

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IX
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLVI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

La Reivindicación Mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil

JUAN VALLET DE GOYTISOLO·
Notario de Madrid

SUMARIO: I.—*La polémica doctrinal suscitada por el artículo 464 C. c.*—
1. Planteamiento del tema a discutir.—2. Posiciones de la doctrina española: a) Tesis del justo título para usucapir (Comas, Scaevola, De Buen, Isabal, Barrachina). b) Teoría de la mera presunción *iuris tantum* de titularidad (Traviesas). c) Doctrina de las reglas específicas para la reivindicación mobiliaria (Sánchez Román, Manresa, Pella y Forgas, Valverde, Bonet Ramón). d) Teoría de la equivalencia al título que hace irreivindicables las cosas muebles, salvo prueba del despojo ilegítimo (Navarro Amandi). e) Tesis de la adquisición *ex lege* (Alas, Castán, Hernández Gil, etc.) y sus variantes: e₁) Subtesis de la sustantividad de la posesión de buena fe (Garrigues, Bias Pérez y J. Alguer). e₂) Subtesis de la protección al tercer adquirente (Núñez Lagos, Sánchez de Velasco, Sanz Fernández, Bérnago, Jordano, Ladaria, Gómez Acebo).—II. *El art. 464 y sus precedentes.*—3. El art. 464 español y los artículos 2.279 y 2.280 del *Code de Napoléon*.—4. Los antecedentes españoles.—5. La irreivindicabilidad de los muebles en Derecho germánico y la regla francesa *en fait de meubles possession vaut titre*.—6. La génesis legislativa del art. 464.—III.—*El art. 464, ¿responde a una doctrina general en materia de la dinámica mobiliaria en el Código civil?*—7. Crítica de la tesis afirmativa. Análisis de los arts. 1.160 ap. 2. 976, 1.395, 1.540, 1.765, 1.778, 1.897 y 1.473, § 1.—IV.—*Análisis literal del art. 464, § 1.º, ap. 2.º*—8. El concepto de privación ilegal como clave del precepto.—9. Objeto de la privación (Tesis de Angel Sanz y su crítica).—10. Significado de la ilegalidad de la privación: a) Interpretación restrictiva (Núñez Lagos, Garrigues, Pérez y Alguer, Castán, Hernández Gil). b) Interpretación amplia (Manresa, Sánchez Román, Scaevola, Traviesas, De Buen, Valverde, Bonet, etc.).—V.—*Interpretación jurisprudencial del art. 464 C. c.*—11. Significado de la equivalencia al título de la posesión adquirida de buena fe.—12. Concepto de la privación ilegal.—13. Especie o clase de posesión a la que se refiere el art. 464.—VI.—*Nuestra interpretación del art. 464.*—14. El tema normativo y su expresión.—15. El artículo 448 y el § 1.º del art. 464; su diversa intensidad.—16. Coexistencia del artículo 464 con el 1.955.—VII.—*Examen teleológico del problema planteado.*—17. La justificación de los derechos mobiliarios y el interés del comercio jurídico.—VIII.—*Presupuestos del art. 464, § 1.º, ap. 1.º*—18. Su determinación, a saber: 1.º Posesión en concepto de dueño o titular. 2.º De bienes muebles no sometidos a un régimen jurídico distinto. 3.º Adquirida de buena

fe.—IX.—*La reivindicación mobiliaria, según el ap. 2.º del § 1.º, art. 464.*—19. Modos de enervar la posición ventajosa del poseedor: I. Demostración de la falta de alguno de los presupuestos del ap. 1.º—II. Prueba de la concurrencia de cualquiera de las dos excepciones establecidas en el ap. 2.º—X.—*Límites de la reivindicación mobiliaria.*—20. Supuestos de irrevindicabilidad (1.955, 1.956, 1.960, 1.962 C. c.; 85, 86, 566, 545 C. de C.) y supuestos de reivindicabilidad condicionada a ciertos reembolsos (art. 464, § 2.º y § 3.º C. c. y 324 en rel. 320, § 2.º C. de C.).—XI.—*Aplicación del régimen del art. 464 a las titularidades de derechos limitados sobre cosas muebles.*—21. A) Proyección de la equivalencia de la posesión al título. B) Ejercicio de la reivindicación por quien perdió la cosa mueble o fué privado de ella ilegalmente contra quien posee de buena fe como titular de un derecho limitado.—22. Proyección de este segundo problema en el art. 56 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desposesión.—23. C) ¿Ampara la prop. 2.ª del art. 464, § 1.º, la acción real de quien prueba haber perdido o sido privado ilegalmente de una cosa mueble que poseía en concepto de titular de un derecho limitado?—24. Proyección de este último problema a la prenda en poder de tercero y a la prenda sin desplazamiento de posesión.—Conclusiones.

I. LA POLÉMICA DOCTRINAL SUSCITADA POR EL ARTÍCULO 464 C. C.

1. Desde hace bastantes años, se pretende por un importante sector doctrinal presentar la polémica a que ha dado lugar la interpretación del artículo 464 C. c., centrándola alrededor de dos polos. Pero, uno y otro, más que colocados en verdaderos polos opuestos, situados a ambos extremos del mismo eje, nos parecen desenfocados y desplazados fuera de la esfera del artículo 464.

Se pretende que el tema del artículo 464 forme parte de los modos de adquirir, porque el precepto consagra, según esa tesis, una *adquisitio a non domino*. Y se asegura que por la parte contraria se quiere reducir el propio precepto a una mera regla dictada para la prescripción ordinaria de bienes muebles, que establece la equivalencia de la posesión adquirida de buena fe al justo título para usucapir.

A juicio nuestro, se desenfoca el artículo 464 si se pretende examinarlo bajo esos puntos de vista. Ni la adquisición *a non domino* ni la usucapión ordinaria son el tema fundamental del artículo 464. Examinándolo sin perjuicios, como si lo leyéramos por vez primera, sin ideas preconcebidas ni conceptos preconstruidos, aparece nitidamente que su tema fundamental es la reivindicación mobiliaria. Sin perjuicio de que las reglas de valor establecidas a dicho fin por este precepto, conserven su validez, incluso fuera de todo juicio planteado en torno a la recuperación de la cosa mueble en cuestión.

2. Pero, antes de penetrar en la interpretación del artículo 464, quizá convenga examinar las distintas posiciones doctrinales de los

autores que se han ocupado del mismo. Por ello, empezