos, rep. y asc.	27	73	3,14	2,51	0,63	0,75	2,51	8,79
Idem huecos, reparación, ascensor y agua	30	70	3,01	2,41	0,61	0,72	2,41	8,44
Idem huecs., rep. y ca- lefacción	37	63	2,70	2,17	0,54	0,65	2,17	7,58
Idem huecs., rep., as- censor y calefacción.	39	61	2,62	2,10	0,53	0,63	2,10	7,35
Idem huecs., rep., agua y calefacción	40	60	2,58	2,07	0,52	0,62	2,07	7,24
Idem huecs., rep., agua, ascensor y calefacción.	42	58	2,50	2,00	0,52	0,62	2,00	7,00

(1) El aumento de 1949 fué transitorio, o sea, por un solo año, el 1949.

Ejemplo: Renta piso mensual, 360, pagando propietario agua y calefacción:

Renta principal 360 ptas.

Aumentos

contrib.

1946 coef. ... 2,58 : 9,28

1947 " ... 2,07 : 7,45

1948 " ... 0,52 . 1,87

1949 (trans.)

1950 coef. ... 2,07 : 7,45

—
Total rep. 26,05

Total a pagar mensual. 386,05 ptas.

Ejemplo: Renta piso 1.000 mensual con descuento huecos y reparos:

Renta principal 1.000 ptas.

1946 coef. ... 3,22 : 32,20

1947 " ... 2,58 : 25,80

1948 " ... 0,65 : 6,50

1949 (trans.)

1950 coef. ... 2,58 : 25,80

—
Total rep. 90,30

Total renta a pagar
mensual 1.090,30 ptas.

5.^o La repercusión arrendaticia expuesta anteriormente, al igual que cualquiera otra repercusión de índole fiscal origina dos obligaciones de pago, una directa del propietario a la Hacienda, y otra del inquilino o arrendatario al dueño de la finca, puesto que, en realidad, es el arrendatario (y no el propietario interpuesto) el verdadero destinatario del tributo; por ello la repercusión tiene mucho de ficción y hay que conceptuarla verdaderamente irregular dentro de una técnica depurada sobre legislación de Hacienda. Y esto por la razón siguiente: El hecho de autorizar la repercusión cerca de los arrendatarios da a entender que el Estado no encuentra en el líquido imponible, que realmente existe, base contributiva suficiente para el aumento que introduce aprovechando no más que la coyuntura favorable, y por tal razón luego autoriza a que tal exceso sea satisfecho en definitiva por el arrendatario; y en tales condiciones entendemos nosotros sería caminar más por derecho que el Estado autorice a los propietarios la elevación proporcional de los alquileres para hacer recaer la elevación contributiva tan sólo sobre éstos, resultando ya inútil toda repercusión o estableciendo alguna exacción sobre los alquileres bajos, pues con cualquiera de los dos procedimientos se evitaría el rodeo que el mecanismo de la repercusión supone y en nada se desnaturalizarían los genuinos principios de la contribución urbana, considerada, hasta el momento, como un impuesto que grava el producto de los bienes. Sin embargo, todo depende del distinto enfoque de este asunto.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

El Instituto Nacional de Estudios Jurídicos ante el Centenario de Don Eduardo de Hinojosa

2 Bajo la presidencia del excelentísimo señor Ministro de Educación Nacional, al que acompañaban el Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Director del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, señor Arcenegui, así como el Subsecretario del Ministerio de Educación Nacional, Presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y el Secretario General del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, señor García Gallo, tuvo lugar el día 25 de noviembre, en el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, una solemne sesión académica dedicada al insigne historiador del Derecho que fué don Eduardo de Hinojosa.

Concedida la palabra al Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, don José Maldonado Fernández del Torco, en su calidad de Secretario de la Sección de Historia del Derecho del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, señaló la significación del homenaje a Hinojosa que por distintos Organismos se le venía tributando, encaminado a exaltarle en cada una de sus facetas. Los historiadores del Derecho festejan al fundador de sus estudios, en los cuales Hinojosa llevó a cabo una labor de descubrimiento. De sus investigaciones, la más importante es traer a los investigadores una forma nueva de trabajo en Hinojosa, lo importante, con serlo mucho, no es su obra, sino la Escuela que funda, que surge merced al primer impulso del historiador y venciendo incluso los obstáculos que para su desarrollo se presentaban, fundamentalmente, medievalismo, exceso de influencia germánica y quizá exceso de influencia histórica.

Seguidamente, don Alfonso García Gallo, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y Secretario General del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, apunta como tarea más urgente dar a conocer mejor la figura de don Eduardo de Hinojosa, que ha sido estudiada parcialmente. Su labor comienza cuando don Rafael de Altamira ocupa la Cátedra de Historia del Derecho. No cabe hablar de Hinojosa como de una línea cerrada, ya que nadie puede considerarse heredero exclusivo de Hinojosa, porque todos los historiadores, de un modo o de otro, son sus herederos. La persona de Hinojosa ha sido suficientemente tratada en el estudio preliminar de la edición de sus obras en curso de publicación por el Instituto; por ello, interesa ver cuál ha sido la actuación de la Escuela que fundara. El mérito mayor de Hinojosa fué dar a conocer en España la Historia del Derecho con el carácter

adquirido en Alemania; antes de Hinojosa, la Historia del Derecho era una rama especializada de la Historia General; en el siglo XIX los historiadores se ocupaban especialmente de la Historia del Derecho e igualmente hacen los juristas. De este modo, la Historia del Derecho adquiere rango científico como rama de la Historia General, que recogió, sin embargo, las necesidades de la ciencia jurídica. Si historiadores y juristas se desinteresan de la Historia del Derecho, es porque ambos piden a la misma algo distinto de lo que puede dar: se la concibe equivocadamente, como un Derecho que pasó, pero este Derecho no ha muerto, sino que pervive en las Instituciones actuales. Buena prueba de ello es el Derecho Romano. ¿Puede decirse de él que es un Derecho que pasó absolutamente?

El concepto de Historia como de algo individual que no se repite no puede aplicarse a la Historia del Derecho; de ahí que se la conciba generalmente como historia de sistemas. La Historia del Derecho debe volver a las ciencias jurídicas. No se trata de que venga a convertirse en esclava de la dogmática; debe de decírnos por qué el Derecho es como es y no de otra manera. No puede concebirse como una mera Historia de sistemas, como no puede ser simplemente una Historia de conceptos; su idea directriz deben ser aquellas Instituciones que estén por encima del mismo Derecho; todo ello son exigencias a cumplir en una revisión de la Historia del Derecho. Se pregunta si estas tareas pueden considerarse como competencia de la propia Escuela de Hinojosa, y estima que ellas caen de lleno dentro de su Escuela, ya que es precisamente su forma propia de concebir la disciplina. Prueba de ello es que después de su obra *Régimen señorial de Castrilla*, a los cincuenta años de edad, cambia de orientación y en Francia se ocupa del Derecho Civil contemporáneo; ello es buena prueba de una vuelta al campo de lo jurídico, atestiguada por su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Después de las palabras del profesor García Gallo, el hijo de don Eduardo de Hinojosa, en breves y emocionadas palabras, agradeció el homenaje que se tributaba a su padre.

Por último, el Director del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, don Isidro de Arcenegui, resumió la significación del acto, al cual, expresamente, se ha adherido el Ministro de Justicia, y hace una rápida semblanza de Hinojosa, a quien considera como la contrafigura de su época. Señala cómo el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos debe un homenaje a Hinojosa. Uno de ellos ha sido el haber comenzado a editar sus obras; otro, el homenaje vivo de los discípulos de su Escuela.

Los pagos de rentas en trigo

Por Decreto de la Presidencia, publicado en el *B. O. del E.* de 9 de noviembre de 1952, se ha aclarado y concretado el alcance del Decreto de 24 de julio de 1947 sobre pago en moneda de curso legal de rentas estipuladas en especie trigo.

Establece la Disposición de manera clara y expresa que cuando en los contratos de arrendamiento de fincas rústicas se hubiera pactado que el canon arrendatario habría de pagarse precisamente en especie trigo, el colono quedará liberado de la obligación de pagar satisfaciendo o consignando en mo-

neda de curso legal el total importe de las rentas vencidas, estableciéndose la equivalencia al precio oficialmente fijado al trigo por las Autoridades u Organismos competentes, sin que sean computables a dicho efecto recargos, primas ni bonificaciones de ninguna clase. Lo dispuesto en este Decreto será de aplicación incluso en aquellos casos en que el arrendador hubiera ejercitado acción de desahucio basada en la facultad de pago en especie de trigo de la renta, pudiéndose realizar por el arrendatario la consignación de la renta a base de moneda de curso legal, paralizando de esta forma la acción de desahucio.

Actividad legislativa

En la Sesión Plenaria de las Cortes celebrada en el mes de diciembre fueron aprobadas numerosas leyes, entre las que hemos de destacar la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre reorganización de la Inspección Central de Tribunales; la Ley de 20 de diciembre de 1952, modificando las bases económicas de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre derecho de retracto a los propietarios de fincas embargadas por débitos a las Corporaciones Locales; la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre concentración parcelaria; la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre desgravación de las previsiones de las Empresas para renovación y ampliación de sus equipos industriales, que han sido publicadas sucesivamente en el *Boletín Oficial* de 22, 23 y 24 de diciembre de 1952, y a las cuales en números próximos dedicaremos comentarios en las secciones correspondientes.

J. H. C.

B) EXTRANJERAS

La ley judía de nacionalidad

El 1.^o de abril de 1952 fué definitivamente aprobada por la *Knesset* la ley israelita de Nacionalidad, calificada, junto a la de Reintegración (*Retour*), de 5 de julio de 1950, como los instrumentos constitucionales más importantes desde la fundación del Estado de Israel.

Una docena de redacciones y tres años de discusión fueron necesarias hasta llegar al texto definitivo, cuyas específicas características son consecuencia de las circunstancias en que nace el Estado judío. Robinson, consejero jurídico de la Delegación permanente de Israel en las Naciones Unidas, le asigna como fin el de servir de hogar nacional a los hebreos del mundo entero «que deseen ejercer su derecho histórico a regresar a la patria judía», y, en la misma línea de pensamiento, Yaacob-Morris, aclara: «La historia misma del acta de nacionalidad puede servir para evitar a los críticos el peligro de un juicio o de una reacción precipitados. Las circunstancias que la rodean hacen extraordinariamente difícil su comparación con leyes similares de otros países. Cierto que el legislador se ha informado tanto como le ha sido posible sobre la ajena experiencia, pero bastará estudiar la ley de *Retour* para comprender lo especial de la Ciudadanía. Su particularidad es única por el hecho de que no está dictada únicamente para la población del país; se basa en la reintegración de un pueblo a su territorio del que, en su mayoría, está aún alejado.

Refleja el fin para el que nuestro Estado fué establecido, que es el del progreso del pueblo judío a su patria... El Gobierno tampoco podía olvidar los problemas de seguridad derivados del hecho de que aún estamos en guerra con los países árabes vecinos.

Consta la ley de Nacionalidad de diecinueve artículos, y parte de una fecha, la de 14 de julio de 1952, como tope cronológico inicial de existencia de la ciudadanía israelita, si bien, en algunos supuestos, la adquirida en ella o después tenga efecto retroactivo.

La adquisición puede verificarse determinada por posesión de la antigua ciudadanía palestina, vínculo familiar de padres a hijos, o *Retour*.

Llégase también a ella a través de la naturalización, pero no se adquiere por matrimonio ni por la adopción. Tampoco por el simple hecho de haber nacido en territorio israelita. Los judíos residentes en Palestina que emigraron, estableciéndose definitivamente en el extranjero antes del 14 de julio, están excluidos de aquella atribución automática. Para los no judíos que eran ciudadanos palestinos en igual fecha de aplicación de la nueva ley, la concepción de la nacionalidad israelita queda sometida a ciertas condiciones de residencia y domicilio.

La adquisición por nacimiento está limitada a las personas nacidas en Israel o en el extranjero el 14 de julio o después de esta fecha de padres que gozaren de la ciudadanía judía al tiempo del alumbramiento. La falta de *ius sanguinis* determina la no atribución de la nacionalidad israelita incluso si los padres son apátridas.

La condición jurídica de súbdito del Estado de Israel no se pierde por matrimonio ni por naturalización en país extranjero, salvo renuncia expresa y luego que tal renuncia sea discrecionalmente aceptada por el Ministerio judío del Interior. Los naturalizados pueden, además, ser privados de ella si se conducen de modo desleal para con Israel o residen continuamente más de siete años en país extranjero sin mantener contacto alguno con el Estado hebreo.

Hasta aquí la rapidísima panorámica de la ley, que permite una nota informativa.

No sería justo, sin embargo, omitir una breve referencia a los dos problemas que más apasionamiento suscitaron durante su discusión. Aludimos a la doble nacionalidad y a la situación de la minoría árabe.

Como la adquisición de la ciudadanía israelita no se subordina en principio a la renuncia de cualquier otra poseída por el nuevo súbdito, es perfectamente posible la coexistencia de ambas en él. Tal solución, hasta ser adoptada por la ley, mereció numerosas objeciones y, singularmente, la de que es contraria a la tesis esencial del sionismo, según la cual, los judíos pertenecen sólo a su grupo nacional particular. Para fortalecerla se presentaba el ejemplo americano, adversario de la doble nacionalidad. No obstante triunfó el principio hoy mantenido en la ley, si bien las razones aducidas en su favor tienen más color político que jurídico.

El problema de la minoría árabe en territorio israelita viene determinado por la exigencia de una residencia mínima y continuada de tres años, el conocimiento de la lengua hebrea y otras circunstancias que difícilmente pueden justificar muchos de los musulmanes. El Gobierno judío, tras de prometer una especial benevolencia para con éstos en la interpretación de tales requi-

sitos, rechaza la acusación «discriminatoria» de que se le ha hecho objeto y los justifica en razones de seguridad bélica y política. No podemos legitimar, se dice más o menos, la ilegal inmigración árabe tolerada y aun fomentada por las autoridades mandatarias británicas en Palestina, con el objeto de contrarrestar la presencia y la inmigración judías. Lo cierto es que este problema ha llegado a suscitar graves dificultades parlamentarias y aun conflictos de orden público en Israel, sin que pueda considerarse como definitivamente cancelado.

A. G. R.

Ordenación de la propiedad en la República Popular de Bulgaria

No obstante el tiempo transcurrido desde su promulgación, la Ley de Propiedad votada por la Asamblea búlgara el 2 de noviembre de 1951, vigente desde el 8, conserva la actualidad suficiente para ser objeto de un resumen informativo.

Consta de 116 artículos y cinco disposiciones transitorias, teñidos de un notorio color político. En la que podría dominarse parte dogmática, declara que se propone regular la propiedad con el fin de contribuir a la edificación del socialismo, a la realización del plan económico del Estado y a la elevación del nivel de vida material y cultural de los trabajadores.

Prevee dos clases de propiedad. La que corresponde al Estado, a las Cooperativas y Organismos públicos, que adjetiva de «socialista», y la de los particulares, «personal y privada».

Dice de la primera que constituye el fundamento de la estructura social en la República Popular Búlgara y la fuente de su riqueza y de su fuerza. Sólo se hará uso de ella—continúa el texto que resumimos—en interés de la sociedad socialista. La defensa y consolidación de esa propiedad es deber de todos los ciudadanos.

La sección dedicada al dominio del Estado en sentido estricto, tras de asegurar que su titularidad corresponde al pueblo, especifica su integración por las riquezas mineras y demás del subsuelo, bosques, aguas, fuentes de energía naturales, caminos de hierro, transportes aéreos, Banca, comunicaciones incluso radiofónicas y cualesquiera otros bienes que, por su importancia para la economía o la seguridad del Estado, puedan ser, en lo futuro, declaradas por una Ley propiedades exclusivas del Estado. Lo son también las cosas *nullius*. El Poder público confía a sus distintas administraciones y Empresas la dirección y aprovechamiento de esos bienes nacionales, conforme al plan económico y también a su propio destino. En principio, los bienes propiedad del Estado son inalienables; sin embargo, aquéllos que resulten innecesarios a la gestión administrativa o de las Empresas públicas pueden ser cedidos a los Consejos populares municipales, y aun vendidos, con autorización, en ambos casos, del Consejo de Ministros. Igual requisito exige la permuta de bienes del Estado por otros de Cooperativas o particulares. En tales casos, aquél los recibe libres de cargas y las que los gravaban «crecerán de pleno derecho» sobre los permutados (!). La reivindicación de los bienes nacionales «detentados ilegalmente» tiene lugar por virtud de un simple acto administrativo—arrête—del Comité ejecutivo del Consejo popular del Distrito—, que

ejecuta, también «por vía administrativa», la Milicia popular. La transmisión de los bienes nacionales, en los supuestos permitidos, se hace por simple escrito registrado. La forma notarial queda excluida de modo expreso en la ley. Los extremos reputados complementarios son admitidos al Reglamento que el Gobierno habrá de dictar.

Por su parte, las Cooperativas pueden ser propietarias de muebles e inmuebles necesarios a sus actividades, con sujeción a las leyes, al plan económico del Estado y a sus estatutos. Tienen capacidad para transmitirlos si así lo acuerda la Asamblea general y con aprobación del órgano supremo de dirección, a menos que hubiesen sido adquiridos del Estado a título gratuito, en cuyo caso sólo pueden ser cedidos a éste. Los derechos de la cooperativa sobre las tierras aportadas por sus miembros serán objeto de un reglamentación especial. A idénticas normas se somete la propiedad de las asociaciones públicas sin finalidad económica.

Se califica de propiedad personal la de los particulares sobre los objetos destinados a la satisfacción de necesidades individuales o familiares; y de privada la que recae sobre los instrumentos de producción y mercancías. El goce de esta última está condicionado a leyes especiales y a las exigencias del plan económico del Estado.

La copropiedad se somete a las normas habituales de participación proporcional en las cargas y en los beneficios. Las cuotas se presumen iguales, salvo prueba en contrario. El uso es común, subordinado al destino natural del objeto y al no perjuicio de los demás copropietarios. La administración se confía a los mayoritarios y, en su defecto, a la persona designada judicialmente. Los comuneros gozan de los habituales derechos de preferencia para adquirir la cuota en venta; su no utilización autoriza la libre transmisión. Cualquier comunero puede pedir la división de la cosa, incluso mediando pacto en contrario, a menos que ello sea incompatible con su naturaleza y destino. Habiendo incapacitados, la división precisa la autorización judicial; si está interesado el Estado esa autorización emanará del Consejo de Ministros. La forma solemne sólo es requerida cuando el valor de los bienes divididos excede de determinada cifra.

La ley que extractamos dedica una sección completa a la propiedad horizontal, siguiendo el sistema de dominio separado sobre cada piso o porción de él y con dominio sobre los elementos comunes.

La divisibilidad de un edificio se condiciona a la circunstancia de que «las incomodidades que de ella resulten sean normalmente aceptables». Las cuotas partes son proporcionales al valor del local que cada uno posea. Los dueños de los ampliados adquieren automáticamente una participación de los aludidos elementos comunes. Las decisiones son adoptadas por la Asamblea de propietarios y por mayoría absoluta de los presentes; los arrendatarios gozan también del derecho de voto cuando tales decisiones hayan de afectarles. El propietario de un piso puede ser expulsado del inmueble (¿de la comunidad?) por decisión de la Asamblea si transgrede sistemáticamente las decisiones mayoritarias, los reglamentos interiores o los principios de la comunidad socialista. Los acuerdos de la Asamblea son recurribles ante el Tribunal departamental. El Ministerio de Justicia dictará un reglamento tipo para esta clase de comunidades. Las cooperativas fundadas para la construcción de viviendas están

exentas de cargas fiscales, así como los actos necesarios a la realización de sus fines. Las infracciones del reglamento interior pueden ser sancionadas directamente, con multa por el administrador o el consejo de administración.

No existe el usufructo de disposición. El establecido en favor de una persona jurídica se extingue con la liquidación de ésta. El nudo propietario puede demandar judicialmente la terminación del usufructo si, no obstante, el requerimiento hecho, el usufructuario, pone en peligro la existencia del objeto usufructuado, causa en él daños importantes o lo modifica sustancialmente. Estas reglas y las demás que completan en forma habitual el régimen de esta servidumbre personal se aplican también al usufructo en favor del Estado o las cooperativas, salvo disposición expresa en contra consignada en el acto de establecimiento.

Aun admitido el derecho de superficie en la nueva ley, no parece ser contemplado con excesiva simpatía. El derecho a edificar en suelo ajeno prescribe negativamente en favor del dueño del terreno por su no uso durante cinco años.

La posesión y la mera detención se definen como ejercicio de poder real sobre una cosa, y se diferencian en que aquella tal ejercicio tiene lugar a título de dueño. La verdadera naturaleza de la relación en los casos dudosos se resuelve *iuris tantum* en favor de la posesión. También se presume la buena fe, salvo prueba en contrario. La acción pauliana se extiende en el tiempo a seis meses solamente, tanto para los inmuebles como para los muebles.

Los modos de adquirir el dominio son el denominado «acto legal» y la prescripción. Para los muebles rige la norma habitual que equipara la posesión al título. Los objetos robados o perdidos pueden ser reivindicados en tres años: esta regla no funciona cuando el poseedor los adquirió del Estado o una cooperativa. La prescripción adquisitiva de los inmuebles exige posesión ininterrumpida durante cinco años con buena fe y diez sin ella. Los bienes de propiedad socialista no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva. La obligación de restituir las cosas halladas no excluye el derecho a retenerlas hasta el pago de la gratificación legal y los gastos realizados.

El dominio se pierde por su transmisión a un tercero y por abandono. La renuncia al patrimonio familiar debe hacerse en documento público, que no surte efectos hasta ser inscrito en el Registro.

La expropiación forzosa puede tener lugar en favor del Estado las organizaciones públicas o las cooperativas, y ha de fundarse en «necesidades particularmente importantes». Exige autorización del Consejo de Ministros, entendiéndose transferida la propiedad desde la fecha misma del acuerdo ministerial.

El principio de protección se anuncia con la declaración de que el propietario puede reclamar sus bienes de cualquier persona que los posea o detente sin título válido. Salvo disposición expresa contraria, las normas sobre inmuebles se aplican por igual a los derechos reales impuestos en ellos; las relativas a los muebles tienen vigencia «para todos los demás derechos».

La ley dedica, finalmente, unos cuantos preceptos al Registro inmobiliario, inspirado en el sistema de transcripción, enumera los actos que a él deben tener acceso, declarando que no podrán oponerse a tercero sin tal requisito. El procedimiento registral será objeto de un Reglamento especial.

Como habrá podido percibirse de la simple lectura del anterior resumen informativo la nueva ley búlgara de propiedad se mantiene próxima a los patrones tradicionales en la materia. Justamente en las normas relativas a la propiedad política, que parece habrían de ser las más rotundas, acusa un desvaimiento y una inconcreción notables. Las continuas remisiones o disposiciones o leyes especiales sustraen al lector el conocimiento de la verdadera entraña del problema y de sus reales soluciones.

A. G. R.

Reorganización de la Abogacía en Checoslovaquia

Las radicales reformas políticas realizadas en el Derecho checoslovaco han llegado también a la profesión forense. La Ley de 20 de diciembre de 1951 oficializa la Abogacía hasta el extremo de prohibir su ejercicio privado. En la misma línea de casi todas las leyes comunistas empieza por una declaración en que se define la misión de los Abogados, asignándoles la asistencia jurídica a las personas morales socialistas, a las demás organizaciones sociales, a los órganos de la Administración del Estado y a los ciudadanos, contribuyendo de este modo a la consolidación del régimen.

Los profesionales son agrupados en bufetes colectivos (*bureaux de consultation juridique*), dependientes de un Departamento central, cuya sede está en Praga. Cada bufete se compone de un Jefe, un cierto número de Abogados, otro de estudiantes en período de prácticas profesionales y personal administrativo. El Jefe organiza las actividades de conjunto y «vigila el desenvolvimiento político y profesional de todos los trabajadores del despacho». La remuneración de los servicios prestados pertenece en común a los miembros del bufete y está sujeta a un baremo aprobado por el Ministerio de Justicia. La responsabilidad por los daños causados en la prestación de servicios profesionales es también colectiva.

El Departamento Central dirige y controla el ejercicio de la abogacía; crea los bufetes colectivos, señala su sede, designa a los Abogados que han de servirlos, decide sobre la admisión de éstos al ejercicio profesional, los excluye del mismo, nombra y separa a los Jefes de despacho y señala la cifra con que cada uno de aquéllos debe contribuir al sostenimiento del organismo central. Sus órganos son el Presidente, los Vicepresidentes y la Asamblea plenaria de Jefes de bufete y Delegados de los trabajadores.

Son requisitos para poder ejercer la Abogacía la afición al régimen democrático popular como indispensable, y, con carácter dispensable, los de ser ciudadano checoslovaco, haber realizado los correspondientes estudios jurídicos, practicar dos años en un despacho y sufrir el subsiguiente examen final. Al ser adscrito un Abogado al bufete colectivo, debe «prestar juramento» de fidelidad a la República, a su régimen político, a su Presidente y a su Gobierno, asumiendo la obligación de interpretar y aplicar las leyes de acuerdo con la voluntad y los intereses del pueblo y del Estado y con el espíritu de la democracia popular.

La privación de la cualidad de Letrado puede ser acordada por razones de interés público, por decisión disciplinaria y «por necesidades de mano de obra» (!).

La obligación del secreto profesional puede ser dispensada por el Ministerio de Justicia cuando se refiera a asuntos de importancia para el Estado. El ejercicio de la abogacía es incompatible con todo otro trabajo retribuido, excepto las actividades científicas, publicísticas o «artísticas».

El Ministerio de Justicia ejerce la vigilancia suprema de la abogacía sobre su Departamento central y sobre todos y cada uno de los bufetes colectivos. Resuelve definitivamente de las sanciones impuestas a los letrados.

La Asociación Central de Abogados de Praga y las asociaciones quedan suprimidas, subrogándose el Departamento central en sus derechos y obligaciones.

La Ley que resumimos entró en vigor el 1 de enero de 1952.

A. G. R.

La ley cubana de reforma agraria

El Gobierno revolucionario del general Batista, al sancionar la Ley-decreto número 247, del 17 de julio de 1952, ha dado un paso de gran trascendencia en la regulación del agro cubano, haciendo llegar a todas las esferas campesinas los beneficios de que gozaban hasta la fecha únicamente las grandes empresas agrícolas y agro-industriales. La protección e intervención estatal se hallaban limitadas a estas últimas, para las cuales había sido regulada la permanencia en el uso y disfrute de sus tierras, la estabilización de sus productos específicos y la coordinación entre los diversos factores económicos y sociales que en ellos intervienen.

Esta nueva disposición legal consta de 15 artículos, siete disposiciones complementarias y cuatro disposiciones finales. Sitúa a la propiedad rústica dentro de limitaciones, en cierto modo similares a la que experimenta la urbana, amparando al campesino pobre que vive bajo el signo de la inestabilidad en las tierras ajenas que cultiva, y excluyendo al empresario agrícola que no concurra con sus brazos a la producción, así como a las extensiones superiores a las realmente operables; estableciendo límites acordes con las características y el valor de la producción de las fincas en cada provincia; prohibiendo el desalojo hasta esos límites siempre que se pague o deposite la renta justa correspondiente; reconociendo y respetando, dentro de esos propios límites, el derecho excepcional del propietario de una sola finca; o impidiendo que al amparo de la propia ley, puedan burlarse las obligaciones contraídas y que se transformen en rentistas, los que vienen obligados a trabajar la tierra.

Estimamos que la medida elegida, hasta cinco caballerías de tierra (1), para el tipo de fundo beneficiado, resulta algo excesiva. Hay que tener presente que el fin social motivador de esta disposición, se entiende exclusivamente dirigido a aquellas fincas de reducidas dimensiones que bastan para la subsistencia familiar.

J. M. C.

(1) Cada caballería de tierra equivale en Cuba a 134.202 metros cuadrados.

La ley cubana de la propiedad horizontal

Con fecha 16 de septiembre del corriente año ha sido promulgada la Ley-decreto número 407, denominada de la «Propiedad Horizontal», que ha venido a resolver los muchos problemas que en el país se presentaban, con motivo del incremento alcanzado por esta variedad de dominio, y que actualmente se regían por las normas generales de comunidad de bienes, establecidas en el título III del C. c., ampliadas por el decreto del Ministerio de Justicia número 2.890, de 28 de agosto de 1950.

Consta el nuevo precepto de 45 artículos, agrupados en cuatro capítulos y tres disposiciones finales.

En el primer capítulo, y bajo la rúbrica de «normas generales», se determinan los bienes a los que únicamente son aplicables los preceptos de esta ley. Son éstos, los edificios o casas de apartamentos, siempre que los titulares de los mismos declaren expresamente su voluntad de someterse a este régimen. A tal objeto, define el apartamento, como aquella construcción que ocupe todo o parte de un piso o de más de uno, en edificio de uno o varios pisos o plantas, bien se destine lo fabricado a viviendas, oficinas, explotación de algunas industria o comercio o cualquier otro tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía. Distingue los elementos comunes, en generales y limitados, siendo estos últimos aquéllos que se destinan al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, y cuando se acuerde así por la totalidad de titulares del edificio.

Se refiere el capítulo segundo a la escritura pública sobre Propiedad Horizontal y su inscripción en el Registro de la Propiedad. En aquella habrá de hacerse la descripción del terreno, del edificio y de cada apartamento, así como el número de los elementos comunes, tanto generales como limitados. Igualmente se indicará el valor del edificio y de cada apartamento, junto con las instrucciones relativas a la administración del mismo. La Propiedad Horizontal queda organizada en el Registro por un sistema de inscripciones de fincas enlazadas entre sí por notas marginales de mutua referencia.

El tercer capítulo está dedicado a la administración y seguro. Se regirá aquella por las disposiciones pertinentes que deberán insertarse en la escritura de su constitución o en un reglamento que se agregará a la misma, los cuales habrán de referirse obligatoriamente por lo menos, a la forma de administración, sistema de convocatoria o citación para las reuniones, cuidado, atención y vigilancia del edificio, manera de recaudar los fondos para el pago de los gastos comunes, y designación y despido del personal necesario para la realización de obras y atención de los servicios comunes del inmueble.

Del procedimiento judicial y de las sanciones se ocupa el capítulo cuarto, estableciéndose que las cuestiones que se susciten han de ventilarse ante el Juez de primera instancia del partido en que se encuentre situada la finca, y por los trámites de los incidentes regulados en el título III del libro II de la Lec.

Consideramos digno de elogio este nuevo precepto, ya que el legislador ha procurado resolver, con sentido verdaderamente casuístico todos los problemas que en la práctica pueden presentarse en este tipo de propiedad.

II. NOTAS CRÍTICAS

I. Contrato por persona a designar

1. ANTECEDENTES.

En los contratos de compra-venta—en general antes de otorgarse la escritura—y en los de opción o promesa de venta, no es raro encontrar la fórmula de que se vende o promete la venta al otro estipulante «o a la persona que ella designase» (1). No es nueva, aunque nuestra antigua práctica no parece que normalmente la utilizara (2). Se empleaba, como hoy se emplea, con una doble finalidad; para preparar la adquisición por un tercero que quiere permanecer oculto y, sobre todo, para evitar los dobles derechos (laudemio, quinto feudal) e impuestos (alcabalas, derechos de mutuación) debidos a los censualistas, a los señores y al Estado, en caso de doble venta. Este origen explica que la doctrina se preocupase, ante todo, de fijar cuando había dos ventas, una la entre el vendedor o promitente (P) y el que con él estipuló (E) la reserva y otra la celebrada por el estipulante (E) con la persona por él designada (D), y cuando por el contrario se trataba de una sola venta, es decir, de una venta celebrada por P con D por medio de E. Desde bastante pronto se advirtieron los graves problemas técnicos que suponía tal reserva, pero sólo modernamente se le ha dedicado la atención de hacerle objeto de especiales estudios monográficos (3).

Parece ser que los comerciantes genoveses y, en general, los italianos, gustaron de utilizar en sus compras la cláusula de que adquirían «por persona nominanda» (4). Lo antiguo y arraigado de este uso, explica el especial

(1) Incidentalmente aludidas en S. T. 23 marzo y 15 junio 1945; una de ellas se refiere a poder conferido para vender a una persona o a quien ésta designase.

(2) Fórmulas corrientes eran: a favor del comprador y «los suyos», del adquirente y sus herederos y sucesores y las otras personas que su título o causa hubieren, o «de vos que comprais, vuestros herederos y sucesores y para aquel que de vos y de los hubieren título, voz o razón, en cualquier manera». Induce a pensar que, por el contrario, no era usual la reserva «por persona nominanda», el que SALGADO DE SOMOZA señale la importancia práctica de tratarla, diciendo que ella puede ocurrir en concurso judicial formado a extranjeros genoveses y comerciales italianos, que son los que más frecuentan esa clase de contrato, añadiendo que también se puede dar entre españoles, en especial los que quieran escapar de algún impuesto. *Labyrinthus creditorum concurrentium*, 2, 13, 49, ed. 1757, I, pág. 417.

(3) Hasta la obra de ENRICO, de la que se ocupa especialmente esta nota, los trabajos principales eran, en Italia, el de G. STOLEI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, Ri. D. C. 1926, pág. 537 y el de SCISCA, *I contratti per persona da dichiarare*, 1930; en Alemania, COHN, *Das rechgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht*, 1931.

(4) Como indica SALGADO en el párrafo recogido antes en la nota (2). Se extendió en la práctica holandesa y francesa como medio para escapar del doble impuesto en el caso de compra para revender y, por ello, en las leyes y por la jurisprudencia se fijaron plazos siempre más cortos para poder hacer la declaración con eficacia respecto al fisco, al dueño directo y al señor feudal, VON, *Commentarius ad Pandectas*, 6, 3, 34 y 18, 1, 8, ed. 1716, I,

interés que ha mostrado la doctrina italiana por tal figura jurídica y el que en el Código civil italiano haya sido especialmente admitida y regulada (artículos 1.401-1.405). En España, últimamente, se utiliza por los prácticos y se le ha considerado como cuestión digna de particular estudio. Por esta razón, parece oportuno y de posible utilidad exponer la reciente construcción elaborada por Enrietti sobre el contrato por persona a designar, para luego examinarla críticamente (5).

2. LA TEORÍA DE ENRIETTI.

Concepto.—Advierte, ante todo, que la figura jurídica del contrato por persona a designar se basa en una larga tradición, que le da propia fisonomía, con propios caracteres y presupuestos, que han sido acogidos por el legislador en el Código civil italiano de 1941 (págs. 2-3, 138); por ello, dedica especial atención al Derecho común (págs. 29-57). De este partirá para definir la figura como centrada en que, de acuerdo el vendedor (utiliza como ejemplo la venta) con el comprador (E) «se reserva éste el sustituirse a sí mismo, con acto sucesivo, pero con eficacia retroactiva (*ex iuncto*) otra persona» (pág. 138; in extenso, pág. 76). Enumera y critica las distintas teorías hasta entonces sostenidas (págs. 95 y ss.) y, en fin, presenta su propia construcción.

Pluralidad contractual.—En el contrato por persona a designar hay, dice, dos estipulaciones, dos negocios, dos contratos. El estipulante hace dos declaraciones de voluntad distintas y ellas son aceptadas por el promitente, «una en nombre propio y otra en nombre ajeno», o más precisamente, «debe decirse que el promitente contrata aquí a la vez con el *stipulans* y el *eligendus*» (página 142). Pero, añade, el nacimiento de las dos relaciones (P-E y P-D) no son «fenómenos autónomos», sino que han de considerarse como coeficientes de un «fenómeno indivisible, *en vista de su idéntica función*, que es la de tener escondida a todos, durante cierto tiempo, la persona del verdadero adquirente» (pág. 146).

Contrato entre promitente y estipulante.—El contrato entre P y E es un contrato sometido a condición resolutoria; la condición es la designación de la persona («*electio amicis*»), por lo que estando a la voluntad de E se tratará de una condición potestativa. El negocio entre P y E es desde un principio perfecto y eficaz, pero al ocurrir la «*electio*», la relación P-E «desaparece del mundo del Derecho» (pág. 148).

Contrato entre promitente y designado.—El contrato entre P y D *ese* encuentra en la amplia categoría de los contratos *cum incerta persona*, pues la personalidad del «*eligendo*» puede ser desconocida al promitente y al estipulante y hasta no existir «in rerum natura» (pág. 156). No hay, pues, un contrato existente desde el principio, ya que no puede hablarse de contrato cuando uno de los sujetos sea incierto, aunque sea determinable (pág. 159). Será, por tanto, un «contrato de formación sucesiva» (pág. 163). Negando especialmente que pueda hablarse de negocio condicional porque las condiciones son «ele-

páginas 448 y 776; *Porthier, Coutumes des Duché, Bailliage et Preroté d'Orléans*, 1, 5, 1. § 145. ed. 1817. I, pág. 135.

(5) *Il contratto per persona da nominare*. Torino. 1950.

mentos extrínsecos al negocio» (pág. 168), «circunstancia futura e incierta que es extraña a la estructura del mismo negocio, mientras que en el negocio de formación sucesiva nos encontramos frente a uno o más elementos, que son ciertamente futuros e inciertos, pero que son elementos estructurales del mismo negocio jurídico» (pág. 171).

Precisa que este negocio es siempre contrato concluido por medio de representante (pág. 179), y que esta cualidad puede resultar de un poder o de la ratificación (pág. 180). Pero, en todo caso, la «*facultas amicum eligendi*» es un poder jurídico («derecho formativo» a la vez creativo y de extinción) cuya peculiaridad está en que faculta para originar un acto que viene a completar el contrato entre P y D (6). Por ello, es lo mismo que E tenga o no poder de D; pues si carece de él y es necesario, por tanto, la ratificación, esto no significa que antes de ella el contrato entre P y D esté incompleto; está completo, pues reúne todos los elementos estructurales ya antes de la ratificación, en cuanto que no falta ningún elemento interno del contrato, sino sólo un mero presupuesto (la legitimación de E) (págs. 202-211).

En cambio, para la eficacia de la designación («*electio*») se precisa un requisito negativo, el de que E no haga antes ningún acto que evidencie su voluntad de adquirir definitivamente para sí mismo (pág. 266); esto ocurre siempre que constituya derechos a favor de terceros (pág. 267), pues es una manifestación tácita de voluntad en todo caso eficaz, aunque E no conozca o no quiera sus consecuencias (págs. 270-271).

Aplicaciones de la teoría.—Enrietti entiende que su construcción servirá para resolver todas las cuestiones que pueda presentar la figura jurídica estudiada; por ello, probablemente, se ocupa con menos detenimiento de los problemas de aplicación. De entre ellos, interesa destacar los siguientes:

Admitido que hay dos contratos, celebrados a la vez, es lógico que se exijan para su validez la misma capacidad y legitimación, es decir, la necesaria para la plena eficacia del contrato en el momento de celebrarlo P y E. Sin embargo, acepta como excepción, en el supuesto de la «*electio*» ya cumplida, que basta para la validez del contrato la menor capacidad requerida para el representante, según el art. 1.389 del Código civil italiano (págs. 239-240).

La esfera de aplicación de la reserva es amplísima, pues comprende a todos los contratos, sin más excepciones que las siguientes: se excluyen los negocios no patrimoniales (pág. 252); los patrimoniales en los que no se admite la representación, en los que es necesaria la determinación de la persona, sea por la infungibilidad de la persona en sí misma considerada (por ejemplo: la donación) o por el elemento de fiducia que contiene (mandato), y, en fin, en aquellos en que no es conciliable con su mecanismo contractual (seguro) (páginas 253-255). También excluye que la reserva pueda ser hecha por el enajenante (pág. 258).

(6) Añade que esta construcción puede ser reemplazada por la de «*contratto a vicenda sostituibile da un'altra vicenda*» (pág. 190), pero aunque la califica de más elegante, considera preferible la resenada en el texto (pág. 194). También, al tratar de la estructura de la institución, la incluye en la categoría de «*alternatividad eventual de contratos*» (página 502).

3. ALGUNAS OBSERVACIONES A LA TEORÍA DE ENRIETTI.

El libro de Enrietti que nos ocupa, sea dicho de antemano, es un estudio que honra a su autor y del que puede enorgullecerse la ciencia jurídica italiana. Recoge gran cantidad de datos sobre la antigua y moderna doctrina de Italia, Francia, Alemania y Suiza, muestra envidiable ingenio en la crítica y en la construcción y es rico en puntos de vista originales, no sólo al elaborar su teoría sobre el contrato por persona a declarar, sino al referirse a otras materias más o menos conexas, riqueza de pensamiento que se desborda en largas y eruditas notas. Obra, pues, que merece el máximo aprecio intelectual, pero que desfieude una construcción poco afortunada, útil quizás sólo en sentido negativo, al mostrarnos—a su pesar—lo poco fructífero de una dirección doctrinal.

Y antes de decir por meprido el porqué de esta conclusión, vaya la advertencia de que esta crítica no es el atrevimiento impertinente que puede parecer, pues si bien se hace de un libro extranjero sobre Derecho extranjero, ha de tenerse en cuenta como descargo que Enrietti fundamenta su construcción en el Derecho común, utilizando nuestros antiguos autores (7), y que sus argumentos no están condicionados—o al menos sólo de modo secundario—por los textos legales italianos; de modo, que su teoría puede ser aceptada o rechazada según puntos de vista generales, que parecen igualmente aplicables al Derecho español, al antiguo Derecho común y al actual Derecho civil italiano.

La unidad del contrato.—La clave de la construcción está en dividir el contrato por persona a designar en dos contratos. Dos son también las razones que se ofrecen para sostenerla: La primera, que la ley fiscal italiana (como la de otros países) dispone que si la designación del comprador no se hace dentro de los tres días de celebrado el contrato se someterá a nueva imposición la adquisición por la persona designada; pues, dice Enrietti, que esta doble imposición sólo puede justificarse si se considera que antes de la designación el comprador (*E*) fué ya un verdadero adquirente (págs. 70, 112, 113, 121). Este argumento no parece tan decisivo como cree el autor, porque

a) Si hubiera siempre una doble adquisición sucesiva (pág. 113), igualmente quedaría sin explicación el que *no* se pague impuesto si la designación se hizo dentro de los tres días (el comprador (*E*) sería igualmente adquirente).

b) Que las reglas civiles y fiscales tienen diferentes causa y finalidad, no siendo extraño que la ley fiscal adopte reglas mecánicas (sobre la probabilidad y la apariencia), que evitando las dificultades y dilación de la prueba sirven para limitar el peligro de fraude sin necesidad de tener que averiguar la realidad jurídica subyacente (8).

La segunda razón son los antecedentes históricos: en los escritores del Derecho común dice que está ya la idea de las dos estipulaciones contraídas por *E* (comprador), una por sí mismo y otra por *D* (la persona a designar), adquiriendo ya *E* al contratar (págs. 43 ss. 111, 144). La habilidad con que el

(7) Utilizará, sobre todo, a SALGADO.

(8) Por ello, el cambio de la regulación civil no impone la de la fiscal, como cree el autor, que ha de ocurrir en Italia, al promulgarse las disposiciones del Código de 1942 (páginas 394, 395, 412 y sigs.).

autor maneja los textos para llegar a esta conclusión es admirable, pero ello no obstante, no consigue convencer.

La fórmula clásica «emptio pro persona seu personis nominandis» y la cuestión que ocupa a los autores es la de determinar si E al comprar actuó o no como representante de D; si actúa como tal, la cláusula es eficaz y se admite que hubo y hay una sola venta, la de P y D, para la que E prestó su «nudum ministerium»; si al contratar E no era ya representante de D, la cláusula es ineficaz, hay una simple doble venta que se trató de ocultar con o sin fraude (9).

Enrietti quizás no ha tenido en cuenta la clara postura de la doctrina antigua por haber dado una importancia decisiva a circunstancias secundarias, como son la de que el comprador (E) quedaba personalmente obligado si no hacia la designación y la de que se utiliza—posteriormente—para la reserva, la frase «sibi vel amico eligendo», que es hoy la más usual. Pero ni una ni otra significan nada en favor del doble contrato. El que si E no designa por sí a otra persona, hacia que éste mismo quedase obligado, se justificaba de dos modos distintos (interpretando la voluntad contractual y a consecuencia de la culpa de E al no designar), pero coincidentes en el resultado y, precisamente, para evitar toda duda y para proteger al vendedor (P), generalizaron los prácticos la fórmula: «por mí o por la persona que yo designe».

Dividido el negocio en dos contratos, los reúne Enrietti en la función idéntica de ocultar la persona del verdadero adquirente (pág. 146). ¿Se postula con ello un nuevo tipo de causa (causa occultationis)? No parece más convincente la soldadura que el corte. No hay verdadera ocultación, puede no haber nada que ocultar (sujeto no pensado o no existente), y cuando se quiera la ocultación no será ella fin común de las partes ni siquiera se pretenderá en todas las relaciones entre los sujetos. No puede hablarse con exactitud de ocultación; hay falta de designación de un sujeto, cuya terminación y significado dependen de la relación interna que en cada supuesto matice a toda la relación jurídica compleja.

El contrato por persona a designar se consideró siempre como un solo contrato; ocurrió, es cierto, que con su fórmula se podía ocultar (al fisco o a los acreedores) una doble venta, pues el mandato podía antedatarse respecto a la segunda venta; fué para evitar procesos, a decidir por indicios y pruebas difíciles de fijar, por lo que para la leyes fiscales y el pago de derechos se establece la presunción de hecha por el representante la designación realizada dentro de un breve plazo. Se abría la posibilidad, pues, de dar eficacia de compra por representante a la que fuera en realidad una doble

(9) HERMOSILLA, *Additiones, Notae, Resolut. Partitarum glossas*, 1034, P. 5. 5. 48, gl. 1, § 10, fol. 215 vto. (*enon ille sed dominus videtur contractare*); SALGADO, loc. cit. 2, 13, 43, I, pág. 417 (*nudus minister*); VOET, loc. cit., I, pág. 448 (*ese utique noluerit obligare*); CANCER, *Variarum Resolutionum*, 1, 8, 192, ed. 1683, I, pág. 169 (*merus executor*, *nudum ministerium nominationis sibi reservasse*). Se justifica que no se pague gabela al designar al adquirente sólo porque y cuando se hace en ejecución de un contrato de mandato anterior. OLMA, *Tractatus de cessionarium et actionum*, 7, 5, 21, ed. 1609, pág. 402; GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum civilium (De gabellis)*, 6, 61, 5, ed. 1730, III, pág. 146. Muy claramente en el antiguo y moderno Derecho francés: POTHIER, loc. cit., I, pág. 132 (no hay más de una venta «par son canal et son ministère»); BAUDRY-LACANTINERIE, SAIGNAT, *Traité théorique et pratique*, 1906, XIX, § 172, pág. 167.

venta; concesión mínima, que se amparaba en lo odioso de las exacciones (10) y que se limitaba a este extremo (11).

Para mantener la construcción del doble contrato, ha de ser Enrietti de nuevo infiel a su postulado de respeto a los principios del Derecho común. En este no se encontraba ninguna limitación al empleo de la reserva, y para aquél tiene carácter excepcional (pág. 361). De modo que, aparte considerarla no permitida en diversos negocios (12), elimina hasta la fórmula clásica «pro persona nominanda»; puesto que no cabe el dividir en dos el contrato en el que se diga: «compro por aquel de mis hermanos a quien yo designaré», o «compro por mi principal o comitente que me reservo designar». Interpretación restrictiva que dejaría sin regulación legal a tales cláusulas y que, además, parece difícilmente compaginable con la letra del Código italiano (13).

La relación entre promitente y estipulante.—El contrato entre P y E, dice Enrietti, está sometido a una condición potestativa. Si se admite esta clase de condición (como hace a su manera el art. 1.355 del Código civil italiano) ha de serlo con sus propios caracteres, o sea, dependiendo del mero querer de una de las partes (*si volam*); pero, aquí, los resultados del negocio penden además de uno de estos dos hechos *ajenos* a la voluntad del estipulante: existencia previa del poder conferido a E o aceptación de la persona designada (artículo 1.402 del Código civil italiano) (14).

Además, si se aceptan los postulados de Enrietti resultará difícil admitir que la designación del sujeto sea condición del negocio, pues la designación condicionaría la determinación del sujeto y no sería ya extraña a la estructura del negocio, caracteres de la condición según el autor (págs. 159, 171, 168).

En fin, parece imposible admitir que el negocio P—E esté todo condicionado resolutivamente, pues la «facultas designandi» nacida de este negocio no está condicionada, no se limita a resolver el contrato al ejercerse, ni se explica

(10) «Gabella sit res odiosas», AGURDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, 9, 17, 5, 8, ed. 1596, VI, fol. 59 vto. Muy significativas son las restricciones que se van admitiendo respecto a los derechos feudales en casos de transmisión, POTHEIM, *Traité des fiefs*, ed. 1618, *Oeuvres*, XII, pág. 203 sig.

(11) Todavía, TOUILLIER, *Le Droit civil française*, ed. Bruxelles, 1821, VIII, pág. 214.

(12) Así, por ejemplo, a la donación, por considerar esencial la individualidad del beneficiario, como indica el art. 778 C. c. it. (pág. 259) y en general, la enajenación (pág. 268). Sin embargo, la donación, además de aludida por la antigua doctrina (CANCER, loc. cit.), si se trata de persona a designar dentro de una clase (pobres, estudiantes, obreros) no encontrará dificultad en la aplicación analógica del art. 778; tampoco parece haber dificultad para aplicar el art. 1.401 C. c. it. a la cláusula de un contrato de suministro que diga: «la cerveza que necesite la comprará de tu fábrica o de aquella que tú designes».

(13) Dice: «En el momento de la conclusión del contrato, una parte puede reservarse la facultad de nombrar sucesivamente la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nascen del mismo contrato».

En la doctrina holandesa se duda sobre si quien contrata por el «principal a designar después», en el caso de no designarlo queda obligado contractualmente, SCHOLTEN, *Personenrecht*, II, pág. 39; pero tanto en la práctica holandesa como en la inglesa (CHESHIRE, loc. cit., pág. 304 sig.) se entenderá normalmente obligado, conforme a la intención presumible de las partes y al uso.

(14) Quizá hubiera que decir—si se ha de respetar la alternatividad de los negocios, esto es, vista sólo la cara externa de la figura—que el designado se haga (tenga que ser o quiera ser y sea apto para ello) sujeto del negocio.

siquiera por la relación representativa entre E y D, pues liga desde la perfección del contrato (P-E) a P a estar y pasar por la designación que haga E.

La relación entre promitente y designado.—En verdad, si el contrato entre P y D ha de considerarse—como propone Enrietti—incompleto y dependiente de otra relación (la interna, que liga E a D), no habría motivo para no considerar del mismo modo «*sin fiero*» al contrato entre P y E (dependiente también de las relaciones internas). Un negocio en el que un contratante (E) ostenta *a la vez* dos cualidades jurídicas entre sí contradictorias y excluyentes (para si y no para sí, para otro y no para otro), no parece fácil que haya sido creado por un ordenamiento jurídico. ¿No parece más lógico que E contrata, pero con una cualidad aún no determinada, pero determinable? Cualidad jurídica (en nombre propio, como representante, etc.) que será fijada al descubrirse la relación interna de la cual se derive.

El contrato entre P y E es considerado, por Enrietti, siempre contraído por medio de representante (pág. 179). Pero, aunque el negocio hecho por mandatario fuera la base y la justificación antigua de la figura, hoy no es posible una afirmación tan absoluta (15). No cabe restringir su origen al poder y a la ratificación.

Para que sea posible la ratificación se requiere que una persona «contraiga *como representante* sin tener poder» (16), mientras que para nuestra figura basta «que una persona *se reserve* la facultad de nombrar sucesivamente la persona que deba adquirir los derechos o asumir las obligaciones» (art. 1.401 del Código civil italiano), es decir, por quien no se manifiesta como representante.

Además, cuando la ley enumera los requisitos de eficacia no utiliza el concepto de la ratificación, sino el más amplio de la *aceptación* de la persona designada (art. 1.402 del Código civil italiano); conforme así con la práctica usual de la reserva, hecha precisamente en vista de una segunda venta. Y si se pretendiera (como hace Enrietti) confundir los términos de ratificación y aceptación, ello producirá otros inadecuados efectos (17) que parecen especialmente graves en el Derecho civil italiano; pues con la ratificación se entiende queda *convalidada* la cualidad de representante (18) y, ello puede suponer al designado (segundo comprador o aceptante) el deber de abonar los gastos hechos por aquél al realizar el negocio (art. 1.720 del Código civil italiano, art. 1.729 del Código civil español) y hasta los emolumentos que le pudieren corresponder por la mediación, ya que el Código civil italiano presume la onerosidad del mandato (artículo 1.709).

La afirmación no calificada de que el negocio entre P y D es por representante pone en peligro la independencia de la figura, pues siendo ello así quedaría a resultas de una relación jurídica interna (E-D). Enrietti trata de evitarlo afirmando que el negocio hecho sin poder y aún no ratificado (sin designar tampoco al destinatario) está ya estructuralmente perfecto (págs. 204

(15) Debe advertirse que si se le aplica la terminología dominante no cabría hablar de representante, pues, como después se señala, se trata de representación indirecta.

(16) Arts. 1.396, 1.399 C. c. it. «*Contrato celebrado a nombre de otros*», art. 1.269 C. c. español.

(17) Quien acepta la designación, acepta la compra que se lo ofrece, pero no tiene por qué ratificar lo hecho por quien para él es sólo el que le cede o facilita una compra.

(18) SAGGIO, *La rappresentanza*, 1923, pág. 262.

a 211), concluyendo que el contrato entre P y D queda perfecto al hacer E la *electio amici* o designación (pág. 189). Mas así se origina una infranqueable dificultad. El contrato P-E se nos ha dicho que es contradictorio al contrato P-D y que será eliminado a la perfección de éste; perfeccionado ya en el momento de la *electio*, P-D debería inmediata y totalmente sustituir al contrato P-E. Si embargo, lo mismo el Derecho común que el Código civil italiano (art. 1.402) deciden que no basta la *electio*, que la designación es ineficaz si E no tenía poder de D o si éste no acepta eficazmente; de modo que mientras esto no ocurra, ni queda liberado E ni pasan los efectos del contrato a D (19).

Importancia de las relaciones internas.—El estudio hecho de la construcción de Enrietti nos lleva, como de la mano, a encontrar el modo de salvar las dificultades señaladas. Debe atenderse, como lo hiciera la antigua doctrina y como lo intentara la moderna (teorías de la representación, de la interposición, de la promesa de hecho ajeno, del contrato a favor de tercero)—aunque de modo parcial o incompleto—a la pluralidad de las relaciones internas posibles. Con lo que, de modo realista, se tendrán en cuenta los oficios para los que esta figura se utiliza en la práctica. Para ello deberán considerarse las distintas situaciones que pueden ocupar cada una de las tres partes que intervienen.

Interés del promitente en la reserva.—En primer lugar, está la relación P-E, apenas estudiada por la doctrina. Que será muy distinta si se trata, por ejemplo, de una venta al contado o a crédito, de venta meramente perfecta o ya consumada. Si E recibe la cosa de P y le es pagada en el acto, ninguna dificultad pondrá P para que en el contrato se use la fórmula «por persona a designar» (20). En el caso de que E no pague el precio y en que P no haya de entregar la cosa hasta su pago por D, P corre un doble riesgo: perder otra ocasión de venta provechosa y que E designe a un comprador mal pagador o insolvente. Pero, donde la situación de P cobra especial relieve es cuando se hace

(19) El requisito negativo para la posibilidad de la «*electio*», señalado por ENRIETTI, de que E no haga acto alguno que muestre su voluntad de adquirir para sí (p. 266), no está debidamente determinado. La misma «*electio*», cuando E carece de libertad para hacerla (por su dependencia respecto a P. o a D) tiene un significado secundario, limitado a evitar la prueba de la relación interna. Si, por ejemplo, E adquirió en cumplimiento del mandato de D, los actos contrarios de E ya no afectan (por sí) a D, pues la cosa adquirida pasó ya del patrimonio de E al de D (art. 1.706 C. c. it.), y los actos de E realizados contra sus obligaciones serán ineficaces en este respecto (salvo la protección debida al tercero de buena fe).

(20) En la práctica española, se hace la venta con la cláusula de reserva, por documento privado, con lo que E se ahorra los gastos de una segunda escritura de venta (art. 1.455) y los correspondientes derechos reales; mientras que P se obliga sólo a firmar la escritura a favor de quien E designe (art. 1.279). La situación sería bien distinta (en realidad, si se admitiese, originaria el abandono del uso de la reserva en la práctica) si, como piensa ENRIETTI, al hacerse la «*electio*» debe P reembolsar a E el precio recibido y dirigirse para el pago a D (pág. 321). De este modo, P, que había transmitido ya la propiedad de lo vendido, habría de devolver lo recibido y contentarse con un crédito contra quien le designase E y que bien podría resultar insolvente. La construcción de ENRIETTI no tiene en cuenta los casos más normales del tráfico, el de la compra para revender, el de que E, como representante, esté autorizado (o se presume) para pagar y el que se deduzca lo contrario a ella de la voluntad de las partes, interpretadas conforme a la buena fe y al uso (arts. 1.258, 1.257 C. c. esp.), como ocurrirá de ordinario.

la venta a crédito; transmite la propiedad de la cosa y queda expuesto a que se le designe un deudor sin solvencia (21).

Se pueden pensar causas distintas por las que P entregue la facultad de designar; aparte de la simulación (testaferro), podrá ser por causa gratuita (directa o indirecta) y por una especial relación de confianza (negocio fiduciario con mandatario o acreedor). El poder de E dependerá, pues, de esta relación interna, y a ella habrá que acudir para saber la situación jurídica de las partes (además del hecho de si D conoce o no la relación interna).

Interés del representado.—La relación E-D ha sido la más atendida, pues la antigua doctrina se ocupó exclusivamente de las dos posibilidades básicas (a la que pudiera añadirse la *negotiorum gestio*) de que E fuese mandatario de D y de que tratase de hacer una nueva venta, para excluir de toda especialidad a este último supuesto. En esta relación E-D, lo que hoy más interesa es saber si cuando E contrata con P por cuenta de D, con poder suficiente, ¿bastará ello (sin necesidad de acudir a la cláusula) para que D adquiera directamente de P? Si ello fuera así, resultaría que en este respecto sería decisiva para la relación final entre P y D la relación interna E-D. Enrietti, por el contrario, afirma que son incompatibles las figuras del mandato no representativo y la del contrato por persona a declarar; señalando como razón decisiva, la de que si en base de un mandato no aparente se produjese el efecto inmediato de la transmisión de derechos entre P y D (art. 1.706 C. c. it., art. 1.717 C. c. esp.) resultaría inútil la reserva a favor de la persona a designar (págs. 81, 84-85). Pero, aparte de que la coincidencia no es incompatibilidad, lo que ocurría en el Derecho antiguo, y lo que puede suceder hoy es que la cláusula de reserva sirva para facilitar y ampliar la eficacia de la representación indirecta u oculta (mandato no comunicado). La facilita en cuanto prepara la prueba de la existencia previa del poder; la amplia porque la relación directa entre P y D se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose E de la vinculación respecto a P, en que si no se encontraría aún al descubrirse el poder (art. 1.705 C. c. it., art. 1.717 C. c. esp.). La misma designación puede, en este supuesto, ser útil cuando el mandatario haya recibido encargos iguales de varios mandantes para saber cuál cumplió o respecto de quién cumplió cada uno. La relación interna—al ser descubierta—domina y colora los «gestos» de E; éste no puede, mediante una designación indebida, impedir (como ya afectado) ni por si destruir con eficacia retroactiva el paso de bienes de P a D; la reserva de la cláusula favorece la eficacia del mandato, pero no puede convertirse en un instrumento para defraudar al mandante de los beneficios que le concede la ley.

Por otro camino se ha ido a negar significación a la cláusula de reserva (22). Es sabido que en la doctrina se acostumbra a separar de modo tajante la representación directa o abierta de la representación indirecta y oculta, diciéndose que aquella produce efectos inmediatos entre representado y representante y que ésta en ningún caso los origina (23). Para la repre-

(21) Podría E designar a D y éste revender la cosa al contado a E por precio mínimo y al reclamar P el precio pactado resultar D insolvente.

(22) Lo que parece no haber advertido ENRIETTI.

(23) P. ej., si A, mandatario de B, vende el reloj de B por cuenta de B (pero no en su nombre) o si A compra con dinero de B un reloj por cuenta de B (pero no en su nom-

sentación directa, según la concepción clásica del pandectismo, se requería la voluntad declarada del representante a la persona con quien contrató de obrar «en nombre de un *determinado* tercero» (24). Mas la imposibilidad de obtener resultados justos respetando ambos postulados, hizo que la doctrina —en lugar de seguir el camino más claro y exacto (25)— haya buscado un remedio empírico ampliando, hasta desnaturalizarlo, el contenido de la representación directa. Se dice primero que se obra *in nomine alieno* con tal que el otro contratante sepa que no se obra en nombre propio y, «dando un paso más» (26), se entiende que es también representante abierto el que calla el nombre de su representado, por ejemplo, en la fórmula «reservada la designación del comprador» (27). Un nuevo paso hacia adelante hace reconocer que tal reserva se debe entender tácitamente incluida siempre que el tercero (P) no tenga «un especial interés en quien sea la otra parte» (28). De este modo, parecerá natural concluir que la cláusula de reserva significa sencillamente un caso de ampliación de la representación directa (29).

Pero si bien las conclusiones prácticas que de este modo se tratan de justificar son justas, la aplicación teórica es inadmisible. La representación directa requiere ser abierta, que se conozca el representado. ¿Cómo aceptar como deudor a quien se desconoce? ¿Cómo establecer una relación jurídica directa con quien ni siquiera se sabe si existe? ¿Cómo derivar del poder la vinculación jurídica con el representado cuando se desconocen su extensión, sus términos y hasta su existencia? (30). Es necesario para que exista la representación directa que sea posible establecer inmediatamente la rela-

bre) se ha entendido que, en ambos casos (aunque en orden inverso), el reloj y el dinero han ingresado en el patrimonio de A; de lo que se ha deducido lógicamente que B no puede reivindicar (reloj ni suma de dinero), ejercitar tercera de dominio ni pedir su separación de la masa del concurso de A.

(24) BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ed. 1892, IV, § 581, pág. 365. Parte de la doctrina (Bähr, Lenel) pensó incluso en incluir este requisito en el concepto mismo de poder, exigiendo que fuese éste dirigido al destinatario (P) o al público en general.

(25) Admitir la posibilidad de la eficacia directa, mediante (y en lo que ésta permite) la relación interna entre representante y representado; el representante no adquiere para sí (ni de quien compra ni de su representado cuya cosa ha de vender), pues actúa como servidor o instrumento del representado. Ello (lo que decían ya los antiguos juristas) ha sido reconocido por disposiciones legales de casi todos los países y por la jurisprudencia de países como Alemania (a pesar del prejuicio dogmático), ENNECKERUS, LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, § 161, pág. 644, e Inglaterra (no obstante la «privacy of contract»), CHESHIRE, FOOT, *The law of contracts*, 1945, págs. 304, 311. Todavía, sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera tales reglas y tendencia como especiales o excepcionales.

(26) Según expresión de VON TÜRK, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 2, § 84, pág. 343.

(27) ENNECKERUS, NIPPERDEY, *Derecho civil (Parte general)*, § 166. N. 9, trad. esp., ed. 1950, I, 2, pág. 242.

(28) LEHMANN, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1933, pág. 300 «Mientras menor sea el interés justificado de una parte a conocer quien sea la obra, menores serán los requisitos exigidos para su reconocibilidad», PALLANDT (DANKERMANN), *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 164, pág. 140.

(29) SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Theuerhandverhältnis*, 1933, pág. 124; SAGGSEK, loc. cit., pág. 142.

(30) En el Derecho francés, según la doctrina (PLANIOL, RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, II § 1394, pág. 520) y en el italiano, según la ley (art. 1.393 C. c.), el tercero que contrata con el representante puede exigirle que justifique sus poderes.

ción directa, y ¿cómo será esto posible mientras no se levante el telón que oculta al representado? La verdad es que hay una representación indirecta, aunque especialmente matizada porque P se desinteresa de quién sea el otro contratante, y por ello proporciona la ampliación de su relación directa con D. La reserva indica que E puede ser un representante (como si dice: «por mi principal, cliente o comitente») y la conformidad de P da a entender que está dispuesto a tratar con él en tal calidad aun antes de que designe al destinatario (porque sepa o crea saber quién es o porque le sea indiferente quien sea); advertencia y consentimiento que permiten, al descubrirse la representación, que ésta tenga efectos equiparables a los de la representación directa. Efecto derivado de la autonomía (31), pero sólo mediáticamente, en cuanto el consentimiento de P elimina el obstáculo básico (interés del contratante en conocer al representado) para la plena eficacia de la representación indirecta.

Independencia de la facultad de designar.—En los dos tipos de supuestos hasta ahora examinados, la facultad de designación no puede ejercerla E libremente, sino conforme a la relación interna que le vincula a P o a D (32); a ellos puede agregarse un tercero, el de que E obtenga un poder de designación independiente, que puede ejercitarse a su arbitrio y en propio beneficio.

El caso de siempre conocido es el de quien compra para revender y hace poner la cláusula de reserva para ahorrarse los gastos de una nueva transmisión (33). Tal finalidad, en cuanto suponía defraudar al fisco, hizo que la figura de la reserva fuera mirada con desconfianza. Sin embargo, no puede sin más condenarse toda compra para revender; por ejemplo, es posible utilizar la cláusula de reserva para, que produciéndose los efectos contractuales entre P y D, eximirse E de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia de D (34). Además, es posible que P ponga sencillamente ese poder en manos de E (35).

En tales supuestos, la facultad de E deriva inmediatamente de la relación P - E y ha de basarse en la autonomía de la voluntad: P concede a E la facultad para que designe quién ha de ser la otra parte contratante (36). Pero faltando la relación interna (representación o fiducia) no es posible, a no ser

(31) Como dice LEMMANN, loc. cit., pág. 300. En ella se fundan, de hecho, las teorías que explican la reserva como una cesión, novación y subrogación.

(32) Si no la hace debidamente puede serle impuesta; puede ser separado del contrato por el mandante o fideicomitente; lo que haga sin deber podrá ser anulado (salvo la protección al tercero de buena fe).

(33) Generalmente, la segunda venta será por mayor precio, pero la diferencia de precio queda fácilmente oculta por la general corruptela de fijar precios arbitrarios a efectos fiscales.

(34) Combinación que puede ofrecer ventajas prácticas y ser utilizada por los grandes intermediarios, a los que no les importa pagar al contado, recibiendo la comisión como sobre precio y prefieren evitar la dependencia del mandatario.

(35) Aparte queda el caso de que E trate simplemente de disimular que es él el verdadero interesado, CHESSIRE, loc. cit., pág. 308.

(36) La concesión de la facultad no parece pueda identificarse al contrato; p. ej., en una venta, parece difícil incluir su causa en el precio, pues por tal concesión este mismo queda en riesgo, al depender la probabilidad del pago (valor del crédito adquirido) de la solvencia del designado.

Quizá tuviera interés señalar la especialidad de la «facultas eligendi» respecto de la facultad derivada de la promesa de contrato (A. D. C. III, 4º (1960), pág. 1169).

por expreso mandato de la ley, que la persona designada adquiera los derechos y asuma las obligaciones que deriven del contrato con efecto real desde el momento que se celebró el contrato (*ex tunc*) ¿Contiene tal mandato el artículo 1.404 del C. c. italiano? Esto no parece ponerlo en duda Enrietti, y ello puede deducirse de la letra del precepto; pero también podría interpretarse en el sentido de que la retroacción de efectos será la que permitan las reglas generales del Derecho. En favor de admitir la eficacia real *ex tunc* en tal supuesto, está la especial condición económica de la compra para revender, ya reconocida jurídicamente en algunos extremos (37); pero en contra podría alegarse que el Código italiano (separándose de todos los precedentes) deja en ilimitada libertad a las partes para que fijen el término en el que se ha de hacer la designación (art. 1.402) y no parece probable que el legislador italiano permita que E, con este procedimiento, se reserve también (por ejemplo, por cien años) la posibilidad de librarse lo que así haya adquirido de la acción de sus acreedores (38).

Capacidad.—La desmesurada extensión de esta nota aconseja prescindir de muchas observaciones de detalle y de estudiar despacio las consecuencias prácticas que han de obtenerse en cada supuesto, según sea el criterio teórico seguido. Una de ellas es indicada por Enrietti, la que se refiere a la capacidad de las partes; basta recordar sus conclusiones para advertir que acude en un caso (aplicación del art. 1.389 C. c. it.) a las relaciones internas, y aún hubiera podido observar que si E es menor y D le había dado poder o ratificaba, el negocio no sería (según su teoría) plenamente eficaz, pues la «electio» afecta al interés propio del menor (pierde su condición de contratante y sus posibles ventajas), y por ello habría de considerársele anulable (artículo 1.425 C. c. it.). Esta dificultad desaparece atendiendo debidamente a la relación interna y reconociendo que E (mandatario menor de edad) no fué nunca contratante en nombre propio. Otros más graves obstáculos serían obviados siguiendo este criterio. Siendo E representante habría que aplicarle las reglas especiales de la representación (arts. 1.390, 1.391 y 1.389 C. c. it.); si se trata de doble venta, la capacidad general y especial de D sería requerida solo en el momento de aceptación (39).

Conclusión.—Todavía, aunque resulte un tanto atrevido, se podría arriesgar una explicación al éxito poco satisfactorio del trabajo de Enrietti, no obstante el esfuerzo y el ingenio en él empleado, la de que se ha emprendido con un prejuicio, seguir la corriente que inicia la que pudiera llamarse segunda generación

(37) Para calificar una compraventa de mercantil (art. 325 C. de c.), para someter la venta y la reventa a una misma legislación (art. 8.^o del Proyecto de la ley uniforme sobre venta internacional de objetos muebles corporales, del Institut international pour l'unification du Droit privé, Rapport, 1951, págs. 17 y 57).

(38) Cuando se trate de ejecutarlo o ingresarlo en la masa del concurso, podrá designar a un adquirente con eficacia «*ex tunc*», «electio» y transmisión no sometida a la acción pauliana.

(39) Valdría la pena de examinar otras cuestiones en las que ENRIETTI no se detiene (compensación, subrogación, concurso y quiebra, tercera de dominio y ejecución, actos «medio tempore») en relación con cada uno de los supuestos que—según se ha indicado—parece que hay que distinguir.

del pandectismo (mercantilista) y que aún es tan influyente en la doctrina moderna, la de atender sólo a las relaciones externas, abstrayéndolas (sin especial precepto legal) de las relaciones internas, que son casi o por completo ignoradas.

F. de C.

2. La distinción entre derechos reales y derechos de crédito ⁽¹⁾

En el fas. II, tomo V de este Anuario, aparece una interesante nota crítica de la obra de Barassi: «I diritti reali limitati» (Milán, 1947), que sigue manteniendo ligeramente remozado, el esquema dogmático acerca de la distinción de los derechos reales y personales, aceptado hasta hace poco como doctrina dominante.

La revisión de esta construcción, realizada desde los más dispares ángulos en forma total o fragmentariamente, ha ido imponiéndose en Italia con ritmo progresivo. Muestra de ello es el trabajo de Tilocca (2) que la Redacción de Anuario nos ha encargado resumir en una breve nota. Vamos a cumplir lo que se nos ordenó, no sin sugerir cuan interesante resultarían un examen general de las posiciones adoptadas frente a esta debatida distinción por la doctrina nacional y extranjera durante los últimos años. He aquí un magnífico tema a estudiar en coordinada labor de equipo por un grupo de jóvenes juristas interesados por los problemas básicos de la clasificación y dogmática jurídica. Aquí vamos a ceñirnos a nuestro actual objetivo, muchísimo más modesto.

Como es corriente, en trabajos de este género, el de Tilocca ofrece un aspecto negativo o crítico y otro aspecto positivo o constructivo.

A) Crítica del concepto común de los derechos reales.

Para la doctrina dominante las relaciones jurídicas se dividen en reales y obligatorias. En las primeras el derecho subjetivo se caracteriza por ser inmediato y absoluto, y en las segundas por ser mediato y relativo. En éstas, predomina el lado pasivo; en aquéllas, el lado activo.

Pero esta distinción llega siempre a un punto en que resulta difícilmente discernible. Las llamadas obligaciones *propter rem* ofrecen, por un lado, la absolutividad como los derechos reales, y, de otro, el carácter mediato como los derechos de crédito. En los llamados derechos reales de garantía falta toda sombra de inmediatividad.

Tilocca estima que la afirmación del carácter inmediato de los derechos reales resulta contradictoria con su pretendida coexistencia con el llamado deber de abstención de la colectividad generalmente considerado como su reverso. Si el titular del derecho real, para gozar del bien objeto de su derecho, tuviera necesidad del cumplimiento por sus coasociados de la presunta obliga-

(1) Vide: Derechos reales. Cursillos de conferencias pronunciados por D. Juan Vallet, A. D. C., 1952, pág. 675-695.

(2) La distinzione tra diritti reali e diritti di credito, por ERNESTO TILOCCA, en «Archivio Giurídico», vol. CXXXVIII, fas. 1, enero 1950, págs. 3 y ss.

ción negativa, sería lógico concluir confesando que incluso el sujeto activo de la relación real requiere la colaboración de aquellos sujetos pasivos que quedan interpolados entre el sujeto activo y los bienes. De este modo, o el poder del titular de un derecho real sería mediato como el del acreedor, o bien el poder de éste debería estimarse inmediato como el del titular de un derecho real.

La absolutividad, según la doctrina común, caracteriza el derecho real por la posibilidad de ser violado por cualquier persona, mientras los créditos únicamente pueden ser incumplidos por determinados sujetos. Pero a esa afirmación opone Tilocca los supuestos de lesión por tercero del arrendamiento, de violación del derecho del comodatario por un tercero que destruya la cosa prestada. Incluso los créditos vulgares—a su juicio—pueden ser violados.

Además, estima que por lo menos en algunos derechos reales no existe obligación a cargo de la colectividad, fuera de los deberes impuestos por la corrección social y por la observancia de las normas jurídicas, y que, en cambio, de su lesión surge una verdadera y propia obligación. Considera que las mismas acciones específicas que tutelan la propiedad y las servidumbres no son sino *species* de la acción de daños, prevista en el artículo 2.046 del *Codice civile* (correspondiente a nuestro art. 1.902 C. c.). Aquéllas, como ésta, presuponen la violación de un derecho subjetivo, no ya el incumplimiento de una obligación.

Excluido el concepto del derecho real como reflejo de una obligación universal, queda por examinar si cabe referir una correlativa obligación a una cosa o a sujetos determinados. La primera hipótesis debe ser inmediatamente desechada: la cosa no puede sentir obligaciones ni por lo tanto soportarlas.

La segunda fué aplicada a los llamados derechos reales menores por Arangio Ruiz (*Le strutture dei diritti reali su cosa altrui in Diritto romano*, Nápoli, 1927), Natoli (*Il diritto soggettivo*, Milán, 1934) y Messineo (*Le servitù*, Milán, 1949). Estos autores limitaron la relación *erga omnes* a la propiedad y la enfeitisus, y entendieron los otros derechos reales como relaciones jurídicas entre sus respectivos titulares, de una parte, y de otra, el propietario—concedente o sucesivo—, sujeto de una obligación esencialmente negativa, como las de *no hacer o no oponerse*, y—según Milani (*Distinzioni delle servitù prediali*, 1948)—positiva en las servidumbres *in faciendo*.

Si esta tesis fuese exacta podrían distinguirse tres clases de derechos patrimoniales: la propiedad, los derechos reales menores y los créditos.

Pero, según Tilocca, esta obligación no es sino una sombra. Deriva exclusivamente de la circunstancia de que los derechos de uno y otro sujeto tienen el mismo objeto. Son fruto de la intersección de las relaciones correspondientes a ambos derechos. El deber del propietario de no tener un comportamiento perjudicial para el propietario vecino no es el contenido de una obligación, sino un efecto de los límites impuestos a su propio derecho. Al excederse en su ejercicio violaría la norma y, por tanto, el derecho del vecino e incurría en la sanción del artículo 2.043 del *Codice* (1.902 Cod. civ. español). La misma doctrina aplica a las servidumbres. Incluso a las negativas, cuyo contenido, según otros autores, consiste en una relación obligatoria. Tales: Giorgiammi (*Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milán, 1940, y *L'obligazione*, Catania, 1945) y Ferrante (*Il concetto di diritto*

soggetivo ed alcune sue applicazioni, Milano, 1947)—que llega a negar que el nacimiento de una servidumbre negativa lleve aparejado el nacimiento de un derecho subjetivo—, que han desarrollado ideas apuntadas por Scialoja (*Sulle servitutis oneris ferendi*, en *Studi Giur.*, I, Roma, 1933).

B) *Criticas del concepto realista y de la concepción dominante de los derechos de crédito.*

Estima, Tilocca, excesivas las concepciones de Pacchioni (*Il concetto dell'obbligazione* en «Riv. Dir. Comm.», 1924, I) y Rocco (*Il fallimento*, Milano, 1927), que sostuvieron que el crédito en esencia consiste en un derecho sobre los bienes del deudor, y que la obligación no es más que un simple deber religioso —Binder—o un deber final—Brunetti (*Il diritto del creditore*, en «Riv. Dir. Comm.», 1916, I)—o un acto libre—Sohn—o un deber al que corresponde una simple expectativa—Pacchioni—.

A su juicio, si fuera así no tendría explicación la norma del artículo 1.197 del *Codice civil* (correlativo al 1.116 C. c. español), por la cual el deudor no puede liberarse con una prestación diversa, aún cuando fuera de igual o mayor valor; ni la de los artículos 1.218 y 1.223 del propio *Codice* (cuya doctrina corresponde a la que expresan los arts. 1.105 y 1.106 Cod. civ. español): el acreedor debería poder actuar siempre contra el patrimonio del deudor y no sólo en caso de incumplimiento culpable o doloso.

Donde existe un crédito—concluye—debe existir un débito.

Pero, según la doctrina dominante crédito y obligación son dos términos perfectamente reciprocos, en el sentido de que la realización del derecho es la consecuencia necesaria de la actuación de la obligación. En cambio, según se observa en el trabajo que resumimos, la realización del crédito no supone siempre el cumplimiento de la obligación del deudor. Cabe la ejecución forzosa del crédito y en el pago o cumplimiento de la obligación, es necesaria, además, cierta actividad de acreedor.

Por eso, cree que la correlatividad es cierta en cuanto que el crédito presupone necesariamente un débito; pero que no alcanza a la conclusión de que la realización del crédito sea consecuencia necesaria de la actuación de la obligación. La función de ésta es más modesta: transforma de potencial en actual la posibilidad de realizar el derecho. La reciprocidad existe entre posibilidad potencial y obligación. El crédito se resuelve en un *agere licere*, que deviene tal en un segundo momento, por obra de un *quid* que está fuera de él.

C) *Los llamados derechos personales de goce.*

Estima que el llamado «*far godere*» del arrendador no consiste en una obligación positiva sino en un «*patio*». Como dijo Thon, sería inadmisible e irrealizable una obligación de continua tensión de voluntad del arrendador. Y, de existir, ninguna persona consciente arrendaría sus bienes.

Carnelutti (*Diritto e processo nelle teoria delle obligazioni*, en «Studi per Chiovenda», Padova, 1927) y L. Covilleo, junior (*L'obligazione negativa*, I, Napoli, 1931), ya señalaron el contenido negativo de esa obligación correspondiente a los llamados derechos personales de goce.

Pero Tilocca llega más lejos. A su juicio, dicha obligación no se concreta

en una abstención de gozar. En efecto, si el goce del titular del derecho dependiese del cumplimiento de esa obligación, debería cesar de gozar así que el concedente manifestare su voluntad de no querer cumplirla. Es decir, lo contrario de lo que sucede en la realidad.

Ese goce del arrendatario ha querido explicarse a través de una autorización del arrendador—Ratti (*Sull diritto di godimento del locatario*, en «*Studi per Vivante*», II, Roma, 1931)—o un poder irrevocable de goce—Bassanelli (*Introduzione allo studio della locazione dei fondi rustici*, en «*Scritti in memoria di Arcangeli*», Padova, 1939)—concedido al inicio por todo el tiempo de duración del arrendamiento. Pero con esta concepción, de acuerdo con lo que dice Giorgianni (*Contributo alla teoría del diritto di godimento su cosa altrui*, Milán, 1940), se llega a anular la función del «*patio*» y se confiere al «*godere*» carácter autónomo.

Por eso, Tilocca cree que la obligación de abstención del arrendador se refiere a la facultad de disponer del derecho en perjuicio del arrendatario (así aparece en nuestro art. 1.571 del Código civil, según el cual el arrendador que vendiere la cosa arrendada, dando lugar a la extinción del arrendamiento, debe indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que se le causen).

En los casos en que el arrendamiento es oponible a los terceros adquirentes de la cosa arrendada, estima que hay cesión del contrato de arrendamiento por voluntad de la ley—tesis defendida por Puleo (*La cessione del contratto*, Milán, 1939) y Funaioli (*In torno al concetto di realtà e di diritto di godimento su cose altrui*, en «*Riv. int. di Fil. del Dir.*», 1942). Claro que—añadimos nosotros—, correlativamente a lo que el propio Tilocca afirma respecto al goce, podría decirse que aquí se anula también el «*patio*»—en este caso la obligación de no disponer en perjuicio del arrendatario—y que el «*godere*» de éste se vincula a la cosa, aunque ésta cambie de dueño.

Barbero (*Il credito en el sistema dei rapporti giuridici*, en «*Scritti giur. in onore di L. Barassi*», Milán, 1934, y «*Sist. inst. dì Dir. priv. it.*», Torino, 1949), dice que los llamados derechos personales de goce constituyen una clase intermedia entre los derechos reales y los créditos, teniendo de unos el «*agere licere*» y de los otros la relatividad.

Giorgianni (*ops. cit.*) divide los derechos según su contenido y según su reflejo respecto de tercero. En el primer aspecto distingue los derechos de obligación, de goce y de garantía. En el segundo aspecto los clasifica en derechos reales y derechos no reales.

Mosco (*I fruti nel diritto positivo*, Milano, 1947), distingue los derechos de goce en reales y personales según sean independientes en el desarrollo de su vida del derecho de su causante.

Tilocca no acepta ninguna de estas tesis. A su juicio la oponibilidad a tercero de los derechos deriva de su inscripción o de su tradición efectiva, y ni una ni otra tienen influencia sobre la naturaleza de los derechos. No son más que simples medios de publicidad. Son actividades posteriores al nacimiento del derecho real. Aparte de creer que el derecho debe ser oponible a tercero en cuanto real; no real por ser oponible.

D) *Construcción de los derechos reales y los de crédito.*

En conclusión, afirma Tilocca que el derecho real es un derecho intransi-

tivo, o sea, supone una situación ventajosa aislada; mientras el crédito es un derecho transitivo, o sea, una situación subjetiva ventajosa cobijada en una relación subjetiva onerosa. Por tanto—resuelve—entre los derechos patrimoniales, sólo el crédito necesita la existencia de una obligación y, por lo tanto, de una verdadera relación jurídica.

Como corolarios de lo dicho entiende: Que las llamadas obligaciones *proper rem* suponen en su aspecto activo verdaderos créditos, puesto que se enlazan en una relación intersubjetiva onerosa. En cambio, que los llamados derechos reales de garantía no son derechos reales, aunque tampoco meras instituciones procesales.

El derecho real nace como posibilidad *in actu*, mientras el crédito nace como posibilidad potencial. En el derecho real, la norma inviste directamente al titular de la disponibilidad de los bienes; en cambio el titular de un crédito sólo lo ejerce a través de la obligación del deudor o por un medio equivalente.

Barbero (*ops. cit.*), ha negado al crédito su calificación de derecho subjetivo. Según Tilocca, si el derecho subjetivo fuese un *agere licere* el crédito no sería derecho subjetivo. Pero—para él—derecho subjetivo es la posibilidad incondicionada de realizar un determinado interés; por lo cual todo crédito por estar subordinado a algún interés, no puede entenderse excluido del número de los derechos subjetivos.

Su carácter patrimonial distingue a los derechos reales de los demás derechos intransitivos, y a los derechos de crédito de los demás derechos transitivos.

J. V. de G.

III. DICTAMENES

Dictamen sobre imputación de legados, cautela-socini, institución excepta re certa, cuarta falcidia y prelegado en el derecho foral catalán

LOS HECHOS

Don X, de vecindad catalana, falleció siendo viudo y dejando tres hijos, doña A, don B y don C, y en su último testamento, otorgado en Cataluña, dispuso :

CLÁUSULA 1.^a—*Lega* a su hija doña A la *legítima* correspondiente en sus bienes según Ley de esta Región, *que pagará* su otro hijo don C y de la que podrá disponer libremente, *o bien* el Manso I, pero del que *no podrá disponer* la legataria por actos entre vivos ni por testamento si fallece sin hijos legítimos, pasando a su muerte dicho Manso a su mentado otro hijo don C o a sus herederos, y también a ellos si su hija doña A prefiriera la legítima en dinero.

CLÁUSULA 2.^a—*Prelega* a su hijo don B el Manso II para que pueda disponer libremente.

CLÁUSULA 3.^a—*Prelega* a su hijo don C el Manso III para que pueda disponer libremente también y ratifica la donación de la casa IV que le hizo hace dos años, cuya donación lleva a este prelegado.

CLÁUSULA 4.^a.—Y de todos los *demás bienes* que deje el testador el dia de su muerte, instituye *herederos universales* a sus tres expresados hijos doña A, don B, y don C, *por parer iguales y a su libre disposición*.

Doña B, a la vista de este testamento, pregunta qué derechos y deberes pueden corresponderle en virtud de los llamamientos que a su favor otorga el causante y habida cuenta de que el mismo *agotó* con los prelegados *todos*, absolutamente todos los bienes del caudal hereditario.

LA JURISCONSULTA

Poco más o menos los autores suelen definir el testamento como aquel *negocio jurídico unilateral*, personalísimo, revocable y solemne por el que una persona ordena, para después de su muerte, la regulación de varias de sus relaciones familiares y el destino de su patrimonio.

Al ser, pues, esencialmente el testamento un negocio jurídico, para el mejor análisis del que aquí se nos ofrece, lo seleccionaremos en los *dos elementos* que integran todo fenómeno negocial: el de su contenido y el de sus efectos jurídicos.

Se entiende por *contenido* de un negocio—según extraemos de Betti (1)—, la declaración que en el mismo hacen los dos individuos de los fines prácticos a

alcanzar y de los medios a seguir para determinar los propios intereses, y por efectos jurídicos, el enlace que a tal declaración el Orden jurídico verifica de determinadas situaciones jurídicas.

Y como al contenido del negocio hace referencia la *Interpretación*, y a sus efectos se refiere la *Valoración jurídica*, aquí interpretamos primero, para valorarlo después, el testamento cuestionado.

I

Interpretación del testamento

La interpretación del contenido del testamento no difiere, fundamentalmente, de la interpretación de los negocios jurídicos *intervivos*. De lo que se trata, en todo caso, es de captar el significado formal y el propósito volitivo de la declaración de los individuos que en el negocio jurídico intervienen.

Pero así como en los intervivos, por regla general, en la pugna entre la manifestación y la intención impera aquélla sobre ésta, justamente porque el *consentimiento* se produce en méritos de la primera; en los testamentos, en cambio, por consistir en una manifestación *unilateral* no destinada a ser recibida por los demás; ella misma—como observa Barassi (2)—provoca por sí los efectos jurídicos, por lo que la indagación de la voluntad real efectiva (intención) tiene una importancia decisiva. De ello se deriva también que se la revista de las máximas solemnidades, a diferencia de lo que suele ocurrir con los negocios intervivos.

Mas, por ello mismo—añade Barassi—, se revela un contrasentido entre dos tendencias: por un lado, la necesidad de dar a la *voluntad* del testador toda la preponderancia que merece, estimándola por lo que ella es realmente; y por otro lado, la exigencia del *formulismo*, que conduce a limitar la posibilidad de tener en cuenta todos los elementos, aún extraños al testamento, que permitan proyectar luz sobre la verdadera intención del testador.

En un justo *equilibrio* entre ambas direcciones débese encontrar, ciertamente, la solución. Entendiéndolo así, las normas que rigen la interpretación testamentaria preceptúan que prevalecerá el sentido *literal* de las palabras (tal como suenan, que decían castizamente *Las Partidas*) si ellas están conformes con la auténtica voluntad del testador; y si no, habrá de descubrirse ésta, aunque siempre que se pueda basar en el tenor y se desprenda del conjunto del mismo testamento.

Tal orientación, afirmada ya por varios principios del Derecho romano, se halla consagrada en el artículo 675 del Código civil español y perfilada por un copiosa Jurisprudencia. De ella escogemos, como más elocuentes, las siguientes Sentencias:

De 14 de mayo de 1900.—La voluntad del testador es la ley primera que debe cumplirse en materia de testamentificación y herencia, mientras no fuere contra Ley o contra costumbre, debiendo, por tanto, subordinarse a las reglas establecidas para la determinación de los derechos sucesorios.

De 5 de marzo de 1944.—Es incuestionable que los testamentos, como toda clase de negocios jurídicos, no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o *frases aisladas*, sino la totalidad de la declaración de la vo-

juntad, de modo que para la recta inteligencia de una cláusula testamentaria objeto de controversia, es forzoso ponerla en relación con las demás del testamento para conocer por el contenido de todas cuál fué en aquélla la verdadera voluntad del testador.

Y de 8 de julio de 1940.—Por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia, es decisiva en el testamento la voluntad real del declarante, pudiendo el juzgador, sin embargo, atender en su interpretación a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos), pero siempre que, dado el carácter formal de éste, el sentido averiguado y desenvelto tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento.

Interpretando ahora el contenido del testamento cuestionado, con arreglo al significado de sus términos, al conjunto de sus cláusulas y a las normas de organización sucesoria, entendemos lealmente que la voluntad de don X, con respecto a su hija doña A, fué la de favorecerla, a elección suya, con alguno de estos dos grupos de disposiciones:

Con un legado de metálico, imputable a su legítima, por el quantum de ésta y a costa exclusiva del coheredero don C, y, además, con la coherencia en un tercio y a libre disposición de cuantos bienes dejare al fallecer y no consistieren en los inmuebles que prelegaba a sus otros coherederos don B y don C.

O bien con un legado de cosa específica y propia del testador—el Manso I—a cargo de todos los herederos, sin imputarlo a la legítima de la legataria, y sometiéndola a la sustitución fideicomisaria condicional de si falleciese sin hijos en favor del coheredero don C o los herederos de éste (substitutio in fideicomisso), y, además, con la coherencia en un tercio y a libre disposición de cuantos bienes dejare al fallecer y no consistieren en el que ya legaba a la propia doña A y los que prelegaba a sus coherederos don B y don C.

Por consiguiente, a la doña A el causante la instituyó coheredera en cualquier caso, y, aparte, le dejó un legado de opción, consistente en una suma de dinero o en un inmueble gravado de restitución.

En cuanto a la coherencia, no cabe ninguna duda de que la doña A fué llamada *in locum et in jus* del causante, es decir, a título universal. Si más no, porque textualmente así la nombró el testador en la cláusula 4^a, junto con sus hermanos don B y don C.

Y aunque así no hubiese sido y el testador se hubiese limitado a instituirlos coherederos (sin el aditamento de universales) «de todos los demás bienes que dejare en el día de su muerte», esta locución y su análoga de institución «en el remanente de los bienes», que se usan—como observa Vallet (3)—por su gráfica expresividad del resultado económico con que se quiere favorecer al instituido, no quieren en manera alguna modificar el significado jurídico del término heredero, que lo es de la universalidad; interpretándolas, acertadamente, la Rs. de 19 de mayo de 1947, al dar aquel carácter a la institución en un supuesto en que el causante legó a su hermano una finca, y en el remanente de sus bienes instituyó herederos por partes iguales a las personas que designó.

Por todo lo cual, cree Vallet, y lo mismo nosotros, que tales expresiones reflejan exactamente una institución *excepta re certa*, y que la doctrina romana acerca de la misma habrá de aplicarse a aquéllas.

Y contra la posible argumentación de la ineficacia de dicha institución, en

nuestro caso, simplemente por el hecho de que al fallecer el testador no quedaron para la herencia bienes algunos, ya que todos fueron objeto de legado y prelegados, aunque no sea ahora el momento oportuno para comprobar si ello fué realmente así, lo es, en cambio, para replicar que, incluso en tal hipótesis, la *institutio excepta re certa* se conserva en absoluto vigente porque la misma se dirige *primordialmente* al conferimiento de la *cualidad de heredero*, que es previa, y hasta cierto punto independiente de la adquisición patrimonial, como después se explicará con más detalle. Por el momento, bástanos saber e ilustrar aquella réplica con la resicción de algunas afirmaciones emitidas por la meritada resolución, frente a la tesis del recurrente, que como legatario de la cosa específica sosténia que era innecesario su entrega por los herederos, por cuanto la institución había quedado sin efecto por no existir al fallecimiento del causante otros bienes. A lo que el Centro Directivo contestó:

«Que del testamento del causante se deduce la *coexistencia* de una *institución* de heredero y de un *legado* de cosa específica; que del tenor literal del testamento, al instituir herederos en el remanente de sus bienes se infiere que el testador *no entendía agotado* su patrimonio con las anteriores disposiciones relativas al legado, y que aun no desconociendo la existencia de situaciones en que por *falta de activo hereditario* o por la escasa cuantía del mismo los herederos carecen de interés para aceptar la herencia, ello *no evita* que los legados de cosa determinada propia del testador hayan de ser precisamente *entregados por aquéllos.*»

Pasando ahora al *primer legado de la opción*, vemos que todo él queda perfectamente modelado en la cláusula 1^a. En efecto:

Al manifestar el testador que «*lega la legítima a doña A*», en el fondo no hace ni más menos que *imputar* el legado que ordena a la legítima de ésta; al agregar que será «*la correspondiente en sus bienes según Ley de Cataluña*», dicta exactamente una regla de equivalencia con relación a la *cuantía* del legado; al añadir que «*la pagará su otro hijo don C, excluyé* terminantemente de la obligación de cumplir los legados, que compete en principio a *todos los coherederos* en proporción a sus cuotas, a don B y a la propia doña A, impidiendo así que surja para esta última la figura del Prelegado, y al prevenir, al final de la cláusula, la sustitución vulgar del Manso I en favor del coheredero don C o sus herederos para el caso de que caducare ese otro legado de inmueble por haber preferido la doña A «*la legítima en dinero*», bien a las claras expresa al testador que el tal legado no lo es de *metálico*.

Y por lo que atañe al *segundo legado de la opción*—el del Manso I—, a cuya beneficiaria doña A se grava con restitución *sine liberis decesserit* en favor de don C o sus herederos (habiéndose de entender por tales a los hijos, según claramente destacan las Sentencias de 17 de enero de 1891 y de 1 de julio de 1905), obsérvase en seguida que ahí cometió el testador la *doble omisión* de no señalar a quién o a quiénes debe corresponder *entregarlo* y de no *imputarlo* explicitamente a la legítima de su hija ni tampoco a su porción libre.

La falta de concreción acerca de la obligatoriedad de la entrega por parte de uno o varios coherederos, sin embargo, no desdibuja ni a éste ni

a ningún otro legado. La razón es que por ser requisito natural en ellos que su cumplimiento se debe por *todos los herederos a prorrata* (Digesto fr. 33, pr. XXXI y fr. 124, fin. XXX, y Código civil español, art. 859), si el testador se mantiene pasivo y no lo varía dentro de los límites permitidos—como hizo con el legado de metálico—, entonces aquel requisito tiene plena virtualidad.

La interpretación en este lugar, por tanto, se limitará a comprobar si en el texto del testamento hay o no una oración que *desvío* aquel normal desenvolvimiento de la entrega. Y pues la cláusula 1.^a dice que «*lega a doña A la legítima, libremente, que pagará don C o bien el Manso I, el cual pasará, si muere la legataria sin hijos, a dicho don C*», es patente que no hay ningún asidero para poder pensar que el testador, tocante al segundo legado, quiso modificar aquel requisito natural; antes, *con su silencio, mostró su conformidad a que la entrega del Manso I compitiera a la herencia en general*, en nuestro caso a los tres instituidos doña A, don B y don C (naciendo entonces, para la primera, la figura del Prelegado).

Y queda luego por dilucidar la *imputación* del referido legado de inmueble, respecto de la cual—y contrariamente también a lo establecido para el legado legitimario de metálico—, el testador nada manifestó explícitamente.

El problema aquí ya es más grave, aunque no afecta tampoco a la valoración de los efectos del testamento, pues—como comenta Vallet (4)—la imputación es, esencialmente, un problema de *interpretación de la voluntad* del testador.

Entendemos por imputación aquella *colocación a priori o a posteriori* de las donaciones intervivos y disposiciones testamentarias otorgadas por el causante de una sucesión, *dentro de las cuotas o porciones de libre disposición o de legítima*, en que idealmente se distribuye su patrimonio a efectos de la satisfacción de esta última.

La imputación se diferencia claramente de la *computación* y la *colación* de donaciones; porque así como la primera mira a la ordenación en zonas patrimoniales de lo dejado por cualquier título gratuito, la computación y la colocación se dirigen, respectivamente, a *reunir ficticiamente* los bienes donados con los relictos para fijar el valor de la legítima, y a la *participación igualitaria* de ésta entre los varios legitimarios, cuando alguno de ellos a la vez es donatario.

Hay que averiguar, por tanto, en qué *zona* de su patrimonio colocó el causante del testamento cuestionado el legado del Manso I; es decir, si lo imputó a la legítima de su hija o a la parte libre. Repetimos: *en la cláusula primera sólo se imputa el legado metálico a la legítima de doña A*, pero nada se dice en cuanto al legado de inmueble.

Si el testamento sólo *contuviera* esta cláusula, a tenor de la cual se disponen *dos legados, en opción, a una misma legitimaria* y no existiera la última cláusula, o sea la de la institución a favor de la misma, entonces la solución sería harto fácil: como afirma Vallet, los *legitimarios no instituidos* herederos, a quienes se les ordena un legado, no pueden estar llamados más que precisamente a *los bienes que se les lega*, y en su caso, al suplemento de legítima. En consecuencia, si la doña A optare por el legado de metálico se le imputaría a su legítima, aunque el testador no lo hubiere modelado—cosa que sí hizo—como *legatum*.

pro legitima. Y si la doña A optare por el legado del inmueble, también a su legitima se le imputaría, porque al no haber expresado nada el testador sobre esta última y haber dispuesto, en cambio, de la herencia en favor de personas distintas de la legataria-legitimaria, sin preterirla ni desheredarla, habría con ello manifestado claramente su voluntad de cumplir con su deber legitimario a base del legado (imputación) asignando la legitima a título singular, como le permite la ley (Instituta, lib. II, Tít. XVII, § 6.º; artículo 815 del Código civil español).

Si, en cambio, el testamento cuestionado únicamente contuviera una institución de herederos en la cláusula última, no existiendo la primera, o sea, la de ordenación de los legados entonces no podría vacilarse: con la herencia se percibiría la legitima. Como dice Roca Sastre (5), la institución de heredero a favor de un legitimario hay que imputarla a la legitima, salvo que disponga otra cosa el testador, exactamente lo mismo que ocurre con el legado otorgado a un legitimario.

Y, finalmente, si el testamento—lo que ocurre con el cuestionado—dispone a la vez un legado y la coherencia a una legitimaria, entonces cabe muy bien que puedan suscitarse dudas acerca de a cual de ambos títulos hay que imputar la legitima si, como en el legado de inmueble, calla el testador sobre aquel extremo. En semejantes casos, opina Vallet que la institución se habrá conectado con la imputación legitimaria, cosa que a nosotros nos parece evidente, no sólo en Derecho Romano, donde, por ser la legitima una *pars debita* del causante, y en su puesto, del heredero, no podía sostenerse que éste, como tal, se la debiera a sí mismo, como legatario (análogamente al Prelegado); sino también en el Derecho común español, en el cual los legitimarios, salvo disposición en contra, tienen el carácter de herederos (art. 806 del Código civil). Por tanto, si un legitimario es al mismo tiempo heredero y legatario, a menos de indicarse que aquél recibirá la legitima a título singular (como sucedió con el legado metálico), no es posible plantear ningún problema de imputación. Recibirá, desde luego, la legitima a cargo de la herencia.

Y por si no bastaran esos razonamientos generales, hay otro de especial que nos suministra el propio testamento: cual es que de las dos disposiciones que contiene concerniente a doña A. una de legado y otra de herencia—, aquél no es en absoluto idóneo y si está para servir en pago de su legitima, puesto que la misma no puede ser violada con gravámenes, condiciones ni sustituciones (leyes 30, 32, 36, C. de inoff. test. lib. 3, tit. 28; y artículo 813 del Código civil español); y, por consiguiente, al limitar el testador el legado de inmueble, vino con ello implicitamente a eliminarlo de la imputación a la legitima de doña A., para la que ya abrió el cauce de la institución libre. Como señalada Borell (6), en los casos en que se intenta gravar con un fideicomiso ciertos bienes, es laudable la práctica de dejar alguna parte de la herencia libre al fiduciario, en pago de la legitima: pues así queda aclarado de qué puede disponer y qué queda afecto al fideicomiso; porque el testador puede gravar lo que deja graciosamente.

Que es, cabalmente, lo ocurrido en el testamento cuestionado. El testador no imputó aquel legado de inmueble a la legitima, sino precisamente a la zona de su patrimonio de libre disposición, sobre la que cabe toda suerte de limitaciones. La legitima correspondiente, quiso el causante que su hija doña A. la percibiera «*jure hereditario*». De lo contrario, ¿a qué conduciría la institución libre en el

tercio de los bienes que quedasen? Y que no se diga que el causante, al otorgar el testamento, ya sabía que había agotado sus bienes inmueble y muebles (valores, dinero, acciones, etc.), por el hecho de que dispuso de todos los inmuebles en los prelegados. Porque, de pensarse así, podría contestarse que carecería entonces de *sentido común* la última cláusula testamentaria.

En efecto, si el testador hubiese querido de todas formas imputar a la legítima de doña A. el legado del Manso I sujeto a gravamen de restitución, le hubiera bastado con no *instituirla* coheredera libre en dicha cláusula 4.^a y última. En tal hipótesis, naturalmente, *los dos legados* de la opción se hubiese ~~debi~~ido *imputar* uno y otro indefectiblemente a la legítima de doña A. por existir *embedida* en aquella cláusula 1.^a una *Cautela Socini*, casi reflejando el mismo caso que dió lugar a la creación por Socino el Joven de su tan discutida figura jurídica.

Roca Sastre (7) escribe que la Cautela Socipi tiene lugar cuando el testador deja al legitimario *una parte hereditaria* de valor mayor que lo que a éste le corresponde por *legítima*, gravando lo así dejado con fideicomisos, condiciones u otra clase de limitaciones, pero con la prevención de que si el legitimario no acepta integralmente dichos gravámenes, perderá lo que se le ha dejado por encima del importe de la legítima, debiendo entonces contentarse con adquirir lo que por legítima estricta le corresponde.

Muerto el testador—continúa diciendo—se produce una *doble vocación* alternativa, o sea, que surgen a favor del mismo legitimario dos llamamientos, de los cuales puede *escoger libérrimamente* uno u otro de ellos; ante el dilema, depende de su voluntad preferir la legítima estricta, exenta de todo gravamen, o aceptar la porción hereditaria que le brinde el testador, si bien con las cargas impuestas sobre ella.

Pues bien: resulta obvio que el testamento cuestionado *no existe* para doña A juego alguno de Cautela Socini. Y ello por los *dos motivos* siguientes, ambos incontestables: *Primero*. Porque, según se ha demostrado precedentemente, el testador *no imputa* a la legítima de su hija el legado de inmueble gravado de restitución; y es fundamental que la Cautela se polarice entre *dos atribuciones* legitimarias, esto es, con imputación de ambas a la legítima, una de mayor volumen pero limitada, y otra en el «quantum estricto» y libre; y *Segundo*. Porque aun en el supuesto de que se mantuviera la tesis de que un testador pretendió imputar el legado de inmueble específico a la legítima de su hija, lo cual sería totalmente defendible en la hipótesis de que el testamento sólo dispusiera los dos legados en opción de la cláusula 1.^a, ahí está la 4.^a cláusula, que echa por tierra toda posible *construcción* de aquella cautela.

Efectivamente, si lo típico de la Socini es la elección que se plantea al legitimario entre *dos llamamientos*, en el testamento cuestionado se le ofrecen a doña A no dos, sino *tres*. Dos vocaciones a título de legado y otro a título hereditario. Y lo más destacable es que única y exclusivamente los dos primeros están en función *alternativa* (o legado de dinero o legado de inmueble gravado), pero no así el tercero: el tercio libre de la herencia *en cualquier caso*.

¿Dónde, pues, radicaría la Cautela esa que, por un lado, *no opone dos asignaciones legitimarias* (desde el momento, insistimos, en que el legado de inmueble no se imputa a la legítima de doña A) y, por el otro lado, *se llama a una cuota hereditaria, absolutamente libre a la misma legitimaria*?

II

VALORACION DEL TESTAMENTO

Frente a un negocio jurídico, la función del intérprete—sea una parte, sea un jurisconsulto, sea un Juzgador—no se limita a buscar el verdadero sentido de la declaración de voluntad allí contenida, que es en lo que consiste la interpretación *strictu sensu*, sino que, además, debe apreciar si el *in práctico* que aquella voluntad persigue y los *medios* que propone para lograr sus particulares intereses, *se adaptan a la situación jurídica prevista por la norma*.

En esto consiste la Valoración jurídica, la cual—como indica Betti—traduce, con modificaciones y limitaciones oportunas, el precepto de autonomía privada en términos de Derecho. La *diferenciación* entre interpretación *strictu sensu* y valoración del negocio jurídico, ha sido intuida por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, por estas dos Sentencias:

De 30 de junio de 1930.—No es lo mismo interpretar un testamento o un contrato que *definir la relación jurídica* por ellos engendrada, pues lo primero tiende a fijar el verdadero sentido o alcance del texto de sus cláusulas con relación a la voluntad de los otorgantes, por lo que constituye una mera cuestión de hecho, mientras que lo segundo entraña un verdadero problema de Derecho, consistente en *determinar la conformidad* existente entre el *acto contractual* o disposición testamentaria y la *norma* legal de cuyo cumplimiento no pueden sustraerse el otorgante u otorgantes.

Y de 8 de julio de 1940.—De todos modos, es obvio que la interpretación tiene por fin determinar el *contenido* de una voluntad dudosa y que las condiciones de existencia y validez de esta voluntad, la calificación jurídica del acto y la *determinación de sus efectos*, aunque guarden relación a veces íntima con la interpretación, no son materia propia de ella.

Ahora bien; para proceder a una valoración del negocio jurídico se hace indispensable no sólo tener un perfecto *conocimiento de las normas* aplicables al caso, sino también saber exactamente cuál es la *naturaleza de la disposición* que encierran.

Respecto a la *aplicabilidad de las normas*, hay que tener siempre presente en España el criterio de variedad legislativa que en Derecho civil y, principalmente, en materias de familia y sucesiones, rige en los *distintos territorios comunes y forales*.

Concretándonos a *Cataluña* y por lo que atañe al Derecho sucesorio, en el *testamentario* (no en el abintestato) las normas aplicables son *en su mayoría romanas*, con alguna influencia canónica y unas que otras peculiaridades indígenas. Esto no debe neglizarse nunca por los otorgantes ni por los autorizantes de los testamentos de catalanes. Precisamente, una de la cosas que se observa en seguida que se lee el aquí cuestionado, es que fué redactado pensando más en el Código civil que en el Derecho foral catalán. Y de que éste ha de regir, en absoluto, para los naturales de esta región, implicitamente lo ordena el párrafo 2º del artículo 10 del Código civil (en relación con el 15), al decir que *las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de los instrumentos testamentarios*.

seces de sus disposiciones, se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren».

Y cuando decíamos que para la valoración de un negocio jurídico importa también saber la naturaleza de la disposición de las normas, aludíamos a la distinción que debe hacerse, una vez se conocen las que son aplicables a aquél entre normas *imperativas* y *permisivas*. Como explica Castán (8), aunque todo el Derecho tiene carácter imperativo, ello no obsta para que su eficacia pueda estar más o menos condicionada por la voluntad de las partes. Hay normas de eficacia incondicionada que excluyen la voluntad privada; son las normas imperativas que integran el llamado Derecho necesario (*jus cogens*). Hay otras, en cambio, de eficacia condicionada que respetan la iniciativa de los interesados, limitándose a reconocer los efectos de esa voluntad o a establecer una regulación supletoria: son las normas permisivas, o lo que es igual, de Derecho facultativo (*jus dispositivum*).

Corolario de todo ello es que el testamento—acto de autonomía privada—, si bien puede variar los efectos jurídicos previstos por las normas permisivas, debe respetar, por contra, los efectos de las normas de Derecho necesario, los cuales habrán de realizarse a pesar de su desconocimiento o contradicción por el contenido del testamento. La Sentencia de 11 de enero de 1950 claramente lo indica en su primer considerando, al decir que si el testamento, como norma rectora de la sucesión, ha de guardar acatamiento a las formalidades extrínsecas impuestas por la ley, la recta y lógica interpretación del mismo exige que se conjugue y armonice la voluntad declarada por el causante, con las reglas de Derecho necesario establecidas por el legislador.

Y con todos estos datos estamos ya en situación de poder calibrar, sin temor a equivocarnos, los efectos jurídicos que el contenido del testamento cuestionado debe producir.

Para ello, examinaremos por separado dos hipótesis: una, en la que supondremos que doña A se inclina por el legado de dinero, y otra, en la que nos imaginaremos que se decide por el legado de inmueble; y en ambas, que acepta la coherencia.

PRIMERA HIPOTESIS

A) Opción del legado de metálico:

Con insuperable claridad diferencia Barassi (9) dos grupos de legados: aquellos que implican una sucesión a título particular en un derecho preexistente en el patrimonio del causante (sucesión en el derecho de propiedad sobre una cosa o en un derecho de crédito) y aquellos otros que suponen una atribución de un derecho que nace en el momento en el cual se atribuye al legatario (legado de crédito a prestaciones periódicas, legado de crédito en el cual éste representa un modo para adquirir la propiedad—ejemplo, de cosa genérica, de cosas en alternativa y de cosa no perteneciente al testador—y legado de un derecho real limitado). Esa distinción, en el fondo, es la misma que intuyeron los romanos, con sus «*legatum per vindicationem* y *per damnationem*».

Pues bien: el legado alternativo es—según Díaz Cruz (10)—aquel en que el obligado a satisfacerlo cumple con su obligación entregando cualesquiera de las

cosas mencionadas por el testador como objetos del legado; denominándose ese legado de *Opción*, cuando el testador deja la elección al legatario precisamente. En la clasificación antes referida, lo vemos encuadrado en el segundo grupo, correspondiente al *damnatorio* del Derecho Romano. Y esto se comprende, porque, como dice Polacco (11), en el *legatum optionis* se entendía que se había legado la *opción misma* y no una cosa u otra de la alternativa; cuya facultad desde Justiniano, se transmitía a los herederos del legatario, que en vida no había elegido. Mas, una vez efectuada la *opción*, el legado, de alternativo, pasa a convertirse en *simple*; adquiriendo entonces la naturaleza que a éste le corresponde. Y en la presente hipótesis, el legado escogido continuará siendo *damnatorio*, porque así lo es el genérico de metálico (a diferencia de lo que sucedería de optarse por el específico de inmueble, que es vindicativo).

El «*legatum per damnationem*» rigese en Derecho Romano, totalmente aplicable en esta materia a Cataluña, por las siguientes reglas, que condensamos de Jörs-Künkel (12):

1.^a Que puede ordenarse a cargo de uno o varios *herederos*; 2.^a Que proporciona al legatario un *crédito* contra el heredero o herederos gravados; 3.^a Que se adquiere por los beneficiarios con la adición de la herencia, sin necesidad de manifestarlo solemnemente, y 4.^a Que los beneficiarios del legado no pueden ser al mismo tiempo *gravados* con él.

Todas estas reglas encuentran una perfecta adecuación en el legado de dinero ordenado a doña A; es a saber:

1.^a Su pago se impone a cargo de un *coheredero*, el don C, con exclusión de los demás; por tanto, ni don B, el otro coheredero, ni muchísimo menos la doña A, que es también coheredera, deben contribuir a su satisfacción. Se *elimina*, respecto a ella, el juego del *Prelegado*; porque el testador, al gravar con el legado a uno solo de los coherederos (don C), evita que en la persona de doña A concorra la doble cualidad de beneficiaria y gravada. La relación jurídica queda polarizada exclusivamente entre ésta, como sujeto activo o acreedora, y don C, como sujeto pasivo u obligado a la prestación de una suma de dinero.

2.^a Efectivamente, tal legado atribuye a doña A, un *crédito contra don C*, crédito nacido con el testamento y de un *valor equivalente a la cuantía de la legítima* que la ley señala. En Cataluña ese *quantum* es, por Derecho Romano clásico, la *cuarta parte* del valor de los bienes *relictos*, en el día de la defunción, más el valor de los *donados* por el causante, calculado en la fecha de la donación (computación o reunión ficticia). De esta suma del *relictum* con el *donatum*, se resta el importe de las deudas hereditarias; y su resultado se divide por el número de legitimarios. El cociente señalará matemáticamente el *quantum* de la legítima individual.

3.^a La legataria doña A, por la *adición* que de la coherencia efectúe el don C, *adquirirá* el derecho de crédito objeto de su legado, que en nuestro caso se verá reforzado por la *cactio petitio hereditatis*, correspondiente a la legataria, no como a tal, sino como *legitimaria*; y

4.^a Ya hemos visto que la beneficiaria de este legado no es al mismo tiempo gravada con su pago; por doble motivo, pues, no se provoca aquí la especialidad tipicamente romana del *Praellegatum*.

Las reglas acabadas de exponer no sufren variación alguna por haberse

imputado ese legado de metálico a la legítima de doña A, quien, por consiguiente, recibirá aquél en pago de ésta (*legatum pro legitimo*). De lo cual se infiere, por otra parte, que los bienes de que se integre, en su caso, la *coherencia* a que está también llamada la doña A, los adquirirá—además de la legítima—con cargo a la parte de *libre disposición*.

B) *Aceptación de la coherencia:*

Es la *institución* de heredero en el Derecho Romano (lo mismo que en Cataluña, excepto en la comarca regida por el Código de Tortosa), *base* y fundamento del testamento: todas las restantes disposiciones están de tal modo *subordinadas* a la institución, que la falta de ésta produce la ineficacia de aquéllas. *Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*, afirmaba Modestino.

Y la institución de heredero significa, en las legislaciones latinas, un llamamiento al *puesto* del difunto (*in locu et in jus*). No se trata—como observa Cicero (13)—de una transferencia, sino de la *sustitución de un sujeto en la posición jurídica de otro sujeto*, y por ende, en la titularidad de todas las relaciones jurídicas, sea por el lado *activo*, sea por el *pasivo*.

Consecuencia de ello es que el heredero, al continuar la cualidad personal del causante, *adquiere* los bienes a éste pertenecientes y *asume* sus deudas, así como las cargas que en el testamento se originan (legados, modos condicionales, etc.). La posibilidad de adquisición de bienes del causante por un heredero suyo *no tiene más límites* que los ya existentes en el patrimonio de aquél, los que por legítima impone la ley o los que el testador establezca por exclusión, destinándolos en el testamento a otras personas en cuotas o unidades concretas. Y en correspondencia a esa virtual expansión hacia el activo hereditario, el heredero tiene respecto al pasivo una *responsabilidad ilimitada*, incluso con sus propios bienes, a menos de que acepte la herencia a beneficio de inventario.

Por lo demás, el testador goza de plena libertad de testar: nombrando herederos a quienes quiera, aunque si tiene parientes legítimos, con el *deber* de respetarles la legítima en los términos ya señalados.

Puede, por consiguiente, el testador instituir uno o varios herederos. Lo que no puede hacer, en Derecho Romano, es instituirlos en una *parte* solamente de su herencia; pues, en virtud del principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decadere potest*, la parte no dispuesta acrece la de los instituidos. Ello ocurría tanto en el caso en que el testador hubiese dejado de disponer de una cuota de la herencia como en los supuestos de institución *ex re certa* o *excepta re certa*, si en la herencia quedaban otros bienes sin disponer o no se disponía de los excluidos.

En la *institutio ex re certa* pueden presentarse tres hipótesis: 1) Que se instituya *un sólo heredero* por una o varias cosas determinadas. Entonces se considera al llamado como heredero universal y exclusivo, en fuerza de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la *abintestato*; 2) Que se instituyan *varios herederos*, cada uno en cosas determinadas. Se entiende en tal caso que las cosas les han sido prelegradas y adquieren el resto de la herencia por partes iguales; y 3) Que se instituya *un heredero en cosa determinada y otro ex asse*. Borrell, del cual extraemos estas notas (14), opina que en tal supuesto habrá de considerarse legatario el primero y heredero el segundo.

La *institutio excepta re certa* tiene, en el fondo, el mismo juego que la *ex re certa*. Porque, una de dos: o el testador *excluye* determinadas cosas de la institución sin disponer de ellas especialmente, o bien las *dispone* a favor del mismo heredero, de otro coheredero o de un legatario. En el primer caso, la ley 74 del Título «De haeredibus instituendis» del Digesto, atribuye el carácter de heredero *universal* al heredero instituido, excepción hecha de un fundo o del usufructo. Igualmente, pues, comenta Martí Miralles (15), que en el supuesto de la institución *ex re certa*, cuando la institución de herencia se hace *excepta re certa*, el heredero así instituido lo es de la universalidad hereditaria. Recibirá por tanto también la cosa excluida y no dispuesta en favor de nadie, en fuerza del repetido principio *nemo pro parte*, etc.

La solución de los demás casos de instituciones *excepta re certa*, en las que se dispuso de la cosa excluida en favor de alguien, se colige de la misma ley del Digesto antes citada, así como de la *Quotiens certis quidem* del Código de Justiniano (título «De haeredibus instuendis», 6-24). Y así, partiendo de la base de que el instituido es siempre heredero de la universalidad, si el testador lega la cosa exceptuada de la institución al mismo heredero, recibirá aquélla como *pre-legado*; si con dicha cosa instituye *heredera a otra persona* (*heres ex re certa*), será ésta reputada *legataria*, por concurrir con un heredero de la universalidad o *ex asse* (el instituido *excepta re certa*); y si dispone de la cosa a título de *legado* a favor de un *no heredero*, entonces, por expresa determinación del testador, ocurrirá lo mismo que en el caso anterior (un legatario y un heredero universal).

Pues bien: dado que en el testamento cuestionado los hermanos doña A, don B y don C, después de que se les hubo prelegado determinados inmuebles, fueron *instituidos* herederos «de los demás bienes que deje al morir el testador», ello quiere decir que, por aplicación de las reglas del Digesto y del Código justiniano antes referidas, han de considerarse, además de *prelegatarios*, *herederos universales*. Y, por lo tanto, sucederán *in locum et in jus* del causante, subrogándose en la titularidad activa de sus relaciones jurídicas y asumiendo la pasiva; *adquirirán*, como consecuencia de aquella virtual expansión hacia el activo a que aludiamos, los bienes de que se integre la herencia, y *responderán*—a menos de aceptarla a beneficio de inventario—*ultra vires* de las *deudas* del causante y de las *cargas* impuestas en el testamento.

Y no hay duda de que los prelegados son *cargas testamentarias*. Cada coheredero, como a tal, está gravado por ellos. Porque, si prescindimos de las personas de los beneficiarios, los prelegados no son más que *legados* que disminuyen el respectivo as de cada coheredero. Y cuando aquéllos lo son de *inmuebles* determinados y propios del testador, esto es, «per vindicationem», los legatarios *sucedan* directamente en ellas a título singular, viniendo obligados los coherederos a su *entrega* y en la proporción en que fueran llamados. De manera que éstos se exponen a no adquirir nada, como tales herederos, si los prelegados *agotasen* el patrimonio relicto. Exactamente como los herederos llamados al *univrsrum*, por un testamento agobiado de legados.

Mas para tales ocasiones, de herencias gravadas con multitud de legados o con alguno muy cuantioso, el Derecho Romano concedía al heredero la facultad de *detrás la Cuarta Falcidia*. Justiniano explica en la *Instituta* (libro II, título XXII) que por la *Lex Falcidia* se dispone que al testador no se le permita

legar más de las tres cuartas partes de todos sus bienes; o sea, que, ya se haya instituido uno, ya varios herederos, quede siempre para él o ellos la *cuarta parte de la herencia*.

La Cuarta Falcidía es institución *vigente en Cataluña*. Y, como en Derecho Romano, no es norma imperativa o de *jus cogens*, pudiendo consiguientemente el testador impedir su detracción. Mas si no lo hace, entonces el heredero—explica Borrell (16)—que toma *inventario*, judicial o notarial, de la herencia antes de los noventa días de su delación (trátase de un requisito *ad solemnitatem*), tiene derecho a quedarse con una cuarta parte completamente *libre de legados* de dicha herencia, calculada por el valor de los bienes que integran el patrimonio del causante el día de su muerte, esto es, del *relictum* (aquí no hay computación del *donatum*); de ese valor o activo se rebajan las *deudas* del testador, así como los gastos del entierro y funeral, y las *legítimas*; respecto de las cuales, empero, únicamente hay que deducir las correspondientes a los legitimarios que *no detraen* la Falcidía, ya que la legítima del que la detrae forma parte del activo hereditario, por ser él *legitimario-heredero*. Obtenido así el valor líquido del *relictum*, el heredero puede retener una cuarta parte del mismo, *rebajando o anulando* los legados que lo afecten a prorrata y percibiendo aquella cuarta parte en propiedad (ergo, haciéndose condómino de los legados per *vinculationem* previamente rebajados). Sin embargo, el heredero tan sólo ha de *imputarse en pago de Falcidía* lo que recibe *jure hereditario* y, por tanto, también la parte de los prelegados que haya que recibir como tal heredero; *no imputándose*, en cambio, a dicha cuarta parte del *relictum*, lo que el heredero reciba a *título singular*, y, por ende, *tampoco la parte de los prelegados que le hagan de pagar o entregar los coherederos*.

Hemos dicho que el heredero-legitimario que detrae la Cuarta Falcidía, al verificar la liquidación de los bienes relictos, no rebajaba del valor de los mismos *su propia legítima*. Lo cual significa que con aquella cuarta parte *se cobra ya* —en principio—el quantum legitimario correspondiente. Ambas *cuartas*, la Falcidía y la legítima son *incompatibles*, no pudiéndose percibir juntas. La razón de ello hay que buscarla en que la legítima no es una delación distinta de la herencia o el legado y que, como *pars debita*, si con la herencia (y la Falcidía lo es) ya se percibe el quantum de legítima debida nada más puede pretender el legitimario-heredero.

Ahora bien: si la Falcidía *absorbe la legítima* del heredero que la detrae, esto es solamente aplicable, como es natural, *en tanto en cuanto el quantum legitimario resulte inferior* a aquella Cuarta. De lo contrario, la regla será a la inversa; es decir, que si la Falcidía *no cubre* la legítima del que detrae aquélla, podrá el heredero-legitimario reclamar la reducción de los legados inoficiosos *hasta alcanzar la cuantía* de su legítima individual. Porque, si bien son *incompatibles* la Cuarta Falcidía y la Cuarta de legítima, ello no quiere decir, ni mucho menos, que sean de *igual volumen* siempre. Al revés: lo más probable es que *jamás coincidan*. En primer lugar, porque la *base del cálculo* legitimario es distinta del de la Falcidía: allí se cuenta *relictum* y *donatum* (mediante su computación), y a efectos de la Cuarta Falcidía ya sabemos que solamente se evalúa el *relictum*, no procediendo la computación de las donaciones. Y, en segundo lugar, porque si la Falcidía es aritméticamente una cuarta parte siempre, el *quantum de la legítima cambia* según el número de legitimarios que exista; de

otro modo, que únicamente cabe hablar de la Cuarta de legítima en un aspecto global y abstracto, ya que, de existir varios legitimarios, esa Cuarta se divide entre ellos. Por lo que, tanto puede darse el supuesto de que la *Cuarta Falcidía resulte superior a la legítima*—lo que sucederá cuando la herencia sea casi o toda ella relictta, sin apenas o con nada de *donatum*, y los legitimarios fueran varios—, como que el *quantum de legítima individual supere la Falcidía*—cosa que ocurrirá si los legitimarios son pocos y en la herencia quedan escasos bienes relictos, aunque muchas donaciones computables.

De todo lo cual se desprende que, frente a una herencia *damnosa*, esto es, con legados que agoten su haber, el heredero-legitimario tiene *dos posibilidades para salvar una porción libre* de aquellas cargas: la Falcidía o la legítima (con su acción de reducción). Dependiendo de las circunstancias, como se ha visto, el que resulte de un volumen económico superior una u otra pretensión.

En el caso de doña A, no cabe la menor duda de que, como coherederera gravada con los prelegados de don B y de don C, podrá detraer la Cuarta Falcidía de su institución, que es de un tercio, si acepta la herencia a beneficio de inventario; para lo cual valorará los bienes relictos por el causante, o sea, todos los objetos de los prelegados, *excluyendo* la casa IV, que fué por aquél *donada* al coheredero don C. Pues aunque el testador la imputara a su prelegado (bien que sin expresar si a la parte de legítima o de libre disposición), ya dijimos que, a efectos de la Falcidía, la computación del *donatum* no tiene aplicabilidad. *Se cuenta únicamente el relictum*. Y ello se comprende, porque la figura jurídica de la Computación sólo se conjuga en materia legitimaria.

Mas, aunque la doña A, por ser legitimaria del testador, *no debe deducir del valor del relictum el importe de su legítima individual*, y si el correspondiente a los otros legitimarios, don B y don C—según también se dijo—, no obstante resultará que *recibirá* el importe de dicha legítima, *además de la Cuarta Falcidía* de su institución. A simple vista, parece esto una contradicción de las reglas antes expuestas acerca de la incompatibilidad de ambas cuartas. Y no lo es, ciertamente, porque no debemos olvidar que aquel *quantum* legitimario, en la hipótesis que examinamos, se puso por el testador como *módulo* o medida de equivalencia de un legado de *metálico* que, a favor de doña A *debería pagarle don C*; de manera que, en cuanto a dicho legado, se *eliminó*—como asimismo se dijo—el juego del *prelegado y, como consecuencia, en la persona de doña A no concurre la doble calidad de beneficiaria y gravada*.

Y como quiera que para la percepción de la Falcidía el heredero no ha de imputar en pago de la misma lo que recibe a *título singular* del mismo causante, de ahí que doña A tenga derecho a aquella cuarta parte de su institución en bienes hereditarios, y, además, al legado de metálico que, por el importe de su *quantum* legitimario, debe pagarle el coheredero don C.

SEGUNDA HIPOTESIS

A) Opción del legado de inmueble:

Trátase de un *legatum per vindicationem* o, en la terminología de Barassi, de un legado de un *derecho precistente* en el patrimonio del testador. Se produce

aquí, verdaderamente, una transferencia de bienes del causante al legatario, o sea, una sucesión a título particular.

Y en el momento en que el objeto de dicha sucesión a título singular es una cosa específica y determinada, propia del testador, entonces el legado se califica también de legado con *eficacia real*, con lo cual quiere indicarse—observa Roca Sastre (17)—que la cosa se transmite directa e inmediatamente del testador al legatario en el momento de fallecer aquél, de suerte que no puede hablarse de ninguna prestación a cargo del heredero dirigida a efectuar la transferencia de la cosa legada al legatario, puesto que la misma se ha operado ya *de jure* desde la muerte del causante.

En el *Derecho Romano* se entendió siempre que los legados, cualesquiera que fuesen sus tipos, eran actos de *disposición* sobre objetos singulares de la *herencia*, a costa del heredero. Legado es una parte que se separa de la herencia, con la cual el testador quiere que se dé a otro algo de lo que en su totalidad sería del heredero, decía Florentino (L. 116, pr., D. de leg., 1). De aquí que un *testamento sin institución* de heredero o con tal ineficaz, aunque contuviera legados, al devenir nulo, éstos no surtían ningún efecto; y de aquí también que, por reputarse al instituido sucesor en la cualidad personal del causante, el legado—explica Cicu (18)—fuera siempre una *carga del heredero*, incluso en el caso del *legatum per vindicationem*, en el que la propiedad pasaba *recta vía* del difunto al legatario. Pero éste, como dice por su parte Jörs-Künkel (19), solamente podía hacer efectivo su derecho por cauces jurídicos; y así, aunque el legado vindictorio proporcionaba al legatario la misma cosa legada, su *entrega* debía exigirla del heredero con la acción real de la propiedad (*rei vindicatio*).

En el *Derecho Moderno*, en cambio, se juzga el legado como una *sucesión completamente aparte* y desvinculada de la hereditaria, siendo consecuencia de ello el que se admitan los testamentos *sin institución*, contenido exclusivamente ordenación de legados; y el que, si bien el heredero hay de considerarse afecto a los mismos, en el sentido de que mermán el activo relicito, no obstante no se reputen los legados carga personal suya, antes bien, se mantenga al heredero *alejado de la relación jurídica que el legado provoca* y que se establece inmediatamente entre el testador y el beneficiario: la adquisición se realiza de uno a otro, *sin intervención* alguna del heredero. Así y todo, en virtud de ciertas reminiscencias romanas (Digesto, lib. 43, tit. 3, L. I), todavía nuestro Código, por entender que la transmisión de la cosa al legatario **no entraña traspaso de su posesión**, no permite que el legatario pueda *ocupar* por sí la cosa legada, sino que preceptúa en el artículo 885 que ha de pedir su *entrega* y posesión al heredero, salvo, según la Sentencia de 26 de octubre de 1928, que el testador faculte al legatario para ocuparla por su propia autoridad.

Por lo demás, a su debido lugar vimos ya que el testador—lo mismo en *Derecho Romano* que en el Moderno—puede *impulsar* los legados a la legítima de los beneficiarios, y, asimismo, *gravar* con aquéllos a uno o varios de los coherederos. Respecto a esto último la entrega impuesta a uno solo de los varios herederos, hace el efecto de una oficiosidad inútil; puesto que, al transferirse la cosa propia del testador *directamente* del mismo al legatario, rebaja el caudal hereditario *de todos los instituidos por un igual*, soportando la

mengua de la cosa tanto el gravado con su entrega como los demás coherederos. Mas si en el Derecho Moderno así puede opinarse, de ningún modo es posible hacerlo con relación al *Derecho Romano*; en el que, por ser el legado una carga personal del heredero, cuando por haber varios se obliga a uno solo de ellos a la entrega, la disminución repercutirá únicamente en la institución del gravado; de suerte que será él, exclusivamente, quien sufrirá la merma, recibiendo los demás la participación que les señalará el testador a base de calcularla del reliquo, sin rebajarle la cosa legada, que sumará así para todos y solamente menguará la cuota correspondiente al gravado, el cual deberá entregarla al beneficiario.

Nos falta añadir, para completar la figura del legado vindicatorio, que la cosa objeto del mismo, exactamente como una herencia, puede someterse a un *fideicomiso* (Ulpiano, XXV, 5), lo mismo que a una *substitutio fideicomissaria* (Gayo, II, 227), la cual, como se sabe, puede a su vez ser a término o condicional.

Pues bien: el legado del Manso I, deferido a doña A, reúne todas las características *generales* señaladas del «*legatum per vindicationem*» romano (adquisición de propiedad preexistente en el patrimonio del causante y a través de los herederos) y las *particulares* de no haberse imputado a su legítima, de no haber quedado especialmente gravado con su cumplimiento ningún coheredero —correspondiendo, por tanto, a todos por partes iguales—, y de hallarse sujeto a una sustitución fideicomisaria condicional «*sine liberis decesserit*» a favor de don C o sus hijos.

B) *Aceptación de la coherencia:*

Sabemos ya que por la institución sucedese «*in locum et in jus*» del causante; y que, como consecuencia, se adquieren los *bienes* de que se componga la herencia y se asumen las deudas del causante, así como las *cargas* que éste haya impuesto en el testamento.

Prescindimos ahora de fijarnos en los bienes que, por la institución, hayan de hacer tránsito a los herederos, ya que, en definitiva, la institución romana da *carácter* (*nomen*) antes que lucro al heredero; o sea, que ni la cantidad ni la calidad de los bienes que éste pueda adquirir influyen para nada sobre la calificación y la naturaleza de la herencia, que es un subrogarse de derechos y un asumir deberes, sin que forzosamente deban ser aquéllos superiores a éstos, puesto que cabe incluso una herencia *toda ella pasiva*; de lo contrario, es decir, de inclinarnos por la concepción germánica de la herencia («*adquisitio per universalitatem*» del activo), no se explicaría la utilidad de la aceptación a beneficio de inventario y carecería de sentido la responsabilidad «*ultra vires hereditatis*».

Y reparemos en las *cargas* que dispone el testamento cuestionado. Ellas consisten, exactamente, en *tres prelegados*: uno *directo* a favor de don B, otro también *directo* a favor de don C y otro en *opción* a favor de doña A. Naturalmente, nos referimos, aunque no se le denomine prelegado al *elegatum per vindicationem* del Manso I, que es el que acabamos de analizar: no siendo prelegado, en cambio, el legado de metálico (*damnatorio*), conforme también anteriormente dijimos.

Porque, cabalmente, llámase *prelegado* no el legado que el testador orde-

na a favor de un heredero y a costa de otro heredero (Ulpiano, XXIV, 22), sino aquel legado en el que precisamente *el heredero es al mismo tiempo beneficiario y gravado*. Como explica el Diccionario de Derecho Privado «*labor*» (20), solo a este último supuesto se dió el nombre de prelegado, pues era el único que presentaba especialidades de contenido; el primer supuesto era un legado ordinario y a sus reglas había de someterse.

Por tanto, el legado del primer miembro de la opción (*damnatorio*) que el testador ordenó a favor de la doña A, es un legado *normal*, visto que el don C —coheredero—es el único gravado con su pago. Y tiene, en cambio, todos los matices del «*Praellegatum*», el legado de inmueble (*windicatorio*) del segundo miembro de la opción, por cuanto *la beneficiaria del mismo, doña A, es a la vez coheredera* y el cumplimiento del mismo, por no haberse impuesto a otro coheredero especialmente gravado, corresponderá a toda la herencia, o sea, que *irá a cargo de los tres instituidos: doña A, don B y don C, por iguales partes*.

El prelegado, por consiguiente, presupone—como señala Barassi (21)—la yuxtaposición, en la figura del sucesor, de heredero gravado y de legatario, lo cual choca contra la imposibilidad de que uno sea *deudor de sí mismo*. Tal dificultad, prevista en el Derecho Romano: «*heredi a semet ipso legari non potest*» (D. 30, 116, 1), se resolvía haciendo *caducar* el legado y adquiriendo el prelegatario la cosa como heredero (D. 36, 1, 19). La razón de esa ineficacia —observa por su parte Cicu (22)—es que, en razón a que el legado fué considerado por los romanos como una disminución del patrimonio hereditario, *no podía el heredero ser gravado con un legado a favor de sí mismo, puesto que él, como heredero, había adquirido ya antes la cosa legada*.

Cuando no había más que *un heredero*, el prelegado se invalidaba en su totalidad, pasando la cosa a ser adquirida jure hereditario; y si el testador legaba especialmente una cosa a uno de *varios coherederos*, solamente se consideraba como legado—dice Jörs-Künkel (23)—en cuanto gravara la *cuota de los demás herederos*; la porción con que el prelegado gravase la *cuota propia* del prelegatario, la adquiría *como heredero*, no como legatario.

Conviene, en este punto, observar que no toda disposición singular de una cosa de la herencia, hecha *a favor del heredero* o de uno de los coherederos tiene la categoría de prelegado. Característica del prelegado—señala Cicu (24)—es que la cosa viene, por así decirlo, *predetracta de la masa* por el testador con el fin de que no forme parte de la cuota hereditaria del instituido; mas el testador puede componer dicha cuota, esto es, puede establecer que en la *composición* que se haga en el momento de la partición, una cosa determinada sea *incluida en una cuota antes que en otra*: tal atribución no será ni legado ni prelegado, porque la cosa se adquiere en gracia exclusivamente del título universal. Y aunque los romanos la calificasen de «*legatum per praceptionem*», en realidad, como indica Jörs-Künkel, se trataba de una disposición del testador para la *división de la herencia*. A hacer notar que la mayoría de autores asimilan o confunden el prelegado con esta última figura. Cifra: Clemente de Diego (25).

En el *Derecho Moderno*, al considerar el legado, según ya vimos, como título atributivo de bienes *independiente del hereditario*, no se originan las consecuencias invalidatorias del título singular que en el Derecho Romano ha

lugar, en la concurrencia del mismo con el título universal. Hoy ya no ocurre nada de esto—al decir de Barassi—, porque tanto la herencia como el legado no son sino adquisiciones patrimoniales hechas directamente desde el difunto; el legado es disposición testamentaria autónoma, no dependiente de la herencia; y por lo mismo, en el prelegado se reúnen *dos adquisiciones paralelas*, que coexisten por ser dos aspectos distintos de la sucesión del difunto. Roca Sastre (25 bis), por su parte, considera acertado sostener que en el *Código civil español* domina la doctrina moderna sobre el prelegado y no la del Derecho Romano, o sea, que se da perfecta *compatibilidad* en una misma persona entre la cualidad de heredero y la de legatario, conforme se desprende del artículo 890 y la *Rs. de 18 de julio de 1900*. Y De Buen (26) dice también que, a pesar de que el Código *no alude* al supuesto, nada impide, dentro de la dogmática de nuestro Derecho, que uno de los herederos instituidos sea a la vez legatario; y en apoyo cita la expresada Resolución, en la cual se afirmó que, instituida cierta persona expresamente en determinada finca, sin perjuicio de su carácter de heredero en el remanente de los bienes, es en cuanto a la finca legataria y para la inscripción de ésta basta presentar el testamento, la partida de defunción y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Empero nos hallamos ante el testamento de un catalán, por lo que la normación sucesoria del mismo será propia del *Derecho foral*, que aquí es única y exclusivamente la romana. En ello están acordes los comentaristas. Así, Castán (27), expresa, en orden a *los legados*, que se rigen íntegramente por el Derecho Romano, tanto en Cataluña como en Navarra y Baleares, cuyas disposiciones coinciden, por lo general, con las del Código civil, y refiriéndose concretamente al *Prelegado*, luego de señalar que esa institución se halla omitida por el Código civil, añade que aquél sólo es válido en cuanto grava la porción hereditaria de los demás coherederos, pero no en cuanto a la porción del prelegatario, porque nadie puede ser deudor de sí mismo; aunque si el prelegatario renuncia a la herencia, tiene derecho a todo el prelegado. Y Pella (28), por no citar sino a un autor representativo de cada sistema civil, reputa también *vigente en Cataluña* toda la materia romana relativa al prelegado, que por cierto lo refunde también con el «*legatum per praeceptionem*».

Por consiguiente, rigense en Cataluña los prelegados por el Derecho Romano, y de sus reglas, que resumimos de Borrell (29), resultan las siguientes consecuencias:

1.º Si el prelegatario acepta la herencia y es *heredero único*, el prelegado, como tal, se invalida; entrando los bienes prelegados a formar parte de la herencia.

2.º Si además del prelegatario hay *otros herederos*, aquél recibe, a título de *herencia*, la parte del prelegado que habría de *pagarse a sí mismo*, esto es, en la misma proporción en que es heredero.

3.º Si el prelegado se deja a varios herederos, que participen de la herencia en proporciones diferentes, lo adquieren en partes inversamente proporcionales a las cuotas hereditarias respectivas, porque cuanto mayor es la cuota hereditaria también es más importante la parte del prelegado que se anula.

Ahora bien: como quiera que tanto la herencia como el prelegado pueden estar *limitadas* con sustituciones, condiciones o modos, y la *regla general* es

que los referentes a la herencia sólo gravan al heredero y los concernientes al legado sólo al legatario, cuando *ambas cualidades*—de heredero y legatario—*coinciden* con una misma persona por razón del prelegado, aquella regla se aplicará del siguiente modo, conforme al Derecho Romano y que tomamos también de Borrell:

a) La parte del prelegado que se invalida, por adquirirla el prelegatario como heredero, quedará también limitada con las sustituciones, condiciones o modos afectantes a la institución.

b) Y, a contrario sensu, las sustituciones, condiciones o modos referentes al prelegado, como es lógico, no continuarán afectando a la parte del mismo que se invalide y sea adquirido «jure hereditario».

Y, con todo lo expuesto, tenemos ya suficientes y firmes bases para poder afirmar, con toda convicción, que las dos *adquisiciones* que efectuará doña A, si acepta la coherencia en el tercio libre y opta por el legado de inmueble, con su gravamen de restitución, serán: *por el prelegado, las dos tercera partes* indivisas del Manso I, y *por la coherencia, la restante parte* indivisa, aparte los demás bienes que en el resto de la institución puedan tal vez comprenderse.

Esto es evidentísimo, pues al ser *instituida* doña A en un *tercio libre* «excepta se certa», como coheredera de la universalidad habrá de concurrir con los otros coherederos a cumplir el prelegado del Manso I, y por tanto, a la entrega del mismo en la *proporción de su institución*; y como que en esa proporción de un tercio *coincidirá* en su persona la cualidad de heredera gravada por el prelegado y de beneficiaria del mismo, en tal participación se *invalidará* la relación jurídica del legado, dado el absurdo que significaría ser a la vez sujeto activo y sujeto pasivo de la misma, y en su lugar entrará otro *título previo* y más fuerte: el hereditario.

Y si, como prelegataria, la doña A adquirirá las dos terceras partes del Manso I, las cuales quedarán sometidas a la sustitución fideicomisaria «sine liberis decresserit» a favor de don C; como coheredera adquirirá la tercera parte indivisa del referido Manso, *completamente libre*. Porque, al ser instituida a su libre disposición la parte del prelegado que le corresponda por herencia, la obtendrá con plena libertad, ya que la sustitución fideicomisaria que afectaba en principio, a todo el prelegado, se encontrará carente de objeto en un tercio precisamente en el que se invalida; y pues en su lugar entra el título hereditario, que es libre, aquel gravamen dispuesto para el prelegado no puede constreñir la institución, que nada tiene que ver con aquél.

Y no se diga que tal resultado contradice la intención del testador y que, por ser ésta la decisiva, aquél no puede prosperar; porque si la misma fué realmente la de no dejar a su hija más que una finca sujeta a un fideicomiso condicional, no se comprendería entonces la cláusula de institución hereditaria a su libre disposición. Pero aun suponiendo que el causante se hubiera propuesto aquél fin (y entonces podría dar pie a sospechar de la moralidad del testamento, teniendo presente que la legítima es inviolable), no hay que olvidar ni por un momento, como dijo la Sentencia de 29 de octubre de 1949, que si bien la voluntad del testador es la norma fundamental de la sucesión, este principio es inaplicable a cláusulas testamentarias que estén en abierta oposición a preceptos explícitos de la Ley, contra los cuales no puede aquélla prevalecer. En

otras palabras (tomadas de la antes citada Sentencia de 11 de enero de 1950), que *los testadores no pueden enfrentarse con la Ley*. Y es *Ley romana*, ni más ni menos, *aplicable a Cataluña*, la que regula el prelegado en la forma acabada de exponer.

El testador fué libre de dejar a doña A el Manso I por *uno u otro cauce sucesorio*: aparte del prelegado, esto es, de usar de un legado gravado y de una institución libre, podía haber empleado *dos legados* a la vez, uno de legítima y otro del Manso, gravando a éste; podía también haber *instituido* a doña A «heres ex re certa» del Manso, salvando la legítima en metálico, o bien instituyéndola simplemente heredera y disponiendo que el Manso I, gravado de restitución, le sirviera para *componer* su cuota (*legatum per praceptionem*). Mas no hizo nada de esto y prefirió el prelegado. Luego, una de dos: *o desconocía los efectos* que el mismo provoca según el Derecho Romano (al cual el testador estaba sometido), en cuyo supuesto ahí está el principio de que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento; *o bien conocía aquellos efectos jurídicos*. En tal caso, como no manifestó su propósito de alterarlos —cosa, por lo demás, completamente imposible por ser de Derecho *necesario*—, sabía ya de antemano que al concurrir en la persona de doña A la *doble ciudadad* de legataria gravada y de heredera libre, podría ésta obtener fácilmente la *invalidación* del prelegado en la proporción de aquella *concurrida*, y, por ende, también del *gravamen* que le aferrojaba. Nos inclinamos, por respeto al testador, hacia esta última suposición.

Y con referencia ahora a los bienes que doña A adquiera *«jure hereditario»* —el tercio libre del Manso I, como mínimo—hemos de observar que ellos le servirán, ante todo, *en pago de su legítima paterna*. Porque, al no haber imputado el testador el prelegado de inmueble a la legítima de su hija, vino con ello a imputárselo a la *institución*, tal como antes dijimos. Siendo entonces una *cuestión de hecho* la apreciación de si, con el valor de la tercera parte del referido Manso, adquirido por coherencia y a su libre disposición, cubre la doña A el quantum legitimario que le corresponde. Si fuere así, nada podría reclamar de más. Pero, en caso contrario, podría desgravar los otros dos tercios del Manso I, adquiridos por legado, de la restitución que les afecta y hasta alcanzar su quantum legitimario, que debe ser completamente libre y sobre el cual—como ya demostramos—no pesa ninguna Cautela Socini.

Pero es que, como coheredera, a la doña A le cabe todavía la posibilidad de detraer la *Cuarta Falcidía* de su institución, por la sencilla razón de que ésta se halla gravada con el cumplimiento de los prelegados a favor de don B y de don C (en una tercera parte cada uno). Evidentemente: con relación a ellos, doña A es una heredera corriente y normal. Precisamente aquella invalidación que se verifica de la parte del prelegado que ella misma, como coheredera o gravada, debiera entregarse, tiene importancia—como observa Maynz (30)—cuando se trata de calcular la Cuarta Falcidía, pues *en ésta se cuenta la parte que se recibe jure hereditario*. Antes ya vimos que la parte del prelegado que se percibe a *título particular* no se impone en pago de dicha Cuarta, o sea, que se suma a la misma.

Y será asimismo cuestión de hecho el saber si a la coheredera le conviene decidirse por esa detacción, lo que, desde luego, sería aconsejable si el *quantum legitimario* resultase *inferior* a lo que, por Falcidía, pudiera corresponderle

y ésta, a su vez, fuese superior a la parte de bienes hereditarios que por la institución adquiera. De forma que, si con la tercera parte en propiedad libre del Manso I consigue ya la doña A, además de su legítima individual, una cuarta parte de su institución (que es de un tercio) calculada sobre la base de los bienes relictos, naturalmente, la detracción de la Falcidía no tendría razón de ejercitarse. Mas si con el valor de aquella tercera parte del Manso I, aunque se alcance el quantum legitimario, falta por llegar al valor de la cuarta parte de la institución (esto es, a la doceava parte del total relicito), entonces es muy claro que la Falcidía prestaría una gran utilidad.

Todo esto lo comprobaremos en seguida, al operar con *datos económicos*; en función de los cuales y con la atención puesta a las elucubraciones hasta aquí escritas acerca de la interpretación y de la valoración del testamento cuestionado, formulamos las siguientes *conclusiones*.

III

CONCLUSIONES

1. El testador don X tenía al fallecer *tres hijos*: doña A, don B y don C. Y no dejó más bienes que los siguientes:

A) *Como relictum*:

El Manso I, que se evalúa en 1.250.000 pesetas.

El Manso II, que se evalúa en 750.000 pesetas.

El Manso III, que se evalúa en 1.000.000 de pesetas.

B) *Como donatum*:

La casa IV, que se evalúa en 1.000.000 de pesetas.

Por consiguiente, el *total* del valor de los inmuebles (computando el donado) asciende a 4.000.000 de pesetas.

2. En su último y válido testamento, el don X dispuso a favor de su hija doña A, por medio de *dos títulos*:

A) *Por título singular y a su opción*:

a) *Un legado* (per damnationem), atributivo de una suma de dinero, imputable a su legítima, por la cuantía de ésta y a costa del coheredero don C.

Habida cuenta de que la legítima global es la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario (relictum más donatum: 4.000.000 pesetas) y que son tres el número de hijos por el que hay que repartir aquella cuarta (o sea, 1.000.000 pesetas), el quantum legitimario individual será de 333.333 pesetas, cantidad que constituye el objeto de aquel legado genérico.

b) O bien *un prelegado* (per vindicationem) traslativo de un inmueble determinado y propio del testador, no imputable a la legítima de la beneficiaria, sujeto a la sustitución fideicomisaria «sine liberis decresserit» en favor de don C o sus hijos y a cargo de todos los coherederos.

Se trata del Manso I, preexistente en el patrimonio del causante y valorado en 1.250.000 pesetas.

B) *Por título universal:*

En todo caso, la doña A resulta instituida heredera, *en un tercio y a su libre disposición*, de todos los bienes que deje a su fallecimiento el testador, deducidos los previamente prelegados (*institutio excepta re certa*).

Como sea que el causante prelegó el Manso II a su hijo don B; el Manso III y la casa IV (por imputación) a su hijo don C; y para el supuesto de que doña A eligiera el legado de metálico, prelegó también el Manso I a dicho don C o sus hijos en sustitución (in fideicomisso) tenemos que *a la muerte del testador no quedaron otros bienes*; puesto que todos ellos fueron objeto de los prelegados dichos.

3. Doña A, de resultas del contenido del testamento de su padre don X, y en consideración a las normas que regulan en Cataluña la sucesión mortis causa, tiene, exactamente, los siguientes derechos y deberes:

Primerº.—En la hipótesis de que opte por el legado genérico de dinero:

A) *Percibirlo del coheredero don C*, quien habrá de pagarle la suma de 333.333 pesetas, que es—como sabemos—el quantum legitimario correspondiente a cada hijo.

B) *Aceptar la coherencia a beneficio de inventario*, y por hallarse toda ella gravada con los prelegados a don B y a don C, *detractar la Cuarta Falcidía* de su coherencia (que es de un tercio); pero como a los efectos de dicha Cuarta se deben valorar los bienes relictos (no los donados), rebajando las legítimas de los demás legitimarios—don B y don C—, tendremos:

Valor del patrimonio hereditario relieto (esto es, sin contar la casa IV donada): 3.000.000 de pesetas. Rebaja de las dos legítimas individuales de don B y don C; 666.666 pesetas. Base para el cálculo de la Falcidía: 2.333.333 pesetas.

Y dado que la institución es de un tercio, cada coheredero podría percibir del patrimonio relieto, si no estuviese afecto a los prelegados, 777.777 pesetas.

Por lo tanto, la doña A por la Falcidía detraerá la cuarta parte de ese tercio: correspondiéndole 194.444 pesetas en bienes hereditarios; esto es, haciéndose condómino de los Mansos II y III, hasta un valor equivalente a dicha Cuarta Falcidía.

Resumen: Doña A, en la presente hipótesis, puede recibir: 333.333 pesetas en metálico por el legado, y 194.444 pesetas en fincas por la Cuarta Falcidía de su institución. Total: 527.777 pesetas.

Segundo.—En la hipótesis de que opte por el prelegado de inmueble, tendrá doña A los siguientes derechos y deberes:

A) *Adquirir por sucesión singular dos terceras partes indivisas del Manso I*, quedando sujetas a la restitución en favor de don C o sus hijos si la prelegataria fallece sin descendencia.

De momento, pues, por ese título adquirirá en pleno dominio, aunque resoluble, por un valor de 833.000 pesetas, que es el correspondiente a los dos tercios del Manso (evaluado, como se recordará, en 1.250.000 pesetas).

B) *Suceder por coherencia*—no siendo menester su aceptación a beneficio de inventario—en una tercera parte indivisa del referido Manso I, en virtud de la invalidación que el título de prelegado sufre al haber concurrido en la persona de doña A la doble cualidad de beneficiaria y de gravada en un tercio

(el de la institución); y esta adquisición a título universal, es claro que *no queda afecta al gravamen* de restitución a favor del don C, ya que los hijos puestos en condición lo están en el título singular o del legado, no en el heredero, que es a libre disposición.

Esto sí, doña A adquirirá en pleno y libre dominio un tercio de aquel Manso, o sea, hasta un valor de 416.500 pesetas.

Resumen: lo que percibirá en esta hipótesis doña A será: en dominio resoluble por el legado: 833.000 pesetas, y en definitivo y absoluto dominio, por la herencia, 416.500 pesetas.

Ahora bien: esta adquisición hereditaria en firme, de las 416.500 pesetas correspondientes a una tercera parte indivisa del Manso I, le han de servir en pago de legítima, puesto que a ésta no se imputó el prelegado. Y como quiera que el quantum legitimario individual es de 333.333 pesetas, le sobrará todavía, en propiedad libre, un valor de 83.137 pesetas.

Por lo que *no le reportaría ventaja* o plus ninguno la detracción de la Cuarta Falcidía, ya que al corresponderle por ésta, según vimos, solamente 194.444 pesetas, percibe ya por la coherencia libre un valor muy superior (416.500 pesetas).

INDICE DE CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. BETTI: *Teoría General del Negocio jurídico*, Madrid, 1944, pág. 73.
2. BARASSI: *La Successione per causa di morti*, Milán, 1947, pág. 372.
3. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV, 4º, pág. 1372.
4. VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en «Rev. de Derecho Privado», abril 1948, pág. 319.
5. ROCA SASTRE: *Notas al «Derecho de Sucesiones»*, de KIPP, Barcelona, 1951, II, pág. 315.
6. BORRELL: *Dret Civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1932, V, 2º, página 419.
7. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, II, pág. 174.
8. CASTÁN: *Derecho Civil Español*, Madrid, 1949, I, pág. 123.
9. BARASSI: *Op. cit.*, pág. 429.
10. DÍAZ CRUZ: *Los Legados*, Madrid, 1951, págs. 140 y 152.
11. POLACCO: *Las Sucesiones*, La Habana, 1931, pág. 567.
12. JÖRS-KÜNKEL: *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937, pág. 489.
13. CICU: *Le Successioni*, Milán, 1947, pág. 7.
14. BORRELL: *Op. cit.*, pág. 98.
15. MARTÍ MIRALLES: *Principios del Dret Successori*, Barcelona, 1925, página 54.
16. BORRELL: *Op. cit.*, págs. 259 y 530.
17. ROCA SASTRE: *Notas cit.*, II, pág. 170.
18. CICU: *Op. cit.*, pág. 7.
19. JÖRS-KÜNKEL: *Op. cit.*, pág. 490.
20. DICTIONARIO LABOR: *Voz prelegado*, Barcelona, 1950, II.
21. BARASSI: *Op. cit.*, pág. 426.
22. CICU: *Op. cit.*, pag. 7.
23. JÖRS-KÜNKEL: *Op. cit.*, pág. 493.

24. CICU: *Testamento*, Milán, 1951, pág. 230.
25. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1932, III, pág. 482.
- 25 bis. ROCA SASTRE: *Notas cit.*, II, pág. 155.
26. DE BUEN: *Notas al «Curso de Derecho Civil»*, de COLIN Y CAPITANT, Madrid, 1926, VII, pág. 280.
27. CASTÁN: *Derecho Civil Foral*, Madrid, 1932, pág. 106.
28. PELLA Y FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, Barcelona, 1920, IV, página 20.
29. BORRELL: *Op. cit.*, V, 1.º, pág. 347.
30. MAINZ: *Cita de PELLA*, *Op. cit.*, pág. 21.

IV

Dos Decretos de competencia

1. INTERDICTO DE RECOBRAR FRENTE A LAS CORPORACIONES LOCALES:
Es posible cuando no aparece probado que la posesión, de la que fué despojado el particular por la entidad local, era de menos de un año. (Decreto de 22 de noviembre de 1952.)

A. Don Julio M. C. interpuso interdicto de recobrar la posesión y subsidiariamente de retenerla frente a un Ayuntamiento; el Ayuntamiento demandado afirmó que había obrado dentro de su competencia al recobrar por sí mismo la posesión conforme al artículo 404 de la Ley de Régimen Local, no siendo posible frente a la entidad local el interdicto conforme al artículo 403 de la misma Ley; el Juez declara haber lugar al interdicto sólo en cuanto a tres trozos de parcelas que estimaba que aparecían poseídos por el actor desde hace más de un año.

Apelada la sentencia por el demandante, el Gobernador civil requirió de inhibición a la Audiencia porque el terreno era comunal y la posesión del particular inferior al año y día.

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros se decide la cuestión "en favor de los órganos juridiccionales"; a nuestro efecto interesan las razones que se desprenden de los siguientes considerandos:

"Segundo: Que la prohibición general de interdictos contra las providencias de las corporaciones locales en materia de su competencia, y la posibilidad contraria de ejercitar acciones contra ellas cuando lesionen derechos de carácter civil, ambas contenidas en el artículo 403 de la Ley de Régimen Local, hacen que la solución de la cuestión suscitada dependan de si el Ayuntamiento obró o no dentro de su esfera de competencia, la cual viene determinada en este caso por el artículo 404 de la misma Ley, para que las entidades locales puedan recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia, que se hallaren indebidamente en posesión de particulares, exige que esta posesión no exceda de un año."

"Tercero: Que ya en otra ocasión se ha declarado por el R. D. de resolución de competencias, de 19 de febrero de 1906, que es competente la autoridad judicial cuando no sólo no aparece comprobado que la intrusión, caso de que existiera, data de menos de un año, sino que, por el contrario, de la información testifical practicada en el interdicto y del conjunto de lo actuado se deduce que dicha usurpación, si existe, es de fecha muy anterior a la expresada, y que en este caso, como desde el principio advirtió la Diputación Foral de Navarra, no aparece probado que la posesión del particular era menos de un año, sino que era precisamente lo que se discute en el pleito, e incluso al fallarlo en Primera Ins-

tancia se ha apreciado la existencia de una posesión más antigua, al menos para alguna de las parcelas discutidas."

2. EL LLAMADO PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUPUESTO EN QUE LA FINCA HIPOTECADA PERTENECE A UNA FUNDACIÓN DE BENEFICENCIA PARTICULAR DOCENTE: No puede llevarse a término la ejecución si, antes de que se dé por el Juzgado efectividad material a la misma, aparecen los bienes como propios e inscritos de la entidad benéfica docente, aunque en el momento de ser hipotecados, e incluso en aquel otro en que se instó por el acreedor hipotecario el procedimiento ejecutivo, figurase en el Registro a nombre del deudor que los obligara (Decreto de 9 de octubre de 1952.)

A. Don Amadeo C. el 17 de noviembre de 1949 prestó 600.000 pesetas; en garantía del préstamo se constituye una hipoteca. Cumplido el plazo del préstamo, el acreedor, en 19 de mayo de 1950, instó el "procedimiento judicial sumario". Acordado el remate (1) y antes de la subasta se recibió un requerimiento de inhibición formulado por el Gobernador civil fundándose que la finca hipotecada resultaba pertenecer al Colegio Obrero de la Sagrada Familia, fundación de beneficencia particular docente; el Juez se declaró competente fundándose principalmente en que el titular, según el Registro, no es un organismo benéfico, sin que en este procedimiento sumario pueda entrarse en otras cuestiones.

El hipotecante había adquirido la finca del Colegio Obrero de la Sagrada Familia en 22 de abril de 1925, haciéndose constar por el Colegio que tenía ya recibido el precio. Poco antes de que transcurrieran los quince años y después—al parecer—de inscribirse la hipoteca, en 13 de enero de 1950, comprador y vendedor rectifican en nueva escritura la anterior, reconociéndose en ella que estaba pendiente de pago aún el precio total de la venta y estipulándose la resolución de la venta si no se pagaba dentro de cierto plazo o si las hipotecas impuestas no eran satisfechas al vencimiento de los créditos. Por consecuencia de estas estipulaciones se da por resuelta la venta el 17 de noviembre de 1950. En el Registro de Propiedad fueron inscritas estas vicisitudes de la finca sin que desgraciadamente puedan conocerse a través de los resultados las fechas de las inscripciones ni la de la certificación a que se refiere el artículo 131, regla 4.^a, de la Ley Hipotecaria.

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, y de acuerdo con el Consejo de Ministros, se decide la cuestión "en favor del Gobernador civil", principalmente por las razones que se desprenden de los siguientes considerandos:

Segundo: Que con toda claridad y precisión, tanto el artículo 10 del R. D. de 14 de marzo de 1899, para las instituciones de Beneficencia en general, como el artículo 16 del R. D. de 27 de septiembre de 1912 para las benéficas docentes en particular, establecen el principio de que los bienes y rentas de tales Instituciones no pueden ser objeto de procedimiento de apremio; precisando aún más el artículo 53 de la Instrucción de 24 de julio de 1913 que ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de eje-

(1) En los resultados se habla de que en el "procedimiento judicial sumario" se dictó "sentencia de remate" (?); véase también el considerando 6.^a.

cución contra esas rentas y bienes de las instituciones benéfico-docentes, con lo cual queda eliminada la posibilidad de actuación ejecutiva de los Tribunales sobre tales bienes. Y ello, con independencia de que esa ejecución sea motivada por una obligación dineraria aceptada por ellas o porque por cualquier otra circunstancia hayan venido a quedar tales bienes sujetos a una relación de garantía, pues lo que se defiende con estos preceptos no es la actuación de las instituciones benéficas al obligarse, sino las finalidades mismas de carácter benéfico que se sirven con esos bienes y que no pueden ser interrumpidas ni obstaculizadas por una ejecución judicial, que con independencia de la Administración venga a sustraer tales bienes del cumplimiento del fin benéfico a que se encuentran afectos.

Tercero: Que en el presente caso los bienes sobre que versa la ejecución judicial que se está tramitando, cualesquiera que hayan sido las vicisitudes que en su titularidad hayan sufrido y, aunque en el momento de ser hipotecadas e incluso en aquel otro en que se instó por el acreedor hipotecario el procedimiento ejecutivo figurases en el Registro a nombre del deudor que los obligaba, es lo cierto que en el momento en que va a darse por el Juzgado efectividad material a la ejecución, aparecen como propios e inscritos de la entidad benéfico docente, por haberse rescindido la venta de que fueron objeto, sin que sea este el momento de decidir acerca de la validez o invalidez de la misma, y que, por consiguiente, esa ejecución judicial no puede llevarse a término porque se oponen a ella las disposiciones legales antes citadas.

B. Observaciones: La doctrina que aplica este decreto no es absolutamente satisfactoria.

El proceso no se inicia frente a la fundación que no está legitimada pasivamente, ni procesal ni registralmente; al parecer, la llamada "perpetuatio legitimatis" impide el cambio de personas en el legitimado en los términos en que lo hace este decreto, que suponen la ineffectuación absoluta del procedimiento; aunque la fundación, respecto del deudor-propietario, fuese tercero, en lugar de sucesor, no podría hacer ninguna reclamación en este procedimiento sumario, ya que no encajaría el supuesto en el artículo 132, 2º, de la Ley Hipotecaria.

Estas consideraciones se refuerzan con otras de tipo más hipotecario: el derecho de hipoteca, en cuyo contenido parece fundamental la posibilidad de ejecución fulminante, queda gravemente afectado por causas que no constaban en el registro frente a lo dispuesto por el artículo 34. Ley Hipotecaria; de otra parte, no es ningún contrasentido la ejecución judicial hipotecaria frente a una fundación benéfica, ya que es posible, según el Real Decreto 6 marzo 1914, si el préstamo fué autorizado por el Ministerio de Educación Nacional; la solución más acorde con el principio de la fe pública registral es que la ejecución registral deba ser posible como si el préstamo garantizado hubiera sido suficientemente autorizado.—M. P.

V.—Sentencias de instancia.

Desahucio de campo de deportes

(Sentencia de 15 de mayo de 1952)

San Feliu de Llobregat, quince de mayo de mil novecientos cincuenta y dos. Vistos por mi, D. Enrique Molina Pascual, Juez de primera instancia de este Partido, los autos del juicio del desahucio promovidos por el procurador, en nombre del demandante, cuyas circunstancias personales constan en los mismos, contra la entidad N., en Cornellá de Llobregat, representada por el procurador, ahora en grado de apelación, y dirigidos ambos litigantes, respectivamente, por los Letrados.

RESULTANDO: Que siendo de aceptar se aceptan en esencia los Resultados de la sentencia apelada dictada por el Juzgado Comarcal de San Baudilio de Llobregat el dia catorce de enero del corriente año, en cuya parte dispositiva se falla sin entrar en el fondo de la cuestión que se plantea en la demanda procede declararse y así lo hace incompetente por razón de la materia para el conocimiento de la acción que en la misma se ejercita por la parte actora, y que contra dicha resolución se interpuso en nombre del actor recurso de apelación, que en providencia de dieciocho del mismo mes fué admitido en ambos efectos acordándose la remisión de las actuaciones originales a este Juzgado Superior, previo emplazamiento de las partes, para comparecencia.

RESULTANDO: Que elevadas a este Juzgado dichas actuaciones, se formó el correspondiente rollo en el cual comparecieron los apelantes debidamente, así como la otra parte apelada, señalándose en el correspondiente proveído dia y hora para la celebración de la vista prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, diligencia que tuvo lugar con la asistencia de las partes antes expresadas, interesándose por la apelante ya referida la revocación de la sentencia, dictándose en su lugar otra, dando lugar a la demanda de desahucio; y por la otra parte, o sea, por la parte recurrida, la confirmación de dicha resolución con imposición de costas.

RESULTANDO: Que en la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

CONSIDERARDO: Que primordial problema a examinar ahora es el de si la relación arrendaticia existente entre los litigantes se rige por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, como sostiene en mérito de sus consideraciones la sentencia apelada antes referida del Juzgado Comarcal de San Baudilio de Llobregat, y cuyo objeto es la regulación de los contratos de arrendamiento, respecto de inmuebles o fundos urbanos, abarcando este concepto a efectos legales el de edificación habitable, o sea, toda construcción cercada y cubierta apta para ser ocupada permanentemente por una o varias personas y arraigada en forma más o menos duradera en el terreno sobre que descansa, de tal ma-

neta, que ni pueden calificarse de edificaciones habitables aquellas construcciones que no sean techadas y cerradas, ni aquellas otras que no se encuentren arraigadas al suelo con relativa permanencia, ni pueden concebirse a efectos de la expresada Ley como urbanos, aquellos inmuebles que no constituyen edificación habitable, susceptible de ser ocupada bien para el desarrollo y explotación de un negocio propio del locatario, o bien para vivienda o simple morada del inquilino.

CONSIDERANDO: Que en atención a lo antes expuesto, el arrendamiento concertado entre las partes litigantes, el día once de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, respecto del inmueble que se describe en el primer hecho de la demanda, no puede ni debe regirse por lo dispuesto en la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que dicha relación contractual no recae sobre un edificio habitable susceptible de ocupación en concepto de morada o local de negocio, por el arrendatario, sino sobre un trozo de terreno de forma más o menos regular, cercado o vallado pero sin techar, cuya finalidad de locación era su destino exclusivo a campo o lugar de juegos deportivos, conforme se desprende de las pruebas practicadas y en especial del documento que se acompaña a dicha demanda, sin que estas circunstancias diferenciadoras queden desvirtuadas por el hecho de haberse realizado obras en el inmueble en cuestión, ya que ni su creación era la finalidad del contrato citado, ni dichas obras responden a otra razón que la de destinarse a fines accesorios y necesarios, con relación a la práctica de juegos deportivos, como son el cuidado del fundo referido y el aseo de los jugadores a él concurrentes.

CONSIDERANDO: Que exento el contrato arrendaticio que nos ocupa de la regulación contenido en la ya citada Ley de Arrendamientos, queda por examinar, para una adecuada y completa solución de la presente *questio juris*, si dicha relación paccionada se regula por la Legislación común, en sus dos aspectos, civil y procesal, o bien cae de lleno bajo el ámbito de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1935, y que dada la estructura, situación y emplazamiento del terreno en cuestión, puestos de manifiesto con la prueba testifical de la parte actora, la diligencia de reconocimiento judicial, las manifestaciones del representante legal de la entidad demandada a la propia descripción del mismo terreno, resulta incuestionable, de conformidad con la tesis de la parte demandante, que el litigioso contrato de locación se rige por el Código civil, en su aspecto sustantivo y por la Ley de Enjuiciamiento, en el adjetivo o de procedimiento, según se desprende del apartado a) del artículo 2.º de dicha ley de 1935, y que, esto sentado igualmente resulta incuestionable la procedencia de la acción ejercitada y pretensión esgrimida por X, en virtud del artículo 1.596 de dicho Código, puesto que el propio contrato arrendaticio, no atacado por la parte demandada y que se une a la demanda, pone de relieve la conclusión del plazo de duración estipulado entre los hoy litigantes.

CONSIDERANDO: Que siendo de estimar la demanda promovida, igualmente son de imponer todas las costas causadas a la parte demandada, en méritos de lo dispuesto en el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil ya referida.

Vistos los artículos que se citan, y el 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y concordantes de la misma y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1948,

FALLO: Que debiendo estimar estimo la demanda promovida por X y en

su nombre por el procurador, declarándose en consecuencia haber lugar al desahucio de la entidad N de Cornellá de Llobregat, a quien se condena a dejar vacua, expedita y libre a disposición del citado actor la porción de terreno que se describe en el hecho primero de la demanda, con expresa imposición de todas las costas causada a la referida entidad demandada y todo ello, previa estimación asimismo del recurso promovido contra la sentencia del Juzgado Comarcal de San Baudilio de Llobregat de catorce de enero del corriente año, que en su totalidad se revoca. Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Con motivo de una frase del profesor Mossa

En una nota del profesor Mossa se leen estas palabras:

“È noto che la scuola (1) distrugge alla base ei Kelsenismo, ma questo si è dilegato da tempo, e non si capisce perchè un civilista espagnuolo, Castro y Bravo, abbia detto che gli italiani sono i campioni del Kelsenismo, o forse parlava *in broma*, (2).

El texto aludido de mi libro, refiriéndose a la reciente doctrina italiana, dice así: «Lo que se agrava (el continuar la dirección pandectística alemana), en más de un autor, por una entrega no confesada al normativismo Kelseniano» (3).

La deformación sufrida por esta frase, al pasar por la pluma del ilustre mercantilista, es evidente y difícilmente justificable. Mas no sería equitativo censurarla conforme a los módulos ordinarios. La meticulosidad, la comprobación artesana de dichos y citas está bien exigirla a los juristas corrientes y molientes, y a nadie se le ocurrirá encerrar en esta categoría a ningún miembro de la escogida pléyade de juristas «geniales», que en todos los países es alegría y desesperación de nuestro gremio. Además, un andaluz no podría ver con malos ojos una exageración, aunque por ella sufra.

No reprocho el desliz imaginativo del admirado maestro de la Universidad de Pisa, más bien se lo agradezco, pues me ofrece esta ocasión de dar unas explicaciones hace tiempo deseadas y debidas. El párrafo al que pertenecen las líneas antes acotadas de mi libro sé que ha sido considerado como juicio despectivo respecto de la ciencia jurídica italiana. Nada más lejos de mi intención. Mis amigos de Italia no dudarán de mi aprecio por la aportación italiana al saber jurídico de hoy. Es explicable que espíritus, aún no muy susceptibles,

(1) Se refiere a la escuela de la jurisprudencia de los intereses. La afirmación que se hace después (que destruye la base del Kelsenismo) parece una licencia retórica, con olvido de la cronología y la reciproca actitud de las escuelas. La compatibilidad básica de ambos métodos la señaló repetidamente SCHREIER (*Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, 1927, pág. 21; *Reine Rechtslehre und Privatrecht*, en *Gesellschaft, Staat und Recht*, ed. Verdross, 1931, pág. 322) y es admitida por HÜCK (recensión a *Die Interpretation de Schreier*, A. C. Pr. 130, pág. 109).

(2) *Nueva R. di D. comm., D. dell'econ., D. soc.*, 5 (1963) pág. 198.

(3) *Derecho civil de España*, 1940, I, pág. 314.

Mi referencia al normativismo no es simplemente peyorativa. El método Kelseniano (aparte su error fundamental) no siempre ha sido perjudicial; su severa lógica ha aclarado (aun contra la voluntad de los que la utilizan) más de una cuestión oscura; especialmente criticable es el confusionismo de los juristas semi filósofos.

El reflujo de KELSEN en la teoría jurídica italiana no puede haber pasado desapercibido ni al más aislado especialista. Ultimamente puede verse: BOZZO, *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, Rit. trim. D. e proc. civ., 1950, pág. 342. *Teoria della scienza giuridica*, 1960.

lo hayan entendido peyorativamente, al no tener en cuenta otros párrafos del mismo libro.

Los juristas italianos están orgullosos, y con razón, del florecimiento actual de sus estudios. Se publican muchas obras y, entre ellas, de cuando en cuando, algún trabajo sólido, de esos pocos que pasan a la Historia por enriquecer positivamente a la ciencia jurídica. Este «esplendor» de la «brillante escuela italiana» es el que hacia inexcusable advertir a los jóvenes estudiosos de que en esta escuela había también su vertiente de sombra y peligro, del «afán clasificatorio, conceptualismo y apartamiento de la realidad» de que adolecen tantas monografías, que parecen publicadas sólo para «lucimiento de espíritus ingeniosos». Aunque que no es exclusivo de los juristas italianos. Por ello, para medir el verdadero alcance del citado párrafo deberá tenerse en cuenta lo dicho sobre la doctrina de otros países y la censura hecha a la española.

Quizás el fenómeno criticado sea propio de cualquier época de apogeo. En el año bueno el trigo abunda, pero también la cizaña y la grama. Jehring, en broma y en serio, proponía la concesión honorífica de un *ius librorum* a los aspirantes a cátedra, para salvar al Derecho de la creciente y anegadora marea de libros vacuos y pretenciosos. Ahora, en Italia, sus juristas más despiertos hacen resonar sus quejas y parece oírse, con nuevo sentido, la conocida exclamación de PETRARCA: «O ingenia magis acria quam matura.»

No hace mucho, con su palabra incisiva, BIGIAMI censuraba a una cierta «escuela» de la que nos dice: «ha enseñado también a amar, por encima de todo, las tesis brillantes, sin cuidarse de si el resplandor ilumina, o al contrario, oculta la verdad. Cuando la idea es brillante se la defiende en seguida, sin cuidarse de contrastar su exactitud, ni siquiera superficialmente...» he aquí el *Leitmotiv* de esta lamentable dirección⁽⁴⁾. Desde ángulo distinto, otro ilustre maestro, BIONDO BONDI, se lamenta de «la tendencia implantada hace tiempo en Italia de presentar doctrinas inspiradas o elegantes, sútiles construcciones, bellísimas, pero culpables de prescindir de la obvia consideración de que el Derecho no es filosofía, aunque se lo proponga, ni mero ejercicio lógico, aunque utilice la lógica más refinada», añadiendo que ciertas monografías «superdogmáticas», en las que se quiere «encerrar la quinta esencia de la ciencia jurídica» le dejan igual impresión que la pintura abstracta⁽⁵⁾. También puede citarse, por su dureza y por su injusta exageración, un juicio del mismo MOSSA. Reseñando la edición de 1950 del Derecho de obligaciones de ENNECCERUS, reformada de nuevo por LEHMANN, dice que «poder fundar la propia cultura nacional en una obra como ésta de LEHMANN, es una base para el progreso del Derecho de obligaciones», y añade: «Esta base da vida a la esperanza que el Derecho italiano de las obligaciones pueda competir con el Derecho de los otros países. Esto se logrará si los juristas italianos se valen de obras como ésta y no siguen pretendiendo haber nacido obligacionistas»⁽⁶⁾.

Nadie de buena fe verá en estas amonestaciones verdadero menosprecio por la ciencia italiana. Expresan dolor ante parciales (supuestas o reales) caídas e

(4) *Ri. trim. di D. e proc. cit.*, 5 (1951), pág. 158. También dice: «se habla a menudo del primado italiano en materia de estudios jurídicos, pero no basta hablar», pág. 464.

(5) *Ius.*, 1952, 20, pág. 250.

(6) *Nuova Ri. di D. comm., D. dell'econ., D. soc.*, 5 (1952), pág. 301. También en la misma Revista, 4 (1951), págs. 2, 211, 213.

incitan al continuado esfuerzo para mantener y superar la alta marca alcanzada. Mis palabras han sido y es de temer sigan siendo entendidas de otro modo. Se me dirá que no es prudente tratar con el mismo amor acuciante de perfección a lo propio y a lo ajeno, que hay que acomodarse al uso general de cubrir de convencionales elogios la obra extranjera, expresivos en el fondo de un frío e ignorante desprecio. Mas pese a todos los riesgos de la incomprensión y de la susceptibilidad, creo que se debería preferir siempre—subjetiva y objetivamente—la crítica exigente y cordial a la cortesía helada de la indiferencia.

F. de C.

AGUINAGA TELLERIA, Antonio de: "Derecho del Trabajo". Madrid, 1952, Gráficas González.

Es el "Derecho del Trabajo" de Antonio de Aguinaga el segundo de los volúmenes de la colección "Doctrina y Legislación Social", del primero de los cuales, "Historia y Doctrina Político Social", hemos dado cuenta en esta misma sección del "Anuario".

En la rama del derecho laboral, en España, existen obras que pudieramos llamar clásicas: unas anteriores al Movimiento Nacional como las de Bergamín, Bernaldo de Quirós, Alvarez y Blanco, Granizo y Rothvos, Callejo de la Cuesta Gallart y Folch y Alfonso Madrid; otras surgidas con posterioridad a la promulgación del Fuero del Trabajo, que al estatuir las líneas básicas de lo económico-social del Nuevo Estado, deja, en gran parte, anticuada la doctrina anterior a su publicación, que había brotado alrededor de unos supuestos distintos, y postula nuevas obras doctrinales que expliquen e interpreten el contenido y alcance de sus disposiciones; aparecen así una serie de estudios monográficos y de tratados generales de derecho social y laboral—no vamos ahora a profundizar en la cuestión terminológica—, algunos de positivo mérito como las obras de Hernáinz Márquez, Pérez Botija, García Oviedo, Pérez Leñero, Espejo de Hinojosa y Sánchez Pascual, y recentísimamente la de Menéndez Pidal, cuyo recensión hacemos en otro lugar. La obra de Antonio de Aguinaga, objeto de esta nota, está en la misma línea de las últimamente citadas, y es una recopilación clara, concisa y jugosa del derecho positivo español, de trabajo vigente en la actualidad—con exclusión de las disposiciones sobre previsión y Seguros Sociales, que serán objeto de otro volumen a cargo de Mariano Ucelay Repollés en la colección a que pertenece el que comentamos—, que servirá de mucho, indudablemente, a los opositores al cuerpo de Inspectores de Trabajo, cuyo programa, contesta, que tendrá con seguridad gran éxito editorial, que será texto obligado del alumnado en muchas Universidades, Escuelas Sociales, etc., etc.; pero en la que echamos de menos, quizá debido al propósito fundamentalmente pedagógico del autor, un mayor esfuerzo constructivo; es obra de recopilación de leyes y doctrina, y en tal sentido su utilidad es evidente y ha sido declarada, por Orden del Ministerio de Trabajo de 31 de julio de 1952. En definitiva, el autor

logró el propósito que le indujo a escribir su obra, y cumplidamente por cierto, siendo de lamentar que no fuera más ambicioso, pues el libro escrito con mayor profundidad y menos rápidamente hubiera podido dejar huella decisiva en los estudios sobre derecho del trabajo en nuestra patria.

La materia tratada está dividida en cuatro títulos. En el primero de ellos trata el autor en sucesivos capítulos del concepto del derecho del trabajo, que concibe con criterio amplísimo como el conjunto de principios y normas que regulan y tutelan el trabajo humano en todos sus aspectos, de su historia, del derecho al trabajo, de la dignidad del trabajo, del derecho internacional del trabajo y de las fuentes del derecho del trabajo. En este título trata Aguinaga con su lucidez y claridad habituales los puntos abordados; quizás su amplia concepción del derecho de trabajo le hubiera debido llevar a dar otro plan a la obra y concretamente en este título aumentar algún capítulo; sin embargo, precisa tener en cuenta que según el prólogo se escribió este libro con pie forzado de contestar a un programa de oposiciones, ello le absuelve, como a todas las "contestaciones"—que han contribuido cual ninguna otra a la formación de una cultura jurídica en los campos civil e hipotecario y en menor cuantía en las restantes ramas del derecho—de los defectos de arquitectura expositiva que pudieran encontrársele.

El segundo título estudia la ordenación del trabajo, y en él se trata —permítasenos la expresión—de la vida y milagros del contrato de trabajo, constituyendo la parte más importante de la obra. Se dedican sendos capítulos al contrato de trabajo, al de aprendizaje, al trabajo a domicilio y servicio doméstico, al trabajo de mujeres y menores, al trabajo marítimo, al trabajo en los centros estatales, al trabajo de extranjeros en España, al salario (dos capítulos), a la clasificación profesional, a la jornada de trabajo, al descanso en el trabajo, a la seguridad e higiene en el trabajo, a los jurados de empresa y a la suspensión y extinción del contrato de trabajo. Las cualidades del autor que quedan apuntadas anteriormente se patentizan de modo singular en este título, en que existen páginas de positivo mérito, en muchas de las cuales se aprecian pinceladas de una originalidad atrayente, atisbándose construcciones propias del autor que en muchos casos no se desarrollan del todo; se avalora el texto de la obra con notas que lo descargan de citas, facilitando su lectura, en las que se resume doctrina, legislación y jurisprudencia administrativa y judicial.

El título tercero trata de la parte orgánica del derecho del trabajo y se estudia en él brevemente la administración del trabajo (el Ministerio, las Delegaciones y la Inspección del Trabajo) y la jurisdicción laboral (Magistratura de Trabajo y Tribunal Central de Trabajo).

El título cuarto trata de la legislación extrametropolitana, estudiándose en él las peculiaridades del derecho laboral en Marruecos y Colonias.

Termina la obra con un apéndice recogiendo las últimas disposiciones sobre las materias tratadas—tributo obligado de toda obra sobre cues-

tiones laborales a la fluidez de "lo social" que postula constante e interrumpido movimiento normativo—, índices alfabéticos de autores y materias e índice general.

Magníficas la tipografía y encuadernación del libro.

José María A. DE MIRANDA

Magistrado de Trabajo

CALASSO, Francesco: "Introduzione al Diritto comune". Milán, 1951,
XIII + 391 págs. y seis láminas.

A sentar los presupuestos para un mejor conocimiento del Derecho común, está dirigida la presente obra de Calasso, muchos de cuyos capítulos habían ya sido dados a la publicidad en diversas ocasiones. Aun cuando todos y cada uno de estos capítulos están dedicados al estudio del problema histórico del Derecho común, y el autor ha buscado la armonía a través de una ordenación lógica, la independencia de cada una de las partes sigue manifestándose a través de la compilación. La cual, si constituye una ventaja en el sentido de que es posible la consulta aislada de este o aquel capítulo, puede interpretarse como un inconveniente para aquel lector que pretenda obtener un esquema claro y conciso de lo que fué el Derecho común. El autor, en unas páginas preliminares, nos advierte ya que su obra no tiende a explicar en qué consistió el Derecho común, sino que su pretensión es la de presentar un haz de problemas fundamentales. Con ello se tiende a proporcionar a los estudiantes de Derecho común una orientación general que acaso no pudiese conseguirse—según el autor—a través de una exposición preordenada, al mismo tiempo que se excita el interés del jurista culto y se presenta al especialista en Derecho común una síntesis del propio pensamiento del autor.

El capítulo I ("Tradizione e critica metodologica"), uno de los pocos que no había sido publicado con anterioridad, contiene un análisis de los puntos de vista que, con respecto al Derecho común, han sido mantenidos desde los tiempos de la Pandectística alemana hasta nuestros días. Una particular atención se dedica a la obra de Savigny y a su posterior influjo, pasándose revista a las ideas de Conrat, Bonfante, Vinogradoff, Riccobono y Koschaker. El autor rechaza la caracterización del Derecho común como Derecho romano modernizado, adaptado a nuevas condiciones de vida.

En el capítulo II ("Il concetto di diritto comune"), que vió ya la luz en 1934, se aborda el problema del concepto del Derecho común, haciendo ver la insuficiencia de una concepción estática de este fenómeno histórico.

El capítulo III ("Il problema storico del diritto comune"), que apareció por primera vez en 1939, fué sugerido, según se nos dice, por la lectura del libro de Besta, "Introduzione al diritto comune", Milán, 1938. El autor insiste aquí, frente a Besta, en lo insuficiente que resulta la concepción del Derecho común como un simple fenómeno de modernización y adaptación del Derecho romano a nuevas condiciones, al mismo tiempo que mantiene la posibilidad y necesidad de una valoración actual

del Derecho común en cuanto producto histórico, sin que esta valoración signifique ningún atentado contra la llamada objetividad histórica. A continuación de esta toma de posición previa se trata la cuestión de lo que el Derecho común representa en relación con la Historia del Derecho italiano.

El capítulo IV ("Il diritto comune come fatto spirituale"), dado a conocer por primera vez en 1946 como prolusión al curso de Historia del Derecho italiano, profesado en la Universidad de Roma e impreso luego en 1948, contiene una indagación sobre el renacimiento jurídico del siglo XI y sus causas. El autor reacciona contra la visión de la época del Derecho común como período separado de modo tajante del Alto Medioevo, y advierte también del error que supone implicar todo el Derecho común en la mera obra de las escuelas de Derecho.

Es sabido que la tradición historiográfica tiende a asimilar el problema de las relaciones entre humanismos y Derecho al de los influjos de la cultura humanística sobre la Ciencia jurídica, haciendo contrastar el fervor que empujaba a literatos y filólogos al redescubrimiento de la antigüedad clásica con la insensibilidad y aislamiento de la Ciencia jurídica que se inicia a fines del siglo XI. El capítulo V ("Umanesimo giuridico") constituye una reacción contra esta imagen que proporciona la tradición historiográfica, y en él se mantiene la existencia de profundos impulsos humanísticos en la Ciencia del Derecho de aquella época. "A finales del siglo XI, cuando tan lejano estaba aún de su despertar cualquier otro campo del saber, los juristas habían ya sufrido los mismos estremecimientos que un Petrarca o un Boccacio, un Poggio o un Traversari, experimentarán algunos siglos más tarde el desenterrar de entre las ruinas de las abadías las obras desconocidas de Cicerón y de Propercio, de Tácito y de Quintiliano" (pág. 197). Según el autor, no es justo afirmar que esos juristas se limitan a discurrir por los cauces de una modesta exégesis textual: su esfuerzo va más allá en tanto que no se detienen, como se ha pretendido, en la solución de problemas de mera lógica, sino que tienden a superar primordiales problemas de vida.

En el capítulo VI ("Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune") se considera el problema histórico del "ius proprium" en el sistema del "ius commune", indagándose la conexión entre el Derecho antiguo y el nuevo a través de una caracterización del Derecho vulgar como Derecho vivido. El autor acepta el parangón entre latín vulgar y Derecho romano vulgar, parangón al que ya la Escuela Histórica había recurrido en diversas ocasiones y que luego había de ser ampliamente utilizado por Brunner. Pero la comparación no se acepta en el mismo sentido que Brunner, ya que el moderno concepto de latín vulgar difiere del que se tenía en la época de este autor. El latín vulgar no es un latín plebeyo, un latín bajo y corrompido, sino que es simplemente el latín hablado. Igualmente el Derecho vulgar es el Derecho vivido, cuya vida no se detiene en los comienzos de la Edad Media y que en documentos de los siglos IX y X aparece bautizado como "romana lex", lo mismo que se conoce con el nombre de "romana lingua" al latín hablado, frente a la

"latina lingua", que representa el idioma de los textos literarios antiguos. Y este Derecho vulgar, representado por los diversos Derechos romances del Occidente romanizado, no debe verse como una simple mezcla de elementos prerromanos, romanos y bárbaros, sino esencialmente como la continuación del Derecho romano vivido. Al epílogo de esta corriente popular asistimos cuando después del siglo XII queda englobado en el sistema del Derecho común el "ius proprium"—"que no fué otra cosa sino el Derecho romance, codificado en la prodigiosamente rica legislación estatutaria y que puede ya llamarse Derecho italiano" (página 227)—, incorporación que no hubiera sido realizada como lo fué de no ser fundamentalmente el Derecho nuevo Derecho romano vulgar convertido en Derecho romance.

El capítulo VII lleva por título "La const. "puritatem" del Liber Augustalis e il diritto comune nel Regnum Siciliae". Fué publicado ya en 1940 y, simultáneamente, en los "Studi in onore di Carlisse" y en la "Riv. di storia del dir. italiano". En él se aborda el tema del alcance que en la realidad jurídica de la época tenían el Derecho longobardo y el romano, citados ambos en la aludida constitución como "iura communia".

"In orbem terrarum" es la rúbrica del capítulo VIII, expresión ya utilizada para referirse a la difusión del Derecho común por un jurista inglés del siglo XVII—Arturo Duck—autor de una obra sobre la observancia y la autoridad del Derecho romano en los dominios de los principes cristianos. En este último capítulo se traza un esquema de la penetración del Derecho romano justiniano en los distintos países, y se alude a las circunstancias y motivos que favorecieron esa penetración. Así, son estudiados separadamente los casos de Francia, Inglaterra España y Portugal. Pero se incluyen también especiales referencias más o menos extensas a otros países en los cuales, si bien el Derecho nacional, completamente extraño a la civilización latina, resistió tenazmente y no se dejó suplantar, el influjo del Derecho romano aparece evidente en la obra misma de la codificación de aquel Derecho, así como en la suavización de costumbres demasiado rudas. Tales son los casos de Noruega y Polonia. A continuación se traza el cuadro de la penetración del Derecho romano en Alemania—fenómeno que tuvo aquí "una historia dramática y aspectos sorprendentes"—y se alude, por último, a otras regiones europeas y extraeuropeas. Entre éstas al Brasil, donde la penetración del Derecho romano tiene como primordial vehículo las "Ordenações filipinas" de 1603. Ante el panorama que presenta la extensión, en sus diversas vicisitudes, del Derecho común "in orbem terrarum", se concluye que el fenómeno sólo es explicable a través de la bondad intrínseca de las leyes romanas y de la gran tradición científica italiana.

Un repertorio bibliográfico razonado y sistemático, un índice alfabético y un índice-sumario completan esta "Introduzione al diritto comune", cuya importancia e interés esperamos traslucean a través de las líneas, necesariamente poco explícitas, de esta reseña.

CICU, Antonio: "Testamento". Segunda edición aumentada. Giuffrè. Milán, 1951; 261 págs.

La primera edición del presente trabajo de Cicu apareció formando parte de su anterior obra "Le successioni" ("Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento"), Giuffrè, Milán, 1947. A lo escrito entonces en materia testamentaria se añaden ahora cuatro nuevos capítulos que versan sobre la vocación testamentaria en relación con la capacidad de recibir (Cap. VI), sobre el llamado en el testamento (Cap. VII), sobre el contenido del testamento (Cap. VIII) y sobre el ejecutor testamentario (Cap. IX). Los cinco primeros capítulos, aparecidos, como decimos, en "Le successioni" y reproducidos ahora sin alteración, tratan de la sucesión testamentaria (Cap. I), del concepto de testamento y de sus caracteres (Cap. II), del testamento como documento (Cap. III), del testamento como negocio jurídico (Cap. IV) y de la revocación del testamento (Cap. V).

Conocida es la posición de Cicu en orden a la materia sucesoria, especialmente su idea central de que la sucesión hereditaria, más que una transferencia de bienes, supone una substitución del heredero en la posición jurídica del difunto. En lo que se refiere al testamento, Cicu no se conforma con el concepto tradicional, según el cual el testamento es un acto de disposición de bienes, y cree que incluso en el vigente Código civil italiano al lado de una notación estricta de testamento como es la que aparece en el artículo 587, primer párrafo ("Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse"), se encuentra también una noción más amplia con arreglo a la cual es testamento todo acto de última voluntad, tenga o no repercusión sobre los bienes. Las conocidas y discutidas definiciones romanas de testamento atribuidas a Ulpiano y a Modestino son también tomadas en consideración en el intento de delimitar el concepto actual de testamento. Para Cicu, que parece seguir aquí los pasos del romanista Biondi, tales definiciones revelan que ya en el testamento romano la designación de heredero no era característica esencial.

Apenas es necesario advertir que el presente trabajo de Cicu constituye no sólo un libro insustituible en Italia—ya que la obra relativamente moderna de Allara, "Il testamento", segunda edición, Padua, 1936, está realizada con base al viejo Código de 1865—, sino también una construcción doctrinal de innegable interés para el civilista español.

Javier ALONSO MARTÍN

- DE ARRILLAGA, José Ignacio: "Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas. (Según la vigente Ley de Sociedades Anónimas y la legislación extranjera.)" Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1952.

Bien puede afirmarse que la colección "Monografías prácticas de De-

recho español" de la editorial "Revista de Derecho privado", se ha enriquecido con la inclusión en ella de la obra de José Ignacio de Arrillaga, "Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas".

Si siempre es difícil hacer el resumen de una publicación en términos tales que se resalte en él lo más trascendente para que pueda formar el lector un cabal juicio del libro reseñado, todavía lo es más cuando éste se caracteriza por ser tan completo y orgánico como el que comentamos.

Como el propio título indica—que ya es exponente de la fidelidad y precisión que constituyen la tónica del comportamiento del autor—la obra se divide en dos partes fundamentales, a las que se añade una tercera, que, aun no recibiendo el nombre de tal, cabe considerar como complementaria.

La primera parte va dedicada al empréstito obligacionista. Bajo esta rúbrica general comienza por estudiarse el concepto del mismo, sus caracteres, naturaleza jurídica, antecedentes, regulación legal y función económica. Señalado así el contenido esencial de esta peculiar figura de préstamo, se pasa a examinar sus elementos, centrados en el concepto de las obligaciones; y en su desarrollo cabe resaltar el análisis comparativo de estos títulos de crédito con las acciones. Seguidamente estudia el autor con cuidado detalle el aspecto funcional o dinámico de las obligaciones, comenzando por el estudio del proceso de emisión, para seguir con el análisis de los efectos, garantías, transmisión y extinción.

La segunda parte de la monografía de José Ignacio de Arrillaga aparece referida al tema de la protección de los obligacionistas. Tras una sucinta indicación dirigida a demostrar cómo los obligacionistas, al ser unos acreedores, pueden utilizar todas las medidas de protección propias de éstos, pone de relieve que, sin embargo, las singularidades que concurren en esta clase de créditos aconsejan la existencia de específicas medidas de protección. Y dentro ya de este orden de cosas, se estudia concienzudamente el sindicato de obligacionistas y el representante común o comisario. Los dos capítulos finales se consagran a la intervención judicial y a las varias emisiones, para terminar la segunda parte de la obra con una puntualización de conclusiones.

La que nosotros hemos considerado como tercera parte, ofrece el siguiente contenido: una selecta bibliografía sobre el tema, comprensiva de obras generales y especiales; índice de autores y de disposiciones legales, tanto españolas como extranjeras; y un conjunto de apéndices relativos a formalidades de una emisión, gastos, fórmula matemática para el cálculo de la amortización, caso práctico de emisión con referencia a todos sus aspectos, rendimiento de las obligaciones sin impuesto de utilidades, gastos del pago de intereses, rendimiento de las obligaciones con impuesto de utilidades, repercusiones contables, solicitud para que las obligaciones sean admitidas a contratación en la Bolsa Oficial y formularios judiciales.

Cuando al hacer una nota de crítica bibliográfica se tiene la preocupación de ser sincero y no el deseo—a veces explicable—de complacer o estimular al autor, se experimenta un cierto temor al elogio porque

puede prestarse al equívoco. Confieso que se me ocurre esto ante el libro de José Ignacio de Arrillaga. Pero creo que no abundaría en esa sinceridad que pretendo si tal temor paliara el justo reconocimiento de los méritos contraídos por el autor.

Es una verdad, muchas veces proclamada y no siempre cumplida, la de que en el tratamiento de los temas jurídicos debe buscarse, como postulado metodológico, la aproximación entre la teoría y la práctica, o si se quiere, más ampliamente, entre la ciencia y la técnica. La visión del jurista, aun la del más puramente científico, no puede ser completa si al conocimiento de la norma en sí no une el de cómo se realiza y actúa en la vida del tráfico. El derecho es un ser, pero también un acontecer. En pocas ocasiones esta visión completa del fenómeno o problema jurídico se puede considerar tan conseguida como en la obra comentada. Arrillaga ha estudiado y ha vivido intensa y extensamente el tema objeto de su libro. Por eso agota el tratamiento de la materia; y lo mismo aborda cuestiones especulativas o sistemáticas que redacta un modelo de obligaciones; junto a los aspectos jurídicos mercantiles aborda los fiscales, los financieros y hasta los contables. Pero con ser ya muchas las ventajas que entraña el tratamiento exhaustivo, lo más meritorio de esta manera de proceder es la unidad y trabazón que logra en el estudio del conjunto y la mayor penetración que el conocimiento práctico dota al doctrinal, así como el mayor rigor que éste confiere para el análisis de las cuestiones prácticas.

Es también realidad innegable que existe una muy marcada relación entre el Derecho y la Economía. Arrillaga, personalmente, tiene que ser un convencido de este aserto, como doctor que es (con Premio Extraordinario) en Derecho y en Ciencias Políticas y Económicas. La realidad de tal relación es—repetimos—innegable; pero las extralimitaciones a que se presta son muchas. Resulta difícil lograr el equilibrio, la ponderación; y también éstas son metas felizmente alcanzadas por Arrillaga. El Derecho no pierde nunca su dignidad rectora ante un tema de contenido tan acuciantemente económico como el de la emisión de las obligaciones.

La obra a que ha dado cima Arrillaga responde a una necesidad realmente sentida. Los tratadistas de Derecho mercantil, en sus exposiciones generales, estudian esta materia con una forzosa limitación, derivada, no sólo del carácter de tales obras, sino sobre todo del hecho de que muchos aspectos de la emisión de las obligaciones y la protección de los obligacionistas escapan del ámbito propio de esa rama del Derecho. La bibliografía española sobre la especialidad sólo contaba hasta la fecha con algún artículo de revista o alguna conferencia, necesariamente fraccionarios e incompletos. El estudio monográfico estaba por hacer. Tampoco la jurisprudencia había tenido ocasión de suministrar los provechosos elementos de juicio que ha facilitado a propósito de tantas instituciones. Si a esto se une la parvedad legislativa—sólo superada por la reciente Ley de Sociedades anónimas—, fácilmente se comprende que la obra de Arrillaga viene a ocupar un puesto inexplicablemente vacante.

Y aunque siempre hubiera llegado con oportunidad, ésta se redobla al aparecer poco tiempo después de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades anónimas, que regula por primera vez en España, de modo sistemático, los empréstitos obligacionistas hechos por tal clase de sociedades. Esta legislación constituye el núcleo central tenido en cuenta. Pero no el único; en primer lugar, porque a la emisión de obligaciones también pueden acudir sociedades distintas de las anónimas, y el trabajo de Arrillaga tiene ese más amplio alcance; y en segundo lugar, porque, abundando en una actitud frecuentemente adoptada por los juristas españoles—y muy poco apreciada y mal correspondida por los extranjeros—Arrillaga tiene en cuenta la legislación y la doctrina de los más importantes países europeos y americanos, con lo que dota a su obra de un marcado carácter comparativo.

Por lo demás, hay que augurar a esta publicación un importante cometido en el terreno de la llamada —no muy propiamente—política legislativa. Después del paso dado por la Ley de Sociedades anónimas y ante el incremento de la industria nacional, cabe pensar en una ordenación general dirigida a proteger los intereses de los obligacionistas y de las sociedades deudoras. No hay duda que, de emprenderse esa labor, se verá grandemente facilitada con la obra de José Ignacio de Arrillaga.

Antonio HERNANDEZ-GIL

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ: "Actes de la Conference convoquée par le Gouvernement Royal des Pays-bas sur un projet de convention relatif à une Loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels". La Haye, 10 novembre 1951. Rome, 1952.

Por iniciativa del Instituto para la Unificación del Derecho privado de Roma, el Gobierno holandés convocó una Conferencia diplomática para examinar, en primera lectura, el Proyecto de Ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles corporales, redactado por dicho Instituto. A la Conferencia asistieron delegados de veinte Gobiernos y enviaron observadores otros cinco y tres organizaciones internacionales.

La publicación reseñada recoge el texto del Proyecto de la Ley Uniforme y un resumen de las discusiones y resoluciones de la Conferencia. Tienen un especial interés, para conocer la importancia y alcance del Proyecto: la exposición hecha por E. Rabel sobre los fundamentos de la Ley Uniforme y las ponencias sobre: la entrega de la cosa vendida y la transferencia de los riesgos (S. Hamel), sanciones en caso de mora y defecto de entrega (E. Rabel), otras sanciones de obligaciones que no son las de entrega y por defecto de la cosa (H. Ussing), garantía a causa de defectos de la cosa (V. Angeloni), indemnización de daños y perjuicios y su evaluación (L. Frederiq), relaciones entre la Ley Uniforme, la voluntad de las partes, los usos y las leyes nacionales (F. de Castro), ámbito de aplicación de la Ley Uniforme (M. Gutzwiller), posibilidad de completar la Ley Uniforme, insertando disposiciones sobre ciertas cláusulas.

sulas usuales en el comercio internacional (B. A. Wortley), o bien insertando reglas que fijen el momento de la conclusión del contrato (E. M. Meijers) y sobre el programa de los trabajos ulteriores en materia de unificación del Derecho de venta (A. Baggé).

El Proyecto de Ley Uniforme es de alta calidad técnica y puede ser de una gran importancia práctica; merece, por tanto, que se le dedique un estudio detallado; está siendo examinado por un grupo de juristas en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y esperamos poder dar cuenta en su día del resultado de sus trabajos.

R.

LADARIA CALDENTEY, J.: "Legitimación y apariencia jurídica". Editorial Bosch, Barcelona, 1952, XVII, 257 páginas.

Para un adecuado estudio de la presente obra, de notoria trascendencia en nuestra literatura jurídica por consagrarse en ella un tema hasta ahora apenas esbozado, parece preferible partir de un ligero resumen de su contenido para luego entrar en una valoración crítica de la misma.

I. Como definición inicial de la legitimación, nos ofrece el autor la siguiente: "El reconocimiento, hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado". Se trata de un presupuesto subjetivo-objetivo de la eficacia del acto jurídico (1), no de su validez, por no constituir su falta un vicio estructural del acto. Como presupuesto de eficacia, se coloca junto a las condiciones, "facti" y "iuris". No obstante, excepcionalmente, puede ser presupuesto de validez, cuando la Ley así lo establezca (ejemplos: artículos 1.160, 1.461, 618, 624, 634, 635, 1.857 y 1.862 C. c., etc.). Tampoco es la legitimación presupuesto de licitud del acto.

La legitimación tiene especial interés en relación con la delimitación de esferas jurídicas. La invasión de una esfera jurídica ajena sin la correspondiente legitimación (indirecta o extraordinaria, V. infra) determina la irrelevancia del acto para el titular de la esfera afectada, si bien puede ser eficaz inter partes (eficacia meramente obligatoria, para la que se goza de legitimación directa: de aquí la eficacia, en nuestro Derecho, de la compraventa de cosa ajena).

La posibilidad de obrar que supone la legitimación es a veces un derecho subjetivo, y otras, una facultad o un poder jurídico.

La legitimación y otros conceptos afines: a) capacidad: la legitimación se refiere a una relación del sujeto con el objeto del acto, la capacidad no. b) Apariencia: ésta es sólo una de las posibles causas de la legitimación. c) Poder de disposición: rechaza las posiciones contrarias al poder de disposición como concepto autónomo. Para el autor, dicho

(1) Afecta no sólo a los negocios jurídicos, sino también a los actos de derecho, es decir, a todos los actos jurídicos estructuralmente lícitos, restringiéndose el libro reseñado al campo del Derecho Privado.

poder forma parte del contenido de un derecho subjetivo y autoriza al titular para disponer de él, siendo así el fundamento de la legitimación directa para disponer. Respecto de derechos ajenos, cabe una legitimación para disponer, pero nunca un poder de disposición. d) Autonomía de la voluntad: la legitimación, en cuanto reconocimiento por el Derecho de la posibilidad de realizar actos jurídicos, es un presupuesto lógico de la autonomía privada. e) Legitimación procesal, notarial y registral: la primera es un aspecto de la teoría general de la legitimación, e igual cabe decir de la tercera. No se debe en cambio aceptar la legitimación notarial. f) Prohibiciones: las prohibiciones perfectas (de eficacia real) excluyen la legitimación para el acto, las imperfectas sólo su licitud.

Clases de legitimación: La clasificación fundamental (2) es la que distingue: a) legitimación directa: es la legitimación del titular del derecho o facultad autónoma de los cuales el acto es ejercicio. b) legitimación indirecta: es la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, respetando la titularidad. c) legislación extraordinaria: es la basada en la apariencia jurídica, es decir, la del titular o representante aparente.

Después de una referencia a la génesis doctrinal de la teoría de la legitimación, se estudia detenidamente cada una de las antes citadas clases de legitimación: A) Directa: se estudian los distintos tipos de titularidad (3), siguiendo fundamentalmente a De Castro, examinando en cada caso cómo el ámbito de la legitimación viene determinado por la naturaleza de la titularidad; pero la titularidad no se identifica con la legitimación: ésta es sólo el reconocimiento de la posibilidad de ejercitarse el derecho o la facultad de que se es titular. Por tanto, la titularidad es el fundamento de la legitimación. Especial atención se dedica a la titularidad fiduciaria, que para el autor engendra legitimación directa, aunque el fiduciario actúe en interés ajeno.

B) Indirecta: Son casos de este tipo de legitimación: a) La representación, tanto la voluntaria como la de los incapaces y de las personas jurídicas. La ratificación es un medio de subsanación de la falta de legitimación del que actúa en nombre ajeno. b) La gestión de negocios ajenos, en que la legitimación del gestor emana directamente de la Ley. c) La sustitución: es la actividad desarrollada en nombre propio y en predominante o concurrente interés propio (4), pero destinada a desplegar su eficacia sobre una esfera jurídica ajena. Casos: artículos 507, 1.869

(2) También clasifica el autor la legitimación con arreglo a la naturaleza de los actos a que afecta, según que el reconocimiento se haga directamente por la Ley o a través de la voluntad privada, y según sea exigida unilateral o bilateralmente.

(3) Además de la titularidad normal, la transitoriamente indeterminada, la temporalmente limitada, las carentes de firmeza, los derechos con titular mediatamente determinado, la cotitularidad, la posibilidad de obrar de las personas interesadas, los derechos del poder jurídico, las prohibiciones, los límites al ejercicio de los derechos, la pérdida de la titularidad por no ejercicio, etc.

(4) Admite el autor en ciertos casos la sustitución en interés del substituido: así en los supuestos del albacea, de los síndicos del concurso o de la quiebra, de los artículos 747, 749 y 831 C. c., de fiducia testamentaria, etc.

y 1.111 C. c., legitimación del gestor en la comunidad en mano común, del cotitular solidario y de algunos de los considerados por la doctrina como titulares de poderes de disposición sin atribución patrimonial .d) La autorización, considerada como la manifestación unilateral y recepticia de voluntad por la que una persona faculta a otra para realizar en su nombre, sobre la esfera jurídica de aquél, un acto material o un negocio jurídico que sin dicho asentimiento sería ilícito por significar una legítima invasión de la esfera jurídica ajena. Por el mecanismo de la autorización se explican la llamada representación mediata, cuando produce efectos directamente para el representado, y la delegación.

C) Extraordinaria: Como introducción a su estudio, se analizan, siguiendo fundamentalmente a Carnelutti, los medios de publicidad. Estos (situaciones posesorias, en sentido amplio, y situaciones registrales), si están en discordancia con la titularidad que deben exteriorizar, crean supuestos de apariencia jurídica. El titular apparente tiene un verdadero poder jurídico para actuar eficaz, aunque ilícitamente, sobre la esfera jurídica ajena. Por ello, su legitimación debe ser calificada de extraordinaria mejor que de apparente. A continuación se examinan las diversas manifestaciones de esta legitimación, distinguiendo los actos de goce y conservación y los de disposición, y dentro de cada uno de éstos, las situaciones posesorias y las registrales. La exigencia de buena fe en el tercero se explica, no como requisito positivo, sino en cuanto que la mala fe es un obstáculo a la eficacia del acto dispositivo del no titular. Se analiza brevemente la legitimación del representante apparente, y como conclusión, se sostiene la inexistencia en nuestro Derecho de un principio general de protección de la apariencia.

En capítulos sucesivos se estudia la adquisición de la titularidad real por el titular apparente (usucapión), y los supuestos de colisión entre situaciones de apariencia. Finalmente, en los tres últimos capítulos, se hace aplicación de las doctrinas expuestas a los títulos-valores, al régimen económico-matrimonial y al heredero apparente (5). En materia de régimen de la sociedad conyugal, se hace un interesante estudio de la distinción entre la capacidad de la mujer casada y la legitimación de ambos cónyuges para realizar actos en orden a los bienes comunes o privativos (6). Respecto del heredero apparente, el autor defiende una tesis sustancialmente análoga a la de Jordano Barea (7), es decir, contraria a la admisión de una protección general de los actos del heredero apparente.

(5) Previamente al heredero apparente, se analizan los fenómenos de legitimación en materia de aceptación y repudiación de la herencia, y en la situación de ésta antes de la aceptación.

(6) Por ejemplo, entiende el autor que el consentimiento del marido exigido por el artículo 1.416 C. c. para que la mujer obligue a la sociedad de ganancias no equivale a su licencia para completar la capacidad de la mujer, sino que supone un acto por el que el marido concede a su esposa la legitimación de que ésta carece por sí para obligar a la sociedad. La distinción tiene las naturales consecuencias en caso de falta del aludido consentimiento.

(7) V. La teoría del heredero apparente y la protección de los terceros. An. Der. Civil, III-3, 1950; págs. 668 ss.

Precede a la obra un prólogo del Profesor Hernández Gil, y concluye con un índice bibliográfico.

II. Valoración crítica.—Es preciso partir de la base de que la obra examinada supone una aportación seria, valiosa y de gran trascendencia a nuestra literatura jurídica actual, alcanzando el elevado nivel de rigor y solvencia científicas que caracteriza a la producción de nuestros mejores juristas de la hora presente. Nos pone además en contacto con un autor joven (la obra reseñada es su tesis doctoral), pero ya con un notable grado de madurez en las soluciones y en el manejo del Derecho positivo. Entrando más de lleno en el examen crítico del libro, hemos de apuntar:

1. Como es sabido, la doctrina española ha empezado recientemente a preocuparse del fenómeno de la legitimación, en el sentido amplio que a esta expresión técnica da la reciente literatura italiana. Pues bien, el libro analizado representa, sin duda, la consagración definitiva de este tema en España, bajo la forma de una adhesión casi incondicional a los postulados fundamentales de la citada doctrina italiana. De aquí su especial trascendencia, ya que, aunque el autor no lo señala, la tendencia de nuestros juristas era, hasta ahora, más bien contraria a la admisión del nuevo concepto (8). Se trata, sin duda, de una muestra más de la cada vez más acentuada influencia de los autores italianos modernos en muchos de nuestros juristas jóvenes, influencia que, si bien es decisiva en el nivel científico que la doctrina española va alcanzando, no está exenta de graves peligros, entre ellos el de hacer fracasar la actual promesa de una escuela jurídica auténticamente española. Hay que señalar, sin embargo, de una parte, que el autor no se deja arrastrar por los excesos constructivistas de la escuela italiana, manteniéndose en este aspecto en un plano de prudencia muy elogiable, y de otra, que en todo momento procura conservar el contacto con nuestro Derecho positivo, adaptando a él en cada caso con bastante buen sentido las doctrinas importadas.

2. Si bien esperamos dedicar en breve un estudio a exponer nuestras propias ideas sobre el tema de legitimación, es preciso anticipar que la objeción fundamental que, a la vista de la obra comentada, parece imponerse contra la teoría sustentada en ella, es la que hace referencia a la existencia o inexistencia de un poder jurídico que sirva de apoyo o fundamento a la legitimación. El autor nos dice que no cabe un poder autónomo de disposición distinto del que se integra en el contenido del derecho en cuestión y que corresponde al titular del mismo. No obstante, en toda legitimación, aun la del no titular, se da un poder jurídico (página 11), que, al parecer, aunque sirva para disponer, no es poder de disposición (V. pág. 152). Lo que no se nos aclara totalmente es si ese poder es algo previo a la legitimación o simple consecuencia de ésta. Pues bien, si ese poder previo no existe, es decir, si el concepto de legitimación viene a sustituir al de poder jurídico, potestad, etc., todo se

(8) Señalaremos bibliografía sobre esta tendencia en nuestro ulterior trabajo sobre la materia que más adelante anunciamos.

reduce a un cambio de terminología no suficientemente justificado, o a una especie de prestidigitación por la que se nos intenta sustraer toda explicación o fundamentación del reconocimiento que hace el Derecho de una determinada posibilidad de obrar (9). Si, por el contrario, la legitimación se funda en un poder conceptualmente previo, parece innecesario crear un nuevo concepto, pues el hecho de que pueda realizar un acto quien tiene un poder previo para ello no merece sin duda la construcción de una teoría especial para explicarlo.

3. La refundición, en una teoría general, de la legitimación como requisito de todo acto jurídico, y de la eficacia de la apariencia jurídica no es, a nuestro juicio, totalmente adecuada. Hay en contra de ella las dos razones siguientes: a) La protección de la apariencia supone un complejo proceso de abstracción respecto de la existencia o inexistencia de un poder jurídico para realizar un determinado acto, proceso análogo en cierto modo al que se opera en materia de abstracción de la causa. Este proceso es el que aquí justifica la creación de una teoría especial, innecesaria como hemos dicho en el resto de los casos que se trata de agrupar en la pretendida doctrina general de la legitimación. b) La protección del tercero en los actos dispositivos del titular aparente no puede ser enfocada a través de la existencia de un poder previo en dicho titular para disponer del derecho ajeno con plena eficacia. Parece inmoral y contrario a todo principio jurídico admitir que el Derecho reconozca un poder para verificar actos ilícitos. La protección se centra en el tercero precisamente, y en su confianza en la apariencia: se le protege "aunque" el enajenante no tuviera potestad para realizar la transmisión.

Nos parece, en cambio, plenamente acertada la posición del autor en lo relativo a la inexistencia en nuestro Derecho de un principio general de protección de la apariencia, con su corolario de inexistencia de un principio análogo en cuanto al heredero aparente.

4. A pesar de todo lo dicho, la obra comentada es sumamente útil, no sólo por cuanto tiene de divulgación en España de una de las más interesantes creaciones de la moderna doctrina italiana, sino porque a través de sus sugerencias y del planteamiento dado a los problemas, puede servir de base para una ulterior elaboración en la materia. Son de particular interés a este respecto: la noción, muy manejada por el autor, de esfera jurídica de la persona; el planteamiento del problema de la legitimación en estrecha conexión con el de la existencia o inexistencia de un poder jurídico en orden a la realización de determinados actos; la interesante aplicación de la llamada legitimación directa a los actos obligacionales referentes a esferas jurídicas ajenas; la elaboración dada al

(9) Por ejemplo, si admitimos que el albacea carece de un poder o potestad, independiente de la legitimación, para realizar ciertos actos relativos a la herencia, parece que lo único que con aquélla se logra es soslayar, con el empleo de una palabra, las dificultades sobre la naturaleza y caracteres del poder jurídico en virtud del cual actúa. Si, por el contrario, entendemos que tal poder existe, y es previo a la legitimación, ésta resulta totalmente inútil.

concepto de autorización, y su relación con otras figuras jurídicas; la distinción entre capacidad y legitimación en materia de régimen económico-matrimonial, etc.

5. En cuestiones más de detalle, podemos señalar algunos puntos de discrepancia personal respecto de las opiniones del autor: a) Si se admiten las definiciones que el autor da de sustitución y de autorización (págs. 84 y 97), el único criterio posible de distinción entre ambas, que no se nos da, es el de que la primera emane de la Ley, y la segunda de negocio jurídico. b) No creemos admisible la aplicación al nasciturus del mecanismo de la representación legal (pág. 103). c) Parece excesivamente estrecho el concepto de notificación (pág. 109). d) No entendemos adecuado hablar de inscripción constitutiva en materia de hipoteca, ni del carácter constitutivo de la tradición en la transmisión del dominio (págs. 111-112) (10). e) Contra lo que se afirma (pág. 167), parece posible la colisión de apariencias registrales, siempre que se trate de derechos compatibles.

La bibliografía es muy completa, salvo alguna pequeña omisión (11).

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

MEDINA PEREZ, Pedro Ismael: "Los contratos cinematográficos". Madrid, Publicaciones de la Dirección General de Cinematografía y Teatro, 1952; 333 págs.

Dos circunstancias concurren en esta obra: el ser la tesis doctoral de su autor y centrar una gama de problemas jurídicos con un criterio material objetivo: el cine. La primera nos advierte de un contenido doctrinal confirmado en la lectura del libro, a diferencia de las meras recopilaciones de normas, más o menos completas y más que menos equívocas que sobre el cine circulan.

El ser el cine el núcleo determinador del estudio pone en su haber la valentía de atacar a fondo el problema de la naturaleza jurídica y elementos de unos contratos aún vírgenes en la doctrina española. Con la circunstancia, además, de que la ausencia o inadecuación de las fuentes legales, han llevado al autor al estudio de los contratos en la realidad: a las cláusulas con que nacen y efectos en que normalmente se desarrollan. El material empleado por Medina Pérez es extralegal y, por tanto, más difícil y peligroso de manejar con ortodoxia jurídica. Quizá la excesiva preocupación del alejamiento ha llevado a pecar por exceso al autor, al no salir de viejos cauces conceptuales o hacerlo con la escasfan-

(10) V. Núñez Lagos, *El Registro de la Propiedad español*, Sep. de la Rev. Cr. Derecho Inm., 1949; págs. 15 ss.

(11) Por ejemplo, la del estudio de Gómez Orbaneja sobre "Legitimación y representación", Colegio Notarial de Barcelona, Curso de Conferencias de 1947; págs. 21 ss. Alguna otra omisión se explica por estar sin duda redactado el libro en una fecha algo anterior a la de su publicación: así la de la monografía "Azione e legittimazione", de Monacciani, publicada en 1951.

dra de la "especialidad" y el "atipismo" que nos deja sin resolver el problema de la naturaleza a no tomar el trabajo de inducirla de los bien sistematizados efectos.

El núcleo objetivo entraña otro peligro. Alrededor del cine se han agrupado en la obra tres contratos: filmación, distribución y exhibición. Tres contratos de perfil jurídico distinto han de sentir por fuerza la presión excesiva que es necesaria para encajarlos bajo unas mismas líneas maestras. La cuestión tiene importancia, pues, si bien el estudio de cada contrato tiene en el libro suficiente agilidad por la independencia de los capítulos de la obra, se concluye la conveniencia de elaborar un "Código de Derecho cinematográfico", que, a cambio de una difícil amalgama de relaciones jurídicas sin un común denominador, sería una escisión externa más en el tronco del Derecho privado, con los riesgos que lleva siempre consigo.

A pesar del título de la obra, al estudio del contrato de filmación precede el de los derechos de autor que, en el cine, presentan una heterogeneidad y complejidad desusada. No es extraño que la ley de propiedad intelectual se haya apartado tanto de la realidad que apenas resulte utilizable. El estudio es claro y bien trazado; aunque la conclusión no convence porque la llamada coautoría de la obra cinematográfica, aun en el caso de que la aportación de los coautores fuese cualitativamente la misma, está bastante lejos de la comunidad típica.

El estudio de los contratos ya citados presenta a continuación las mismas características de sistema, aun cuando las conclusiones doctrinales sean en algunos puntos discutibles.

La obra está lograda y constituye el único planteamiento dogmático en nuestra doctrina. Desde el punto de vista práctico constituye una exposición completa seguida de útiles apéndices. Es imposible prescindir de ella.

José María DESANTES

MENENDEZ PIDAL, Juan, Magistrado Inspector general de las Magistratura del Trabajo. Magistrado del Tribunal Central del Trabajo (en comisión). "Derecho Social Español". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952; dos volúmenes.

En esta misma Sección del "Anuario" dábamos cuenta el año pasado de la aparición en las librerías de la segunda edición del Derecho Procesal Social, de Juan Menéndez Pidal y de Montes; indicábamos allí que, por preparación teórica y práctica en el ejercicio de su función, podía considerársele como el más destacado de los procesalistas, dentro de la especialidad del campo social, y a su obra, como la más fundamental e importante aparecida sobre aquella materia.

Con el Derecho Social objeto de esta recensión, podemos asegurar que reatirma su autor en el campo del Derecho social material, el preeminente puesto que como procesalista del trabajo tiene ganado. La dedi-

cación a los estudios procesales no ha impedido a Menéndez Pidal (cuya capacidad de trabajo asombra y cuya firma aparece continuamente en publicaciones profesionales) tratar de cuestiones de Derecho social material en sus trabajos, pero hasta la fecha no había emprendido la tarea de lanzar una obra de carácter general como la que comentamos.

Desde la promulgación del Fuero del Trabajo, que señala decisivas directrices en el campo de lo social, aparecen en nuestra patria obras sobre derecho del trabajo que remozan la doctrina anterior, algunas de ellas valiosísimas, como las de García Oviedo y Pérez Botija, Catedrático de Universidad, o la de Hernáinz Márquez, Magistrado de Trabajo, cuyas ediciones se multiplican y son el mejor exponente de su aceptación por el público estudioso, la de Pérez Leñero, Inspector de Trabajo, que muestra especial predilección por fundar las instituciones laborales en la justicia conmutativa, y más recientemente las de Espejo de Hinojosa y Sánchez Pascual y Aguinaga Tellería. Entre toda esta literatura sobre el Derecho social, la obra de Menéndez Pidal ocupa un lugar destacado ganado por derecho propio; es, a nuestro juicio, la obra de consulta útil al profesional, sin que ello suponga restarle mérito como obra de divulgación y de estudio; en ella, el autor, conocedor como nadie de la doctrina, con método, plan y sistema perfectos, las cuestiones de derecho material social, dejando, como es lógico, fuera de su estudio el Derecho procesal, su utilidad es evidente para todos, pero será inmensa; sobre todo para quien en su despacho, oficina pública o privada, consultorio, cátedra, etc., etc., se enfrente con un problema jurídico-laboral y quiera estudiarlo con conocimiento de causa. Menéndez Pidal, en obra profunda cual ninguna y, por otro lado, claro como pocas, recogiendo en el texto o en las notas la última monografía, ley extranjera, resolución administrativa y sentencia jurisprudencial sobre la cuestión tratada, desbroza ésta y facilita su estudio tanto al investigador como al práctico, proporcionando y sugiriendo—pues posee en alto grado la que pudiéramos denominar “virtud germinativa”—soluciones adecuadas. Supone en definitiva su aparición en el mercado jurídico una aportación decisiva en los estudios sobre derecho social.

Los dos volúmenes en que se divide materialmente la obra lo están, a su vez, en cuatro partes, una parte especial y un apéndice, que con brevíssima introducción a manera de prólogo y los índices (general y alfabético de materias) completan su contenido; no se trata en ella, como hemos dicho, del Derecho procesal social, objeto de otros libros del autor.

La primera parte, “Conceptos fundamentales”, está dividida en cinco capítulos: en el primer de ellos se estudia la idea de la justicia social, considerándola como un nuevo tipo de justicia que conservando las características propias de la justicia debe señalarse con densidad bastante al lado de la conmutativa, distributiva y legal, con cuyos dos últimos tipos viene identificándose por parte de la doctrina; cree Menéndez Pidal—y nosotros con él—que puede afirmarse la existencia de la justicia social con sustantividad propia como la que dice relación al bien común, regulando las conexiones de los hombres en su aspecto social, en

cuanto miembros de una estructura social con referencia al trabajo, a la economía, al sentido de responsabilidad profesional y a la seguridad social, pudiendo comprender otras materias que caigan bajo el signo de lo social. El capítulo segundo trata del derecho social que concibe Menéndez Pidal como el derecho de la justicia social, como "en conjunto de doctrinas y normas jurídicas que garantizan el desenvolvimiento de la personalidad y el bien común, mediante la justicia social, en las relaciones sociales de los trabajadores, empresarios, otras personas dignas de protección social y el Estado", haciendo notar que caben dos ideas acerca del derecho social, una amplísima con referencia a elementos personales que pueden no tener la cualidad de trabajador y empresario, y otra estricta que habría de referirse a las cuestiones de trabajo; de intento se dejan fuera de estudio las materias económico-sociales, agrarias y de la propiedad urbana, así como el derecho social formal. Distingue el autor en este capítulo entre el derecho y la política social, con su triple manifestación: informadora, de actividad creadora y de análisis crítico de normas sociales, siendo sus fines principales la paz social, la tutela económica moral y social de los trabajadores, la distribución equitativa de cargas sociales, la política cultural, etc., etc., y no el triunfo de la justicia social. En el capítulo tercero, en forma breve y esquemática se exponen los antecedentes históricos y doctrinales del derecho social, tanto en general como en referencia más precisa en nuestra patria.

El capítulo cuarto trata de las fuentes del derecho social, estudiándose con profundidad y conocimiento de causa las propiamente sociales como las comunes, incluyendo el autor como fuentes del derecho social, si bien como fuentes indirectas, a la equidad y a la jurisprudencia. El capítulo quinto y último de esta parte estudia los principios fundamentales del derecho social y tiene gran importancia por ser tales principios propios y peculiares del derecho social y constituir la entraña de su sustantividad, que según Hernández Gil deriva de ellos, de su engarce en un todo orgánico y del reconocimiento de las ventajas que de ello resultan.

La segunda parte, "Derecho orgánico social", tiene también cinco capítulos y estudia en ellos Menéndez Pidal la composición y funcionamiento de los órganos encargados de la formulación y aplicación del derecho social, es decir, Jefatura del Estado y Cortes, Ministerio de Trabajo, Tribunal Central de Trabajo y Sala quinta del Tribunal Supremo, Magistratura de Trabajo, Delegaciones e Inspecciones de Trabajo, Organización Sindical, Escuelas sociales, Cajas de Ahorro y Cámaras de la Propiedad Urbana.

La tercera parte: "Contrato y Relaciones de Trabajo", trata en doce capítulos de todos los problemas que surgen en torno al trabajo contratado. Por su extensión e importancia, puede decirse que—con la parte cuarta—constituye el nervio de la obra, existiendo en ella capítulos de positivo mérito y de gran originalidad, cual por ejemplo el tercero, realizando en él el autor una construcción de la empresa, desde el punto de vista social, que era muy necesaria, pues la palabra "empresa"

—que tiene significación precisa en el orden económico y en el jurídico privado, cuyo concepto ha sido y sigue siendo ampliamente estudiado por la doctrina mercantil y cuyo unitario viene siendo reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala primera) a partir de la importante Sentencia de 13 de marzo de 1943—se emplea en el campo del derecho social en forma un tanto anfibiológica, y es de agradecer a Menéndez Pidal haya introducido orden y precisiones en la materia. En todos los capítulos de esta tercera parte (que no detallamos por no dar a esta nota excesiva extensión) el autor aborda las cuestiones tratadas con claridad, profundidad y acierto, haciendo estudio casi exhaustivo de las mismas, mostrando un conocimiento nada vulgar de los problemas planteados de la legislación positiva, doctrina, derecho comparado recentísimo y jurisprudencia.

La parte cuarta trata de la "Seguridad social". En el capítulo primero se estudia el caleidoscópico concepto de la seguridad social, recogiéndolo de una serie de opiniones doctrinales, planes, proyectos y realizaciones legislativas, viniendo a reconocerse la dificultad de su aprehensión y la provisionalidad de las conclusiones que sobre el mismo puedan establecerse. Se estudia también en este capítulo, con amplitud, profundidad y claridad el concepto de seguro social. El capítulo segundo estudia la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Previsión. En los capítulos tercero a séptimo inclusive se estudian los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, demostrando el autor en ellos un envidiable conocimiento de la jurisprudencia que los hace de suma utilidad práctica. En los dos últimos capítulos se estudian brevemente los restantes seguros y subsidios sociales y demás formas de la previsión y seguridad social (Mutualidades, Cooperativas, Viviendas protegidas, etc.).

En la parte especial se estudian el derecho extrametropolitano (capítulo primero) y la organización internacional de trabajo (capítulo segundo).

Como no podía ser menos, por la inestabilidad del derecho social, recoge Menéndez Pidal en un apéndice las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales que no pudieron ser tenidas en cuenta en el texto.

Termina el libro, que tipográficamente está bien editado, con el índice alfabético de materias.

Podemos felicitarnos todos los que tenemos algún contacto con el derecho social por la publicación de esta obra y augurar a su autor un gran éxito editorial y de crítica.

José María A. de MIRANDA
Magistrado de Trabajo

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Dirección General de Relaciones Culturales. "Índice Cultural Español", números 81, 82 y 83. Octubre-diciembre 1952.

En la parte dedicada a Derecho recoge las conferencias pronunciadas sobre materias jurídicas por los señores Iturmendi, Martínez Gil, Rodríguez Jurado, Ibarra, Salvioli, Fernández de la Mora, Yanguas Mesia, Codón, Martínez Viademonte y Masion. En Revistas recoge los sumarios de las que se publican en España, y por lo que hace a los libros de cuenta de las novedades aparecidas junto con el sumario y orientaciones de cada uno.—R.

SANCHEZ ROCA, Mariano: "Leyes civiles de Cuba y su Jurisprudencia". Volumen I. Editorial Lex. La Habana, 1951; págs. 1462.

Un español, precisamente, ha sido el que se ha atrevido a enfrentar con la árdua y poco brillante tarea de recopilar la legislación cubana, facilitando a los prácticos del derecho y juristas en general el ordenamiento positivo de dicho país a través de sus ediciones de los textos legales.

Este volumen, magníficamente editado, es el primero de la segunda edición de sus "Leyes civiles de Cuba"; la obra completa comprenderá cuatro volúmenes y se refiere a la Constitución de la República y al Código civil, ambos completados con su jurisprudencia. Siendo de destacar que en el último de dichos textos legales se inicia, por vez primera en Cuba, la publicación de la Doctrina Legal del mismo, respecto a la totalidad de su articulado, estando facilitado su manejo por un detallado índice que encuadra el precepto en sus respectivos capítulos y títulos para así facilitar la consulta.

El primer texto legal civil cubano es el mismo de la época colonial, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del referido año, cuya vigencia fué ratificada por proclama de primero de enero de 1899 y por la Orden militar número 148 de 13 de mayo de 1902. Ha sufrido desde entonces, hasta la actualidad, numerosas modificaciones que han sido debidamente recogidas por el señor Sánchez Roca, procurando suplir los efectos anormales de la antinomia existente entre la Constitución de 1940 y el Código civil, incluso añadiendo, como anotaciones transversales al articulado de éste, gran parte del proyecto de los doctores Blanco, Díaz Pairó y Le Riverend, cuya reforma se hace cada vez más necesaria e imprescindible, con objeto de evitar esta situación anormal y que al amparo de la misma se aprueben ciertas leyes, entre las que destaca la número 9 de 20 de diciembre de 1950, carente de técnica, confusa, difusa y absurdamente perturbadora al querer otorgar a la mujer tantos o más derechos que el hombre tiene y que, como es lógico, afecta a la mayoría de las instituciones del mismo.

Por último, en sus correspondientes apéndices, recoge el régimen legal de los arrendamientos rústicos y urbanos; extranjería, estado civil, ciudadanía e inmigración, ley de divorcio y contratos de colonato, molienda de caña de azúcar y de refacción agrícola e industrial, llevando cada una de estas leyes su correspondiente sumario alfabético.

Es merecedora de elogio la labor realizada por el autor, que si bien ha seguido en parte la estructura típica de las ediciones legislativas, ha conseguido superarlas, ofreciendo una obra de gran utilidad debido a sus cuidados y prácticos sumarios alfabéticos independientes para cada uno de los textos legales tratados, especialmente el que se refiere a la Constitución, verdaderamente agotador.

José María CODINA CARREIRA

SANCHEZ ROCA, Mariano: "Leyes civiles de Cuba y su Jurisprudencia". Vol. II. Editorial Lex, La Habana, 1952; págs. 1198.

Este segundo volumen forma parte de la obra que, bajo la rúbrica general de "Leyes civiles de Cuba", viene realizando el señor Sánchez Roca, y en la que ofrece su labor compiladora de la legislación cubana.

Se refiere principalmente este volumen al Código de Comercio, que es el mismo de España de 22 de agosto de 1885 y vigente en Cuba desde primero de mayo de 1886, estando completado con su Jurisprudencia y su doctrina legal junto con un detallado índice. A continuación, y en doce apéndices, ordenados con arreglo a un sistema alfabético, figuran recopiladas cuantas disposiciones rigen la vida de los negocios mercantiles o afectan directa y esencialmente al desenvolvimiento de las actividades del Estado en su relación con los comerciantes. Estos apéndices se refieren a las siguientes materias. Abastecimiento y Producción; Banca, Bolsa y Moneda; Clandestinaje Mercantil; Corredores-Notarios Comerciantes; Derecho Marítimo; Ejercicio del Comercio; Importación y Exportación; Organización del Ministerio de Comercio; Order del Mérito Comercial; Registros de Comerciantes, Empresas y Compañías; Retiro Comercial y Seguros y Fianzas.

Sigue, en principio, las mismas directrices de su volumen I, pero es justo destacar, en primer lugar, que al confeccionar su obra el autor, probablemente porque siente preferencia por esta rama del derecho, se ha detenido y entusiasmado al tratar del Código de Comercio, pues no sólo se limita a ofrecernos su texto puesto al día y Jurisprudencia correspondiente, sino que, además, define y comenta muchas de sus instituciones y trata de resolver los diversos problemas que las mismas plantean para lo cual se refiere al criterio que sobre aquéllas tienen los mercantilistas, entre cuya bibliografía citada destacan sobremanoera muchos de nuestros autores patrios. De aquí el que esta obra resulte un elemento de gran utilidad práctica y un tratado teórico, aunque muy condensado de la materia mercantil.

Como realmente todas las disposiciones de este volumen son de ca-

rácter mercantil, el autor, en un "exceso de fineza jurídica", pretende disculparse de haberlas encuadrado bajo el título genérico de "Leyes civiles", por considerar que el Derecho mercantil no es sino una subclasificación o rama del civil que regula las relaciones humanas en el ejercicio del comercio.

La obra es de gran utilidad no solamente para el jurista, sino también para todos aquellos que tienen relación con la vida comercial e industrial del país.

José María CODINA CARREIRA

THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW. A. QUATERLY.

Editor inchief: Hessel E. Yntema. Vol. 1, núm. 1 & 2. 1952.

Con alegría y plácemes se recibirá por los "ius-comparatistas" este primer número del diario americano de Derecho comparado; a ellos nos unimos, haciendo votos por que tenga una larga vida, abundante en frutos positivos para nuestra ciencia y arte de lo justo y de lo injusto.

En Estados Unidos hay un gran número de cultivadores del Derecho comparado y en sus Escuelas de Derecho hay cursos y Seminarios sobre esta materia, pero faltaba una revista especializada que recogiese y difundiese su labor. La nueva publicación ha sido posible gracias a la creación, el 17 de septiembre de 1951, de la "American Association for the Comparative Study of Law", patrocinada, a su vez, por algunos de los más importantes centros universitarios.

El primer número de esta revista hace renacer muchas esperanzas; tiene fisonomía propia, nuevas maneras e intenciones claras. Y se agradece la honradez conque, en varios de los estudios publicados, se plantean las cuestiones del contenido, del fin y del método del Derecho comparado.

Roscoe Pound, en "Introduction" (páginas 1-10), señala la importancia que ha tenido la comparación de los Derechos para los juristas norteamericanas. En la época de formación, para adaptar la "common law" inglesa a las condiciones políticas, sociales, económicas y geográficas del Nuevo Mundo, con ayuda de tratados continentales de Derecho romano y de Derecho francés. Después, estabilizado el Derecho, se busca el apoyo de la doctrina extranjera para sistematizarlo y poder así enseñarlo y exponerlo. Ahora—dice—estamos volviendo al Derecho comparado, cuando "una nueva y más amplia idea de la justicia parece llamar para repensar la idea de la seguridad como fin del orden jurídico". De este modo, el patriarca de la Filosofía del Derecho en Estados Unidos repite lo que ya ha expuesto en otras ocasiones; pero la "Introduction" tiene un especialísimo interés, en cuanto muestra la evolución del pensador, que parece haber abandonado su prejuicio contra el Derecho natural. Después de advertir el fenómeno del renacer actual del Derecho natural, dice: "El

Derecho natural tiene aún una cierta validez de no poca importancia (1); como un camino para colocar un elemento universal de un régimen de justicia que, sea indicado por la razón o la experiencia, se está haciendo visible al estudiar los esfuerzos del Derecho soviético para prescindir de él". Abandono de métodos positivistas que le lleva también a proponer un nuevo modo de estudiar el Derecho comparado. El Derecho dice no está formado sólo por leyes y sentencias; el pensamiento jurídico está dirigido por "ideales", que recibidos por su autoridad tradicional llegan a "ser parte del Derecho mismo". Por eso, si esto es así—en contra de lo que pensaban los juristas analíticos (positivistas)—, se podrá y deberá comparar los ideales aceptados, según los tiempos y en su caso en los distintos lugares.

Hessel E. Yntema, bajo el título de la Revista (págs. 11-23), refiere sus "propósitos, base y finalidad". Al hacerlo señala también la importancia y justificación práctica de los estudios de Derecho comparado. Para los Estados Unidos, por la enorme extensión de sus intereses extranjeros. Para la ciencia jurídica, porque como toda ciencia ha de ser necesariamente general, una ciencia jurídica nacional o local es una "contradiccio in adjecto". Por una y otra razón, se explica el que se incluya en el campo de la Revista al Derecho internacional privado y a la Filosofía del Derecho. Mas nada mejor para conocer el pensamiento del autor que reproducir los objetivos que señala como propios de la comparación jurídica. Son estos: 1.º, proveer de materiales y técnica a la ciencia del Derecho, que es esencialmente comparativa; 2.º, afinar el conocimiento del propio Derecho, que concebido en los términos del prevalente positivismo nacionalista, tiende a ser enfundado en prejuicios tradicionales y locales; 3.º, posibilitar el conocimiento de los sistemas legales extranjeros, importante para el comercio y para la comprensión internacional; 4.º, preparar la unificación legislativa; 5.º, preparar la política legislativa mediante el estudio de la legislación extranjera, y 6.º, definir los ideales o valores que han de guiar al progreso jurídico.

El estudio de Myres S. Mc. Dougal sobre el estudio comparativo del Derecho a fines políticos ("The comparative Study of law for Policy Purposes: Democratic Value. Clasification as an instrument of World Order", págs. 24-57), posiblemente chocará a los juristas europeos; pero es también, por ello y a pesar de ello, el que más nos puede interesar. Condena como estéril a la literatura jurídica dogmática, "que crece y se alimenta, como un cáncer psíquico" de clasificaciones y refinamiento técnico, y recoge la censura que se dirige a los libros sobre Derecho comparado, como obras que podría escribir un "robot", clasificando mecánicamente los datos de unas colecciones legislativas. La materia a estudiar es más amplia y complicada; es el proceso por que se deciden las cuestiones jurídicas, pero en toda su integridad sociológica, atendiendo a toda las variantes que les afectan, a los hechos siempre cam-

(1) Ha señalado antes, frente a la escuela racionalista, que no se mantiene el Derecho natural como soluciónador completo y autosuficiente de todos los problemas jurídicos.

biantes, en los ambientes también cambiando siempre. La finalidad del estudio comparativo se descubre observando que el conocimiento de las instituciones e ideologías extranjeras es un instrumento político de la potencia más inmediata. Ideas que resume diciendo que el propósito del Derecho comparado es: "hacer claros para todas nuestras comunidades —desde las locales, por medio de las nacionales y regionales, hasta la del Globo— las perspectivas, condiciones y alternativas que son hoy necesarias para conseguir mantener y realzar los valores democráticos básicos en un mundo pacífico". Para ello, aconsejar el estudio del mecanismo de los poderes sociales y referir todas las decisiones jurídicas (judiciales, legales, doctrinales), en una jerarquía de procesos de poder, a los valores a que afectan. Como modelo y ejemplo, "más o menos impresionista", ofrece un esquema detallado de los procesos de poder, procesos de valor, asociaciones privadas y procedimientos políticos.

La importancia del Derecho comparado, se observará, se ha ido centrándolo en objetivos distintos en apariencia, pero internamente conexos: material para una Filosofía del Derecho más o menos pragmática y para la actuación política a través del estudio sociológico. Este aspecto es también aludido en otros trabajos. Max Rheinstein, al examinar el material para enseñar el Derecho comparado ("Teaching Tools in Comparative Law", págs. 95-114), dice que no ve la manera de separar al Derecho comparado de la Sociología del Derecho, pues aun estudiando aquél en la forma más positiva, inevitablemente ello nos lleva a la tarea más amplia de la Sociología del Derecho. En la reseña de un libro, H. K. (pág. 175) advierte de un peligro de los estudios de Derecho comparado: "que se conviertan en alegaciones políticas, justificando sus propias instituciones a costa del ordenamiento extranjero".

Junto a los artículos reseñados de carácter general, se publican dos de carácter más concreto. Ernst Rabel se ocupa de la Conferencia de La Haya para la unificación del Derecho sobre la venta ("The Hague Conference on the Unification of Sales Law", págs. 58-69), y refiere los trabajos y las esperanzas despertadas por esta reunión, respecto del Proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles corporales (1). Arthur T. von Mehren se ocupa del valor de la Constitución en Alemania ("Constitutionalism in Germany. The First Decision of the New Constitutional Court", págs. 70-94) en relación con el Tribunal constitucional federal (Bundesverfassungsgericht) con ocasión de la sentencia dada por éste en 23 de octubre de 1951.

El número de la Revista reseñado tiene, además de la sección de "artículos", otras tituladas: notas y comentarios (nuevas leyes, en donde se trata de la ley española sobre S. A., y Sentencias de Tribunales), resección de libros, noticias de libros y Boletín, en el que se continúa la publicación del de la "American Foreign Law Association".

R.

(1) Se han publicado las *Actes de la Conference*, por el Institut International pour l'Unification du Droit privé, Rome, 1952. También Rabel, *Die Haager Konferenz über Vereinheitlichung des Kaufrechts*, Z. für aus. u. i. P. R. 17 — 1952 — páginas 212-224.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA: "Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield", Córdoba, República Argentina, 1950.

Con motivo de cumplirse el ciento cincuenta aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sarsfield, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba organizó una serie de homenajes, entre ellos unas "Jornadas de Derecho", cuyos trabajos y otros más se recogen en el libro reseñado. Este se divide en dos partes. La primera, titulada "Jornadas de Derecho", recoge los discursos del "acto de iniciación" (de los doctores Lascano, Mordeglio, Greca, Poviña y Novillo), y el texto de las conferencias del doctor Pizarro sobre "Cláusula de no enajenar"; del doctor Borda sobre "Retroactividad de la ley y derechos adquiridos"; del doctor Molinario sobre "De la existencia de un derecho de deliberación", y del doctor Molinas sobre "Aceptación de herencia con beneficio de inventario", y el acto de clausura, con el discurso del doctor Molinario y el del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, don Lisardo Novillo Saravia sobre el "Doctor Dalmacio Vélez Sarsfield". La segunda parte contiene los siguientes "trabajos de colaboración": "Actos de disposición sobre el propio cuerpo", del doctor Antoni; "La causa ilícita", del doctor Díaz Bialet; "Naturaleza jurídica de la relación en los derechos reales", del doctor Fragueiro; "Válidez y alcance del artículo 13 C. c. argentino", del doctor Goldschmidt; "La fecundación artificial", del doctor Lazcano; "Cómo evitar que se desvirtuale la expropiación", del doctor Legón; "Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal", por el doctor Mordeglio; "La transmisión de los derechos reales en el C. c.", por el doctor Mustapich; "Ámbito de la responsabilidad del deudor ante los artículos 520 y 521 del C. c. argentino", por el doctor Posse; "Las transformaciones del derecho matrimonial argentino en los últimos ochenta años", por el doctor Poviña; "El Derecho Internacional Privado en el C. c. argentino", del doctor Ruiz de Moncada; "La indemnización y su justiprecio en la ley nacional de expropiación", por el doctor Columbus Ugarte, y "Las formas en el Derecho civil argentino", del doctor Novillo Saravia (h).

El libro que la Universidad de Córdoba ha consagrado a su ilustre hijo es digno de ambos; es una colección de valiosos trabajos, alguno de los cuales alcanza dignidad de monografía completa; seguramente habrían merecido la aprobación del maestro.

Vélez Sarsfield fué un grande y agudo jurista y el Código civil que redactara es una obra impresionante en su conjunto y sorprendente en muchos de sus detalles, y hoy aún permanece sólida y firme; mientras pasan efímeras las críticas y las modas. Autor y obra bien merecen la admiración y el agradecimiento no sólo de la Universidad de Córdoba, sino también la de todos los hombres hispánicos.

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

LEON BARANDIARAN, José: "Estudio comparativo del Código civil de 1852 y el Código napoleónico". Revista Jurídica del Perú, 2, 1952; páginas 71-87.

Motivado por la conmemoración del primer centenario del Código civil del Perú de 1852, el autor se plantea los problemas de cuál fué el destino del indicado Cuerpo legal y cómo cumplió su misión durante su período de vigencia. Respondió a la necesidad de instaurar una nueva normación en las relaciones de Derecho privado, que esencialmente se condensan en el Derecho civil. Dentro de este orden de ideas coteja el Código civil de 1852 con el Código napoleónico, destacando las innovaciones que el primero introdujo en relación con el segundo, no obstante haberle servido de modelo.

BONET CORREA, José: "Ensayo para una Ontología jurídica civil". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 6, 1952; páginas 659-678.

Con la posesión de una ontología jurídica civil se puede apreciar la verdadera trazón ontológica que une la vida social y el derecho, el hombre y la comunidad, el concepto y la forma, la metafísica y la vida; puede ser la que, en un momento como el actual de crisis de creencias y valores, pueda dar forma, orden, verdadero clasicismo y salvar toda una futura jurídica y superar un momento histórico difícil. Examina la realidad del Derecho y la vida humana, los conceptos de "existencia" y de "derecho", como problemas radicales, el supuesto ontológico de la realidad del Derecho, la ontología humana y la ontología jurídica, para terminar estudiando la denominada parte general del Derecho civil, dentro del que estudia las que llama formas esenciales del

Derecho civil: la persona jurídica, el objeto jurídico y la declaración de voluntad, para terminar estudiando las que llama formas accidentales del Derecho civil.

BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael: "La posibilidad de la prescripción en los inmuebles". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia), 434, 1952; págs. 219-233.

Con especial referencia al Derecho de Colombia examina la posición de algunos tratadistas de aquel Derecho, según los cuales no es posible la prescripción tratándose de bienes raíces. Estima que, por una parte, el poseedor inscrito puede ser poseedor regular e irregular del inmueble; y, por otra, que el poseedor material siempre que tenga intereses encontrados con un poseedor inscrito, vence para efectos de la prescripción.

CERRILLO QUILEZ, F.: "La codificación del derecho agrario español". Revista de Derecho Privado, 428, 1952; págs. 914-919.

La complejidad de las Instituciones de Derecho Agrario hacen extremo difícil su estructuración legal en una sola gran unidad sistemáticamente constituida. Los autores italianos, a quienes se debe la elaboración doctrinaria de esta importante y moderna disciplina jurídica, propongan la reunión de todas las disposiciones agrarias en un solo ordenamiento; para esta tarea una sola objeción se ofrece: la de su dificultad. No obstante, existen Códigos agrarios en muchos países y en otros se hallan en vías de elaboración. Se ocupa seguidamente de la codificación agraria en Francia, la codificación en Italia, la codificación rural en Argentina, la codificación agraria en España, terminando con la necesidad y posibilidad de la codificación en base a que en la legislación agraria española se advierte un cúmulo de disposiciones aisladas e inconexas, faltas de principios rectores, con innúmeras deficiencias sustanciales y formales, que contribuyen innecesariamente a agravar el de por sí ya grave "problema agrario".

MOLINA PASQUEL, Roberto: "El Derecho angloamericano contemporáneo". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, 14, 1952; págs. 9-32.

En el Derecho angloamericano contemporáneo se advierte una constante evolución hacia el Derecho escrito, y particularmente por lo que a Estados Unidos se refiere, el número de sus leyes escritas es superior al existente en otros países. La afirmación de que los Estados Unidos se mueven en un ambiente de Derecho no escrito viene a tener un valor muy

relativo, pues en cualquier sentido en que el particular se mueva caen precisamente dentro de una ley escrita, positiva, concreta y de aplicación contundente que rige todas sus actividades en cuanto pudieren tener trascendencia social.

PUIG BRUTAU, José: "El lenguaje del Derecho". *Revista de Derecho Privado*, 429, 1952; págs. 977-995.

Uno de los puntos de fricción entre el hombre de Derecho y el profano está precisamente representado por el problema del lenguaje. Este tiene por misión comunicar ideas precisas en todo caso, pero de manera especial cuando esté puesto al servicio del Derecho. Si éste prescribe una conducta determinada, es necesario que estén previstas las consecuencias al observarla o de infringirla. Pero resulta que precisamente para lograrlo, el Derecho deja en cierta medida de ser comunicativo para el profano, y en lugar de ser inteligible produce el resultado opuesto y se concierne en un lenguaje de ocultación con expresiones cuyo sentido sólo comprenden los iniciados. Es necesario evitar que se convierta en un lenguaje de ocultación más allá del límite indispensable.

Por lo que hace a las Sentencias, estima que debe ser examinado lo expuesto en sus fundamentos, pero en conexión con su parte dispositiva. De ahí que no pueda limitarse al examen de las elocuentes generalizaciones contenidas en los Considerandos de las Sentencias, sino que ha de tener en cuenta cada cuestión de hecho planteada y en qué sentido ha sido resuelta. El auténtico lenguaje del Derecho exige superar las palabras de la Ley y tener en cuenta que el Derecho es una ciencia práctica o, dicho en otras palabras, en que no se trata de una estática filosofía de la justicia, sino de una empresa dinámica de trascendencia social.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUAUTER

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Limitaciones del dominio". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, VI, 209; págs. 3 a 5.

La nueva constitución de la sociedad y de su base económica exige un replanteamiento de términos e ideas jurídicos. El camino se ve claro en el caso de la progresiva expansión de las limitaciones al derecho de propiedad. Siguiendo a Vasalli se exponen sus líneas generales, previa división en dos grupos: limitaciones al objeto del derecho de propiedad y limitaciones a su propio contenido.

LEON, Pedro: "El derecho de propiedad como función social". Revista jurídica de Córdoba (Argentina), IV, 13; págs. 5 a 29.

Examina el origen positivista de la expresión función social y su contradicción interna para desde un punto de vista iusnaturalista católico estructurar el dominio en cuanto a la titularidad como un derecho y en cuanto a su ejercicio como correlativo a un conjunto de deberes, impuestos exclusivamente para permitir el ejercicio armónico de los demás derechos subjetivos.

MEDINA PEREZ, Pedro Ismael: "El derecho de autor en la cinematografía". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, C, 6; páginas 659 a 690.

En la primera parte del trabajo se desarrolla la exposición crítica de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de los autores cinematográficos. El sucesivo estudio del contenido patrimonial y moral del derecho de los que de diversos modos intervienen en la película desemboca en el planteamiento final de la comunidad de autores que le da existencia.

NEGRI, José A.: "Dominio y condominio en la propiedad horizontal". Revista del Notariado, 602; págs. 138 a 148.

Partiendo del artículo 2.º de la ley argentina sobre propiedad horizontal, que declara la existencia de una propiedad exclusiva del piso y una copropiedad de las cosas comunes, lleva a cabo un examen comparativo de estos derechos para llegar a la conclusión de que no se pueden equiparar a los tipos clásicos del Código civil. De este modo la propiedad horizontal es la unión de dos derechos especiales en los que prevalece el que recae sobre las partes principales.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

BONET CORREA, José: "La acción pauliana y el donatario de buena fe". Foro Gallego, 82, 1952; págs. 347-370.

La eficacia de la acción pauliana como defensa de los acreedores consistente en la reintegración del patrimonio de su deudor tropieza con la preferencia jurídica del adquirente de buena fe. Pero si tal es la regla, cuando este adquirente lo es a título lucrativo, la preferencia sigue favoreciendo entonces a los acreedores por la razón de que aquellos adqui-

rentes, aunque sean de buena fe, no cumplieron contraprestación alguna; la misma facilidad y lucro de su adquisición los posterga respecto a los acreedores. En relación con esta cuestión, estudia el Derecho positivo español, la posición de la doctrina española, haciendo una exégesis del Derecho positivo en relación con el Código civil, la Ley Hipotecaria, el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento civil, terminando con una especial referencia al Derecho extranjero para ocuparse de la determinación del enriquecimiento: la restitución.

CARRERAS-PRESAS Y GIL, Luis: "El "no uso" en el arrendamiento urbano. Su examen a través del Derecho positivo". *Foro Gallego*, 82, 1952; págs. 371-383.

Para el autor no es preciso acudir a la legislación común, artículo 1.555, párrafo 2.^º del Código civil, por lo que hace al no uso en el arrendamiento urbano. La Disposición transitoria 23, en su apartado b), previene el desahucio por causa de necesidad social de aquellas viviendas, que sin mediar causa justa, se hallaren habitualmente deshabitadas, tanto por el arrendador como por el inquilino o arrendatario, desahucio que instará el Ministerio fiscal. Tras analizar el problema a través de la legislación especial arrendaticia, considera no procede el desahucio por no uso a instancias del arrendador o propietario, ya que se da la falta de acción del propietario en sentido procesal y la carencia de precepto en que basar la petición de resolución del contrato.

FERRER MARTIN, Daniel: "Arrendamiento de solares". *Revista General de Derecho*, 96, 1952; págs. 439-446.

Al estudiarlos se ocupa de su aspecto sustantivo, dentro del que construye el concepto de solar conjugando el artículo 1.^º de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945 con el artículo 3.^º del Reglamento de Solares de 23 de marzo de 1947, así como su exclusión del régimen arrendaticio urbano; en el aspecto procesal distingue el supuesto de que el solar se halla comprendido en el ámbito de la Ley y se vaya a dedicar a su típica finalidad por aplicación de sus normas específicas, en cuyo caso el artículo 47 del propio Cuerpo legal preceptúa la extinción "ipso iure" de los derechos de los usuarios y, por ende, del contrato de arrendamiento, estableciendo para lograrlo un procedimiento adecuado; por otro lado, todas las demás cuestiones suscitadas por el arrendamiento de solares no relacionadas con la específica finalidad de la legislación de solares se sustanciarán por el procedimiento que corresponda según las acciones ante la jurisdicción ordinaria.

GAMBON ALIX, Germán: "En torno al contrato de arrendamiento de local para garaje". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 212, 1952; págs. 3-7.

En torno a los problemas que suscita el artículo 10 de la L. A. U., se detiene en la consideración del contrato de arrendamiento de local para garaje. Distingue entre el supuesto de que se trate del total arrendamiento del inmueble o simplemente de disponer de una determinada superficie para colocar el vehículo. Mientras, califica este segundo supuesto como de depósito y, por tanto, fuera del ámbito de la L. A. U. estima que el primer supuesto se rige por la L. A. U. por exigirlo una correcta interpretación del artículo 10 y el carácter de las propias disposiciones arrendaticias.

M. L., S.: "Sobre aspectos políticos-sociales de los arrendamientos urbanos". Boletín de Información. Ministerio de Justicia, 215, 1952; páginas 3-7.

Sin el propósito de hacer un estudio general de los retoques posibles en la Ley, apunta algunos, tales como disminución del ámbito territorial y objetivo de la misma; desaparición de las repercusiones, ya que el mecanismo del artículo 126 da lugar a supuestos tan complejos que ni un experto contable puede obtener un resultado seguro, sustituyéndolo por otro sencillo que supla en forma aproximada su resultado económico; simplificación del texto legal, despojándolo de todo barroquismo y de sus abundantes disposiciones transitorias; libertad de pacto en edificios de nueva construcción; reducción del alcance en supuestos como el del artículo 71 de la Ley, quedando sólo el cuarto para la viuda; efectiva disposición por los dueños de los dos pisos que los inquilinos no ocupan por carecer de justificación, etc., etc. Pero la medida que generalmente se pro-pugna es la elevación general y sustancial de las rentas, y para ello estima conveniente distinguir en orden a la propiedad urbana, las casas tipo de lujo y comercial y las de tipo modesto.

MEDINA PEREZ, Pedro Ismael: "El contrato de filmación". Información Jurídica, 113, 1952; págs. 929-953.

Lo define como el contrato por el cual los actores cinematográficos prestan su actividad creadora al productor de la película por cuenta de éste y bajo su dirección o dependencia mediante una retribución. En cuanto a su naturaleza jurídica lo considera como un contrato especial de trabajo susceptible de ser encuadrado con toda propiedad en el libro II de la Ley vigente del Contrato de trabajo. A continuación se ocupa de las normas aplicables a este contrato en Derecho español, elementos que lo integran, contenido del contrato y, por último, de la conclusión y rescisión del contrato.

PEREZ PATON, Roberto: "Contrato y relación de trabajo". Revista de Derecho (Bolivia), 9, 1952; págs. 52-60.

Analiza las fuentes de la relación de trabajo, su concepto ético-social, la institución empresa, distingue entre contrato y relación de trabajo, señalando cómo el concepto relación de trabajo tiene un contenido más amplio que el de contrato de trabajo, ya que engloba la totalidad de los vínculos que ligan a la empresa con sus trabajadores, pero el contrato sigue siendo la fuente principal de esa relación, si bien no es la única. Sólo con el entronque de la relación de trabajo al contrato se tiene asegurado el respeto por los derechos del trabajador, en contraposición a las medidas autoritarias del enrolamiento sin contrato, con la mera adhesión al estatuto del establecimiento. Considera que la noción clásica de "contrato de trabajo" resulta ya insuficiente para contener otras figuras contractuales que, si bien se refieren al trabajo como denominador común, se presentan, sin embargo, con caracteres específicos y distintos, a las cuales es difícil, si no imposible, aplicar las normas que rigen para el trabajo subordinado y dependiente.

QUINTANA JUSTAFAE, A. de: "El ejercicio de los derechos de tanteo, retracto e impugnación de los artículos 63, 64 y 67 de la Ley de Arrendamientos urbanos". Revista Jurídica de Cataluña, 6, 1952; páginas 571-573.

Relaciona los preceptos indicados con los Decretos-leyes de 8 de febrero y 17 de mayo de 1952, así como la Ley de 15 de julio del propio año sobre concesiones de préstamos a los inquilinos de viviendas de determinada renta y, por último, el Decreto-ley de 4 de agosto de 1952, que ha venido a fijar la situación como sigue: 1.º La Ley sobre concesión de préstamos a los inquilinos de 15 de julio de 1952 ha empezado a regir el día 15 de septiembre del propio año; 2.º Han quedado derogados los Decretos-leyes de 8 de febrero (excepto en su art. 2.º) y 17 de mayo del año 1952. Por tanto, se restablecen los plazos normales para el ejercicio de los derechos de tanteo, retracto e impugnación; 3.º Las únicas prórrogas de los plazos normales existentes son las establecidas en la Ley de préstamos a inquilinos, tal como resulta de sus artículos 5.º y 17; 4.º Se declara expresamente subsistente de que la adjudicación de pisos vivienda por consecuencia de división de cosa común dará lugar a los derechos de tanteo y retracto prevendidos en los artículos 63 y 64 de la L. A. U. dentro de los plazos que ahora se establecen. Se exceptúa el caso de división de cosa común adquirida por herencia.

REYES MONTERREAL, José María: "Una consideración sobre la necesidad de ocupación de vivienda". Revista General de Derecho, 97, 1952; páginas 510-512.

Se pregunta si está obligado el arrendatario condenado al desalojo en el caso de que, llegado el momento de ejecutarse el fallo, ha muerto la

persona que fundó su acción en la necesidad de ocupar la finca o la ha transmitido a otro. Entiende que el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos urbanos contiene una facultad de carácter personalísimo y, además, condicional; lo primero porque sólo es actuable por el propietario de la finca, y aunque, claro es, esta negativa de prórroga podría corresponder a quien tuviera tal carácter, la causa que se invoque de necesidad es plenamente personal del invocante y el simple carácter de propietario no basta a entablar la acción, sino que, de modo indudable e indiscutible, precisa que se dé la condición que sirve de soporte al derecho d^aq resolución que la norma encierra: que quien siendo propietario ejercita la acción se encuentre, por sí o por su descendiente o descendientes, en la necesidad de ocupar la vivienda o el local de negocio.

4. Derecho de Familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA

BELTRAN FUSTERO, Luis: "Repercusión de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la patria potestad cuando un hijo suyo es adoptado por la esposa?". Revista de Derecho Privado, 422, 1952; págs. 393-404.

Examina la adopción en general, a la que considera carente de vitalidad por su falta de popularidad, ya que no ha penetrado en nuestras costumbres ni es fácil que lo sea, a menos que la estimule el afán de esquivar ciertos impuestos.

Estudia el problema que se presenta en aquellos casos en que la mujer adopta a los hijos de su marido, respecto a la pérdida o conservación de la patria potestad por éste, o bien adquisición en consecuencia por el adoptante.

Afirma que en estos casos, el marido no pierde la patria potestad, porque considera que la adopción puede presentar facetas diversas que imponen soluciones jurídicas dispares, y parte de la tesis formulada por Josserand de que no hay adopción, sino adopciones.

CALVO SORIANO, Alvaro: "Adquisiciones con pacto de sobrevivencia". Revista de Derecho Privado, 422, 1952; págs. 361-392.

Estudia el llamado pacto de sobrevivencia, al que considera como típicamente catalán en su origen, y de vitalidad consuetudinaria, afirmando que su auténtico carácter es el que corresponde a un verdadero pacto capitular de viudedad.

Examina su naturaleza jurídica y, después de combatir la tesis del

negocio unitario, estima que se trata de un pacto superpuesto al negocio principal que lo cobija y con unión meramente externa o documental.

Termina presentando tres casos de adquisiciones con pacto de sobre-vivencia y sus efectos: a) entre compradores o adquirentes cuando éstos no es hallan ligados entre sí por el vínculo conyugal; b) entre cónyuges sometidos al C. c., y c) entre esposos catalanes. Considera a los primeros con muy poca estabilidad positiva. En cuanto a los segundos, estima vedado a los cónyuges toda posibilidad de negocio patrimonial. Y, por último, respecto a los terceros, lo admite plenamente y encuentra el fundamento del mismo, como una fórmula para resolver la penosa perspectiva legal de viudedad con la oportuna previsión de los cónyuges.

CRUZ, Ramón de la: "Un olvido en la Ley de equiparación de los derechos de la mujer". *Repertorio Judicial (Revista del Colegio de Abogados de La Habana)*, 3, 1951; págs. 51-57.

Se refiere al artículo 1.412 del C. c. cubano, que confiere la administración de la sociedad de gananciales al marido, cuyo contenido examina en relación con la Ley número 9 de 20 de diciembre de 1950, llamada de equiparación de los derechos de la mujer.

Estima el autor que el legislador ha tenido un lamentable olvido con perjuicio para el cónyuge varón, ya que si el citado artículo 1.412 dió al marido solamente la administración de la sociedad de gananciales, obligándolo por ello a soportar individualmente las pérdidas, y posteriormente la Ley número 9, al equiparar a la mujer, concedió a ambos cónyuges la administración, es lógico que ambos sean también los que sufran las pérdidas, porque administran igualmente.

MORIS, Ramiro F.: "Los extranjeros que no se casen con cubanos no pueden ampararse en el momento del matrimonio en el inciso B) del artículo 13 de la Ley Constitucional". *Repertorio Judicial (Revista del Colegio de Abogados de La Habana)*, 9, 1952; págs. 203-205.

Se trata de un comentario sobre una interpretación legal del apartado B) del artículo 13 de la Constitución cubana. Dicho precepto se refiere a la adquisición de la ciudadanía cubana por naturalización de los extranjeros que contraigan matrimonio con cubanos.

Mantiene el autor la tesis de que para hacer uso de dicho beneficio constitucional es preciso que en el momento de la celebración del matrimonio uno de los contrayentes ha de ser cubano, entendiendo que si ambos futuros esposos son extranjeros no tendrán derecho a la adquisición por este medio de la ciudadanía cubana, aunque uno de ellos se hiciera cubano con posterioridad al acto matrimonial. Criterio que ha sido mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

MUÑOZ, Eduardo R.: "Equiparación de la mujer". *Repertorio Judicial (Revista del Colegio de Abogados de La Habana)*, 5, 1951; páginas 117-121.

Analiza la Ley cubana número 9, del año 1950, sobre capacidad de la mujer, a través del contenido de la relación y la sociedad paterno-filial, y muy especialmente las relaciones que surgen entre sus miembros, llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

Las relaciones personales de la patria potestad comprenden, por igual, el deber de asistencia o desarrollo físico y el deber de protección o desarrollo espiritual, pero entiende el Dr. Núñez que con la exigencia de la coparticipación y anuencia constante de la mujer se ha sembrado un obstáculo en el campo de esta institución.

5. Derecho de sucesiones

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE

BRITO, Felipe S.: "El derecho hereditario en la familia natural". *La Ley. Suplemento diario*, 11 octubre 1952; págs. 1-2.

Este trabajo está provocado por la misma Sentencia que dió lugar al de Colombo, también reseñado en este "Anuario" en el presente número.

El autor ofrece una opinión más en apoyo de la tesis que afirma la existencia de una vocación hereditaria entre los hermanos naturales. Sienta que en base al propio Código civil puede darse por real y existente una familia natural, frente a la legítima, con un aspecto patrimonial predominante. Señala el sentir de Vélez y aduce en pro de su tesis ciertos preceptos del Código.

Entiende que el admitir la vocación que nos ocupa no quiebra el mecanismo sucesorio del Código, y termina enlazando el problema con las presunciones legales que funcionan en la sucesión abintestando, citando, a través de Vélez, a Savigny.

CODON, José María: "Estudio práctico de la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental". *Revista Jurídica de Cataluña*, LXIX, 1952; págs. 477-485.

Después de aludir a la importancia que la Psiquiatría puede tener para el derecho sucesorio, valora y delimita los términos demencia y locura.

En base al articulado del Código fija unas reglas acerca del funcionamiento de la incapacidad por enfermedad mental: Presunción de incapacidad en todo testador (regla general), incapacidad de testar de quien no está en su pleno juicio (excepción), presunción de incapacidad en el

enajenado que otorga testamento (inversión de la presunción), valoración de la capacidad en el momento de testar, facultad del Tribunal a quo la apreciación en cada caso de la prueba.

Extrae de la Jurisprudencia un concepto de la enfermedad mental aplicable al derecho sucesorio (trastorno del psiquismo, total o parcial, permanente o transitorio, de base patológica, que produce la anulación o alteración de las facultades mentales).

Hace un rápido estudio de las situaciones fisiológicas o psicológicas que no dan lugar a la incapacidad (senilidad, incultura, taras y antecedentes hereditarios) y de las que sí producen tal incapacidad (oligofrenias, psicosis, neurosis y psicopatías).

COLOMBO, Leonardo A.: "Vocación hereditaria de los hermanos naturales". La Ley. Suplemento diario, 23 de junio de 1952; págs. 1-6.

Unos recientes fallos judiciales han vuelto a poner sobre el tapete la debatida cuestión, en la Argentina, de si se heredan los hermanos naturales. Existiendo contradicción en el articulado del Código, la doctrina general admite entre ellos la vocación hereditaria. Los aludidos fallos la niegan. Dala la actualidad del problema, el autor estima oportuno ofrecer su opinión, coincidente con la de la mayoría.

Se refiere a la posición doctrinal y jurisprudencial y después de manifestar que el nudo gordiano de la cuestión está en los artículos 365, 369, 390, 3.279, 3.545, 3.582, 3.583 y 3.585 del Código civil, examina y rebate los argumentos de los que niegan a los hermanos naturales el derecho de heredarse entre sí.

GARCIA VALDECASAS, G.: "La comunidad hereditaria". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XXIII, 1952; págs. 395-426.

Manifiesta que sólo va en líneas generales a referirse a la comunidad hereditaria y no a problemas que con ella es relacionan pero que tienen su sustantividad (derecho de acrecer, colación, partición, etc.).

Bosqueja rápidamente los tipos fundamentales de comunidad hereditaria, refiriéndose a la romana y a la germana. A continuación, dentro ya de la comunidad hereditaria española, estudia el problema de su naturaleza jurídica, fijándose en la Jurisprudencia y en la doctrina. Da especial interés a la Sentencia de 30 de abril de 1935.

Ofrece después un rápido resumen del funcionamiento de la comunidad hereditaria en la práctica; enfoca ésta a la luz de la doctrina de los patrimonios en mano común, considerando a éste como un tipo intermedio entre el patrimonio en general y los patrimonios separados. Crítica, por artificioso, el llamado derecho hereditario en abstracto.

En base a los escasos preceptos y a la Jurisprudencia delinea el régimen jurídico de la comunidad hereditaria, estudiando su objeto, adminis-

tración, uso y disfrute, gastos, créditos y acciones, negocios de disposición y obligatorios, deudas y cargas.

Termina con alusión a las relaciones entre el patrimonio hereditario indiviso y el patrimonio de los herederos.

GOMEZ MERCADO, F.: "La Lex Testamenti. De la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503 al Reglamento (Código del Notariado) vigente en España". Revista del Notariado, 602, 1952; págs. 93-137.

Recuerda la gran estima en que los Reyes Católicos tenían a los escribanos, refiriéndose a ciertas disposiciones de éstos que lo demuestran. Señala ciertos preceptos existentes en el Código civil que, a su juicio, socavan el prestigio del Notariado (artículos 679 y siguientes).

Dentro del que llama Principio de coordinación del Derecho Sucesorio, se fija en la Lex Testamenti y en la eficacia que en el otorgamiento pueden tener ciertos defectos.

Alude después al testamento abierto, en su aspecto interno y externo, destacando la función notarial.

Hace un esbozo de la Pragmática de 7 de junio de 1503 con inserción de su texto, y señala su influencia e importancia.

Propugna la supresión de los testigos en el testamento abierto y su sustitución por los "coadjutores" o "colaboradores" del notario.

MOLINA RAVELLO, E.: "De la exclusión de los herederos legítimos". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 289, 1952; págs. 431-441.

No obstante ser un tema poco estudiado, en las ocasiones en que lo ha sido ha dado lugar a la polémica, incluso en lo referente a si ha de emplearse la terminología de exclusión o la de desheredación. El autor nos bosqueja las opiniones de Casso, J. González, Castán, García Martínez, Roca y Cicu. Se fija cómo en la doctrina italiana, en base al artículo 759 del Código de 1865, se entendió que la exclusión de que tratamos era válida por ver en ella una institución implícita (la de los herederos legítimos no excluidos), y manifiesta ser ésta la doctrina que aceptan algunos de nuestros autores (Castán, Roca).

Critica esta opinión por entender que en ello existe una ficción a la que ciertamente no obliga el articulado de nuestro Código (compara el artículo 759 del Código italiano con el artículo 667 del nuestro) y afirma que la exclusión de los herederos legítimos debe valer en sí misma como figura jurídica de propia eficacia y véase o no en ella una institución implícita.

Cita casos de la realidad para demostrar que la exclusión se da en la vida práctica y con alusiones a la suprema "volutas defuncti" termina su trabajo.

PEDREIRA, José: "Heredero bajo condición". Una interpretación más. *Nuestra Revista*, 843, 1952; págs. 1-4.

Comienza señalando las dificultades que en general plantean las condiciones, agravadas en el ámbito de nuestro derecho sucesorio por la existencia de los artículos 759 y 799 del Código civil.

Destaca rápidamente las diversas doctrinas formuladas en torno a los aludidos preceptos, así como el sentir de la Jurisprudencia, fijándose especialmente en los que afirman se trata de una contradicción sólo aparente (Manresa, De la Cueva, García Jordán).

A juicio del autor, para resolver el problema debe partirse de la clasificación de las condiciones en potestativas, casuales y mixtas; el artículo 759, dice, se aplica si la condición es potestativa, y el 799, si es casual o mixta.

PORTAS, Néstor L.: "Conmoriencia. Naturaleza jurídica de la norma legal que la consagra". *La Ley. Suplemento diario*, 18 julio 1952; páginas 1-3.

El artículo 109 del Código civil argentino, correlativo de nuestro artículo 33, plantea el problema de determinar si contiene o no tal precepto una verdadera presunción.

La doctrina argentina así lo cree en su mayoría, con la excepción de Spota que, coincidiendo con la doctrina italiana, afirma que en el artículo 109 no se contiene una presunción, sino una aplicación de la doctrina general de la prueba: el que alega un derecho, ha de probar el hecho que lo fundamenta. En base al artículo 924 del Código civil derogado piensan así Coviello, Fadda y Bensa, Luzzato y otros. Es excepción Grisostomi.

Después de señalar el pensar de la doctrina alemana, destaca como antecedentes del artículo 109 el artículo 79 del Código chileno y el Proyecto de Freitas. Distingue la presunción en sentido técnico de la presunción en sentido vulgar y, tras referirse, a la no inutilidad del artículo 109, llega a estas dos conclusiones: 1) La norma del citado precepto no es una presunción, sino una regla de derecho material que consagra la conmoriencia. 2) No es la sola aplicación de los principios sobre la carga de la prueba y su aplicación puede entrañar consecuencias que no se alcanzarían en su defecto.

ROVAST, André: "Déchéances protectrices et déchéances répressives dans le Droit des Successions". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 51, 1, 1952; págs. 1-16.

Ante la afirmación lanzada por Hugueney de que la pena privada aumenta su ámbito en el Derecho civil moderno, el autor manifiesta que tal opinión se debe a la confusión entre pena y "déchéance" (pérdida de un

derecho o de una función a título de sanción, según Capitant). Ambos conceptos pueden coincidir pero pueden también funcionar independientemente en el tráfico jurídico.

La "déchéance" puede tomarse como medida protectora de carácter precautorio o como medida represiva. Estudia ambos tipos en el Derecho de sucesiones.

Dentro de las "déchéances protectrices" estudia: 1) La privación del beneficio de inventario al que vende un bien de la herencia sin las formalidades precisas (artículos 988 y 989 del Code de Procedure). Señala las ventajas de considerar esto como "déchéance" y no como pena, fijándose en los aspectos fundamentales de los citados preceptos. Entiende que la Ley habla de "venta" sólo a título exemplificativo. 2) La privación del beneficio de disposición al gravado de restitución en una sustitución permitida, cuando incumple ciertos requisitos: no nombramiento del tutor encargado de la ejecución de la sustitución.

Entre las "déchéances represivas" estudia: 1) La "déchéance" del heredero indigno. Estima que el artículo 727 contiene ya una pena. 2) La revocación de los legados por ingratitud. Artículo 1.046 C. c. Señala la impropiedad del término "revocación" debido a ser los herederos quienes invalidan la disposición. 3) La "déchéance" en caso de ocultación sucesoria. Artículo 792 C. C.

SARFATTI, Mario: "Le Successioni". Archivo Giurídico, CXXXVIII, 1, 1950; págs. 65-73.

Señala cómo el estudio del Derecho comparado pone de manifiesto las acusadas diferencias existentes entre los diversos sistemas sucesorios. Las características nacionales se reflejan aquí más que en ninguna otra materia. El perfecto conocimiento de las diferencias es útil porque puede preparar un futuro acercamiento.

Se fija en el fundamento del Derecho sucesorio, en el ordenamiento jurídico romano, germano y moderno, destacando las relaciones entre la sucesión intestada y la testamentaria.

Termina con alusiones a la diferencia entre herencia y legado, fijándose en el particularísimo sistema francés, y estudia el diverso que la aceptación juega en los diversos sistemas según el régimen de adquisición de la herencia.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PEREZ.

MORAL Y DE LUNA, Alfonso del: "La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta". *Revista de Derecho Privado*, 427, 1952; páginas 797-812.

Considera de carácter censal a la hipoteca de renta, a la que también le asigne carácter legal, quedando la hipoteca de renta de carácter voluntario como versión característica de hipoteca de amortización, de índole distinta a la de renta vitalicia, onerosa y aleatoria y, para las pensiones de por vida, de origen gratuito en general.

Que le es aplicable la prohibición comisoria del artículo 1.859 del Código civil

Que en el robustecimiento real del derecho del pensionista no hay una garantía superpuesta, sino una garantía inmanente espigada en el seno mismo del articulado del Código.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "El precedente real de las anotaciones de embargo". *Revista de Derecho Privado*, 426, 1952; págs. 703-724.

Se critica el régimen actual de la doctrina y de la jurisprudencia en torno a los efectos de las anotaciones preventivas de embargo para sostener que, a este respecto, es necesario que el embargo se rija por el principio "prior tempore ptior jure". Y como norma que lo rige, ha de ser aplicada la legislación más nueva, que es la contenida y derivada de la vigente Ley Hipotecaria, extremo ya declarado por el artículo 1.473 del Código civil.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la evicción y el saneamiento". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 292, 1952; págs. 625-634.

Sostiene su autor, al amparo de los artículos 313 y 315 de la Ley Hipotecaria, 585 a 588 del Reglamento y 1.474, 1.482 y 1.480 del Código civil, que la evicción "in actu" no se da nunca en los procesos de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, al amparo de la sentencia que le ponga término, no podrá ejercitarse la acción de saneamiento por evicción.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 294, 1952; págs. 785-804.

El autor de este trabajo propugna la reforma del párrafo primero del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, dándole la siguiente redacción: El tercer poseedor, en el caso señalado en el último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, tendrá derecho a intervenir en el procedimiento con arreglo al artículo 134 de la misma, pero sólo deberá ser notificado, a los efectos del artículo 126 de dicha ley, cuando hubiere inscrito su derecho con anterioridad a la certificación de cargas, prevenida en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil, "en la que se consignará la última inscripción de dominio vigente con expresión de su titular o titulares y de los títulos de adquisición."

Con la agregación de las palabras subrayadas bastaría, a juicio del autor, para que quedaran resueltos la multitud de problemas que la redacción actual plantea.

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de Luis SANCHO MENDIZABAL.

FERRO ASTRAY, José A.: "Problemas relacionados con el régimen jurídico de las empresas extranjeras y sus sucursales". *Sociedades Anónimas*. Año VII, núm. 74, julio 1952; págs. 291-322.

Informe presentado a la VII Conferencia de la Asociación Interamericana de Abogados en apoyo de una recomendación, que fué aprobada, para la unificación de la legislación americana en la materia. El autor estudia el problema de la nacionalidad de las empresas, que niega, y el concepto de sucursal, junto a los de representante, agencia, filial, etc., así como las líneas generales de su régimen jurídico.

MASCARENAS, C. E.: "Tipos de delitos contra la propiedad industrial". *Revista de Derecho Mercantil*. Vol. XIV, núm. 40, julio-agosto 1952; págs. 73-93.

Interpretación y aplicación de las normas legales que sancionan la falsificación, usurpación, imitación, competencia ilícita, etc.

MEDINA PEREZ, P. I.: "El derecho de autor en la cinematografía". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo CXCI, número 6, junio 1952; págs. 659-690.

Se estudia el problema general de la existencia y naturaleza del derecho de autor, recogiendo las diversas teorías y afirmando, en conclusión, que incluye un derecho de la personalidad y un derecho sobre bienes inmateriales; distingue los dos contenidos, patrimonial y moral, y se refiere a los problemas concretos que surgen en relación con el trabajo de los actores cinematográficos; se refiere, asimismo, a las cuestiones planteadas por la imagen, el nombre y el seudónimo, y concluye considerando la situación provocada por la interferencia de los varios derechos de autor en la obra cinematográfica.

RAMIREZ, Roberto: "El concepto de "Acto de comercio" en el derecho americano". *Sociedades Anónimas*. Año VII, núm. 72, mayo 1952; páginas 195-206.

Estudio comparativo de las legislaciones mercantiles americanas que precede a un proyecto de Recomendación presentado a la VII Conferencia de la Asociación Interamericana de Abogados en el sentido de que los Estados americanos elaborasen una Ley Uniforme en materia de actos de comercio.

2. Sociedades

A cargo de Luis SANCHO MENDIZABAL.

BARRAGAN, Rubén Dario: "Constitución de sociedades anónimas con poderes otorgados en instrumentos privados". *La Ley*, 4 octubre 1952; páginas 1-5.

Con referencia al Derecho argentino, el autor estima necesario que los poderes del mandatario que otorga la constitución de estas sociedades consten en documento público, pronunciándose por la invalidez del acto en que interviene mandatario con poderes en documento privado, a salvo los posibles derechos de los demás contratantes y de los terceros.

OGAYAR, Tomás: "El nuevo régimen jurídico de las sociedades anónimas". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo CXCI, número 5, mayo 1952; págs. 550-579.

Exposición general del contenido de la Ley de Sociedades Anónimas bajo los epígrafes: Carácter y estructura de la nueva regulación; Problemas fundamentales; Acciones; Organos sociales; Información y fiscalización; Otras materias.

PEDROL, Antonio: "El voto de acciones embargadas y secuestradas". *Revista de Derecho Privado*. Año XXXVI, núm. 423, junio 1952; páginas 465-4776.

Ante el vacío legislativo, y dado que la solución legal en el caso de las acciones pignoradas no puede aplicarse pr falta de analogía, el autor expone las soluciones doctrinales (negación del voto, atribución al secuestrado, atribución al secuestro, solución mixta), inclinándose por la atribución del voto al secuestro o al administrador judicial, a quien podría dar directrices el juez.

TERAN LOMAS, R. A. M.: "Las sociedades entre cónyuges ante el artículo 37-II de la Constitución nacional". *La Ley*, viernes 21 diciembre 1951.

Nota a una sentencia de apelación de Rosario, que admite la posibilidad de la constitución de sociedades entre cónyuges.

VAZQUEZ, A. J., y MORANDI, T. C. F.: "El voto personal en las asambleas de las sociedades anónimas". *La Ley*, 15 mayo 1952; págs. 1-2.

Con relación al derecho argentino, se defiende la posibilidad de que los estatutos de las sociedades anónimas establezcan mayorías de accionistas y no de acciones.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Manuel PRECIOSO.

ARRILLAGA, José Ignacio: "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XIV, núm. 40, julio-agosto 1952; págs. 7-71.

Después de examinar el concepto de oferta a persona indeterminada, realiza el autor un documentado estudio de las dos variedades que ésta presenta: como promesa, a la que califica de negocio jurídico unilateral que obliga al oferente a cumplir la prestación prometida, y como propuesta de contrato, tan en boga en la esfera mercantil. Esta última, que conviene distinguir de la simple "invitatio ad offerendum", para que produzca efectos jurídicos ha de ser seria, definitiva, completa, comunicada en forma y con un plazo mínimo de vigencia.

FERREIRA, Waldemar: "La duplicata (El original título de crédito del Derecho comercial brasileño)". *Sociedades Anónimas*, Año VII, número 75, agosto 1952; págs. 339-349.

Breve estudio de este título del Derecho brasileño, consistente en el duplicado de la factura que el comprador está obligado a devolver al vendedor, en las ventas al por mayor, y que, en los casos, tan numerosos, en que ésta se realiza a plazo se convierte en un auténtico título de crédito de carácter causal, puesto que, incluso bajo la sanción penal, ha de ser "expresión de un contrato de compraventa", lo que lo separa con claridad de la letra de cambio, que en el Derecho brasileño se configura como título abstracto.

SANCHEZ TORRES, Eloy: "La naturaleza jurídica del contrato de corretaje en el impuesto de Derechos reales y los casos de denuncia hecha por el corredor". *Revista de Derecho Privado*, XXXVI, 424-425, julio-agosto 1952; págs. 617-623.

El Tribunal Económico-administrativo Central ha tenido ocasión, en la sentencia de 18 de marzo de 1952, de calificar el contrato de corretaje, con el objeto de atribuir o no el carácter de "denunciante" a efectos de participación en la multa al corredor interviniendo en el contrato denunciado y, a la luz del Derecho comparado y del Decreto de 6 de abril de 1951 regulador de la profesión de agentes de la Propiedad inmobiliaria, le configura como mandato.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "Reformas notariales". *Nuestra Revista*, 848, 1952; págs. 9-13.

Las propone en relación con los términos municipales libres en la futura demarcación notarial, la distinción entre los instrumentos públicos en que el Notario interviene con la plenitud de sus funciones, de aquellos otros en que interviene como simple fedatario para sujetar a éstos a turno, reparto de documentos entre todos los Notarios de España, reparto desigual entre los Notarios de la misma población en sustitución de la congrua, desaparición absoluta de la llamada "congelación", nuevo turno de permanencia en la misma Notaría sin efectos retroactivos y modificación del sistema exageradamente memorista de las oposiciones entre Notarios.

GOMEZ DE MERCADO, Francisco: "Mejor que un nuevo Reglamento, una novísima Ley del Notariado". *Nuestra Revista*, 849, 1952; páginas 1-9.

En orden a las reformas notariales entiende que más que un nuevo Reglamento lo que se precisa es una nueva Ley del Notariado, con su reglamentación subsiguiente. Destaca, artículo por artículo, las deficiencias de la Ley de 28 de mayo de 1862 y se pronuncia por una Ley con pocos artículos, sin perjuicio de que cada generación tuviera su reglamentación, que fuese actividad inspirada en los principios de la Ley.

MARTIN LAPLAZA, I.: "Sobre el Reglamento notarial". *Nuestra Revista*, 850, 1952; págs. 2-7.

Propone reformas en el Reglamento del Notariado en orden a la demarcación notarial, a la jubilación y congelación, al ingreso en la carrera y turnos de provisión de vacantes y al reparto de documentos, propugnando que la enunciación que se hace en el artículo 126 del Reglamento debe ampliarse a otros instrumentos que, por lo impreciso de lo dispuesto en el último párrafo del mismo, pueden quedar, como quedan ocultos, por no haberse dado por las Juntas la interpretación extensiva pertinente para la ayuda expresada.

NAVARRO AZPEITIA, V. F.: "Acerca del artículo 1.^º de la Ley del Notariado". *Nuestra Revista*, 848, 1952; págs. 1-9.

Puede afirmarse sin error que el artículo 1.^º de la Ley del Notariado estableció, en su inciso primero, en armonía con los artículos 13, 14 y 41, la condición de funcionario público del Notariado, en su significado de delegado o representante del Poder del Estado, en cuanto al contenido y al momento de imposición de su función y la de profesional del Derecho en cuanto al ejercicio de su misión de tutela jurídica y para la asimilación contributiva correspondiente. La confusión que actualmente se produce tiene por causa la distinta acepción con la que en el artículo 1.^º de la Ley y en algunos artículos reglamentarios se emplea la palabra "clase". En la Ley equivale a "especie"; en el Reglamento es sinónima de "categoría" o de "grado".

UBEDA SARACHAGA, Antonio: "Informe acerca de la reforma del Reglamento del Notariado". *Nuestra Revista*, 853, 1952; pág. 4.

Articuladamente y comenzando por el párrafo 2.^º del artículo 1.^º, al que propone añadir las palabras "redactando documentos y censurado las minutas que se le presentaren", se pronuncia por la reforma del Reglamento del Notariado, señalando aquellos de sus artículos que deben ser adicionados, modificados o derogados.

V. Derecho procesal

A cargo de José María DESANTES GUANTER.

I. Parte general

GALAN Y GUTIERREZ, Eustaquio: "Formación postuniversitaria del abogado". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, C., 3; páginas 301 a 313.

Se apoya a la idea, inserta en una conclusión del Congreso Nacional de Justicia y Derecho, de crear una escuela especial para la formación profesional de los licenciados en Derecho que aspiren a desempeñar la Abogacía.

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: "Los aranceles judiciales". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, VI, 211; págs. 3-7.

Estudio exegético del Decreto de 19 de octubre de 1951, en el que se subrayan laudatoriamente la simplificación de los distintos supuestos de percepción, la forma de pago y la sustitución, por ahora solamente en parte, del régimen de arancel por el de sueldo del Estado para los secretarios de la Administración de justicia.

MOLINA PULIDO, Alberto: "Fundamento básico de la prejudicialidad penal en el juicio civil". *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, XLVII, 433; págs. 69-75.

Cuando un mismo asunto se encomienda a distintos jueces para que cada uno de ellos establezca en la sentencia determinados efectos, civiles, penales o administrativos, puede la ley hacer que cada uno de sus soluciones tengan absoluta independencia o, por el contrario, que la decisión de uno sea tomada en cuenta por los demás. En este segundo caso, que es el seguido normalmente, se plantea el problema teórico del apoyo de la obligatoriedad penal en la jurisdicción civil que el autor, rebatiendo opiniones distintas, explica por la existencia de la presunción de cosa juzgada.

SOTO NIETO, Francisco: "Efectos de la resolución del pleito principal sobre el declarado pobre". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, VI, 208; págs. 3 a 9.

Estudio de las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el que se establecen consecuencias desfavorables para el litigante que hace uso indebido del beneficio de pobreza en función del diferente sentido que puede tener la resolución judicial en el pleito principal.

2. Parte especial

DIAZ BIALET, Alejandro: "El artículo 40 de la Ley 11.924 y la necesidad de su reforma". *La Ley*, 28 agosto 1952; págs. 1 a 3.

El estudio del juicio de desahucio lleva a la conclusión de que la ley ha valorado de muy distinto modo la ausencia del actor y del demandado quebrantado, al regular sus efectos, el principio de igualdad de las partes en el proceso proclamado por la Constitución, por lo que es necesaria su reforma y adaptación.

REYES MONTERREAL: "Apelaciones sin consignación de rentas en arrendamientos urbanos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, VI, 213; págs. 3 a 12.

Al artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil que establece que no podía interponerse apelación por el condenado en sentencia de desahucio sin que se haya acreditado el pago de las rentas o se consignen en su caso, y al 1.567, que ordena el pago o consignación de las que se devenguen durante la sustanciación del recurso, se oponen en la legislación de arrendamientos nuevas normas cuyo engranaje con aquéllas estudia el autor en este artículo.

RUIZ, Juan M.: "El juicio de responsabilidad civil de los magistrados en la provincia de Santiago del Estero". *La Ley*, 16 agosto 1952; páginas 1-2.

Estudia la constitucionalidad del juicio y las relaciones de distintas normas de los Códigos civil y procesal civil para señalar efectos no claros en su redacción. Principalmente, deduce si es necesaria la previa destitución del magistrado para demandarlo por los daños y perjuicios causados a la parte.

SOTO NIETO, Francisco: "La excepción de falsedad en el juicio ejecutivo". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, VI, 214; páginas 3 a 9.

Las normas de la Ley de Enjuiciamiento sobre las cuestiones perjudiciales y penales en el juicio civil ordinario quiebran ante la finalidad aceleratoria del juicio ejecutivo. No obstante, cabe una actitud defensiva en el ejecutado por medio de la excepción de falsedad del título ejecutivo o del acto que le diere fuerza de tal. Las posibles implicaciones de esta actitud y sus consecuencias se desarrollan en este trabajo.

YMAZ, Esteban: "Arbitrariedad y recurso extraordinario". La Ley, 11 septiembre 1952; págs. 1 a 4.

A la luz de la razón y de las normas fundamentales y jurisprudencia argentinas analiza el concepto de arbitrariedad y lo diferencia del de prevaricación. Estudia el método lógico para comprobar el acierto o el error de la resolución judicial. Y las especialidades que el recurso extraordinario presenta en estas cuestiones.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,
Letrado del M. de Justicia.
Registrador de la Propiedad.

RESOLUCION DE 22 DE OCTUBRE DE 1952

Principio de prioridad

En escritura de 16 de noviembre de 1948, inscrita el 4 de enero de 1949, se hipotecó determinada finca, atribuyendo al acreedor la facultad de ejercitarse las acciones de ella derivadas, incluso antes del plazo pactado, caso de impago de contribución, intereses o prima de seguro. Y en autos ejecutivos ordinarios promovidos contra el mismo deudor, en distinto Juzgado, el 6 de marzo de 1950 y por distinto acreedor, se decretó embargo de los bienes de aquél, practicándose la anotación preventiva correspondiente a la finca hipotecada el día 14 de marzo del mismo año. Despachada ejecución, ésta fué adjudicada al actor del procedimiento ordinario, en auto de 22 de septiembre siguiente, presentado en el Registro el 16 de octubre.

Por su parte, el acreedor hipotecario promovió el 21 de marzo de 1950 procedimiento adecuado a la ejecución de su despacho, adjudicándose la finca a un licitador el 4 de octubre siguiente y otorgándose la correspondiente escritura de venta el 14 del mismo mes, para ser presentada en el Registro el 19.

En vista de los asientos de presentación de ambos documentos, el Registrador se niega a inscribir el testimonio del auto de adjudicación, «por resultar de los asientos del Registro el de presentación de la escritura de compraventa» del día 14, otorgada *en virtud de un crédito hipotecario anterior y preferente* al que motivó la referida adjudicación.

El Presidente de la Audiencia territorial ratifica la nota calificadora, e, interpuerto el recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta resuelve: confirmar el auto apelado en virtud de las siguientes consideraciones:

A) *El principio de prioridad determina el cierre del Registro para los títulos contradictorios o incompatibles con los que ya fueron presentados o inscritos.*

B) *Los Registradores podrán denegar las inscripciones o anotaciones solicitadas cuando deban estimarse ineficaces, porque inmediatamente después de practicadas tengan que cancelarse sin despachar el título posterior contradictorio hasta que se hubieren agotado todos los efectos de la calificación del título anterior.*

C) *Respecto de las anotaciones preventivas de embargo derivadas de acciones personales posteriores a una inscripción de hipoteca, que tanto las normas de Derecho sustantivo como las procesales subordinan su extinción al ejercicio de la acción hipotecaria, y si bien nuestro ordenamiento carece de normas suficientes para el supuesto de que se ejerçiten a la vez varios procedimientos de ejecución que afecten a la misma finca, esta omisión ha sido suplida por aplicación de la jurisprudencia dictada para el caso de títulos contradictorios presentados en el Registro al tiempo de formular la calificación de los anteriores.*

D) *La existencia del procedimiento hipotecario fué debidamente notificada*

al que lo era en el ordinario, ordenándose, a su tiempo y judicialmente, la cancelación de la hipoteca del actor y todas las demás inscripciones posteriores a la de ésta, por donde se pone de relieve lo oneroso e inútil, por su vida efímera, que habría sido la inscripción solicitada por el recurrente, cuya cancelación fué también y acertadamente ordenada por el Juez.

OBSERVACIÓN.—V. los arts. 17, 19, 20, 37, 66, 82 y regla 4.^a del 131 de la L. H.; 105, 107, 109, 111, 114, 126, regla 2.^a del 175, 233, 426 y 434 del R. H.; y Resoluciones de 5 de septiembre de 1893, 26 de julio de 1907, 16 de abril de 1910, 9 de marzo de 1942, 22 de octubre de 1945 y 31 de marzo de 1950.

RESOLUCION DE 25 DE OCTUBRE DE 1952

Doble inmatriculación a favor del mismo titular

Una Sociedad adquirió por título de expropiación forzosa dos fincas, cada una de ellas inscrita en forma duplicada y a favor de personas distintas, por lo que, ignorándose su verdadero propietario, hubo de seguirse el procedimiento expropiatorio con todas ellas, quedando depositado su importe a favor de quien correspondiera. Ambos inmuebles fueron inscritos a favor de la Sociedad adquirente, también en forma duplicada. El Registrador, en vista de una anotación de demanda vigente entre los anteriores titulares y relativa a sus respectivos derechos posibles, hizo constar en las inscripciones nuevas una reserva «acerca de lo que, en su día, resolviesen los Tribunales».

El problema que resuelve ahora la Dirección se originó al solicitar la Sociedad adjudicataria la traslación de los asientos, a fin de hacer desaparecer la doble inmatriculación de cada una de ambas fincas, y la cancelación de la reserva entrecomillada. Entendió el Registrador que ello era imposible en tanto los Tribunales no declarasen cuáles inscripciones debían prevalecer, y el Presidente de la Audiencia, partiendo de la identidad absoluta de los dos asientos relativos a la primera finca, y de que el litigio entre sus anteriores titulares sólo puede hoy referirse a su precio expropiatorio, ordena la traslación solicitada respecto a la misma y la cancelación de la altidida reserva. En cuanto al segundo inmueble declara no haber lugar a la traslación por la incoincidencia de los asientos relacionados con ella.

Apelado el auto en cuanto confirma la nota denegatoria del Registrador, la Dirección General de los Registros resuelve:

A) *La doble inmatriculación de un mismo inmueble ocasiona uno de los más graves defectos del sistema al dejar inoperantes los principales preceptos hipotecarios. Puede atribuirse a la falta de un buen Catastro y a la deficiencia de los medios indentificatorios de las fincas.*

B) *El Reglamento hipotecario preve en su art. 313 el supuesto de la doble inmatriculación a favor de personas distintas y señala el procedimiento adecuado para obviar tal anormalidad, pero no contiene normas para cuando aquélla se operó en favor del mismo titular, laguna que debe suplirse por analogía, mediante el traslado por certificación de los asientos modernos al registro de los antiguos con cierre de aquéllos.*

C) *Las diferencias descriptivas observadas en cuanto a una de las fincas, no pueden plantearse ahora, por cuanto en su día causaron estado en los libros hipotecarios, previa la calificación del Registrador que entonces las consideró referidas a un mismo inmueble, después de haberse seguido el procedimiento ex*

propietario con los dos posibles titulares registrales representados por el Ministerio fiscal.

D) *La expropiación forzosa, por su naturaleza privilegiada, da lugar a una titularidad en cierto modo originaria nacida de un acto de poder que determina la conversión del inmueble en dinero, siendo en consecuencia su precio el único objeto de litigio, al que necesariamente es ajena la entidad expropiante, que no debe quedar afectada por él ni por la reserva indebidamente practicada en la inscripción.*

OBSERVACIÓN.—V. art. 1, 39 y 40 de la L. H.; 32, 313 y 320 del R. H.; 5, 39, 40 y 43 de la Ley de Expropiación forzosa de 10 de enero de 1879; 23, 66, 72, 73 y 74 de su Reglamento de 13 de junio del mismo año; R. D. de 18 de noviembre de 1907; R. O. de 12 de mayo de 1903; S. de 20 de abril de 1934 y 20 de abril de 1950; y Resoluciones de la Dirección de los Registros de 29 de abril de 1881, 24 de enero de 1889, 9 de marzo de 1892, 11 de diciembre de 1894 y 14 de mayo de 1920.

JURISPRUDENCIA

I. ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

El § 1.^º del art. 464 del Código Civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945

La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del artículo 464 (1) ha sido objeto de duras críticas, que no estimamos justas. Pero lo lamentable es que, además, recientemente ha sufrido torcidas interpretaciones. Esto nos ha movido a exponer cómo entendemos la doctrina contenida en la fundamental sentencia de 19 de junio de 1945.

Invertiendo el orden que parecería lógico, examinaremos del modo más realista posible y prescindiendo de todo aparato bibliográfico, en primer lugar, el contenido normativo del precepto enunciado y, en segundo término, los presupuestos de su aplicación, es decir, el supuesto de hecho que permite entrar en juego a aquel contenido normativo.

La razón de esa trasposición, se halla en que la citada sentencia deja resuelto cual es el contenido normativo del precepto, y en que a través de este conocimiento creemos que es fácil descubrir el supuesto de hecho a que se refiere.

A) Contenido normativo del párrafo primero del artículo 464 C. c.

Nuestro compañero Gómez Acebo («La buena y la mala fe en el Código civil», en «Rev. Dr. Priv.», T. XXXVI, marzo 1952, pág. 213), dice que esta sentencia, «considera más prudente aceptar su interpretación romanista y reducir en nuestro Derecho la eficacia de la regla «posesión equivale a título» a una simple presunción de título apto para usucapir».

Ladaria Caldentey («Legitimación y apariencia jurídica», Barcelona, 1952, página 148, nota 103) dice escuetamente que la referida sentencia «ha mantenido la tesis de que el art. 464 C. c. sienta sólo una presunción de título a efectos de la usucapión».

La opinión de Gómez Acebo parte de reducir las posibles explicaciones del artículo 464 a considerar sus efectos: 1) como simple presunción de título apto para usucapión; 2) como adquisición *ex lege*; 3) como una aplicación más de la teoría de la apariencia.

En cambio, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 junio 1945 subdistingue cuidadosamente: de una parte, la opinión de quienes estiman que este precepto «se limita a establecer en favor del poseedor de buena fe **una presunción de propiedad** que sólo cede ante la prueba de que el dueño fué privado de ella injustamente, carga que incumbe a éste último», y de otra, el criterio de quienes

(1) Una síntesis casi completa de la jurisprudencia y la doctrina relativas al primer párrafo del artículo 464, puede consultarse en ANTONIO DE DERECHO CIVIL, vol. V, fasc. I, págs. 351 y ss. en el Comentario que PESA dedica a la Sent. de 3 marzo 1951.

alegan que «el art. 404 presupone el transcurso del tiempo normal establecido para la prescripción de muebles, a que se refiere el art. 1.956».

La primera de estas dos posiciones, y no la segunda (2), es la aceptada por la sentencia de referencia. «No puede decirse—declara—que el precepto resulte estéril a los fines de un menor rigorismo en materia de posesión de bienes muebles, puesto que establece a favor del poseedor de buena fe una presunción de legitimidad que le exime de toda prueba, haciendo recaer la carga de ésta en el que alega su dominio». Prueba que, a su vez, para su eficacia requiere el concurso favorable e imprescindible de otra prueba conexa: «que el dueño fué privado de ella (de la cosa mueble) injustamente».

Conforme comentó Bonet Ramón («Rev. Dr. Pri.», T. XIX, noviembre 1945, página 637), «corresponderá al demandante en el juicio reivindicatorio probar que ha perdido o ha sido privado ilegalmente de la cosa, pues la excepción no se presume, teniendo, por tanto, el poseedor de buena fe la presunción de propiedad a su favor».

El mismo sentido parece contener un considerando de la sentencia de 14 de noviembre de 1950, que hablando literalmente de «la regla genérica del art. 464 del Código civil que confiere rango de título a la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe», dice que «deja a salvo el mejor derecho de quien hubiese sido ilegalmente privado de la cosa mueble».

Una simple presunción de título apto para la usucapión no daría al poseedor ninguna ventaja procesal, fuera del supuesto en que se discutiese la prescripción ordinaria. Es decir, sólo sería útil después de los tres años de su posesión. En cambio, la presunción de ser dueño el poseedor, solo enervable por la prueba a cargo del dueño, de haber sido privado ilegalmente de la cosa, le sitúa de hecho en una posición casi tan favorable como la resultante del artículo 2.279 del Código francés. Excepto:

a) En cuanto a la interpretación amplia, que nuestro más alto Tribunal ha dado a la expresión de que el dueño «hubiese sido privado ilegalmente de ellas» (En contra de esta interpretación amplia, ver Hernández Gil: «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de «privación ilegal»», en «Rev. Dr. Priv.», T. XXVIII, págs. 491 y siguientes).

b) La diferencia que media entre una *adquisitio a non domino* y la *negatio actionis* al propietario verdadero, tan claramente formulada en el ejemplo de la bicicleta de Ewald (ver Núñez Lagos, «El Registro de la Propiedad española», página 249 de la «Rev. Crit. Der. Inmob.», T. XII, abril, 1949).

La presunción de titularidad del artículo 464, excede del ámbito de la simple presunción *iuris tantum* del artículo 448 C. c. (3). Es, por lo menos, una pre-

(2) Notemos que esta doctrina no se opone a que—en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 464—no sea preciso el justo título para la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes muebles, por cuya razón nada dice de este requisito el § 1.º del artículo 1.955 C. c. (Sen. 3 marzo 1951). La presunción del artículo 464 puede cumplir esa función más modesta en aquellos casos en que la presunción dominical sea enervada por quien pruebe haber perdido la cosa o haber sido privado ilegalmente de ella.

(3) A propósito de la presunción del artículo 448 C. c., ha escrito GÓMEZ ACERO (loc. cit., pág. 215) que: «el alcance de este precepto no es de orden sustancial, sino procesal. Es ciertamente una presunción de título; pero dicha presunción está pensada sólo para el conflicto interdictal».

suncción iuris tantum con su prueba en contrario limitada a determinados supuestos (pérdida o privación ilegal). Significa una negatio actionis al titular fuera de los casos de que pruebe haber perdido la cosa mueble o sido privado ilegalmente de ella. Es decir, llega a establecer una presunción *iuris et de iure* (que como tal no es una verdadera presunción, sino una negación del derecho de la otra parte) frente a quien no demuestre haber sido privado ilegalmente de la cosa o haberla perdido. Este no puede ejercitarse si no prueba previamente hallarse fuera del ámbito de su negatio actionis o, si se quiere, fuera del ámbito de la presunción *iuris et de iure*, del apartado 1º del primer párrafo del artículo 464 y dentro de la excepción del apartado 2º de dicho párrafo.

La palabra *equivale*, como nota Gómez Acebo (pág. 216), es excesiva para expresar una mera presunción, pero no choca con la *negatio actionis* que acompaña a la presunción *iuris et de iure* de titularidad establecida a favor del poseedor de buena fe de una cosa mueble cuyo dueño no demuestre haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente.

Por eso debe rechazarse la afirmación de que la interpretación del Tribunal Supremo, contradice «las propias palabras empleadas por la ley» (Gómez Acebo, loc. cit., pág. 214).

Mas sorprendente es que se diga también que el fallo comentado «contradice a la historia». ¿A cuál?: ¿a la de Francia o a la nuestra? Y, en este caso, ¿a algunos fueron medievales?; (ver los que refiere nuestro maestro Valdeavellano «La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español», en «Rev. Dr. Priv.», Vol. XXXI, págs. 631 y siguientes), ¿o a la tradición jurídica posteriormente consolidada, que conforme la Base 1.ª debió recoger el Código civil? (4).

B) El supuesto de hecho del artículo 464, párrafo 1º.

La expuesta interpretación del artículo 464, sin excluir totalmente la concepción de este precepto como ley de terceros (ver Alas, «La publicidad y los bienes muebles», Madrid, 1920, págs. 185 y siguientes), determina su aplicación, en principio, a cualquier poseedor de bienes muebles, sea o no tercero. Para excluir la aplicación de esta norma, hace falta que el actor pruebe que el poseedor carece de buena fe (5). Es decir—según los términos del articulo

Pero... ¿para qué hace falta establecer presunción alguna de título para el conflicto interdictal? En éste, precisamente, sólo se discute la posesión, haciendo abstracción del derecho a poseer y del título del poseedor. No ya la posesión en sentido estricto, sino la mera tenencia basta para gozar de la protección de los interdictos. Sólo una distracción puede excusar la peregrina suposición que comentamos.

El Tribunal Supremo, en S. 25 marzo 1925, ha reconocido el carácter sustantivo del artículo 448 C. c., afirmando que la posesión en concepto de dueño a que se refiere el artículo 432 del Código civil atribuye a quien la disfrute, mientras no sea vencido por quien ostenta mejor derecho, todas, absolutamente todas las ventajas del artículo 348 del mismo cuerpo legal.

(4) También nos extraña que GÓMEZ ACEBO (pág. 213) pretenda señalarnos un camino para llegar con cierta tesis nuestra a una concepción netamente germanista del artículo 464, cuando precisamente hemos defendido (*La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública*, en «Rev. Dr. Priv.», t. XXXI—diciembre 1947—pág. 936, nota 3) la posición de la Sent. de 19 junio 1945, contra la argumentación sistemática de HERNÁNDEZ GU. (*De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, «Rev. Dr. Priv.», t. XXIX, julio-agosto 1945, págs. 425 in fine y ss.).

(5) GÓMEZ ACEBO, en otro trabajo que fué publicado en el número correlativo anterior

lo 433—que éste no ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida. «La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba»—dice el artículo 434—.

Por tanto, el único presupuesto de aplicación del § 1.^o del art. 464 se reduce a que el actor no pruebe la mala fe del poseedor.

de la misma «Revista de Derecho Privado» («La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil», vol. cit., págs. 101 y ss.), intenta demostrar: que el concepto de buena fe es unitario; que corresponde a la ausencia de *ilicitum* pleno por inconsciencia por parte del sujeto de la antijuridicidad del resultado querido, y que la ausencia de culpa no es elemento constitutivo de la buena fe.

Tal vez es demasiado ambicioso pretender construir con esta precisión un concepto unitario de la buena fe. Tanto más, cuando nos hallamos ante apreciaciones de sensibilidad más que frente a un concepto lógico. Estas apreciaciones se realizan con más o menos severidad según las circunstancias del supuesto a que se refieren y a los efectos que han de ser producidos.

El Derecho ha elaborado una serie de juicios sobre la conducta de los sujetos en ciertos supuestos concretos. En cada juicio, la medida ha correspondido a las circunstancias y a los resultados en cuestión. Por ello ha exigido varias dosis distintas de buena fe. Esta expresión, por tanto, no corresponde en nuestro Derecho positivo a un concepto dogmático, sino a una serie de juicios verificados en circunstancias distintas, incluso separados, a veces, por su diferente estirpe histórica y por la distancia cronológica de sus nacimientos.

En primer lugar, es básica entre nosotros, desde que la vulgarizó VON THUR (*La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, en «Rev. Dr. Priv.», vol. XII, págs. 337 y ss.), la distinción entre la buena fe en sentido subjetivo, reflejada especialmente en la figura del *bonae fidei possessor* (arts. 433 y 1.960 C. c.), y la buena fe objetivamente considerada, con sus principales reflejos, en los *contractus bonae fidei* (art. 1.258 C. c.).

Por otra parte, es cierto que el artículo 1.107 C. c. opone la buena fe al dolo, ya que admite una buena fe culposa a efectos de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones. Pero, en cambio, para la edificación en suelo ajeno, el artículo 364, § 2.^o, engloba la ausencia de culpa como requisito intrínseco de la buena fe. También en el artículo 1.164 la buena fe requiere ausencia de culpa (n.).

En algunos supuestos la buena fe debe inspirarse en determinada apariencia (art. 34, L. H.); en otras, no es necesario (arts. 433 y 1.960 del Código civil).

En estos casos la buena fe exigida parece ser puramente cognoscitiva. En otros debe ser voluntiva (arts. 1.107 y 1.706, § 2.^o del Código civil).

En aquellos supuestos, a veces se exige la ignorancia genérica de la ilicitud jurídica (art. 34, L. H.); en otros, la ignorancia sólo se refiere a la invalidez del título o modo originario (arts. 433 y 1.960 C. c.). En determinados preceptos sólo se exige ignorancia de la realidad real (art. 34, L. H.); en otros, se requiere el desconocimiento de obligaciones de trasmisión la propiedad contraída por el propietario (art. 1.473 Código civil).

Alguna vez es la ausencia de intención dolosa o fraudulenta, no perdiéndose por el mero hecho de conocer la verdad (art. 37, núm. 3, b, L. H.). En ocasiones se exige una especial diligencia (art. 36 L. H.) ().

Para lograr un concepto genérico de buena fe es imprescindible dotarlo de mayor elasticidad y amplitud. Pueden precisarse las características de la buena fe registral, pero no las de una buena fe genérica que abarque todos los matices correspondientes a sus más diversas aplicaciones. La acepción general sólo puede lograrse con la amplitud con que, v. gr., mi maestro ALGUBER (*El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado*, en «Rev. Jur. de Cataluña», vol. XXXIII, 1927, pág. 537—ver págs. 525 y ss.—, fundamental trabajo, tan olvidado, que pasa inadvertido a GÓMEZ ACEMO) expresa que: «será criterio de la buena fe aquél que respetando el límite de las exigencias estrictas del Derecho tiende a regular y nivelar pacíficamente la pureza de la voluntad que requieren la confianza y lealtad reciprocas de las partes enfrentadas, a tenor de las representaciones mutuas cruzadas entre ellas, y condicionadas por los puntos de referencia establecidos por el ordenamiento jurídico». Conforme a lo cual, añade (pág. 538) que «la ley, por regla general, determinará los puntos de referencia en que las representaciones

Huelga, pues, decir—como Jordano Barea (*La teoría del heredero aparente*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL. T. III, Fas. III, pág. 691) que el art. 464 requiere cuatro elementos, requisitos o condiciones: 1.^o, posesión del enajenante; 2.^o, tradición; 3.^o, buena fe del adquirente, y 4.^o, posesión del adquirente. Creemos que basta la posesión del actual poseedor y que no se pruebe su mala fe.

de las partes han de basarse: título bastante al poseedor de buena fe, usos sociales, declaración de voluntad, organización de la publicidad, etc... (como, grado de diligencia específica, podemos añadir, entre otros).

Sólo así, considerando la buena fe «como el módulo natural del desarrollo de las relaciones entre los hombres probos, entre los que viven con sentimientos de solidaridad civil» (pág. 526), pueden unificarse los conceptos objetivo y subjetivo de la buena fe, en cuanto el primero será «meramente una consideración unilateral del segundo, referido a uno solo de los sujetos de la relación» (pág. 531) (7).

Entendida la buena fe, «en su aspecto técnico, secundum legem, y no como un elemento con el que pueda combatirse la ley», resultaría, conforme dice el mismo ALGUER (pág. 531), que «por el valor obligatorio de la ley o de toda fuente formal de derecho imperativo», las «exigencias estrictas en el Derecho», sin duda, «deben necesariamente entrar en el microcosmos de la voluntad que la buena fe pretenda formar en su composición de lugares». Sólo así, se explica que en ciertos casos no haya buena fe sin inscripción, o sin justo título, o sin cierta diligencia específica, etc.

También por este camino, entendiendo que la esencia de la buena fe «está en el deber, en la pureza de la voluntad que acompaña a la creencia y consiguiente expectativa», y que, por tanto, «no interesa la ignorancia, sino la escusabilidad de la ignorancia», resultara—como concluye ALGUER (pág. 532)—que: «La ignorancia es un mero reverso del deber que existe de conocer ciertas circunstancias inexcusables; la adecuación de la voluntad a ese conocimiento es lo que constituye la buena fe y apareja sus efectos». Así pueden encuadrarse en el concepto general las declaraciones de los arts. 433 y 1.960 C. c., sobre la base de que al aludir a la ley a un error excusable o justificado «no agota en modo alguno el contenido del concepto. Su momento culminante no radica en el error o ignorancia, sino en la escusabilidad de ese error o ignorancia, lo cual desplaza la cuestión hacia el concepto de deber» (pág. 511).

Se extraña GÓMEZ ACUÑO de que en ciertas ocasiones se otorgue eficacia creadora a la buena fe: «Se condecora a los héroes—dice—, pero no a la honestidad gris... «La norma no protege directamente la buena fe, ni esta protección se le otorga en concepto de *praemium*. La teoría de la apariencia y sus efectos valora intereses sociales y no individuales: se protege a la seguridad jurídica si bien para conseguir dicha protección haya que proteger la bona fides» (pág. 128 y ss.).

Es cierto que el fin de las normas que protegen a quien adquiere de buena fe, confiando en ciertas apariencias jurídicas, es tutelar intereses sociales del comercio jurídico, del crédito inmobiliario, etc.

Pero para lograr ese fin basta con proteger a los adquirentes de buena fe. Basta que actúe ésta de fuerza creadora en aquellos casos en que la norma lo estime conveniente. No se trata de conceder ningún *praemium*. La norma no obra un milagro para premiar la ignorancia ni la fe del adquirente de buena fe, sino para defender un interés social superior; pero ordena el milagro y éste favorece a una persona de buena fe.

Los milagros que se logran benefician precisamente a los adquirentes de buena fe. CARNELUTTI, cuando habla de que «la buena fe hace milagros también en el campo del Derecho», alude al resultado concreto obtenido, no al fin objetivamente perseguido por la norma.

(En cambio, cuando critica la frase del maestro italiano con otra bella frase, GÓMEZ ACUÑO no se da cuenta que todo el efecto de la suya es fruto de un juego de palabras en el que se entremezclan las *condecoraciones* y los *premios*—que, desgraciadamente, por flaquezas de la humana condición no siempre se llevan quienes más lo merecen—con los *milagros*—cuyos beneficios, que nosotros sepamos, no son monopolizados por los *héroes*, sino que frecuentemente favorecen a personas que humanamente consideramos de *honestidad gris*—. Luego involucra la *salvación eterna*, expresión cuyo significado tampoco coincide

Tampoco es necesario hablar con referencia al art. 464, como hace Ladrón Caldentey (op. cit., pág. 148), de «que deben concurrir los siguientes requisitos: 1.º Una situación objetiva de apariencia de titularidad, constituida en este caso por la posesión de cosas muebles por naturaleza no sujetas a registración. 2.º Un contrato con una persona que actúe de buena fe, es decir, de con el que corresponde a la palabra *milagro*... Y lo paradógico es que realiza estas transmutaciones de conceptos, queriendo discutir, con criterio lógico, una frase a la que su autor, con seguridad, no quiso atribuir otro valor que el meramente entendido, correspondiente a toda metáfora.)

La norma, de modo mediato, ordena el milagro *in genere, in abstracto*. Pero, de modo inmediato, *in concreto*, es la buena fe, inspirada en la apariencia legitimadora, la que en beneficio de ese interés general mueve la palanca del mecanismo legalmente preordenado. La apariencia existía, pero ha sido necesario para lograr el resultado que alguien crea en ella, que una persona de buena fe actúe confiando en ella.

Como subrayó mi maestro AUGUR (loc. cit., pág. 535), «sin entrar a discutir el por qué se protege la buena fe, lo cierto es... que la buena fe es la causa y la adquisición el efecto y que si alguien quiere evitar ésta ha de atacar precisamente la causa, la formación de la expectativa».

En la usucapión, en la posesión, se exige al sujeto activo una conducta, un *animus*, un elemento espiritual capaz de poner en movimiento y dotar de eficacia jurídica a un hecho material. En la protección de la seguridad dinámica, en las adquisiciones *a non domino*, también se requiere un elemento espiritual, una voluntad conforme al derecho, pero engañada por una apariencia legitimadora que haga surgir el efecto milagroso.

Esa fuerza milagrosa no es consubstancial a la buena fe. Por eso no se da en los casos normales de usucapión y de edificación en suelo ajeno. Pero, sin duda alguna, la norma puede investirla de esta fuerza purificadora en aquellos otros supuestos en que la seguridad dinámica lo exija.

La protección de la apariencia jurídica, como todo efecto jurídico, requiere un presupuesto normativo y un supuesto de hecho que encaje en aquél.

Este supuesto de hecho, como ha dicho BERGAMO (*La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, Conf. en el Col. Not. de Valencia, 28-IV-1945, publicada en el tomo correspondiente a dicho año, pág. 244), requiere dos elementos:

a) *Un elemento material* que constituye una situación jurídica contraria a la realidad pero que confiere a su detentador los signos exteriores de un título verdadero.

b) *Un elemento psicológico...* que está constituido por la convicción del que se fíe de aquellos signos exteriores de que no se le puede exigir razonablemente que reconociere dicha inexactitud» (Por cierto que la crítica de GÓMEZ ACEBO, a esta tesis de BERGAMO, peca de incomprendimiento. BERGAMO no dice «que la apariencia consta de dos elementos»—como le achaca GÓMEZ ACEBO—, sino tan sólo los requiere para que pueda existir «una apariencia susceptible de protección». Tampoco dice BERGAMO que sea protegida la apariencia en todos los casos en que se reúnan ambos requisitos, sino únicamente que es susceptible de protección. Protección que, naturalmente, dependerá de la valoración que en atención a fines sociales haga la norma en cada supuesto considerado *in abstracto*.)

(α) Con relación al artículo 1.164 («El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito liberará al deudor») y al 1.527 («El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisface al acreedor quedará libre de la obligación»), dice GÓMEZ ACEBO: «*La buena fe sigue siendo en estos casos de apariencia puramente subjetiva; la culpa no es elemento constitutivo de ella. Más bien entra en juego la culpa para la estimación de la apariencia como tal*».

Si fuese así, no carecería de buena fe aquel deudor al que se hubiese notificado que el poseedor del título no era el verdadero acreedor, si por negligencia no se hubiese enterado de lo que se le notificaba, o habiendo sido notificado por cédula la perdió antes de leerla, o avisado por correo certificado no se molestó por pereza o puro olvido en abrir el sobre. ¿Es esto aceptable? ¿Afecta a la apariencia tal negligencia? Ni una cosa ni otra. La apariencia existe lo mismo con buena o con mala fe, con culpa o sin culpa, con negligencia o sin ella. Pero tampoco es aceptable que el artículo 1.164 proteja al deudor negligente frente a un acreedor que extreme su celo en notificarle que es engañosa la apariencia de título poseída por el falso acreedor.

confiando en que la situación objetiva se corresponde con la realidad. 3.^o Una tradición para obtener la posesión que integre el acto traslativo».

Por tanto, su concepto mínimo de buena fe tampoco es aceptable aquí. Si el 1.164 sólo habla de buena fe, y no da ausencia de culpa, es porque, en el supuesto que regula concretamente, la buena fe requiere no solamente la ausencia de dolo, sino también carencia de culpa.

El artículo 1.527, en contra de la opinión de GÓMEZ ACEBO, nada tiene que ver, a juicio nuestro, con la doctrina de la apariencia. La obligación, en principio, es un vínculo personal entre acreedor o deudor. La despersonalización del crédito no ha llegado a ser absoluta más que en ciertos casos de movilización de créditos mercantiles incorporados a un título valor. En los demás casos, aunque a diferencia del Derecho romano, ha llegado a ser normalmente transmisible el crédito del acreedor, queda como última consecuencia de su carácter personal la exigencia de que la cesión sea notificada al deudor. La falta de notificación convierte el pago verificado por el deudor al antiguo acreedor, sin que haya necesidad de recurrir a la buena fe de aquél para fundamentar este resultado. En cambio, es muy justo que la mala fe del deudor invalide su pago cuando, por otro medio cualquiera, hubiere conocido la cesión, que no se le notificó en regla (S. 5 mayo 1855). El juego es, pues, en el art. 1.527, el inverso que en el art. 1.164 y que en los supuestos de las adquisiciones «*a non dominio*».

2 (B) No creemos que exigir al adquirente registral que examine la situación de hecho de la finca que adquiere sea pedirle una diligencia *excepcionalmente cuidadosa* (otra cosa opina GÓMEZ ACEBO, pág. 127). ¿Qué labrador compra una tierra, o qué propietario adquiere una finca urbana sin examinar previamente su situación arrendaticia y de hecho? Sólo algún especulador es capaz de semejantes aventuras. Pero, en la propiedad inmueble, interesa su utilización económica como medio de producción o de habitación por encima de su comerciabilidad con fines de especulación.

A juicio de GÓMEZ ACEBO (pág. 202): «Lo mismo en el Derecho romano que en el moderno, la usucapión presupone un «*no dominio*» en el usucapiente. «La usucapión es modo originario de adquirir, no medio de convalidar adquisiciones imperfectas».

Sabido es que la moderna prescripción adquisitiva es hija de la fusión de la *usucapio* y la *longis temporis praescriptio*. Y que su función armoniza los intereses sociales de dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y de mantener el contacto del hombre con las cosas en beneficio de la economía nacional, y proteger la propiedad para librarr al propietario de la *probatio diabolica*.

Si tomásemos al pie de la letra aquellas afirmaciones, resultaría que el propietario que no pudiese probar su título, pero que hubiese poseído como tal dueño todo el plazo fijado para la usucapión, o bien no debería poder reivindicar o tendría que ser considerado como adquirente *ex nro*. Con referencia al art. 36 L. H., la eficacia de la usucapión contra tabúas estaría limitada por la contrademostración de que el usucapiente era dueño al tiempo de comenzar su posesión *animus dominii*.

La afirmación de GÓMEZ ACEBO, por demasiado general, es excesivamente teórica y simplista.

Si el dueño puede invocar a su favor al transcurso del tiempo necesario para la usucapión, no hay duda de que los requisitos que el art. 36 L. H. exige al tercero registral deberán imponerse a éste no solo cuando se halla frente a un tío Celedonio usucapiente, que luego de consumar su adquisición no se cuidó de inscribir su derecho mediante el expediente de dominio, sino, a mayor abundamiento, frente a un propietario con título no inscrito, que reúna por sí, o en virtud de la *successio possessionis* o la *accessio usucpcionis*, los requisitos exigidos para consumar la usucapión.

(7) Con referencia al aspecto subjetivo de la buena fe, dice (pág. 528):

«Hay, pues, en la buena fe tomada en su inherencia a las personas:

1.^o Una representación de la conducta ajena, producida ya por lo declarado, o ya, en su defecto, por la hipótesis normal con relación a los usos sociales.

2.^o Una actuación cabal de la conducta con arreglo al contenido de esa representación ajena.

Y reciprocamente.

La representación es del que espera, es del titular de la expectativa. La actuación, conforme a ella, es del que ha de obrar.»

Ni hace falta decir, como G. Acebo (pág. 217), que el art. 464, por ser norma de protección a terceros, «presupone un negocio, un título traslativo ineficaz por falta de legitimación del *tradens*» (6).

No necesitamos presuponer nada. Para que este artículo, en su párrafo primero, entre en juego, basta que no se pruebe la mala fe del poseedor (7), y, para que su apartado inicial no sufra la excepción del siguiente, es suficiente que el actor no pruebe que perdió la cosa o que fué privado ilegalmente de ella.

La regla general del art. 464 tiene un presupuesto positivo—la posesión—y otro negativo—la falta de prueba de que sea de mala fe el poseedor—y sufre una excepción: la prueba por el verdadero dueño de haber perdido la cosa o de haber sido privado ilegalmente de ella.

Claramente resulta así, reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de diciembre 1900 y 5 diciembre 1924, que a efectos de sendas tercerías de dominio declara «que constituye un principio de derecho consagrado en el art. 464 del Código civil el de que, tratándose de bienes muebles, la posesión adquirida de buena fe equivale al título» y «que a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.537 de la ley de Enjuiciamiento civil, es título adecuado, tratándose de bienes muebles, acreditar su posesión conforme a lo preceptuado en el art. 464 del Código civil». En ambos recursos se planteaba si a un tercero le basta probar su posesión, tratándose de bienes muebles, para salir triunfante de la tercera. Y el Tribunal Supremo, aplicando el art. 464 C. c., se contenta con la prueba de la posesión, presume la buena fe del poseedor—que

(6) En cambio, cree el mismo GÓMEZ ACEBO (pág. 218, al principio), que «del artículo 464 no se deduce la necesidad de que el *tradens* esté en posesión de la cosa en el momento de perfeccionar el negocio traslativo». A su juicio, «lo que el legislador quiere decir en realidad es que la ignorancia del vicio del título traslativo equivale, tiene la misma eficacia en derecho que el propio título traslativo no viciado cuando concurre la posesión» (pág. 217).

(7) Continuando el comentario del art. 464, concluye GÓMEZ ACEBO que: «La «buena fe» no es en el art. 464 el motor de creación jurídica, sino presupuesto o «conditio iuris» para que la «posesión goce de eficacia creadora. En dicho artículo se equipara la posesión al título, no la buena fe al título» (pág. 217). No obstante lo cual, en la misma página, líneas antes, asegura «que el legislador quiere decir, en realidad: «que la ignorancia del vicio del título traslativo (es decir, la buena fe, ¿no es así?) equivale, tiene la misma eficacia en derecho que el propio título traslativo no viciado cuando concurre la posesión», y, en la siguiente página (pág. 218), habla de «la diligencia media que debe concurrir para que la «obra fides» produzca sus efectos creadores» (¡en qué quedamos?).

La cuestión pierde todo interés dada la interpretación del art. 464 admitida por nuestra jurisprudencia. No obstante, aclaremos que el art. 464 no dice que buena fe equivalga a título, pero tampoco afirma que sólo la posesión tenga tal equivalencia. Sólo se logra—según su letra—con el producto posesión de buena fe.

Con la teoría de la apariencia, la posesión del *tradens* sería el elemento material, que unido a la buena fe del *accipiens*, elemento espiritual, convertiría aquella posesión en titularidad en dominio del *accipiens*. Con la tesis de la adquisición *ex lege*, por imperio de la fuerza de la posesión (con su *animus dominical*) de buena fe del *accipiens*, esta última sería el elemento legitimador de aquélla, que permitiría su transformación de *possessio contra dominum en dominium*.

Pero, con la posición imperante en la jurisprudencia, buena fe y posesión no forma más que un producto que impide toda acción al dueño desposeído que no pruebe previamente haber perdido la cosa o haber sido privado legalmente de la misma. No hay fuerza creadora, en una ni en otra, ni en su producto, sino sólo una defensa, aunque de una energía ciertamente notable.

no fue discutida—y declara que la posesión de buena fe equivale al título. Incluso, la primera de estas sentencias señala que a un poseedor, que consta fué privado ilegalmente de cosas muebles, le basta «acreditar su posesión como título bastante para reivindicarlos».

Por eso creemos que no es necesario plantear si sólo cabe la buena fe posesoria amparada en un título traslativo. Es decir, si a falta de título traslativo no es jurídicamente posible la buena fe del poseedor.

No obstante, vamos a examinar este problema, primero en términos generales, y luego, referido concretamente al poseedor contemplado en el art. 464.

a) *La posesión de buena fe en la percepción de frutos, en la edificación, plantación o siembra, en las impensas y mejoras y en la responsabilidad por deterioros o pérdida.*

Gómez Acebo, refiriéndose a la adquisición de frutos por el poseedor de buena fe, dice que: «es presupuesto para la aplicación del art. 451 un negocio traslativo derivado de un no titular». Porque, a su juicio, «Nuestro Código sustituye la expresión «título traslativo del dominio» por «título o modo de adquirir», y «la expresión «modo de adquirir», empleado en el art. 433, es sinónima a traditio, y no a modo de adquirir el dominio en la acepción del artículo 609». Pues, entiende que «la expresión «vicio que lo invalida» del art. 433, no tiene sentido referida a negocios no traslativos, y no basados por ello en la voluntad» (pág. 208).

¿No basados en la voluntad? Entonces, un título de heredero abintestato a favor de una persona a la que luego resulta no corresponder la herencia por aparecer un testamento hasta entonces desconocido, o existir otros herederos abintestato de grado preferente, antes ignorados, no podría dar lugar jamás a posesión de buena fe del heredero que creyó serlo. Solución absurda por injusta.

¿Título traslativo? Entonces, en caso de *derelictio* de una cuota indivisa por su titular aparente, la pretendida adquisición de un condómino, sea por *acceso* o por *ocupatio*, nunca podría dar lugar a posesión de buena fe, ni para la percepción de frutos, ni para el supuesto de que este poseedor mejorase, labrara o edificase la finca creyendo que ésta era totalmente suya. Solución igualmente injusta y, por tanto, inaceptable.

La posesión de una faja de la finca colindante por error en los linderos, no descubierto por ambos aleaos hasta años después, tampoco podría calificarse de buena fe, aplicando esa tesis que discutimos, por no apoyarse la posesión en un negocio traslativo derivado de un no titular. Resultando igualmente irritante y recusabile.

El «vicio que lo invalida», referido al «título o modo de adquirir», debe tomarse en sentido lato. Si Gómez Acebo acepta que dentro de aquella expresión se puede comprender el supuesto de transmisión otorgada por un no titular, ¿por qué no admitir que el vicio que invalida el título pueda consistir en referirse éste a otra cosa? (V. gr.: compro una finca y, por error, tomo posesión de otra contigua perteneciente al mismo vendedor). ¿Por qué no cabe también referir el vicio al modo, en caso de faltar alguno de los requisitos exigidos cuando putativamente se crea haberlos logrado?

La disyuntiva «os» del art. 433 C. c. separa «modos» y «títulos». Luego: nada

obsta a que por vicio invalidamente se entienda todo defecto por el que resulte ineficaz el modo o el título, para producir la adquisición de la cosa poseída. Ni en que aquel vicio invalidamente, también pueda ser referido a un modo originario de adquirir (v. gr.: hallazgo de un tesoro oculto en un terreno ajeno que el descubridor poseía de buena fe en concepto de dueño. El artículo 433 C. c. corrige, por tanto, lo declarado en el art. 428 del Proyecto de Código civil de 1851.

b) *La posesión de buena fe en el art. 464 del Código civil.*

En este supuesto concreto es indudable que, si dicha norma proclamase la regla germánica *Hand wahre Hand*, sería requisito necesario que la buena fe se apoyara en un título traslativo derivado del titular aparente.

Pero, en cambio, con la interpretación que resulta de la Sent. de 19 junio 1945, no hace falta plantear la cuestión.

Inter partes puede el dueño reclamar la cosa mediante la acción correspondiente al contrato en virtud del cual cedió su tenencia (comodato, depósito, mandato) o a la relación quasi-contractual creada por la gestión de negocios ajenos. A falta de contrato—el precario se incluye en el artículo 1.750 C. c. como comodato sin plazo prefijado—quienes privasen al propietario de la posesión de una cosa mueble, o el que la encontró perdida, estarán siempre dentro de la excepción contenida en el apartado segundo del primer párrafo del artículo —pérdida de la cosa o privación ilegal—(con tal de que el dueño consiga probarlo). El error en la cosa entregada (v. gr.: vendo un caballo, pero por error entrego otro al comprador, que de buena fe cree que es el vendido) es también oponible *inter partes* (art. 1.266 C. c.).

Todas estas relaciones contractuales o quasi contractuales pueden oponerse igualmente a los herederos del obligado (art. 1.257, § 1º).

En consecuencia, normalmente, el artículo 464 sólo puede tener interés entre terceros.

Pero, ¿puede estar protegido por su párrafo primero un adquirente a título originario?

¿Basta al actor la prueba de que el poseedor halló la cosa para excluir totalmente la posible buena fe de éste? (8). Según Gómez Acebo (pág. 217): «*La*

(8) SOLS GARCÍA (*Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, en «Rev. Dr. Priv.», vol. XXXIV, pág. 138), dice que el ocupante nunca es poseedor de buena fe, «porque para serlo debería estar en la creencia de ser dueño, con creencia equivocada; y aquí se tiene, si, la creencia de serlo; pero se está en lo cierto, porque la cosa no era de nadie, y ahora, por ministerio de la ley, lo es del ocupante», y que «menos aún es poseedor de mala fe, ya que los tales saben que el dueño es otro; y en el caso de ocupación, el interesado sabe que no hay ningún dueño perjudicado; es más, sabe que el dueño es él, porque así lo ha dispuesto la ley».

Tiene cierta razón SOLS en cuanto enfoca el problema desde el punto de vista de la percepción de frutos o del abono de impensas y mejoras, pues dichas cuestiones se plantean con posterioridad a la reivindicación, y, siendo así, técnicamente sólo puede considerarse *a posteriori* como «poseedor de buena fe» al que no era dueño y creía serlo.

También tiene razón en principio respecto a la usucapión. Pero prácticamente puede no tenerla, en este caso, porque aunque el dueño no puede usucapir—pues no puede adquirir lo que ya es suyo—sí puede hacer valer a su favor el plazo y requisitos de la usucapión (v. gr., si no puede probar que la cosa ocupada fué abandonada por su anterior dueño).

Ni tampoco prácticamente la tiene en los supuestos de los arts. 448 y 464 C. c., por

posesión para ser de buena fe debe estar amparada por un título, seguido de entrega de la cosa. (Afirmación que apoya en su interpretación del artículo 433 que antes hemos revisado.)

O bien, por el contrario, para excluir la buena fe del poseedor, y, por lo tanto, para eliminar la aplicación del artículo 464, § 1.º, ¿necesitará probar el verdadero dueño que perdió la cosa o que fué privado ilegalmente de ella?

La letra del precepto, el sentido que el Tribunal Supremo le atribuye y la interpretación del artículo 433, que juzgamos correcta, parece que se conjugan mejor con esta segunda solución. Si la posesión de buena fe—presumida ésta y probada aquélla—equivale al título, huelga toda investigación sobre el título, como no sea para probar la mala fe del poseedor.

No se crea que la cuestión carece de interés práctico. Al contrario. De aceptarse la tesis sustentada por Gómez Acebo resultaría que, ocupada una cosa que abandonó quien luego se arrepintió de su derelicción, el ocupante debería probar la *derelictio* para evitar la reivindicación pretendida por quien se arrepintió de su abandono. En cambio, conforme la interpretación del 464, que estimamos correcta, el actor es quien debe cargar con la prueba de haber perdido la cosa o haber sido privado ilegalmente de ella, demostrando así que no la abandonó.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO.
Notario de Madrid

lo menos mientras se discuta la propiedad del ocupante. En estos casos, *prima facie*, éste debe ser considerado poseedor de buena fe, con lo que estará relevado de la carga de la prueba de ser dueño, y en la hipótesis de ser aplicable el art. 464 sólo podrá ser vencido si el actor prueba que perdió la cosa o fué privado de ella ilegalmente.

Como indicó ALCTUR (loc. cit., pág. 584): «La conducta honrada hace que el error sea excusable para el derecho, pero también es de buena fe que no comete error ninguno. En la adquisición normal el sujeto es también de buena fe: necesariamente de buena fe, mientras que en la anormal, puede ser de buena fe o no, según que su error sea o no excusable».

El dueño, mientras se discute su dominio, si posee debe presumirse que tiene de buena fe la posesión—conforme al art. 334—y puede utilizar todas las ventajas que depara dicha posesión de buena fe. Terminado el juicio es cuando se verá si era dueño o no lo era, y, en este caso, si su posesión la ostentaba de buena o mala fe.

II. SALA PRIMERA

1. Sentencias

A cargo de Manuel GONZALEZ, Domingo IRURZUN, Manuel PEÑA y José Antonio PRIETO

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: SIGNIFICADO: *Para aplicar la doctrina de los actos propios es menester que estos entrañen manifiestamente el propósito de contraer una obligación sobre el particular controvertido.* [Sentencia 10 octubre 1951.]

OBSERVACIONES: El T. S. mantiene en la presente sentencia su punto de vista tradicional acerca del "principio" de los actos propios. Cfr., sin embargo, Puig Brutau, "Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios", Barcelona, 1951, págs. 97 y ss., que intenta ver en la doctrina de los actos propios una aplicación de la teoría general de la apariencia jurídica. El T. S. sigue ajeno a esta perspectiva: la doctrina de los actos propios no protege a la persona que actuó confiada en una situación jurídica aparente mantenida por otra persona; se limita a señalar la imposibilidad de revocar "ex propria auctoritate" las obligaciones legalmente contraídas. (J. A. P.)

2. RENUNCIA DE LOS DERECHOS: *Es eficaz una renuncia aceptada antes de que la revocara el renunciante.* [Sentencia 11 marzo 1952.]

"No puede ponerse en duda la eficacia de tal renuncia por la falta de su aceptación, que alega el recurrente, porque, sin entrar a dilucidar su necesidad, es evidente que fué aceptada, pues... al fundar en ésta su demanda los actores, únicos a quienes interesaba ya... es indiscutible que la aceptaron antes de que la revocara el renunciante, pues no lo hizo éste hasta el momento de contestar a la demanda." (Considerando 3.)

OBSERVACIONES: El Tribunal Supremo ya había tocado ciertos aspectos accesorios de la naturaleza de la renuncia en diversas sentencias; así, en la de 27 octubre 1903, exigiendo que sea personalísima y no fundada sobre formulismos deducidos de actos indeliberados de otras personas; en la de 17 noviembre 1931, señalando como requisitos los de explícita, clara y terminante, y negando tenga carácter de renuncia de un derecho el mero retraso de su ejercicio, mientras no transcurra el tiempo de la prescripción (S. 16 diciembre 1911).

Pero el problema fundamental, y discutido, de la naturaleza jurídica, unilateral o bilateral de la renuncia, no había sido abordado, ni lo es tampoco en esta sentencia que comentamos, en la que evita el problema con la frase "sin entrar a dilucidar su necesidad" (de la aceptación).

Creemos que en ella el Tribunal Supremo no excluye la opinión doctrinal frecuente del carácter unilateral de la renuncia, sino que se limita a llegar a una solución (similar a la que se obtendría para el caso en litigio con dicha conceptuación unilateral de la renuncia), sin arriesgarse a dar una opinión rotunda en uno u otro sentido, en tan delicado problema.

En la doctrina patria es opinión frecuente; así Jerónimo González, que en la renuncia destaca la voluntad de dimitir o despojarse de un derecho sin preocupación alguna acerca de quien resulte ser el beneficiado por ella.

Cánovas, en su Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, cree que la renuncia es unilateral en los derechos reales, pero que se exige el asentimiento del deudor en los de crédito. Roca (I, 656) distingue entre la renuncia de los derechos frente a los cuales no aparezca una persona determinadamente obligada, en cuyo caso es unilateral, y la renuncia de derechos en que el titular cuenta con un sujeto personalmente vinculado al cumplimiento de una obligación, en cuyo caso debe exigirse el consentimiento de éste.

En nuestro Código Civil la cuestión está clara, reafirmando las opiniones citadas, respecto de la condonación, renuncia de un derecho de crédito, que al regirse por las normas aplicables a las donaciones, según el artículo 1.187, exige, como éstas, aceptación.

En cuanto a los derechos reales y en relación con la renuncia de la propiedad, Masip Acevedo, en su obra "La derelicción de bienes muebles", entiende que basta la sola voluntad del propietario, sin que sea precisa ni se exija una aceptación por parte de nadie. Para Roca Sastre, es unilateral, no receptiva e irrevocable. Y la Resolución de 3 agosto 1944 atribuye carácter unilateral a la renuncia abdicativa de un derecho de usufructo.

Hubiera sido interesante conocer la decisión del Tribunal Supremo sobre este problema de fondo (D. I.).

3. DOMICILIO: DE MUJER CASADA SEPARADA DE HECHO: *Cuando, con el consentimiento o autorización del marido, o sin su oposición, reside la mujer habitualmente en lugar distinto del de su cónyuge, tal domicilio es el que ha de reconocerse como suyo para todos los efectos legales.* [Sentencia 25 abril 1952.]

4. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO: EXTRANJERO ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIOS: Véase III, 11.

5. TÍTULOS NOBILIARIOS: SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA DE MEJOR DERECHO: *Esta cláusula no da ni quita derechos, pero no es inútil, advirtiendo al poseedor del título que lo ostenta en precario.*

POSESIÓN CIVILÍSIMA: *Los Títulos y Grandezas de España tienen carácter vincular, rigiéndose por la posesión civilísima, según la cual no basta al derecho del pariente en quien debiera recaer el título la posesión que otro haya tomado del mismo.*

IMPRESKRIBIBILIDAD: *La anterior doctrina sirve de fundamento a la imprescribibilidad del derecho a los Títulos y Grandezas.* [Sentencia 25 junio 1952.]

Reunidos en una persona, A., dos títulos nobiliarios, se transmitieron ambos por línea recta masculina hasta un nieto, B.; al morir éste, sus descendientes no obtuvieron carta de sucesión, quedando vacantes los

títulos hasta que obtuvo la rehabilitación, en 1915, sin oposición y con la cláusula de "sin perjuicio de tercero con mejor derecho", C., nieta por línea femenina de A., la cual al testar designó como sucesores a un hijo suyo, D., y a un nieto, E., cada uno en uno de los títulos. Fallecido C., F., hija de un hermano de B., demandó a D. y E. solicitando se declarase su derecho preferente a los títulos. En Segunda Instancia se estimó la demanda condenando a los demandados a perpetuo silencio y a abstenerse en lo sucesivo de cualquier pretensión a los títulos en litigio.

Según el T. S., el problema jurídico se centraba "en la eficacia de la cláusula de mejor derecho, y en si la proximidad de parentesco que da mejor derecho a los títulos se refiere al último que los ha usado legalmente, siendo él y sus antecesores los que en cada transmisión tenían preferente derecho a ostentarlos o el que sin reunir esas condiciones fué cronológicamente el último que estuvo legalmente autorizado para usarlo, aunque fuera con la expresada cláusula" (Considerando 2.º).

El T. S., desestimando el recurso en lo fundamental, declara: "En cuanto a la eficacia de esa cláusula, es cierto que no da ni quita derechos, como se ha reconocido en muchas sentencias, entre ellas en las de 29 de noviembre de 1906 y 5 de julio de 1912, que se refieren a casos en los que se rehabilitaron los títulos sin hacer constar que era sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y al demandarles posteriormente quienes legalmente lo tenían, se les reconoció su preferencia, no obstante aquella omisión; no pudiendo, sin embargo, estimarse inútil o superfluo el consignarla cuando está probado que el solicitante se encuentra dentro de los llamamientos a la sucesión de que se trate, pero no es quien tiene derecho preferente, y esa prevención, que es obligada desde el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, se haga constar en las transmisiones y rehabilitaciones hechas en favor de quien no sea el más inmediato sucesor, llenan siempre la finalidad de que el favorecido con el uso del título sepa que lo tiene en precario a los efectos de que subsista y mientras no le reclame quien tenga mejor derecho" (Considerando 3.º). "Como se tiene declarado, entre otras sentencias, en las de 29 diciembre 1914 y 17 junio 1930, de este Supremo Tribunal, los Títulos y Grandezas de España tienen carácter vincular en virtud del artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1920, conocida también por el Decreto de 27 de septiembre de 1920, por haberla aprobado las Cortes en aquella fecha; y por aplicación de la Ley 45 de Toro, dichas vinculaciones se rigen por la posesión civilísima, según la que no obsta al derecho del parente en quien debiera recaer el título, la posesión que otro o varios sucesivamente hayan tomado del mismo, cualquiera que sea el origen de estas otras posesiones y el tiempo que se hubiera mantenido sin reclamación del que ostente preferente derecho, que por sí o sus sucesores puede ser alegado en cualquier tiempo, porque, como se expresa en esta Ley, muerto el tenedor de la vinculación, luego, sin otro acto de aprehensión, se traspasa la posesión civil y natural al que en el siguiente grado, según las disposiciones que la rijan, debiera sucederle, aunque materialmente la posesión la haya tomado otro; no teniendo las Reales Cartas de Sucesión, cuando no han reacido en quien tiene derecho pre-

ferente, otra virtualidad que la de cédulas meramente posesorias, disfrutándose el Título o la Grandeza por quien la obtuvo, como antes se ha dicho, en precario y sólo para los efectos de su subsistencia, mientras no la pretenda tercero con mejor derecho; y es esta doctrina la que sirve de fundamento a la imprescriptibilidad del derecho a los Títulos y Grandezas" (Considerando 4.^o).

Pero se casa la sentencia de instancia, en cuanto a la condena a perpetuo silencio, con el siguiente razonamiento: "Estando limitada la función judicial respecto a los Títulos y Grandezas de España a determinar el mejor derecho cuando son varios los que lo pretendan, no ha debido la Sala de Audiencia hacer pronunciamientos que podrían limitar los derechos que a los demandados reconocen los artículos 6.^o y concordantes del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, en el caso de que la actora no llegara a solicitar los títulos de que se trata o por su fallecimiento quedaran de nuevo vacantes; siendo además esas declaraciones contradictorias con el reconocimiento que se hace de que como parientes legítimos del primero y de los últimos que han usado los títulos discutidos tienen derecho a los mismos, si bien subordinado al de la actora" (Considerando 6.^o).

6. DIVERGENCIA ENTRE LA VOLUNTAD DECLARADA Y LA REAL: *Si bien, como regla general, debe prevalecer la voluntad real, esto es con ciertas restricciones, entre las que figuran: que la divergencia debe ser probada; y que si la disconformidad es imputable al declarante, debe prevalecer la declaración si la otra parte tiene buena fe.*

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE GRAVÁMENES: *Es de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes.* [Sentencia 13 marzo 1952.]

Al enajenarse una casa resultante de la división en dos de otra de los vendedores, se constituyó recíprocamente entre ambos fundos una servidumbre que impediría a los dueños respectivos edificar de forma que estorbaran las luces y vistas de la otra finca. Los vendedores y dueños de la otra casa resultante de la división dividieron a su vez entre sí los pisos del edificio. El adjudicatario del piso bajo demandó al comprador de la casa contigua, que había plantado árboles en el jardín, estorbando las vistas de dicho piso sobre el mar. El actor, sobre la base del estado de hecho secular del predio, y de la pérdida del valor que éste experimentaba al perder tales vistas, creía que la plantación infringía la servidumbre.

El T. S., casando la sentencia de la Audiencia, que estimaba la demanda, declara: "Como declaró la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1897, en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecta a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente, criterio reiterado en la sentencia de 13 de noviembre de 1929, habiendo declarado también la de 5 de marzo de 1942 que en los casos dudosos los principios generales del Derecho y la Juris-

prudencia de este Supremo Tribunal aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes" (Considerando 2.^º). "Según estableció igualmente esta Sala en su sentencia de 23 de mayo de 1935, si bien es regla general que en caso de divergencia entre la voluntad real y la declarada debe prevalecer la primera, este principio ha de entenderse con ciertas restricciones, entre las cuales y de conformidad con la doctrina científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: "Primera, que la divergencia ha de ser probada por quien la afirma, ya que si no se prueba, el Derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real; segunda, que cuando la disconformidad sea imputable al declarante por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico" (Considerando 3.^º).

7. RATIFICACIÓN: Véase III, 9.

8. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE TÍTULOS Y GRANDEZAS: Véase I, 4.

9. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA POR EL DEUDOR: *En cuanto implica una declaración confesoria hecha libremente, el reconocimiento de deuda hecho en un sumario debe estimarse causa interruptora de la prescripción. [Sentencia 31 mayo 1952.]*

"El artículo 1.973 C. c. señala como una de las causas de interrupción de la prescripción cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor, y en este caso consta y da como cierto el Tribunal *a quo* que el recurrente ha reconocido en dos sumarios tramitados en 1932 adeudar al actor sobre unas diez mil quinientas pesetas, lo que no es una prueba testifical traída de otro procedimiento, sobre cuyo valor en éste pudiera discutirse, sino una declaración confesoria hecha libremente, que no puede menos de ser apreciada a los efectos del citado artículo 1.973" (Considerando 3.^º).

OBSERVACIONES: Conforme al art. 1.973, la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. De estas tres causas, sólo la primera y la última interesan aquí, no obstante ser la segunda, reclamación extrajudicial, la que mayores problemas, teóricos y prácticos, suele plantear.

Es preciso observar que, para interrumpir la prescripción de acciones mediante una reclamación judicial, se requiere, con toda lógica, que la acción que se ejercite sea la misma amenazada de sucumbir por prescripción: "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio." Así lo reconoce, de modo expreso, la S. 24 abril 1909.

Pero si el ejercicio de la acción penal no ha sido considerado por el Tribunal Supremo como medio idóneo para interrumpir la prescripción civil (sentencia de 28 abril 1931, "la querella criminal no interrumpe la prescripción civil de la acción de nulidad de un contrato"), esto no obstante

a que, como consecuencia de esa acción penal, puedan producirse actos que encajen en la causa interruptora tercera del art. 1.973. La S. 7 febrero 1947 incluye en ella "todo acto que envuelva un claro reconocimiento de deuda", y la sentencia que comentamos da eficacia interruptiva de la prescripción a uno de estos reconocimientos de deuda, vertidos en un sumario.

Con acierto cierra el paso el Tribunal Supremo a una posible objeción, la de que de esta manera se trae a un proceso una prueba testifical de otro, y negándole tal carácter, califica el reconocimiento de deuda hecho en un sumario de "declaración confesoria hecha libremente" (D. I.).

II. Derechos reales.

1. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE GRAVÁMENES: Véase I, 5.

2. SERVIDUMBRES: *Por ser físicamente imposibles no existe servidumbre de luces, paso, vistas y vuelo de fachadas entre dos fincas que no son colindantes y distan entre sí más de 30 metros.* [Sentencia 16 mayo 1952.]

"... no existen tales gravámenes al no ser colindantes ambas fincas, que distan entre sí más de treinta metros, estando situada una a la derecha y otra a la izquierda de la rampa con que lindan, por lo que las supuestas servidumbres son físicamente imposibles" (Considerando 4.^º) (D. I.)

3. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: EFECTOS DE LA CADUCIDAD DE SU MENCIÓN EN LOS LIBROS REGISTRALES: *La caducidad de la mención no determina la extinción absoluta, hipotecaria y civilmente, de la servidumbre en litigio. La cancelación de una mención como consecuencia de la caducidad establecida en la Disposición transitoria primera, A, de la vigente Ley Hipotecaria, no implica, por sí sola, la extinción de la servidumbre mencionada, máxime si quien pretende que se declare dicha extinción conocía la existencia del gravamen por haber sido parte en el contrato que dió lugar al asiento registral en que se contenía la mención.*

4. FE PÚBLICA REGISTRAL: *No infringe el artículo 34 de la L. H. la Sala que declara la existencia de una servidumbre en perjuicio de quien al adquirir la finca conocía la existencia del gravamen, mencionado en el Registro, aunque con posterioridad se cancele por caducidad dicha mención.* [Sentencia 24 mayo 1952.]

En juicio declarativo de mayor cuantía, una sociedad suplicaba se dictase sentencia declarando que una finca propiedad del demandado se hallaba afecta, en la parte que se determinaba, a la servidumbre de no poderse hacer en ella construcciones de altura superior a cinco metros, para conceder luces y vistas al predio dominante, propiedad de la entidad actora. El demandado alegó que en el asiento de su adquisición, dicha servidumbre estaba sólo mencionada y que se había extinguido al caducar dicha mención por aplicación de la Disposición transitoria primera de la

L. H. El Juzgado declaró la existencia de la servidumbre, ordenó su inscripción en el folio registral del predio sirviente y condenó al demandado a tolerar la existencia de la servidumbre, absteniéndose de verificar actos contrarios a la misma. La Audiencia confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo declara *no haber lugar al recurso*, considerando que "la tesis del recurso (de que al haber sido cancelada la mención registral de la servidumbre quedó ésta extinguida, tanto en relación a terceros como entre partes), no es aceptable porque es bien sabido que los derechos reales, con muy contadas excepciones, nacen extraregistralmente, y si al tener acceso al Registro adquieren más vigor por la protección material y procesal que se les dispensa, esta situación privilegiada favorece plenamente a quienes pueden ser considerados terceros, por haber efectuado la adquisición de su derecho con la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la L. H., que pone en juego el principio de la fe pública registral, pero no trasciende a quienes han intervenido en el acto o contrato incorporado al Registro, o de él han tenido conocimiento al adquirir su derecho, pues respecto a éstos, dejando a salvo las ventajas dimanantes en su caso del principio de legitimación, la relación jurídica real es gobernada por el derecho común" (Considerando 4.º).

"Si de acuerdo con este criterio se indaga el espíritu y alcance de la disposición transitoria primera de la vigente Ley Hipotecaria en relación con el artículo 29 de la misma, que privó de fe pública a las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial, se adquiere el convencimiento de que la expresión "caducarán y no surtirán efecto alguno las menciones de cualquier derecho" no tienen otra significación que la meramente declarativa de extinción de la mención como parte integrante de un asiento en la esfera hipotecaria o en relación a terceros, pero sin afectar a la esfera civil o relación jurídica existente entre partes, sin que, por lo tanto, sea admisible la tesis del primer motivo del recurso al afirmar que la caducidad de la mención determina la extinción absoluta, hipotecaria y civilmente, de la servidumbre en litigio" (Considerando 5.º).

"Considerando que tampoco es viable el 2.º y último motivo del recurso porque si en él se admite la certeza del hecho de que el demandado al adquirir la finca conocía la existencia de la servidumbre por la mención que de ella constaba en la inscripción del predio adquirido, es indudable que no puede considerarse tercero protegido por la fe pública del Registro, aunque con posterioridad haya sido cancelada dicha mención, y al entenderlo así la Sala sentenciadora, no ha cometido la infracción que denuncia el recurrente, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria."

OBSERVACIONES: La mención a que se refiere esta sentencia, vigente desde 1935 caducó en 1.º de enero de 1947, porque siendo inferior a quince años en el momento de la entrada en vigor de la Ley, no se solicitó su inscripción o anotación en el plazo legal de dos años a contar desde el

1.^o de enero de 1945. Según la Disposición transitoria primera dichas menciones caducarán y no surtirán efecto alguno. Es claro que esta negación de efectos debe referirse a los que la mención tuviera conforme a la ley que rigió al practicarse. El único efecto que las menciones tenían en la ley derogada era el que les reconocía el artículo 29, "surtirán efecto contra tercero", esto es, perjudicará a terceros adquirentes. Como dice Roca Sastre (III, 375), todo adquirente posterior deberá soportar, tolerar o sufrir el derecho real mencionado sobre la finca. No puede rechazarlo ni alegar ignorancia respecto del mismo.

La cuestión fundamental debatida en el pleito es en el fondo la de la extensión o amplitud de la privación de efectos que para estas menciones establece la L. H. vigente. Según la doctrina más autorizada, que en la sentencia que comentamos queda reafirmada, tal privación de efectos se produce "ex nunc", no "ex tunc". Es decir, las menciones caducadas dejan de producir efectos. Pero esto no quiere decir que no los hayan producido jamás.

Por tanto, la caducidad de las menciones sólo podrá beneficiar a los terceros que hayan adquirido después de haber quedado aquéllas caducadas. Pero hasta su caducidad habrán producido sus efectos propios de perjudicar a tercero, según la legislación anterior. (V. Roca, III, 384.)

Se rechaza, además, en la sentencia el error de que la cancelación, por caducidad en este caso, supone la extinción del derecho. Es sabido que la cancelación equivale registralmente a la desinscripción de un derecho, y desde el punto de vista material, presume la extinción del derecho cuyo asiento se cancela. Todo ello de acuerdo con el carácter generalmente declarativo de la inscripción en nuestro sistema.

Ratifica la exigencia de la buena fe como requisito indispensable para gozar de la protección registral del artículo 34 de la L. H., en relación con los efectos de la caducidad de las menciones. El efecto característico de las menciones en la legislación derogada era, precisamente, el de surtir efecto contra tercero. Y la cancelación de las menciones por caducidad no tiene eficacia retroactiva. (D. I.)

III. Obligaciones.

1. "EXCEPTIO NON ADIMPLECTI CONTRACTUS" EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.124 C. C.: *El artículo 1.124 C. c. sólo da derecho a pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, pero nunca a una dejación parcial de las obligaciones contractuales.*

COMPENSACIÓN: NECESIDAD DE RECONVENCIÓN: LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD DE LAS DEUDAS: *La compensación de una deuda por otra ha de solicitarse reconociendo. La liquidez y exigibilidad requeridas por el artículo 1.196 Código civil no se dan si ha de preceder una liquidación para determinar la calidad de acreedores recíprocos de los litigantes. [Sentencia 26 febrero 1952.]*

El actor, empleado en una Empresa mercantil, reclamaba de ésta la liquidación y pago de ciertas cantidades debidas, según el contrato, en concepto de porcentajes sobre el volumen de ventas de la Empresa. En primera instancia se estimó la demanda, ordenando hacer la liquidación en ejecución de sentencia, si bien se consideró probado el hecho de que el actor había cometido ciertas irregularidades en el manejo de los fondos que le estaban confiados. En segunda instancia se condenó al pago de una cantidad determinada. El recurso del demandado se basó fundamentalmente: 1.^o En la supuesta incongruencia resultante de

haberse pedido la liquidación y condenarse al pago de cantidad cierta. 2.^o En infracción del artículo 1.124, pues el actor había incumplido el contrato por sus irregularidades en el manejo de fondos. 3.^o En la falta de apreciación de la compensación con las cantidades de que el actor había dispuesto indebidamente.

Según el T. S., "... no se puede dar al artículo 1.124 una interpretación tan lata y una aplicación desorbitada que no autoriza el párrafo 2.^o del mencionado precepto y... según razona acertadamente el fallo recurrido, la entidad recurrente mantuvo a su servicio durante aquel año al actor, sin que conste que se hubiera modificado en nada el contrato que con él tenía celebrado, por lo que, de no reclamar la rescisión de dicho contrato, para lo que el citado precepto efectivamente le daba opción, venía obligado a cumplir lo convenido en todos sus extremos, no siendo admisible que, abonando la Sociedad al actor su sueldo mensual, conforme se ha justificado en autos, durante todo el año, dejase de satisfacerle su parte de emolumentos por ventas, pactado también como parte complementaria del referido haber fijo mensual, alegando un incumplimiento de contrato por parte del actor, que a tenor del citado artículo 1.124 C. c. sólo daba derecho a la entidad demandada a pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, pero nunca a una dejación parcial de sus obligaciones contractuales..." (Considerando 4.^o). "La compensación de una deuda por otra ha de solicitarse reconviendo, y la Sociedad demandada no formuló reconvenCIÓN alguna al contestar la demanda, limitándose a solicitar la absolución de ella, y además, según el artículo 1.196 C. c., para que proceda la compensación es preciso, entre otros requisitos, que ambas deudas sean líquidas y exigibles, y la doctrina jurisprudencial enseña que esta condición no se da si ha de preceder una liquidación para determinar la calidad de acreedores recíprocos de los litigantes, y esto es lo ocurrido en el presente caso, en que hubo de determinarse mediante el pleito la cantidad por la que resultaba acreedor el actor por sus emolumentos complementarios no percibidos, pero no se dilucidó por falta de justificación de la demandada la cantidad concreta de que dicho señor resultaba deudor por aquellas imputadas irregularidades" (Considerando 6.^o).

2. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: CUÁNDO PUEDE EXERCITARSE: *No procede la resolución de un contrato de compraventa por aplicación del artículo 1.124 cuando los vendedores no cumplen una obligación contractual por haberles pedido los compradores suspendieren su realización hasta que a los últimos conviniere, sin fijarles plazo para ello, ni instarles especialmente al cumplimiento.* [Sentencia 24 mayo 1952.]

A. En una compraventa se convino que los vendedores habían de entregar el predio libre de arrendatarios, siendo lanzados del mismo si fuere preciso los que ya estaban desahuciados por sentencia firme, habiendo transcurrido con exceso el término legal desde que judicialmente se les había apercibido de lanzamiento, lo que se llevaría a efecto cuando conviniere a los compradores, no habiéndose solicitado plazo para que pudieran ejercitarse esta facultad que se les reservaba, y a cuyo fin deberán solicitar a su tiempo a los vendedores demandados que insta-

ran en el Juzgado se procediera al lanzamiento. Transcurrido el plazo señalado para el pago del precio sin que los arrendatarios abandonasen la finca, los compradores solicitan del Juzgado, en su demanda, se declare resuelto el contrato. Desestimada la demanda y confirmada esta sentencia por la Audiencia, se interpone por los compradores recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo declara "no haber lugar", pues "el hecho que también se tiene por probado en la sentencia de que transcurrió todo el mes de junio del año 1943 (que se señaló como plazo inicial para el pago del precio y que después fué prorrogado), sin que se llevara a efecto el lanzamiento por no haber pedido los compradores a los demandados que lo instaran, no implica un incumplimiento de contrato por parte de estos últimos, puesto que se atuvieron a lo convenido, ni procede en su consecuencia la rescisión ("sic") de la compraventa por esa causa".

B. OBSERVACIONES: No cabe hablar de incumplimiento cuando éste es provocado por un acuerdo especial de las partes; suspendida temporalmente la realización por parte del vendedor de una de las obligaciones pactadas, en interés y beneficio del comprador, por tiempo indefinido, la conducta pasiva del vendedor en este sentido es cumplimiento y no incumplimiento de lo pactado. (Véase, en cuanto a la exigencia de verdadero incumplimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124, la S. 16 junio 1952, en este mismo volumen del ANUARIO.) (D. I.)

3. LA FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: CUÁNDO PUEDE EXERCITARSE: *Deducida reconvención para obtener la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones del vendedor, al amparo del artículo 1.124, es preciso que el comprador demandado pruebe aquel incumplimiento.* [Sentencia 16 junio 1952.]

A. En primera instancia, en juicio declarativo ordinario, se declaró en pleno vigor un contrato de compraventa modificado parcialmente por las partes en cuanto a precio y forma de pago, y se condenó a la compradora a pagar el resto de precio que adeudaba, desestimando la reconvención formulada, por la que se solicitaba la resolución de dicho contrato de compraventa. Sustanciada en forma la apelación, la Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, apoyado en el cumplimiento parcial y defectuoso por parte del vendedor de sus obligaciones contractuales.

No ha lugar..., considerando que "en el motivo tercero se alude en primer término al artículo 1.124 del C. c. sobre la facultad de resolver las obligaciones; después, al 1.100, referente a que en las obligaciones reciprocas el obligado no incurre en mora si el otro contratante incumple su obligación; se citan luego los artículos del Código 1.101 y 1.157, que determinan que no hay cumplimiento sino cuando éste es completo y pertinente, y no irregular, atribuyendo al vendedor esta clase de incumplimiento y afirmando que se vulnera el artículo 1.258, que establece que los contratos obligan a lo pactado y a sus consecuencias; pero toda esta disposición de preceptos legales se vuelve precisamente contra la recurrente, porque el fundamento de la resolución recurrida es que la compradora, hoy recurrente, fué la que primero y únicamente incumplió lo pac-

tado, y esta declaración es la que debiera combatirse y no se combate, para demostrar que el criterio del Tribunal de Instancia fué equivocado y el contratante incumplidor fué el vendedor, con lo cual resultaría oportuna la cita de los preceptos legales antes enumerados, que hecho de la manera que en el motivo se hace, aparece más justificativa de la sentencia recurrida que impugnadora de la misma" (Considerando 3.º).

B. OBSERVACIONES: Se ratifica la constante doctrina jurisprudencial que exige para el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124 que exista verdadero, propio y probado incumplimiento de las obligaciones que pesaban sobre la otra parte (Sentencias 26 diciembre 1929, 24 mayo 1932 y 9 septiembre 1932). (D. I.)

4. PAGO POR UN TERCERO: ACCIÓN DE REEMBOLSO: *Por haber hecho el pago en su propia utilidad y beneficio, no puede ejercitarse la acción de reembolso contra el deudor el propietario de una finca que satisface un crédito hipotecario que pesaba sobre ella y que, cancelado en época roja, resurge al amparo de la Ley de Desbloqueo.* [Sentencia 8 julio 1952.]

A. En 1938, A. vende a B. una finca, libre de cargas, inmediatamente después de haber cancelado una hipoteca que sobre ella pesaba en favor de C. Revive en parte la carga hipotecaria al amparo de la Ley de Desbloqueo y es ejercitada por el acreedor hipotecario C. la oportuna acción ejecutiva. Para evitar la posesión interina y la subasta, B., dueño de la finca, paga el crédito a C., y reclama a A. en virtud de la acción de reembolso del artículo 1.158 C. c. La demanda es estimada por el Juzgado, pero la Audiencia revoca la sentencia, absolviendo al demandado.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley y el Tribunal Supremo declara *no haber lugar al recurso*, considerando que "la sentencia recurrida le niega el derecho que el citado precepto sustantivo civil (1.158) le otorga de repetir contra el deudor por quien pagó; pero toda la argumentación del recurrente, que debía estar encaminada a demostrar la utilidad que para el deudor representó el pago hecho en su nombre por el actor para que le fuese aplicable lo prevenido en el último párrafo del repetido artículo 1.158, no logra destruir la afirmación de la Sala de instancia de que el repetido pago sólo produjo utilidad y beneficio al actor recurrente, que no lo verificó con otro móvil que su propio y personal interés en liberar la finca fr el comprada de la ejecución con que se le había trabado, y en tales circunstancias no autoriza el repetido precepto la acción de reembolso que se ejercita" (Considerando 3.º).

B. OBSERVACIONES: Dos importantes cuestiones aparecen implicadas en el caso de autos: la primera, relativa a la situación del comprador respecto de la carga hipotecaria y respecto del crédito por ella garantizado; la segunda, consecuencias jurídicas que surgen del pago realizado.

A a) *Situación del comprador respecto de la carga hipotecaria.*—Se compra una finca como libre de cargas confiando en los propios libros del Registro que, en la fecha de la adquisición coinciden con la rea-

lidad extraregistral, pues la hipoteca que sobre la finca pesaba había sido previamente cancelada. Después esta hipoteca resucita en parte, como consecuencia de una revisión de su pago, que se verificó en zona roja. A la revivificación del crédito, amparada por la Ley de Desbloqueo, se une la de la hipoteca, según se deduce del párrafo d) del artículo 41 de dicha Ley de 7 de diciembre de 1939. (Hay que hacer constar la anomalía que supone el restablecimiento de la garantía real hipotecaria cuando el párrafo e) del mismo artículo niega virtud a la revisión para restablecer la fianza personal.) Nos encontramos, pues, junto a uno de los excepcionales casos en que la hipoteca juega como carga oculta en nuestro Derecho, con una auténtica excepción al principio de fe pública registral, concretamente en su manifestación de integridad del Registro, excepción al artículo 34 de la LH, al 97, al párrafo último del artículo 40, etc.

Si la hipoteca rediviva perjudica, pues, al dueño de la finca, la posición de éste debe ser análoga a la del tercer poseedor, ya que es dueño de una finca hipotecada, sin haber intervenido en la constitución de la hipoteca y sin estar personalmente obligado al pago del crédito garantizado.

La propia gestación de esta hipoteca renacida excluye la posibilidad de una asunción de deuda por el comprador, conforme al párrafo 1.^o del artículo 118 de la LH, así como la de las dos discutidas figuras de la retención y descuento, del párrafo 2.^o del mismo artículo. A posteriori ha surgido un tercer poseedor típico. Más aún: ha surgido ese tercer poseedor que Roca Sastre (IV, 808) califica de insólito, que compra la finca y da por ella todo su precio, sin descontar la carga hipotecaria, ni retener el precio, ni asumir la deuda. Operaciones imposibles todas ellas, pues en la fecha de la adquisición la hipoteca se daba por extinguida y de hecho y de derecho lo estaba.

A b) Situación del comprador respecto del crédito garantizado.— Es una simple consecuencia del apartado anterior. Si es connatural al concepto de tercer poseedor no estar personalmente obligado al pago del crédito garantizado, B., comprador de la finca sobre la que renace la hipoteca cancelada, será un tercero respecto de la obligación principal. Responderá *ob rem*, pero deudor de la obligación principal seguirá siéndolo el antiguo. (Entender que por el hecho de que el párrafo d) del artículo 41 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 haga eficaz la hipoteca contra tercero, éste pasa a ser deudor de la obligación principal, implicaría una inadmisible subversión de valores.)

Este carácter de tercero respecto a la obligación principal, parece contradicho por el artículo 126 de la LH, que en su párrafo 2.^o dice que “*requerido el tercer poseedor... deberá verificar el pago*”. Pero, como hace constar Roca Sastre (IV, 723), dicho tercer poseedor no está obligado a pagar, sino a tolerar, soportar o sufrir la ejecución. Tiene un derecho a pagar antes del remate. Que es un derecho y no una obligación lo confirma, respecto del procedimiento judicial sumario, la regla 5.^a del ar-

tículo 131 cuando dice "para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas".

B. es, por tanto, respecto del crédito, un tercero, y, siguiendo la terminología de Giorgi (*Teoría de las obligaciones*, VII, 431), un tercero no interesado, ya que no puede ser forzado a pagar.

B. *Consecuencias jurídicas que surgen del pago por el tercer poseedor de la obligación garantizada*.—Por ser consecuencias puramente civiles, la Ley Hipotecaria se abstiene de regularlas.

Es claro que nos hallamos ante el pago hecho por un tercero, cuyos efectos inmediatos serán: liberación del deudor, sobreseimiento de la ejecución en cuanto a la finca gravada, y cancelación de la hipoteca. Y su efecto indirecto o mediato, el ejercicio de la acción de reembolso contra el deudor.

El Tribunal Supremo, sin embargo, entendiendo en el transcritic Considerando 3.^o que el único móvil del pago fué el propio y personal interés del pagador de liberar la finca, no le concede la acción de reembolso. Tal fallo parece difícilmente justificable.

Con todo el respeto que el Alto Tribunal merece, su sentencia no parece estar muy conforme con el artículo 1.158. Conforme a este artículo, el simple hecho del pago concede al pagador la acción de reembolso, y sólo en el caso de que aquél se haya hecho contra la expresa voluntad del deudor, exige un requisito, que se demuestre su utilidad para éste. En este caso, si el pago ha sido útil al deudor y en la medida de esta utilidad, concede también la acción de reembolso.

Es incuestionable que el tercer poseedor paga porque le conviene. Tiene, en efecto, un interés en alejar de su finca la amenaza ejecutiva. No es todo puro altruismo en su conducta. Pero es también claro que produce un efecto favorable al deudor, su liberación. Y en aras de esta utilidad que su acto reporta al deudor, debe concedérsele contra éste la acción de reembolso.

En el caso en litigio, una de dos: O se considera que B. pagó por sí y no por otro, lo cual es absurdo, porque B. no era el deudor ni creía serlo; o se estimó que por el hecho de no pagar el deudor, no obstante la ejecución, está clara su voluntad de no pagar por sí ni permitir que otro pague en su nombre, en cuyo caso habría que demostrar que el pago hecho por B. no le fué en modo alguno útil, lo cual tampoco es admisible, pues obtuvo una utilidad indiscutible: su liberación.

Parece consagrarse en la sentencia un enriquecimiento injusto, a no ser que su motivación fundamental hayan sido consideraciones de tipo moral y económico surgidas en orden al caso concreto y en aras de elevados criterios de equidad.

Pasamos por alto, para no alargar excesivamente este ya largo comentario, la alusión del Considerando 2.^o a la procedencia de la acción de evicción (acaso más técnico fuera la de saneamiento por vicios jurídicos ocultos), así como el interesante problema de los puntos de contacto entre el pago por un tercero y la gestión de negocios ajenos, que tal vez pudo ser de importancia capital en este litigio. (D. I.)

5. LA COMPENSACIÓN: V. III, 1.

6. NOVACIÓN: *La modificación de lo convenido en un contrato, sin sustituir una obligación por otra, no supone novación propia o total.* [Incidentalmente en Sentencia 16 junio 1952.]

A. El motivo primero del recurso por infracción de ley se apoya en que la modificación de una relación obligatoria no significa forzosamente novación, en cuanto puede haber modificación en el contenido o en un punto esencial, sin que por ello se destruya la primitiva relación obligatoria, como se infiere del artículo 1.203 en relación con el 1.204.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso, pues la alegación aludida, siendo exacta, no es pertinente, según el siguiente Considerando: "Que en el motivo primero, el recurrente, con cita de los artículos 1.203 y 1.204 del C. c., discurre sobre la diferencia que existe entre la novación total de un contrato y su modificación parcial, sosteniendo que en el caso del pleito no hubo novación porque no se sustituyó una obligación por otra, sino modificación de lo convenido, y como esto es precisamente lo que afirma el Tribunal "a quo"... es notorio que, al no aparecer por parte alguna en la sentencia recurrida la declaración pretendida de novación total, queda sin objeto la denuncia de la infracción que sobre este extremo pretende el motivo examinado" (Considerando 2.^o).

B. OBSERVACIONES: Incidentalmente, pues la cuestión no es debatida en el fondo, viene el T. S. a reiterar, de modo tácito, la diferencia entre la novación propia o extintiva (extinción de una obligación y creación de otra nueva que la sustituya) y la novación impropias o simplemente modificativa, confirmado así la posición doctrinal de Castán y Pérez y Alguer, entre otros, que niegan sentido unitario a la novación en nuestro Derecho, y otras Sentencias del mismo Alto Tribunal, como las de 29 de abril de 1947, 5 de diciembre del mismo año, 24 de junio de 1948 y 10 de febrero de 1950. (D. I.)

7. INTERPRETACIÓN: *Cuando los términos de una cláusula contractual no son claros, resulta indispensable, para esclarecer lo que se convino, acudir a otros medios de prueba, además del documento privado en que dicha cláusula se contenía.* [Sentencia 24 mayo 1952.]

Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 1.281 al atribuir a las declaraciones de dos testigos la prueba de que el texto de una cláusula contractual, de términos claros a juicio del recurrente, tenía un determinado sentido y alcance, el T. S. declara no haber lugar al

recurso porque al "emplearse la frase poco clara de que sean "resueltos por desahucio o lanzamiento en el caso de que haya lugar", a cuya expresión dan sentido distinto las partes litigantes, resulta indispensable acudir a otros medios de prueba, además de ese documento privado, para esclarecer lo que convinieron, no infringiéndose al obrar de este modo, por el Tribunal, el artículo 1.281 del citado Código, pues los términos en que está redactada esa cláusula del contrato no pueden calificarse de claros, y que no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, que es el caso en que dicho precepto ordena se esté al sentido literal de lo escrito, por lo que debe rechazarse también el segundo motivo del recurso, en que sostiene esa supuesta infracción".

8. DONACIONES EN CATALUÑA: EFECTOS DE LA FALTA DE INSINUACIÓN:
No cabe reputar nulas en Cataluña las donaciones no insinuadas si no resultan hechas en perjuicio de los acreedores del donante. [Sentencia 13 mayo 1952.]

El actor solicitaba la nulidad de la donación hecha por su padre a otras dos hijas, confirmada en testamento posterior, y en la que se establecía la obligación de las donatarias de satisfacer al actor cierta cantidad en pago de su legítima. La petición se fundaba en la existencia de dolo, y, subsidiariamente, en la falta de insinuación, por estar sujeto el caso al Derecho especial catalán.

En realidad, se plantearon otras cuestiones distintas de la resuelta en los Considerandos que se transcriben, pero los correspondientes motivos de casación son desestimados por el T. S. por aparecer fundados cada uno en varias de las causas del artículo 1.692 LEC, sin la debida separación y claridad.

El T. S., desestimando el recurso del actor, declara: "Instituída por el Derecho Romano la insinuación, a modo de obstáculo puesto a las donaciones cuantiosas e irreflexivas, subsiste su exigencia en la especificidad foral catalana "para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las donaciones", según expresamente se dice en la Constitución 1.^a, título IX, De donations, libro VIII, volumen I, de las *Constitutiones de Cataluña*, y es cierto que suscitadas dudas sobre si esta disposición era derogatoria del sistema establecido por las Leyes 30, 32, 34 y 36 del título LIV, De donationibus, libro VIII del Código de Justiniano, y en el párrafo 2.^o del título VII del libro II de la *Instituta*, o si coexiste con él mismo, ha dado ello ocasión a pareceres diversos de los tratadistas forales, y a fluctuación de criterios en la Jurisprudencia, pero mientras en los textos romanos que antes se citan se declare la absoluta invalidez, en lo que excedieran de 500 sueldos, de las donaciones que siendo de las que legalmente requerían la insinuación no se hubiera sometido a esta solemnidad, la Constitución de Cataluña que también se ha citado y que responde a finalidad distinta, según queda dicho, ordena que las donaciones universales, las de la mayor parte del patrimonio y las que excedan de 500 florines, si no fueren insinuadas diez días antes del préstamo o contrato, no perjudiquen ni puedan perjudicar

a los correspondientes censualistas, ni a otros que tengan sus créditos en escrituras o vales, aunque sean posteriores, y tenido esto en cuenta no es posible desconocer la diferencia de los efectos que en cada uno de los sistemas produce la falta de insinuación, puesto que si en el del Derecho Romano lleva esta falta consigo la nulidad, en el foral, del que aquél es supletorio, la invalidez que previene se supedita a la realidad demostrada de un fraude o perjuicio posible, por lo que no es aventurado ni incierto entender que refiriendo la disposición del Derecho especial de Cataluña la invalidez de las donaciones a las en que se diera aquella condición, modificó, limitando su efecto anulativo, la del Derecho Romano, siendo clara razón de que así se entienda que para que la sanción de nulidad impuesta por el Derecho Romano recayera también sobre las donaciones no insinuadas ni ocasionales de perjuicio a los acreedores del donante, era innecesaria la disposición foral examinada, ya que el caso estaría comprendido en la generalidad de lo estatuido en aquel Derecho al regular las consecuencias de la falta del requisito de la insinuación" (Considerando 2.º). "Lo que se acaba de expresar hace tener por acertada la doctrina de que no cabe reputar nulas las donaciones no insinuadas si no resultan hechas en perjuicio de los acreedores del donante, contenida en la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1916, continuadora en este sentido del criterio interpretativo y doctrina declarados, entre otras numerosas sentencias, en las de 31 de enero de 1861, 11 de junio de 1862, 29 de septiembre de 1865 y 29 de diciembre de 1879; ... con tanta mayor razón si se considera que ratificada por el donante en el testamento bajo el que falleció la donación que en el pleito se ha discutido vino a participar en cierto modo de los caracteres y efectos propios de las donaciones *mortis causa*, y que según tiene también declarado este Tribunal en reiteradas sentencias el Derecho especial que rige en Cataluña autoriza las donaciones inter vivos de padres a hijos sin más limitaciones que las de que no han de perjudicar a los acreedores del donador ni a la legítima paterna de sus descendientes, que consiste en la cuarta parte de su caudal..."

9. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: LOCAL OCUPADO POR INSTITUCIÓN BENÉFICAS V. Derecho Procesal, I, 2.

10. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: COCHERAS: *Los locales arrendados para cochera de uso particular deben reputarse viviendas, a efectos de la LAU.* [Sentencia 9 octubre 1952.]

El administrador de una finca urbana dió en arrendamiento uno de los bajos de la misma a un taxista para que lo utilizara como cochera. La cláusula primera del contrato establece que cualquiera de las partes podía darlo por terminado, avisando por escrito a la otra con quince días de antelación. Apoyándose en ella, el administrador requirió notarialmente al arrendatario para que desalojara el local. El requerido se negó a desalojarlo, por estimar que la cochera constituía un local de negocio, y que como arrendatario tenía derecho a la prórroga obligatoria. Para hacer efectivo tal derecho, demandó a la propietaria del in-

mueble, pidiendo se reconociera no haber lugar a que se le perturbara en la posesión arrendaticia. La demandada se opuso a lo pedido, alegando que el contrato de "garaje" está regulado exclusivamente por el C. c. y que, por lo tanto, el procedimiento utilizado por el actor (el de la LAU) era inadecuado, debiendo haberse seguido la vía procesal ordinaria; en consecuencia, pedía se declarara la nulidad de todo lo actuado. En ambas instancias se acoge el punto de vista de la demandada.

Formulado recurso de injusticia notoria, el T. S. da lugar al mismo, afirmando: "que si bien por precepto del art. 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos los en esta regulados comprenden el de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio, no por ello ha de entenderse que el destinado a cochera para depósito de un taxímetro se halle excluido de dicha Ley, y tenga que regirse por las normas del C. c. y leyes procesales comunes, por cuanto si no puede calificarse como local de negocio, aunque de él se valga el recurrente para ejercer actividad de industria por no tratarse de un establecimiento abierto al público, es claro que, conforme a la excepción contenida en el artículo 10, debe reputarse como vivienda y en fuerza de tal ficción estimarse que está dentro de la órbita de la legislación especial" (Considerando 1.^º).

Agregando: "... que en el presente caso, si bien no cabe afirmar que se trate de un arrendamiento para establecer en él un negocio de garaje, con establecimiento abierto al público y a su servicio para la custodia y facilidad del uso de coches particulares, mediante la remuneración convenida, sí procede calificarlo como contrato de arrendamiento de vivienda en virtud de la asimilación referida en el párrafo anterior, y consiguientemente comprendido en el art. 1.^º de la Ley, en armonía con el párrafo 2.^º del 10, que amplia, a este respecto, el contenido de aquél, lo que es suficiente para estimar el recurso" (Considerando 2.^º).

El fallo declara la validez del procedimiento y no haber lugar a resolver el arrendamiento.

11. ARRENDAMIENTO URBANO: LOS LOCALES DE NEGOCIO DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY: *Los arrendamientos que, además del local de negocio, contienen pluralidad de objetos de cierta importancia, están incluidos en el artículo 5.^º de la LAU, y afectados por su Disposición transitoria 19.* [Sentencia 24 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: Se discutía si ciertos elementos accesorios al arrendamiento de un local de negocio propiamente dicho de una nave donde se hallaba un taller, y consistentes en el patio de la casa y una pequeña edificación compuesta de planta baja y un piso, tenía o no entidad suficiente para estimar comprendido el contrato en el artículo 5.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Tribunal Supremo decide afirmativamente y declara en consecuencia que la renta de dicho contrato es revisable por el medio establecido en la Disposición transitoria 19. (D. I.)

12. ARRENDAMIENTO EXTRANJERO DE LOCAL DE NEGOCIO: EQUIPARACIÓN A LOS NACIONALES: *No existiendo Tratado especial que disponga otra cosa, los arrendatarios extranjeros de local de negocio están equiparados a los españoles, a efectos de la LAU.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE ESPECTÁCULOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: *Cuando las causas que según el arrendador acreditan la necesidad de recobrar el local existían en el momento de arrendarse éste, no procede estimar la existencia de tal necesidad.* [Sentencia 8 mayo 1952.]

A. Una asociación de fomento cultural construyó un local para teatro y cinematógrafo. Ignorando la acogida que tendría en la localidad el nuevo espectáculo, por vía de ensayo lo arrendó, por un plazo de diez años, a un súbdito suizo. Transcurrido el plazo de arrendamiento en 1944, la asociación arrendadora intentó desalojar al arrendatario, consigliéndolo en primera instancia. La Audiencia Territorial revocó la sentencia, declarando no haber lugar a la excepción a la prórroga; contra su sentencia se interpuso recurso de injusticia notoria.

La cuestión jurídica discutida se centra en dos puntos: 1.º) aplicabilidad (negada por la recurrente) del beneficio de prórroga obligatoria al arrendatario extranjero de local de espectáculos, en defecto de tratado diplomático; 2.º) si suponía o no existencia de necesidad del arrendador, determinante de la excepción a la prórroga, el hecho de hallarse la asociación arrendadora afectada (desde antes del arrendamiento) por dos hipotecas que confiaba en poder levantar con los beneficios de la explotación directa del negocio cinematográfico.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, afirmando en su Considerando 1.º: "el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre conceder iguales derechos al extranjero inquilino de una vivienda que al español, aunque no exista reciprocidad de trato con el país a que pertenezca aquél, hace seguidamente una excepción: que cuando el extranjero sea arrendatario o subarrendatario de locales de negocio, se estará a lo que dispongan los Tratados internacionales vigentes, sin prever el supuesto de su inexistencia; por lo que, en este caso, debe aplicarse el régimen de igualdad estatuído en el artículo 27 del Código civil, esto es, que no existiendo Tratado especial que otra cosa disponga, debe estimarse a los extranjeros equiparados a los españoles a los efectos de la citada Ley".

Sobre la necesidad del arrendador, el Considerando 3.º recoge las afirmaciones de la Audiencia: si, no obstante la existencia de los créditos hipotecarios, se arrendó el local, "es porque no precisaba la recurrente explotarlo directamente para subsistir desde el punto de vista económico", y no procede, por lo tanto, estimar la necesidad del arrendador.

B. **OBSERVACIONES:** Se reitera la doctrina legal sobre aplicación de los beneficios de la LAU a los arrendatarios extranjeros de local de negocio. Véanse al respecto las Sentencias de 27 noviembre 1950 y 29 octubre 1951 (ANUARIO, V-3, 1952, pág. 1139).

13. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO: POR DERIBO CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: REQUISITOS: *La LAU no establece expresa ni implícitamente obligación alguna del propietario de someter a la consideración de los inquilinos los planos de la edificación en proyecto, para que a su vista puedan decidir si les conviene ejercitarse el derecho de ocupar en su día los locales reconstruidos.* [Sentencia 30 septiembre 1952.]

14. EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO URBANO: POR DERRIBO CON PROPÓSITO DE REEDIFICAR: REQUISITOS DEL COMPROMISO CONTRAÍDO ANTE EL GOBERNADOR CIVIL: *El artículo 102 de la LAU no exige el empleo de palabras determinadas para contraer el compromiso a que se refiere ante el Gobernador civil. Este ha de juzgar "sin ulterior recurso" (artículo 115 de la LAU) sobre la suficiencia del modo en que dicho compromiso se haya contraído.* [Sentencia 22 marzo 1952.]

15. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: QUIÉN PUEDE SOLICITARLA: *La persona que arrendó en nombre propio el inmueble puede exigir la resolución del contrato, con arreglo al artículo 149 de la LAU, aunque el objeto arrendado sea un bien parafernado de su mujer, cuya administración no le haya sido entregada.* [Sentencia 9 mayo 1952.]

Un inmueble urbano fué dado en arrendamiento por el marido de la propietaria, sin intervención de ésta. Con posterioridad, el arrendador (sin que tampoco tuviera intervención su mujer) reclamó y obtuvo en primera instancia y en apelación la resolución del arrendamiento por subarriendo no consentido. El recurso de injusticia notoria, interpuesto por la demandada, alega la excepción de falta de acción en el actor, que se había invocado sin éxito en instancia: el objeto arrendado constituye un bien parafernado cuya administración no consta haber sido entregada al marido; por exigencia del artículo 1.383 del C. c. la demanda debió ejercitarse en nombre de la mujer, y no en el del marido.

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, al amparo de la siguiente doctrina (Considerando 1º):

"Los derechos y acciones para resolución del arrendamiento por las causas comprendidas en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se conceden por dicho artículo al arrendador, carácter que, en el contrato de autos, tiene el demandante, como consta en el documento presentado y reconoce la propia parte demandada y recurrente; y sólo entre ambos, según el artículo 1.257 del Código civil, produce efecto tal contrato, de lo que se deduce la improcedencia del recurso."

16. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO POR SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: MOMENTO EN QUE HA DE EXISTIR EL SUBARRIENDO: *Basta con que se haya producido alguna vez el subarriendo para hacer posible la resolución del contrato, aunque haya cesado posteriormente.* [Incidentalmente, en Sentencia 28 abril 1952.]

OBSERVACIONES: El T. S. había declarado ya, en términos más generales, no ser preciso que la causa de resolución del arrendamiento exista en el instante del ejercicio de la acción, siendo suficiente que se haya producido anteriormente. (Véase Sentencia de 24 enero 1951.)

17. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN POR PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: DERECHO ANTERIOR A LA LAU: *La destrucción por incendio fortuito de la casa arrendada determina la resolución del arrendamiento, por aplicación del artículo 1.568 del C. c., en particular si no está probado con certeza que el arrendatario puede seguir aprovechando lo que queda del edificio y si no alegó tal circunstancia en la contestación a la demanda.* [Sentencia 17 marzo 1952.]

A. Un inmueble arrendado para almacén a determinada Sociedad fué destruido fortuitamente por un incendio, quedando solamente en pie parte de sus paredes laterales. Los propietarios instaron de los Tribunales la resolución del arrendamiento, al amparo del artículo 1.568 del C. c. (aplicable al caso, dada la fecha del evento). La Sociedad arrendataria, que seguía utilizando como almacén los restos del edificio, se opuso a lo pedido, aunque sin alegar la posibilidad de este aprovechamiento en la contestación a la demanda. Acogida la petición del actor en primera instancia, la Audiencia revoca la sentencia por estimar (según parece desprendese de sus Considerandos, tal como se recogen parcialmente en el recurso) que "para entender se ha destruido una cosa es preciso que deje de poder ser utilizada para los fines que motivaron el arrendamiento", y que la prueba de ello incumbe a los accionantes, que no la aportaron, por lo cual no estaba excluida la "posibilidad" del aprovechamiento de la cosa por la arrendataria.

Los demandantes recurren por injusticia notaria, fundándose en que la Sociedad demandada había aceptado los hechos de la demanda y, por lo tanto, admitido la realidad de la destrucción de la cosa, que basta para determinar la aplicación del artículo 1.568 del C. c.

Y el T. S. da lugar al recurso, con base en la siguiente doctrina:

1. Considerando 2.º: "Alegado en la demanda el hecho de haber sido destruido por incendio el edificio arrendado, fué reconocida en la contestación la realidad de tal hecho, que también ha sido aceptada en la sentencia recurrida, en la que, sin embargo, se niega a los demandantes la acción que les corresponde por aplicación a tal hecho de los preceptos legales citados en el párrafo anterior" (1.568 y 1.124 del C. c.).

2. Considerando 3.º: "Como fundamento de la negativa se expone no la realidad, sino la posibilidad, no alegada como excepción en la contestación a la demanda, de seguir la arrendataria utilizando lo que queda del destruido edificio arrendado".

3. Considerando 4.º: "Teniendo en cuenta lo expuesto, y el tiempo de la destrucción del edificio, febrero de 1947, es forzoso concluir que en la sentencia recurrida se infringe, por no haberlo aplicado al caso, el citado artículo 1.568 del Código civil, infracción que, alegada como causa del recurso, debe dar lugar al mismo..."

B. OBSERVACIONES: El T. S. vincula tal vez excesivamente la fundamentación del fallo a la circunstancia de no haberse alegado en la contestación a la demanda que los restos del edificio destruido seguían siendo aprovechables a los fines del arrendamiento por el arrendatario. En efecto, lo que el arrendatario pretende continuar utilizando en un caso como el presente no es ya la cosa arrendada: las paredes laterales que parcialmente quedan en pie constituyen un objeto distinto del primitivo del arrendamiento (que debe reputarse "perdido"; véase al respecto, actualmente, el artículo 155 de la LAU). La resolución del arrendamiento procedía, por lo tanto, en todo caso, por aplicación del artículo 1.568 del Código civil, con independencia de si los restos del objeto arrendado podían ser o no utilizados por el arrendatario y de si éste había alegado o no dicha circunstancia en la contestación a la demanda. Compárese, sin embargo, dentro del régimen del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el supuesto de derribo de un inmueble para reedificar: en tal caso el arren-

damiento continúa, a pesar de la destrucción de su objeto. (Véase S. 26 enero 1952 y observaciones en ANUARIO, V-2, 1952, págs. 800 y sigs.). (J. A. P.)

18. DESAHUCIO DE VIVIENDA POR CAUSA DE NECESIDAD SOCIAL. [Sentencia 21 octubre 1952.]

La sentencia no formula doctrina legal alguna. Los Tribunales de instancia habían decretado el desalojo de un piso, en virtud de la disposición transitoria 23 B) de la LAU, declarada aplicable en Cádiz por Decreto de 22 de septiembre de 1947. El recurrente pretende que el desahucio había sido acordado sin que se tuviera en cuenta la existencia o no de los requisitos establecidos en la referida disposición transitoria. El T. S. declara, por el contrario, que en instancia había sido afirmada la existencia de dichos requisitos, y en vista de ello no da lugar al recurso de injusticia notoria.

19. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUNCIÓN DE TRASPASO: OCUPACIÓN DEL LOCAL POR UNA SOCIEDAD DE LA QUE EL ARRENDATARIO ES SOCIO: *El hecho de que el arrendatario de unos locales permita la total ocupación de los mismos por una Sociedad de responsabilidad limitada, legalmente domiciliada en ellos, y de la que él forma parte, implica transmisión del derecho arrendaticio, aunque en las escrituras sociales no se haya hecho aportación a la Sociedad del referido derecho y aunque el expresado arrendatario continúe pagando el precio del alquiler.* [Sentencia 21 octubre 1952.]

A. El arrendatario de unos locales en los que ejercía la industria de fabricación y venta de barnices y pinturas, decidió ampliar su negocio, y para ello se asoció con otras personas, constituyendo en 1943 una Sociedad de responsabilidad limitada y en 1946 (desaparecida la anterior) una nueva Sociedad de idéntica naturaleza. Ambas Sociedades habían fijado en los antedichos locales su domicilio social, y en ellos desenvolvían su actividad; pero el arrendatario de los mismos no había hecho aportación a ellas de su derecho arrendaticio, y él en persona pagaba el precio del alquiler.

El propietario de los locales instó la resolución del arrendamiento, sin éxito en primera instancia, pero viendo prosperar su demanda en apelación. Entre las varias causas de resolución invocadas por el actor, la Audiencia admitió la existencia de la de traspaso ilegal. El arrendatario recurre por injusticia notoria, invocando en el primer motivo error en la apreciación de la prueba (causa 4.^a del art. 173 de la LAU): no está demostrado que el arrendatario hubiera hecho aportación a ninguna de las Sociedades de su derecho arrendaticio, sino simplemente que el centro de actividad de las mismas eran los locales arrendados; de esta última circunstancia podía deducirse la existencia de una relación de subarriendo o análoga, muy anterior a la promulgación de la LAU, y frente a la cual el propietario no había hecho hasta agosto de 1947 oposición de ningún género, por lo que la disposición transitoria 2.^a de la LAU (cuya infracción alega el segundo motivo del recurso) hace imposible acoger la pretensión del actor.

El T. S. no da lugar al recurso, formulando la doctrina siguiente (Considerando 2.º): "La nueva ocupación de dichos locales por ambas Sociedades, sin ninguna limitación de espacio consignada en las escrituras, ni apreciada como hecho probado, implica transmisión del derecho del arrendatario a las entidades, que usan y gozan de los locales, transmisiones que, cualesquiera que hayan sido sus respectivos títulos, por precio o gratuitas, y se siga o no pagando el precio del arrendamiento al arrendador por el arrendatario cedente, como puede hacerlo a cualquier persona, según el artículo 1.158 del C. c., constituyen traspasos del local arrendado sin las condiciones exigidas para su validez en la legislación anterior ni en la actual sobre arrendamientos urbanos, como, sin incurrir en ningún error ni infracción legal, ha estimado la sentencia recurrida, contra la cual no es procedente, en consecuencia, el recurso por ninguna de sus causas."

B. OBSERVACIONES: El T. S. había declarado ya (Sentencias de 20 enero y 29 enero 1948) que la aportación a una Sociedad del derecho de arrendamiento de un local constituye traspaso. Otra sentencia, muy poco posterior en el tiempo (S. de 6 febrero 1948) se había enfrentado con un supuesto de hecho diferente: el arrendatario de un local de negocio no lo aportaba en las escrituras sociales a la Sociedad que venía a constituir (cfr., sin embargo, el punto de vista contrario en Cossío, comentario en ANUARIO, I-2, 1948, págs. 701 y sigs.), pero dicha Sociedad ocupaba de hecho el local, desenvolviendo en él su negocio. Evidentemente, en todo supuesto análogo se plantean dos hipótesis: o bien ha existido cesión de la titularidad del derecho arrendaticio (traspaso), o bien simplemente cesión temporal del uso y disfrute del local—retribuida (subarriendo) o gratuita, pero en ambos casos sin cambio en la titularidad del arrendamiento. Desde el punto de vista de la Sentencia de 6 de febrero 1948, carecía de interés práctico decidirse en favor de cualquiera de las hipótesis: como faltaba el consentimiento del arrendador, tanto para el subarriendo como para el traspaso, de todas maneras procedía el desahucio, conforme al régimen de alquileres anterior a la LAU, aplicable al caso. Por ello el T. S. no precisó la calificación jurídica—subarriendo o traspaso—de los hechos planteados ante él.

En el caso de la Sentencia de 21 de octubre 1952, que da origen a las presentes observaciones, la calificación del supuesto como de subarriendo o de traspaso tenía, por el contrario, considerable alcance práctico, porque de ella dependía la aplicación o no en favor del subarrendatario de la disposición transitoria 2.ª de la LAU. El T. S., adoptando el punto de vista favorable al propietario, sienta una presunción: la total ocupación del local por una Sociedad con personalidad jurídica distinta de la del arrendatario "implica" traspaso. Salta a simple vista la falta de enlace lógico entre la conclusión y los hechos de los que pretende derivarse: no hay ningún motivo para presumir el traspaso en lugar del subarriendo. Podría intentarse restringir el alcance de la sentencia, observando que recae en un recurso por error en la apreciación de la prueba, y que pretende mantener los hechos tal como fueron fijados por la Audiencia; sin embargo, no conviene insistir excesivamente sobre este punto, porque en el caso de autos el T. S., más que discutir los hechos, parece pretender formular una doctrina con valor general. Por el contrario, es preciso subrayar la oscilación de la jurisprudencia del T. S. en esta materia: la Sentencia de 19 diciembre 1947 había decidido que la ocupación de una vivienda por persona distinta del arrendatario determina una presunción de subarriendo, y si bien es cierto que en el supuesto que venía a re-

solver bastaba la realidad del subarriendo para dar lugar al desahucio, queda con ella alguna incertidumbre respecto del posible futuro criterio del Tribunal Supremo. Estas precisiones son convenientes, ya que la presunción sentada por el T. S. en la actual sentencia puede tener consecuencias peligrosas: en los casos en que el arrendador haya autorizado el subarriendo, ¿bastará que ocupe los locales una persona física o jurídica distinta del arrendatario para que se presuma la existencia de una cesión de vivienda, o de un traspaso ilegal de local de negocio, y haya de decretarse la resolución del arrendamiento, a pesar de la expresa autorización del subarriendo por el arrendador? Téngase en cuenta lo difícil que resultará siempre desvirtuar la presunción de traspaso o de cesión probando la *realidad* de un mero subarriendo—no simulado—. (J. A. P.)

20. CONTRATO DE SUBARRIENDO Y NOMBRAMIENTO POR EL ARRENDATARIO DE UN ENCARGADO DE SU NEGOCIO: DIFERENCIAS: *Cuando la persona a quien el arrendatario sitúa al frente del negocio instalado en el local arrendado ha de pagar una cantidad fija mensual "en concepto de beneficios y no de renta por subarriendo" (según afirmación del arrendatario), la fijezza de dicha cantidad se compagina mal con la idea del abono de beneficios.* [Sentencia 23 mayo 1952.]

El recurrente niega la existencia de un subarriendo, declarada por el Juzgado y por la Audiencia; pero el T. S. la afirma al amparo de la anterior doctrina.

21. EL SUBARRIENDO. REQUISITOS: PRECIO: *El precio o merced en el subarriendo puede no consistir en dinero, sino en cosas o servicios que, sin ser dinero, equivalen a él.* [Sentencias 29 abril 1952.]

El T. S., *confirmando la sentencia recurrida (discrepante de la de primera instancia)*, formula la anterior doctrina "para evitar la posibilidad de burlar la prohibición legal [del subarriendo] con el fácil arbitrio de señalar como precio o merced... cosas o servicios que no son dinero, pero que a ello equivalen" (Considerando 5.). En el caso de autos se trataba de servicios de recogida de correspondencia y de cobro de giros y de recibos.

22. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: VALOR DEL LIBRO OFICIAL DE VISITAS DE LA DELEGACIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO: *Las calificaciones jurídicas relativas al concepto en que una persona figura al frente de un establecimiento, consignadas en el libro oficial de visitas de la Delegación Provincial de Trabajo, no tienen efecto en el orden civil.* [Sentencia 4 octubre 1952.]

El propietario de un local de negocio acudió a los Tribunales pidiendo se declarara resuelto (por subarriendo) el contrato de arrendamiento de dicho local. La Audiencia Territorial desestimó la demanda por entender que el supuesto subarrendatario no era sino un mero "encargado" del negocio que actuaba por cuenta del arrendatario del local. Como quiera que en el libro oficial de visitas de la Delegación Provincial de Trabajo dicho "encargado" figuraba como "arrendatario" del establecimiento (y, por tanto, como subarrendatario del local), el propietario interpone recurso de injusticia notoria.

El T. S. declara *no haber lugar* al mismo, al amparo de la siguiente doctrina (considerando único): "... tales diligencias [las del libro oficial de visitas] no pueden surtir más efectos que los propios de su naturaleza, derivados de las disposiciones del orden laboral que las han establecido e impuestos, pero en modo alguno puedan demostrar la realidad de un contrato de naturaleza civil, como el subarriendo que el recurrente alega, ya que no constan en dichas diligencias ni pueden deducirse de las mismas cuáles fueron los elementos que los funcionarios que las autorizan tuvieron en cuenta para extenderlas y que pudieran servir de base para calificar el acto jurídico en cuya virtud el titulado en la segunda de las diligencias mencionadas empresario y arrendatario del establecimiento estuviera en dicho local..."

23. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: DISP. TRANS. 2.^a DE LA LAU: EJERCICIO DEL DERECHO RECONOCIDO AL SUBARRENDATARIO: ACCIÓN DECLARATIVA Y EXCEPCIÓN: *El subarrendatario amparado por la disp. trans. 2.^a de la LAU puede ejercitar su derecho frente al arrendador, tanto por medio de acción declarativa como, en su caso, por medio de excepción en el juicio de resolución del arrendamiento por subarriendo.* [Sentencia 8 marzo 1952.]

Los hechos que se declaran probados son los siguientes: el día 1.^o de octubre de 1946, un subarrendatario de local de negocio llevaba más de seis meses en el local sin oposición del arrendador. Después de la vigencia de la actual LAU., como previera un intento del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento, el subarrendatario inició una acción declarativa, pidiendo se reconociera existía en su favor el derecho que le atribuía la Disposición transitoria 2.^a de la LAU. La demanda no prosperó en primera instancia ("por falta de acción en el actor"), pero si en apelación, y el T. S. desestima el recurso de injusticia notaria, formulando la siguiente doctrina:

"... tanto el arrendatario como el subarrendatario pueden defender su derecho enfrente del arrendador bien dándole certidumbre jurídica por medio de la correspondiente acción declarativa, ante el temor de que el arrendador trata de negárselo, bien oponiéndole la oportuna excepción si llegare a ejercitarse la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, sin que pueda admitirse con el recurrente que por no existir vínculo contractual establecido entre el arrendador y el subarrendatario éste carezca de acción contra aquél, ya que las obligaciones nacen de los contratos, pero nacen también de la Ley—artículo 1.089 del Código civil—y hay que reconocer a todo derecho, sea cualquiera la fuente de donde proceda, los medios adecuados para su defensa, que son las acciones y excepciones derivadas de su propia naturaleza, por cuyas razones procede desestimar el primer motivo del recurso" (Considerando 1.^o).

24. CONTRATO DE CORRETAJE: REMUNERACIÓN DEL CORREDOR: *Tiene derecho a ella aunque el contrato celebrado por su intervención no llegue a consumarse o se rescinda.*

RATIFICACIÓN: Tiene carácter retroactivo. [Sentencia 16 abril 1952.]

A la pretensión del corredor de cobrar el premio convenido opuso una de las partes: que el contrato no se había consumado y que la comisión había sido prometida por una persona sin poder del demandado, y, aunque éste había ratificado, no cabía entender eficaz el acto desde la declaración de aquél.

El T. S. dice: "Como declaró la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 1922, confirmando doctrina establecida en otras anteriores, el mediador tiene derecho a la remuneración convenida aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegase a consumarse, habiendo declarado igualmente las sentencias de 5 de julio de 1946 y 11 de junio de 1947 que cuando las gestiones del corredor dan el resultado apetecido, si después se rescinde el contrato celebrado, tal rescisión no puede afectar a los derechos del corredor, el cual debe percibir la retribución que le corresponde" (Considerando 3.º). "Admitido como cierto en el escrito de recurso... que el demandado aceptó el convenio celebrado por el actor con quien actuó en nombre de aquél, ratificando así dicho convenio, resulta innegable que éste quedó convalidado desde la fecha de su celebración, puesto que la ratificación de los contratos opera con efecto retroactivo, y así lo tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de mayo de 1897" (Considerando 4.º).

25. RECONOCIMIENTO DE DEUDA: IMPRECISIÓN DE SU CUANTÍA: *No es obstáculo para la eficacia de un reconocimiento de deuda la imprecisión respecto de la cuantía de ésta, si el propio deudor autentica los recibos en que se apoya la reclamación contra él y no acredita entregas que rebajan la deuda inicial.* [Sentencia 31 mayo 1952.]

"Establecido el reconocimiento de deuda por el demandado en relación a la suma recibida, no es obstáculo a la eficacia de tal acto la imprecisión con que el demandado se expresa en cuanto a la cantidad, pues habiendo sido por él autenticados los recibos en que el actor basa su reclamación, y no habiendo señalado ni menos acreditado ningún hecho concreto de entregas determinadas que rebajasen la deuda inicial, es racional dar por reconocida ésta" (Considerando 4.º).

26. RECONOCIMIENTO DE DEUDA: EFECTOS SOBRE EL LUGAR DEL PAGO: *Designado, en el documento, reconocido por el demandado, en que se reconoce una deuda en virtud de préstamo, el lugar de cumplimiento de la obligación, es eficaz tal designación, aunque en la demanda se aclare que en realidad la deuda procede de un contrato de compraventa.* [Sentencia 24 julio 1952.]

27. OBLIGACIONES NACIDAS DE CULPA: EL RESULTADO DAÑOSO: *Sufre daño aquel que, debiendo cosas determinadas, resulta obligado por un siniestro a la indemnización de las mismas; el daño se produce en el momento en*

que se origina esta obligación, es decir en el momento del siniestro. [Sentencia 14 mayo 1952.]

A. Un dependiente de una S. A. encargado por la RENFE de unas obras, ocasionó un incendio en un muelle de esta entidad, quemándose más de cien balas de algodón transportadas. La RENFE, antes de pagar indemnización alguna, demandó de aquella S. A. el valor del género quemado; en primera instancia se condenó a la S. A., y en apelación, considerando que la RENFE había llegado a pagar al consignatario propietario una cantidad menor como indemnización total convenida en transacción, se redujo la cantidad que había de pagar la S. A. a la RENFE a la cantidad pagada por ésta al consignatario.

La parte condenada recurre en casación, fundándose principalmente en que la RENFE no tenía derecho a reclamar la indemnización: el perjudicado es el consignatario, no la RENFE, que en el momento de demandar no había pagado; la RENFE no responde del siniestro imputable a tercero, supuesto que cabe en el concepto de fuerza mayor del artículo 361, C. de c. Además, se trata de explotar por el recurrente el hecho de que la demanda y la condena se dirigen frente al Director gerente, que desde antes del proceso era otro que el que lo fué cuando el siniestro.

El T. S. no da lugar al recurso.

"... Esa entidad porteadora—la RENFE—está obligada a entregar la mercancía transportada, antes de la demanda, por el contrato de transporte, y al imposibilitar el siniestro de hacerlo así, ya se le produjo el perjuicio de que esa obligación, que había de cumplirse según los artículos 361 y 362, C. de c., que alega el recurrente, con la entrega de la mercancía transportada, sin desembolso por parte del porteador, se transforma en la de indemnizar con sus fondos por hacerse imposible su cumplimiento en la forma contractual, y, por tanto, no se causó el perjuicio al hacerse el pago de tal indemnización, sino en el momento en que se originó por tal incendio la obligación de indemnizar, sin necesidad de que hubiera resolución judicial sobre esa obligación..." (Considerando 1.º).

... Tal error inicial (el de la diversidad de personas) se desvanece por los términos gramaticales del encabezamiento y súplica de la demanda y el fallo de la sentencia, en los que se solicita la condena, y así se hace, del Director gerente de C. S. A., sin designación de nombre, porque no hay aquí problema de persona, sino de representación, y relacionando la súplica con el texto de la demanda, y la parte dispositiva de la sentencia con el total contenido de ella, se confirma plenamente que la petición y la condena se refieren total y exclusivamente a esa Sociedad anónima, como es natural, por tratarse de una cuestión económica y patrimonial y no de responsabilidad personal, y sin duda no la menciona más que por el cargo de Director gerente por acomodarse rigurosamente a la terminología del párrafo 4.º del ese art. 1.903..." (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: 1. El T. S. entiende que por el siniestro quedó obligada la RENFE a la indemnización y, por tanto, resultó dañada por el mismo. En el caso que contemplamos pudiera parecer equivocada tal postura si se piensa que el porteador no responde en los supuestos de acción de tercero; pero resulta, sin embargo, muy probable si se tiene en cuenta

que la S. A. obraba sustituyendo a la misma RENFE (v. S. 10 octubre 1903).

Si la RENFE resulta obligada a la indemnización puede reclamar la reparación, pero mientras la RENFE no pague, parece que la reclamación de reparación debe limitarse a que el responsable asegure o tome a su cargo, por los medios jurídicos oportunos, la indemnización.

2. Aunque es aconsejable, para evitar confusiones, la designación clara de las partes procesales, resulta acertada la posición del T. S. en lo que tiene de huída de un rigor formal, cuando, en definitiva, no hay duda sobre quién es el demandado o condenado. Lo que parece que no puede sostenerse es que el párrafo 4.^o del art. 1.903 C. c. induzca a que no se mencione a la S. A., para declararla responsable, más que por el cargo de Director gerente: de una parte no resulta claro que estemos ante un caso de culpa extracontractual; además, la entidad podía ser considerada como responsable de los perjuicios causados por sus dependientes en el concepto de "dueña" del establecimiento o empresa (v. art. 1.903, IV, C. c.). (M. P.)

DERECHO MERCANTIL

1. LETRA DE CAMBIO: EFECTO DE SU EMISIÓN EN CUANTO AL LUGAR DEL PAGO DE LA OBLIGACIÓN CAUSAL: *La circunstancia de que el pago de una obligación se haga mediante letras de cambio sólo revela que se ha convenido una forma de realizarlo que igualmente facilita su entrega por el deudor que su percepción por el acreedor, sin que ello tenga la menor trascendencia a los fines de justificar dónde se considera realizado el pago.* [Sentencias 4 marzo y 6 junio 1952.]

2. COMPRAVENTA MERCANTIL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *A efectos de competencia, es el establecimiento del vendedor, presumiéndose entregada allí la mercancía y debiendo pagarse allí el precio.* [Sentencias 4 marzo, 17 y 22 abril, 7 junio, 14 y 22 octubre 1952.]

La de 4 marzo añade que se trata de mercancías enviadas al comprador a porte debido, y la de 22 octubre, asimismo, que se envían por cuenta y riesgo del comprador.

3. COMPRAVENTA SOBRE MUESTRAS: LUGAR DE LA ENTREGA DE LA MERCANCÍA: *Aunque las mercancías se remitan a cuenta y riesgo del comprador, si la compraventa es sobre muestras, la entrega no se entiende hecha hasta que la mercancía es comparada con la muestra, y, por tanto, tiene lugar donde tal comparación se verifique.* [Sentencia 14 octubre 1952.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. ACCIÓN DECLARATIVA: Véase D. C., III. 23.

2. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID: *Siendo una institución benéfica, los locales que ocupa tienen la consideración legal de viviendas, y es competente para conocer de la resolución del arrendamiento el Juzgado Municipal, pudiéndose declarar de oficio la incompetencia del de Primera Instancia.*

Se solicitó la resolución del arrendamiento por haber declarado el Ayuntamiento la ruina de la finca, tramitándose el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia.

El T. S. declara de oficio la nulidad de todo lo actuado, en base a las siguientes consideraciones: "La Ley de 29 de junio de 1880 dispone en su art. 3.^o que las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad establecidos y que se establezcan con autorización competente serán considerados como instituciones de beneficencia y estarán bajo el protectorado del Gobierno y de sus autoridades delegadas, y el R. D. de 13 de julio de 1880, por el que se aprobaron los Estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid, estableció que ambas instituciones constituyan un solo establecimiento que tenía el carácter de benéfico y dependía del Ministerio de la Gobernación, que era su protector" (Considerando 1.^o). "Los locales ocupados por las dependencias de las entidades benéficas, Asociaciones piadosas y, en general, por cualquiera otra que no persiga fin de lucro, tienen la consideración de viviendas a los efectos de la LAU, según previene el artículo 8.^o de la misma, y, por lo tanto, el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de dicha Ley corresponde a los Jueces municipales, a tenor del artículo 160 del expresado texto legal, por lo que en el presente caso ha debido conocer de la demanda promovida contra el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid... el Juez municipal y no el de Primera Instancia, ante quien la demanda se formuló" (Considerando 2.^o).

"Esto establecido, se impone la aplicación del artículo 74 LEC, porque, si bien es cierto que el supuesto de dicha norma es la carencia de jurisdicción en el Juez o Tribunal para conocer de un asunto por razón de la materia, de la que correspondería conocer a una autoridad o jurisdicción distinta de la ordinaria, no lo es menos que el mismo carácter de Derecho necesario que tienen las normas legales sobre jurisdicción lo tienen también las que dentro de una misma jurisdicción determinan la competencia de los respectivos Jueces o Tribunales que se refieren a la naturaleza del asunto, a su cuantía o a la jerarquía del Juez o Tribunal, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes—artículos 54 y 56 LEC—y, por lo tanto, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas que le señalan la esfera en que necesariamente ha de desenvolverse da origen a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con exceso de poder haya realizado, y procede hacer tal declaración de nulidad conforme previene el último párrafo del citado artículo 74" (Considerando 3.^o).

3. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA: *No desvirtúa la doctrina que fija como Juzgado competente el del establecimiento del vendedor la existencia de una cláusula de sumisión escrita a máquina en la nota de pedido y no firmada por el demandado, sino por el Agente mediador.* [Sentencia 14 junio 1952.]

4. COMPETENCIA TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA: PRINCIPIO DE PRUEBA: *No constituye principio de prueba, a efectos de competencia terri-*

torial, la copia de factura con nota impresa de sumisión si no aparece suscrita por el comprador ni consta de modo claro y preciso que haya aceptado la nota renunciando a su propio fincio. [Sentencias 27 septiembre y 14 octubre 1952.]

5. COMPETENCIA TERRITORIAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Las facturas no firmadas ni reconocidas por la parte demandada no son prueba ni principio de prueba a efectos de competencia, salvo que existan indicaciones que confirmen o adveren el contenido de tales facturas. [Sentencia 22 octubre 1952.]*

6. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPROVANTA MERCANTIL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Es suficiente, para la prueba a efectos de competencia de la compraventa mercantil, la confesión del demandado. [Sentencia 14 octubre de 1952.]*

7. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPROVANTA MERCANTIL: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Para que sea competente el Juez del establecimiento del vendedor es preciso que haya prueba indiciaria de la existencia de la compraventa. [Sentencias 4 marzo, 17 y 22 abril, 7 junio, 14 y 22 octubre 1952.]*

8. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN EN VIRTUD DE UN CRÉDITO CEDIDO AL ACTOR POR UN TERCERO: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Para decidir la competencia a favor del Juez del lugar del cumplimiento de la obligación, hay que ofrecer un principio de prueba de la cesión del crédito y de la notificación al deudor, no siendo suficiente para acreditar a tal efecto la cesión la presentación de letras de cambio endosadas a favor del actor. [Sentencia 22 septiembre 1952.]*

9. COMPETENCIA TERRITORIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL FUERO DEL DOMICILIO DEL DEUDOR: *Sólo se atiende al lugar en que tiene su domicilio el demandado para resolver una cuestión de competencia cuando no puede determinarse dónde debe cumplirse la obligación. [Sentencias 6 junio y 3 julio 1952.]*

10. COMPETENCIA TERRITORIAL: ACCIÓN DE REEMBOLSO DE LOS ARTÍCULOS 1.158 Y 1.159 DEL C.C.: *Ejercitándose la acción de reembolso que corresponde al tercero que hizo un pago sin conocimiento del deudor, el fuero competente es el del domicilio del demandado. [Sentencia 4 abril 1952.]*

A. Según el único considerando de la sentencia: "la acción personal que ejerce el demandante no es la que corresponde al vendedor para reclamar el precio de la cosa vendida, sino la de reembolso que, conforme a los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil, asiste al tercero que ha hecho el pago sin mandato ni conocimiento del deudor, circunstancias éstas que excluyen la posibilidad de que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.209 y 1.210 del Cuerpo legal citado se presuma que el actor se halla subrogado en los derechos de la casa vendedora, no facultada legalmente para otorgar la subrogación como acto dependiente de su sola voluntad, y al ser esto así, no habiendo mediado sumisión, ni pacto relativo

al lugar del cumplimiento de la obligación demandada, que no se deriva del contrato originario del crédito cuyo pago se intenta recobrar, se ha de atribuir la competencia discutida, por aplicación de la regla primera del artículo 62 de la Ley procesal, en armonía con el párrafo tercero del artículo 1.171 del Código civil y como reiteradamente tiene declarado esta Sala, al Juzgado comarcal del domicilio del demandado".

B. OBSERVACIONES: Véase en el mismo sentido la sentencia de 13 noviembre 1945, corroborando otras de 31 diciembre 1897, 16 febrero 1918 y 19 abril 1934.

11. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS CONVENCIONALES: *Es competente el Juzgado del lugar en que, según el pacto, debían prestarse los alimentos.* [Sentencia 3 julio 1952.]

12. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN DE HONORARIOS DE LETRADOS: *Corresponde al Juzgado que tramitó el pleito en que se devengaron, cualquiera que sea el lugar en que se solicitó del Letrado su intervención, y el domicilio de éste.* [Sentencia 28 junio 1952.]

13. COMPETENCIA TERRITORIAL: CONTRATO DE OBRA: *Corresponde al Juez del lugar en que se ejecutó la obra, aunque parte del importe se pague por medio de letras de cambio, que sólo son una facilidad para el cobro.* [Sentencia 27 septiembre 1952.]

14. COMPETENCIA TERRITORIAL: COMPRAVENTA MERCANTIL: *No probada la existencia de la compraventa, se debe decidir la competencia a favor del Juez del domicilio del demandado.* [Sentencias 10 julio, 10 y 22 octubre 1952.]

15. COMPETENCIA TERRITORIAL: PAGO DE COMISIONES A FAVOR DEL COMISIONISTA O SU MANDATARIO: *Salvo pacto en contrario, la competencia para conocer de la reclamación judicial sobre pago de comisiones devengadas por el comisionista o su mandatario corresponde al Juez del lugar en que los servicios fueron prestados.* [Sentencia 30 mayo 1952.]

16. COMPETENCIA TERRITORIAL: DEPÓSITO DE MUJER CASADA: REVOCACIÓN POR EL MARIDO DEL PERMISO PARA QUE SU MUJER VIVA SEPARADAMENTE: *El hecho de haber revocado el marido, con posterioridad a la presentación de la solicitud de depósito, la autorización concedida a su cónyuge para establecer ésta su domicilio donde lo estimase oportuno, no puede influir en la decisión de una cuestión de competencia porque significaría atribuir a una de las partes la facultad de alterar las normas reguladoras de la competencia de los Tribunales.* [Sentencia 25 abril 1952.]

17. COMPETENCIA TERRITORIAL: RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS PROVISIONALES: *Es preciso coordinar la regla 21.^a del artículo 68 LEC con el artículo 1.916 de la misma, y por ello en los casos del artículo 1.916 ha de ser respetada la conexión de causas que la misma Ley establece, reputándose que la demanda de declaración de alimentos es incidental de la de*

depósito y accesoria de la misma, a los fines de la competencia judicial. [Sentencia 25 abril 1952.]

18. LA DEMANDA: DESIGNACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA DEMANDADA. [Sentencia 14 mayo 1952 (v. D. c. III, 26)]

En esta sentencia se admite la designación de la persona jurídica mencionando, por ella, al Director Gerente en un supuesto en que del conjunto de la demanda (o de la sentencia en que se condena a la entidad) se infiere que la petición (o la condena) se refiere exclusivamente a la entidad.

19. EXCEPCIÓN DE LA LITIS PENDENCIA: *La excepción de litis penaencia tiene por finalidad impedir que se dicten resoluciones distintas sobre una misma pretensión, y por ello sólo es dable formularla en un pleito, según el artículo 533, 5.º de la LEC, si existe otro pleito anterior de idéntica naturaleza, en el que se esté conociendo de la misma cuestión, y en términos idénticos a la planteada en aquel en que la excepción se aduce. La prueba del cumplimiento de estos requisitos incumbe al que alega la excepción.* [Sentencia 9 octubre 1952.]

20. CONFESIÓN JUDICIAL: SU INDIVISIBILIDAD: *No se infringe el artículo 1.283 cuando la Sala examina, coordinándolas, las contestaciones del confesante, y las contrasta con lo acreditado con otras pruebas, con lo que llega a considerar probado un determinado hecho.* [Sentencia 8 julio 1952.]

OBSERVACIONES: El principio de la indivisibilidad de la confesión judicial no es absoluto, pues admite excepciones, entre ellas la de que una parte de la confesión esté probada por otros medios, de la que hacen aplicación numerosas sentencias, entre ellas las de 6 junio 1903, 17 abril 1928 y 16 enero 1931. (D. I.)

21. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: *La afirmación hecha en una escritura pública de que dos inmuebles son colindantes, puede ser impugnada y desvirtuada por otros medios de prueba reconocidos en las leyes.* [Sentencia 16 mayo 1952.]

OBSERVACIONES: Se insiste sobre la diferente eficacia probatoria y valor jurídico de aquellas afirmaciones que en un instrumento público hace el Notario por constarle de ciencia propia, y aquellas que se vierten en el mismo instrumento por declaraciones de los interesados. La fe pública notarial se extiende, respecto de estas últimas, a la certeza de haber sido emitidas por las partes, pero no a su realidad y verdad intrínsecas. Concuerda con la Sentencia 20 abril 1923, según la cual el instrumento público "no hace prueba plena... respecto de la exactitud de las manifestaciones que en él hicieran los interesados, que, en cuanto a su veracidad, carece de fe pública por su especial naturaleza, de donde se deduce que esa prueba puede ser combatida y desvirtuada por los demás medios probatorios." (D. I.)

22. LA SENTENCIA: DESIGNACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA CONDENADA. [Sentencia 14 mayo 1952 (v. I, 18.)]

23. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *No se refiere a la literalidad de los términos de las pretensiones, sino a la realidad de su contenido, debiéndose resolver en el proceso, sin ajustarse rigurosamente a las peticiones de las partes, las cuestiones sustanciales planteadas, si hay para ello elementos suficientes.* [Sentencia 26 febrero 1952 (v. D. C., III, 1).]

Según el T. S., "... la congruencia no se quebranta si en el fallo se atiende a la solución adecuada de las pretensiones consideradas no en la literalidad de sus términos, sino en la realidad de su contenido, y, por tanto, para apreciar la conformidad o desviación de la sentencia en relación con los pedimentos que le sirven de base en armonía con aquel principio rector *ne eat iudex ultra petitia partium*, se utilizan como elementos de contraste las llamadas identidades fundamentales, es decir, la congruencia de lo pedido y de lo resuelto en relación con las personas intervinientes, con el objeto del proceso y la causa de pedir... Por razones de economía procesal en bien de los litigantes y para evitarles un nuevo pleito deben resolverse sin ajustarse rigurosamente a las peticiones de las partes las cuestiones sustanciales cuando en el primer pleito hay elementos suficientes para resolver lo que había de ser materia del segundo..." (Considerando 2.).

24. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Al aceptar la Sala sentenciadora como único fundamento de su resolución los razonamientos del inferior en torno a la imposibilidad de que la acción pudiera prosperar sin determinado requisito, quedó lógicamente decidida y desestimada la pretensión en este aspecto.* [Sentencia 26 febrero 1952.]

El actor había arrendado al demandado una casa, incluyéndose en el contrato un pacto en virtud del cual el arrendatario se comprometía a tolerar la construcción de nuevos pisos del edificio y a ceder el espacio necesario para ello. En primera instancia se desestimó la demanda por entenderse aplicable la disp. trans. 18.^a LAU, y no haberse obtenido previamente la autorización del Gobernador civil. En segunda instancia se estimó la demanda parcialmente, subordinando la condena a la obtención de dicha autorización. El demandado recurrió, alegando incongruencia en el fallo.

Según el T. S., "Al aceptar la Sala sentenciadora como único fundamento de su resolución los razonamientos del inferior en torno a la imposibilidad de que la acción pudiera prosperar sin cumplir el requisito del previo permiso que para emprender las obras exige la norma precisada, y confirmar en esta parte la sentencia de instancia, quedó lógicamente decidida y desestimada la pretensión que se considera como no resuelta; y que al declarar la validez del pacto 8.^a del contrato de arrendamiento, no obstante la falta del requisito mencionado, tampoco incurrió en el defecto aludido, puesto que, dada su naturaleza contractual, ajeno a toda ingobernabilidad y vinculante para el arrendatario desde el momento de suscribirlo, pudo legalmente acogerse, sin agravio para el demandado, siquiera fuese aplazada su eficiencia hasta que la acción en

este proceso rechazada pudiese prosperar si, por variar la realidad objetiva de la misma se considerase viable y llegara a condenarse al arrendatario a tolerar las obras proyectadas y dejar en lo necesario libre el edificio durante la práctica de las mismas, y en suspenso el contrato" (Considerando 3.º).

25. REQUISITOS INTERNOS DE LA SENTENCIA: EXHAUSTIVIDAD: *No deja de proveerse esencialmente a una pretensión alegatoria de prescripción cuando en la sentencia recurrida y como uno de los fundamentos del fallo se acepta el hecho del reconocimiento de la deuda, debiendo entenderse que se ha estimado la interrupción de la prescripción.* [Sentencia 31 marzo 1952.]

"... en el segundo y último motivo del recurso, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 LEC., se acusa inobservancia del 359 de la misma ley por no haberse hecho en la sentencia recurrida pronunciamiento concreto sobre la excepción de prescripción planteada por el demandado en su escrito de dúplica... es de advertir que, habiendo consignado la sentencia recurrida, al aceptar el quinto considerando del Juzgado, el hecho del reconocimiento de deuda... como uno de los fundamentos del fallo, debe entenderse que ha estimado la interrupción de la prescripción y que ha proveído esencialmente a dicha pretensión del demandado" (Considerando 5.º).

II. Procesos en especial.

1. PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: RECIBIMIENTO A PRUEBA EN LA APELACIÓN: *Por aplicación del art. 897 de la LEC, no procede el recibimiento a prueba en la apelación dentro del proceso de desahucio en precario.* [Sentencia 26 marzo 1952.]

OBSERVACIONES: La presente sentencia reitera jurisprudencia anterior. En idéntico sentido, véase la S. de 30 junio 1948.

III. Recursos.

1. LA CASACIÓN: RESOLUCIONES RECURRIBLES: *No son susceptibles de casación las resoluciones recaídas en el procedimiento de jura de cuentas del artículo 8.º LEC.* [Sentencia 3 marzo 1952.]

"Las resoluciones recaídas en el procedimiento sumario y privilegiado establecido en el artículo 8.º de la Ley Procesal civil, de naturaleza esencialmente ejecutiva, sean o no favorables al agraviado, no producen la excepción de cosa juzgada, puesto que no impiden que pueda promoverse juicio sobre el mismo objeto debatido, y, por tanto, no son susceptibles de casación, conforme a lo establecido en los artículos 1.694 y 1.690 de la citada ley; debiendo, en consecuencia, desestimarse el recurso, a tenor de lo preceptuado en el número 3.º del artículo 1.729 y 1.º del 1.720 del

propio cuerpo legal, por ser también jurisprudencia notoria que los motivos legales en que pueda fundarse la no admisión son suficientes para que los recursos sin condiciones de admisibilidad deban también ser desestimados" (Considerando 1.º).

OBSERVACIONES: Concuerda con otras sentencias, como la de 29 diciembre 1892, 29 septiembre 1920 y 18 marzo 1935.

2. LA CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: REQUISITOS: IMPUGNACIÓN DEL FALLO: *No procede la casación de una sentencia cuando la que hubiera de dictarse en lugar de la casada habría de contener el mismo fallo, aun con distintos fundamentos.* [Sentencia 11 marzo 1952.]

3. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 1.º, 1.692 LEC: *Cuando el motivo "notoriamente tiende a rebatir la valoración que en la sentencia se concede a una de las pruebas", si se incluye en el núm. 1.º del art. 1.692 "está desprovisto del amparo procesal" pretendido* [Sentencia 14 abril 1952, Considerando 2.º].

Se invocaba haberse violado en el fallo recurrido el art. 47, C. de c., por no llevarse a cabo el reconocimiento ante el representante de la entidad comerciante.

4. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 3.º, ART. 1.692 LEC: Véase I, 23 a 25.

5. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 4.º, 1.962 LEC. [Sentencia 10 octubre 1951.]

Por escritura pública, un sacerdote, propietario de una casa, reconoció haber recibido de una señora viuda (que habitaba parte de la misma) la cantidad de 70.000 pesetas "para ayuda de construcción de la vivienda"; en garantía de tal obligación, constituyó una hipoteca sobre el inmueble. La señora en favor de quien se constituyó la hipoteca falleció más tarde, bajo testamento abierto, por el cual "lega la participación que la corresponda en la casa" al referido sacerdote, "a quien también lega todas las ropas, muebles y el ajuar del cuarto que ocupaba la testadora en la misma casa"; en el remanente de sus derechos, bienes y acciones, nombró herederos a sus hermanos.

Sustituido el albacea de la herencia por un depositario administrador judicial, éste, por el procedimiento del art. 131 de la L. H., reclamó la efectividad del crédito hipotecario.

El propietario de la casa demanda a los herederos y al administrador judicial, y fundándose en que la causante no tenía otro derecho sobre el inmueble que el crédito hipotecario de referencia y que para designarlo hablaba siempre de "su participación en la casa" (modo de expresión que también confirman los demandados), pide que se declare: a) que el testamento le convierte en legatario del crédito hipotecario; b) que la obligación de pago ha quedado extinguida por confusión de derechos; c) que se decrete la cancelación de la hipoteca por extinción del crédito garantizado. Asimismo, por otrosí reclama (y obtiene) que se retenga, "para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte", el importe del crédito hipotecario e intereses ventilado en el procedimiento del art. 131 de la L. H., y que él había consignado para paralizar la ejecución.

Los demandados se oponen, pidiendo que se deje sin efecto la retención practicada del crédito hipotecario y sus intereses, y reclamando el pago de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su totali-

dad; pero la sentencia de la Audiencia revoca en parte la apelada, declarando: a) que el demandante no es legatario del crédito; b) que, en cambio, es legatario del derecho real de hipoteca (participación de la causante en la casa); c) que procede, por lo tanto, la cancelación de la hipoteca; d) que ha de devolverse al propietario de la casa la cantidad consignada para paralizar el procedimiento judicial sumario.

Formalizado el recurso de casación, el T. S. da lugar al mismo, al amparo de la siguiente doctrina (Considerando 7.º):

"La propia Sala sentenciadora afirma rotundamente que la pretensión fundamental del pleito es que se declare al actor, por confusión de derechos, legatario del crédito litigioso, y que por ello, del modo como aquélla sea resuelta depende la decisión de las demás, pero como quiera que no obstante desestimar la petición principal—que es firme por haberla consentido quien tenía el interés en recurrir—se absuelve al demandante de la reconvenCIÓN y se acuerda que se le entreguen las cantidades consignadas, no sólo con el designio de dar por terminado el procedimiento judicial sumario y lograr la inmediata cancelación de la hipoteca, sino para asegurar la efectividad de la sentencia que se dictase en la presente litis, es llano que el fallo incidió en las infracciones y contradicciones que se denuncian en el motivo 3.º, porque tales pronunciamientos adolecen de la falta de lógica e incompatibilidad que el recurso les atribuye, ya que si el Tribunal afirma que el crédito subsiste y que el actor viene obligado a satisfacerle a los herederos de la causante, la solución justa es que se entregue a éstos su importe por su condición de acreedores, porque se consignó y depositó para garantizar la efectividad de la sentencia que se dictase en este litigio."

6. LA CASACIÓN: MOTIVO: NÚM. 7.º DEL ART. 1.692 LEC: *El núm. 7.º del artículo 1.692 LEC no es invocable en un recurso de casación por infracción de ley por incurrir el Tribunal de instancia en error de derecho en la apreciación de la prueba, cuando "se citan como infringidos los artículos 1.281, 1.282 y 1.248 del Código civil, olvidando, respecto de los dos primeros, que por referirse a la interpretación de contratos no puede tratarse de su acertada o equivocada aplicación al amparo del número 7.º que se invoca; y en cuanto al 1.248, referente a la prueba testifical, que es reiterada la jurisprudencia que excluye de estos recursos esta clase de pruebas, porque, dejando al libre criterio del juzgador la estimación de las declaraciones de los testigos, dicho artículo sólo contiene una norma cautelar para prevenir con una apreciación poco mediada de sus manifestaciones en el juicio".* [Sentencia 24 mayo 1952, Considerando 2.º]

7. LA CASACIÓN: MOTIVOS: NÚM. 7.º, 1.692, LEC: *Es desestimable el recurso porque refiere "el error de hecho que acusa a la apreciación de uno solo de los medios de prueba... desarticulando, sin que ello sea lícito, el conjunto... apreciado"; y además, "los documentos, que en realidad de auténticos cita, no aparecen reseñados en el apuntamiento, por lo que desconociéndose cuál sea su contenido cierto no pueden ser tenidos en aquel concepto que requiere la evidente demostración del error alegado".* [Sentencia 14 abril 1952, Considerando 2.º] (1).

(1) Vid. A. D. C., fascículo II, pág. 809, 7.

III. SALA QUINTA

I. Sentencias comentadas

Sentencia de 20 de diciembre de 1951

EXPROPIACION FORZOSA DE FINCAS RUSTICAS POR CAUSA DE INTERES SOCIAL

Por decreto de 25 de junio de 1948 fué declarada de interés social, conforme a la ley de 27 de abril de 1946, la expropiación con carácter de urgencia de una finca rústica, por el Instituto Nacional de Colonización. Seguidos los trámites establecidos en los artículos 3 y siguientes de la ley de 7 de octubre de 1939, en relación con el artículo 4 y demás aplicables de la antes citada ley de 27 de abril de 1946, fué ocupada la finca y verificado el justiprecio de la misma, previa medición y toma de datos, de cuyas operaciones resulta, aparte otros extremos, que de las 378,63 hectáreas que tiene el predio expropiado, 259,75 hectáreas se podrán regar en su día, siendo la única mejora construida por la propiedad cinco tomas en el canal y compuertas de chapa metálica.

En las valoraciones se hace constar (además de otras muchas particularidades que no interesa recoger): a) Por el perito de la Administración, que por imperativo de la ley de 27 de abril de 1946, en su artículo 8.^o, se ha prescindido en la tasación de la plusvalía derivada de la gran obra hidráulica. Valora la finca en 2.372.410,52 pesetas. b) Por el de la propiedad, que por estar «dominada» por los canales del Guadalcacin la total superficie expropiada, excepto 61,88 hectáreas, procede hacer las valoraciones por rentas o valores en venta, teniendo en cuenta los mayores precios correspondientes a los terrenos «dominados» (regables), valora la finca en 5.992.706,96 pesetas, y c) Por el perito tercero, designado por el Juzgado, que según «un criterio personal», «a pesar de lo que dispone el art. 8 de la ley de 27 de abril de 1946, si existe una plus valía debe tenerse en cuenta». Valora el inmueble en 3.831.753,11 pesetas.

El Consejo Nacional de Colonización, a la vista de un informe de la Dirección General razonando que el precio justo del inmueble sería de 2.025.029,06 pesetas, al que habría que añadir el importe de las mejoras, excluyendo, sin embargo, el correspondiente a las labores de barbecho, independiente del justiprecio, y teniendo en cuenta que la finca está explotada en alternativa de secano, por lo que de acuerdo con el artículo 8.^o de la ley no puede reconocerse plusvalía alguno derivado de su situación en zona regable mediante obras costeadas por el Estado, señaló como justiprecio definitivo el de 2.372.410,52 pesetas fijado por el perito del Instituto, precio al que sumado su 3 por 100 en concepto de afeción da un valor total de 2.443.582,83 pesetas.

Contra este acuerdo se interpuso el recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que autoriza el artículo 7.^o de la ley de 27 de abril de 1946, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO

1.^o Infracción del artículo 11 de la ley de 27 de abril de 1946 por no aplicarse plusvalía. Se razona que la recta interpretación de este precepto sólo puede conducir a que no se estimen dichas plusvalías en el caso de que el propietario no haya hecho nada para transformar su finca de secano en regadio. También se cita como infringido el artículo 28 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, por haber prescindido el Consejo del Instituto de las circunstancias que pueden influir para aumentar o disminuir el valor del inmueble expropiado, respecto de otros análogos.

2.^o Injusticia notoria en la valoración de la finca a efectos de justiprecio, entre otras razones, por haberse apartado del dictamen del perito tercero, cuyo nombramiento ofrece mayores garantías, por no haberse aumentado el justiprecio por razón del riego, aún imperfecto, de la finca, que si no recibe más agua es por causas independientes de la voluntad del propietario, de la que tampoco ha dependido el no verificar las obras complementarias.

El Tribunal Supremo declaró HABER LUGAR a la revisión, señalando el justiprecio de la finca o porción de finca de que se trata en la cantidad de 4.158.125,00 pesetas, más el 3 por 100 de afección.

COMENTARIO

Careciendo de aplicación general la doctrina sentada en el fallo por el Tribunal Supremo, a causa de la importancia de las cuestiones de hecho en esta clase de recursos, decisiva hasta el extremo de que la valoración definitiva ha de señalarse por la Sala de lo Social, conforme al mencionado artículo 7.^o de la ley de 27 de abril de 1946, «apreciando libremente y en conciencia el contenido del expediente y los dictámenes periciales», sin más cortapisas que la de fijar el justiprecio «dentro de los límites marcados por los peritos», no hemos estimado de interés recoger, como de costumbre hacemos, los considerandos de la sentencia ni extractar al comienzo sus declaraciones más salientes.

En cambio, por la constante aplicación práctica de la ley de 27 de abril de 1946 incluimos unas notas acerca de la misma en la sección «Estudios legislativos» de esta misma Revista.

Jaime MONTERO GARCÍA DE VALDIVIA
Ahogando del Estado.

2. Sentencias

SENTENCIA 5 ABRIL 1952

Arrendamientos rústicos—aparcería: desahucio.

Procede el desahucio al amparo de la causa 7.^a del artículo 28 de la Ley de 1935, cuando en el cultivo de la finca existen por parte del aparcero las deficiencias a que se refiere el precepto, siendo acertada la Sentencia de Instancia al admitir que los indicados defectos dan lugar a una importante reducción en la producción de los frutos, teniendo en cuenta la que se obtendría siguiendo los usos y costumbres de buen labrador correspondiente a la zona en que está enclavada la finca.

SENTENCIA 12 ABRIL 1952

Recurso de injusticia notoria—motivos.

La causa 3.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^c A) de la Ley 28-VI-1940 exige, no sólo la demostración de que el fallo recurrido ha producido una infracción legal, sino la de que con ella se ha originado una injusticia notoria.

Arrendamientos rústicos—revisión de renta.

No existe incompatibilidad ninguna entre la fijación de la renta en trigo y el derecho a solicitar la revisión de rentas a que se refieren los artículos 7.^o de la Ley 15-III-1935 y 5.^o de la Ley 23-VII-1942.

SENTENCIA 16 ABRIL 1952

Arrendamientos rústicos—Aparcería: Error en la apreciación de la prueba.

Para que pueda alegarse el error en la apreciación de la prueba, se requiere acreditarlo por la resultancia de prueba documental de validez.

SENTENCIA 23 ABRIL 1952

Arrendamientos rústicos: consignación de renta.

Acusada por el arrendador la no consignación de rentas por parte del arrendatario, se produce por imperativo de la Ley el desistimiento de la reclamación del recurso y la consiguiente firmeza de la resolución recurrida.

SENTENCIA 28 ABRIL 1952

Arendamientos rústicos—desahucio: acumulación de arrendamientos a los fines de la Ley de 1942.

Cuando un mismo arrendatario lo sea de distintas fincas, de modo que sumadas las rentas satisfechas exceda del tope legal de la equivalencia de 40 quintales métricos de trigo, es evidente, conforme tiene declarado la Sala en Sentencia de 28 de noviembre de 1948, que no alcanza al recurrente, por no concurrir en él el primero de los requisitos del artículo 4.^o de la Ley de 1942, los beneficios que la Ley en función tutiva y de protección social concede a los arrendatarios modestos, considerando como tales aquellos que sólo llevan tierras cuyas rentas están comprendidas en el expresado límite, ya que el otorgamiento de aquellos beneficios supone limitación de los derechos de los propietarios arrendadores de las fincas y el concederlos sin limitación, permitiendo la multiplicidad de contratos, con tal que la renta de cada uno de ellos no rebasara el tope legal, convertiría a la Ley en protectora absoluta y, en todo caso, de los intereses de los arrendatarios, aunque éstos, por su situación económica y social no tuvieran necesidad de protección y aunque ello cediera en perjuicio de propietarios económicamente débiles y dignos de amparo que sus colonos, lo que sería contrario a la Justicia y a la Ley, que no se dictó para beneficiar a una clase en perjuicio de la otra, sino para evitar los abusos de todos y conseguir la equidad y el respeto mutuo en las relaciones económicas y sociales de los que intervienen en los contratos que regulan.

SENTENCIA 30 ABRIL 1952

Desahucio—ejecución.

No se da recurso contra el Auto que decreta la ejecución provisional de sentencia dictada por las Audiencias, previa fianza.. si prosperara la Ley 10-XI-1942 y con ella el artículo 1.786 LEC quedarían frustrados en sus propósitos.

Desahucio—legitimación del coheredero.

La facultad de desahuciar es de pura administración y los negocios de este tipo pueden realizarlos cualquiera de los herederos, sin que el demandado pueda exigir en el ejercicio de dicho poder el régimen de copropiedad mediante conjunción unánime o de mayoría de voluntades de los copartícipes.

SENTENCIA 26 MAYO 1952

Arrendamientos rústicos—privilegiados—cuáles lo son.

La protección de la Ley va encaminada a favorecer a aquellos arrendatarios de modesta posición económica, por lo que, cuando la renta que paguen anualmente excede de 40 quintales de trigo, aunque sea por diversos arrendamientos procedentes de varios arrendadores, ya no necesitan esa especial protección.

Arrendamientos rústicos—resolución—legitimación del copropietario.

El ejercicio de la acción promovida por los copropietarios arrendadores para dejar las fincas que integran la comunidad libres del convenio arrendaticio, al no ir encaminada a producir en la cosa común la alteración a que se refiere el artículo 397 C. c. no requería el consentimiento de todos los condueños.

SENTENCIA 30 MAYO 1952

Aparcería—opción de arrendamiento—principio general de interpretación.

Está establecido por la jurisprudencia de esta Sala en repetidas sentencias, entre ellas las de 13-II-1948 y 28-XI-1950, que el derecho de opción que concede el art. 7.^o de la Ley de 1940 al aparcero para convertirse en arrendatario no debe prospesar cuando el aparcero lleva en la posesión de la finca más de doce años, por no poderse interpretar dicho artículo 7.^o en sentido más favorable para el aparcero que el que los artículos 2.^o de la L. de 28-VI-1940 y el 6.^o de la de 23-VII-1942 establecen respecto a los arrendatarios, pues sería lo contrario interpretar la Ley con criterio ampliatorio incompatible con la naturaleza del precepto que establece limitaciones al derecho de propiedad.

SENTENCIA 2 JUNIO 1952

Arrendamientos rústicos—sucesión en el arrendamiento—requisitos: opción, unidad de explotación.

La opción por la continuación impuesta por la Ley no aparece que haya tenido lugar, y como manifestación de voluntad que es se ha debido demostrar claramente, no siendo suficiente para deducirla el hecho de que continuasen en la explotación de la finca los distintos herederos el año agrícola que quedó pendiente al fallecimiento del arrendatario, y mucho menos puede serlo cuando la sentencia afirma que los herederos están en desacuerdo y han dividido la finca para su explotación en cua-

tro porciones distintas, con manifiesta infracción de lo que el árrafo último del art. 18 exige, por lo que debe rechazarse el motivo del recurso.

SENTENCIA 4 JUNIO 1952

Arrendamientos rústicos—interpretación.

La Ley no autoriza la aplicación de las reglas de interpretación cuando los términos de los contratos son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes.

SENTENCIA 19 JUNIO 1952

Arrendamientos rústicos—documento público a efecto de prueba: forma de proponer la demanda.

Los documentos suscritos por los funcionarios autorizados para expedirlos tendrán la categoría de documentos públicos y solemnes, conforme a la Ley, únicamente cuando hagan relación al ejercicio de las funciones públicas del que los expide, ya que cuando el hecho certificado llega a conocimiento del funcionario por vías de informes y antecedentes adquiridos, o por pública notoriedad, todas ellas susceptibles de error, su valor queda reducido al de una simple información testifical del mismo funcionario hecha por escrito y sometida a sus efectos probatorios a la libre apreciación que de ella haga el juzgador, considerándolo en relación con las demás pruebas o aisladamente.

No determinando la Ley el lugar en que debe alegarse que el demandado no sea cultivador personal y directo, o adquirir por los arrendadores el compromiso de cultivar la finca de que se trata, en dicha forma personal y directa, debe admitirse que puede hacerse en cualquier lugar de la demanda, siendo eficaz si se verifica al formular los fundamentos de Derecho.

SENTENCIA 21 JUNIO 1952

Arrendamientos rústicos: apreciación de prueba.

La fijación de los hechos en el proceso es facultad privativa del juzgador de instancia, si bien no tan absoluta y decisiva que impida al Tribunal de casación o de revisión, en su caso, la censura del uso que aquél haga de su potestad, pudiendo éste, cuando lo proponga el recurrente en legal forma, revisar la apreciación sobre los hechos, ya porque vulnere nos mas obligatorias determinantes del valor de ciertos instrumentos de prueba, obrantes en los autos, que sin contradicción evidencian hecho con-

trario al afirmado por la resolución de la instancia, o ya porque en el análisis conjunto del material probatorio, cuando es vario y de desigual valor omite el juzgador los fundamentos de su valoración, o manifestamente se desvía de las normas comunes del criterio humano, casos éstos en los que el Tribunal "ad quem" está precisado al examen de aquel conjunto de pruebas para estimar o no correcta la apreciación que hizo, en virtud de su privativa facultad crítica, el Tribunal "a quo".

SENTENCIA 19 SEPTIEMBRE 1952

Recurso de revisión—injusticia notoria por infracción de ley: motivos.

El recurso de injusticia notoria por infracción de ley no puede basarse en la inaplicación de los arts. 402 y 408 LEC, que son eminentemente procesales.

SENTENCIA 2 OCTUBRE 1952

Recurso de revisión—motivos: alegación.

Invocadas las causas 3.^a y 4.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria 8.^a A) de la Ley de 28-VI-1940, deben estudiarse en el recurso separadamente ambos motivos de revisión.

SENTENCIA 3 OCTUBRE 1952

Arrendamientos rústicos—presunciones.

No es posible admitir que los demandados, en el año 1946, después de muchos años de vigencia de la legislación especial de arrendamientos rústicos, vulgarizada, al menos en sus elementos esenciales, en los medios rurales, aceptaran la extinción de sus contratos, que se otorgara otro nuevo, a favor sólo de dos de ellos al pasar los que no figuraron en el contrato de 1946 de la categoría de arrendatarios a la de subarrendatarios y el incidir los otros dos en subarriendo, causa de desahucio, con lo que todos ponían en peligro su permanencia en las tierras y se entregaban inermes al arrendador, sin beneficio, razón ni causa alguna que lo justificara.

Prueba de documentos.

El contenido de una escritura pública puede impugnarse y destruirse por los demás medios de prueba, aunque se halle investida de todos los requisitos y solemnidades legales.

SENTENCIA 8 OCTUBRE 1952

Arrendamiento rústico—renta: fijación a efectos de duración.

ANTECEDENTES.—Pactada una renta inferior a 5.000 pesetas, equivalente a 47 Qm. de trigo, y su pago en metálico, sin posible alteración, aunque variase el precio del trigo, las partes incumplieron esta estipulación, consiguiendo la actora el pago del equivalente en dinero, posteriormente superior a 5.000 pesetas; y ésta intenta ahora desahucio por transcurso del plazo contractual y niega al arrendatario derecho a la opción.

CONSIDERANDO: Que no existiendo disposición legal alguna que concretamente resuelva la expuesta cuestión, debe atenderse para solucionarla a los principios fundamentales de la contratación general y a los que informan la legislación especial de Arrendamientos rústicos, a la luz de los que no puede ofrecer duda la procedencia de atenerse a la renta inicial del contrato, teniendo en cuenta: 1.º, que dicha renta, convenida libremente por las partes, fué determinante de la obligación que les vinculó al cumplimiento de lo pactado y de sus consecuencias naturales y legales, entre ellas, las relativas a la duración del convenio; 2.º, que no es lícito ampliar, limitar o variar aquellos pactos y consecuencias más que en los casos en que la Ley, por razones de equidad social, lo imponga, declarándolo expresamente, cosa que no hizo al modificar el modo de fijar y pagar las rentas, como lo prueba el texto del artículo 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942, en el que mantiene las disposiciones del artículo 2.º de la Ley de 1940—promulgada cuando las rentas no dependían de la tasa del trigo ni de otros factores variables—*sin modificación alguna*, siendo indudable que si el legislador hubiera querido que se modificaran los efectos del contrato por consecuencia de lo que dejaba dispuesto en el artículo 3.º lo hubiera dicho expresamente; 3.º, que el expresado efecto, modificativo de la obligación, tampoco puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 3.º de la misma Ley de 1942—productor de las alteraciones en la cuantía dineraria de la renta—, porque el objeto de este precepto no fué conseguir variación en las rentas pactadas, que se respetaron y permanecieron inalterables, sino crear un signo de valor para pago o base de una especie como el trigo, de valor más permanente que el del dinero, evitando la supervaloración o la depreciación—consecuencia de las del dinero—de las rentas, en relación con los resultados obtenidos por el arrendatario en la explotación de la finca, ya que ordinariamente coinciden con la desvalorización o con el encarecimiento y elevación del precio de los frutos, respectivamente, propósito legislativo limitado a tal efecto, y ai que no puede concederse trascendencia bastante a variar los efectos de las obligaciones a que afecta; 4.º, que las alteraciones de que se trata, más aparentes que reales, ya que conforme al sistema legal, en el orden económico, las rentas serán siempre las mismas, son debidas a causas ajenas al contrato e independientes de la voluntad de las partes; 5.º, que tampoco cabe pensar en compensaciones a los interesados, por los aumentos o disminuciones de lo que han de pagar o cobrar como renta,

con la mayor o menor duración del arrendamiento, porque el designio legal al permitir aquellas alteraciones fué evitar la injusticia económica que de otra suerte se produciría—indicada anteriormente—, lo que impide estimar la existencia de perjuicios y la necesidad de compensaciones de ninguna clase; 6º, que la solución contraria originaría gravísimos trastornos en la contratación, derivados de la absoluta incertidumbre que en todo momento produciría en materias esenciales—como la duración del contrato—que pueden ser decisivas del consentimiento de los contratantes y de la sumisión de importantes derechos dimanados del contrato, como los de posesión arrendaticia y recuperación de la finca, en su nacimiento y extinción, a la alteración del precio de tasa del trigo, que puede producirse continuamente, lo que es antieconómico y antijurídico, como contrario a la naturaleza del derecho de propiedad y de los que de él derivan, que han de cimentarse necesariamente en la seguridad y en la estabilidad, que la Ley siempre ha procurado otorgarles, y 7º, que la existencia de una renta conocida y fija es indispensable no sólo para el debido desenvolvimiento de los contratos, sino hasta para concertarlos, ya que ella ha de informar en muchos aspectos sus estipulaciones, si han de ser ajustadas a derecho.

SENTENCIA 13 OCTUBRE 1952

Arrendamiento rústico—retracto: fijación del precio.

Cuando se trata de fincas de las que sólo una parte ha sido cedida en arriendo, a falta de especificación en el documento de transmisión deberá fijarse el precio de la porción dada en arriendo capitalizando al 2 1/2 por 100 la renta vigente, a todos los efectos y no sólo a los de consignación.

SENTENCIA 14 OCTUBRE 1952

Arrendamientos rústicos—novación.

Pactada la obligación de pago adelantado de las rentas, el hecho de percibirlas siempre vencidas no es por sí solo capaz de alterar el texto contractual ni significa otra cosa que un vicio tolerado sin sustancia de cambio obligacional ni ánimo de producirlo.

SENTENCIA 16 OCTUBRE 1952

Arrendamiento rústico—retracto—requisitos: consignación.

La consignación del precio—o de la fianza si no fuese conocido—indispensable para dar curso a la demanda de retracto no es un elemento material del derecho a retraer (SS. 11-VI-1902 y 27-XII-1910), sino un

requisito procesal tendente a asegurar preventivamente el reintegro del precio y gastos al adquirente sustituido.

Arrendamiento rústico—retracto: forma de la consignación.

Exigiendo la ley este aseguramiento preventivo, prevé su cuantía y el tiempo de su constitución, pero no su forma, por lo que ella quedará confiada a la prudente discreción judicial en cada caso concreto, con la única exigencia de que no resulte defraudado el designio de la Ley, que al Juez incumbe asegurar, bajo su responsabilidad.

Arrendamiento rústico—retracto—requisitos: derecho transitorio.

Ejercitada la acción fuera del plazo fijado por la primitiva redacción del art. 16 de la Ley de 1935 y no por la totalidad de los arrendatarios, debe prosperar de acuerdo con la disposición adicional 2.^a de la Ley 19-VII-1949, que empezó a regir cuando estaba pendiente el proceso. (Ejercitaban la acción arrendatarios que cultivaban más de la mitad de la finca, y dentro de los tres meses siguientes a la inscripción de la transmisión.)

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1952

Desahucio—vencimiento futuro.

La sentencia no infringe los arts. 47 y 49 de la Ley de 1935, pues la pretensión de que el demandado fuese condenado a dejar libre en el acto el rastrojo, absteniéndose de efectuar labores en él y a dejar libre la hoja sembrada en cuanto se levantara la cosecha a la sazón pendiente (término del contrato), no implica anticipación alguna del natural y procedente vencimiento, al cual siempre se supeditaba.

SENTENCIA 30 OCTUBRE 1952

Arrendamientos rústicos—prórroga—requisitos: notificación.

La notificación de la voluntad de prorrogar por parte del arrendatario es indispensable—cuando no se trata de arrendamientos especialmente protegidos—, de acuerdo con el art. 3.^a de la Ley de 1940, disposición legal necesaria que tiene la finalidad de que se pueda prevenir con tiempo suficiente la futura explotación de la tierra, lo que tanto como al interés privado de las partes afecta al de la economía nacional.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1952

Recurso de revisión—por infracción de ley.

En la causa 3.^a de la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a A) no se puede amparar el razonamiento de oposición a la apreciación de la prueba por parte del Tribunal "a quo".

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1952

Desahucio—citación para comparecer: requisitos.

Las normas procesales establecidas en el art. 1.577 LEC aplicables a los juicios de desahucio relativos a fincas rústicas y que permiten, cuando el demandado esté en el lugar del juicio y no comparezca a la segunda citación, dictar sentencia de desahucio sin más trámites, condicionan la procedencia de dicha sentencia a que al hacerse la segunda citación se aperciba al demandado de que si no comparece se le tendrá por conforme con el desahucio y se procederá sin más citarlo ni oírlo a desalojarlo de la finca, apercibimiento indispensable, ya que la naturaleza excepcional del precepto y de la facultad que concede lo hacen imprescindible, en forma que no permiten su sustitución por otros apercibimientos genéricos o abstractos ni concretamente por el del art. 272 LEC, y su falta no es convalidable más que por la comparecencia del demandado en el juicio, no entendiéndose por convalidante la que realizó para apelar.

SENTENCIA 18 NOVIEMBRE 1952

Recurso de revisión—objeto de la impugnación.

El recurso no se da contra los considerandos, salvo el excepcional caso de que los conceptos o interpretaciones erróneas denunciadas sean premisa obligada, única y decisiva del fallo, pues si hay otros fundamentos que lo justifican no es lícito argumentar sobre aquéllos prescindiendo de éstos que completan el razonamiento que sirvió de base a la parte dispositiva.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

OSSORIO MORALES, Juan: *Crisis en la dogmática del contrato.*

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco: *Usufructo de acciones de Sociedad Anónima.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Donación, condición y conversión jurídica material. Notas con ocasión de una nota crítica.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA, Jaime: *La expropiación por causa de interés social en la agricultura. Comentarios a la ley de 27 de abril de 1946.*

REAL DE LA RIVA, Natalio: *La repercusión contributiva en los arrendamientos urbanos.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.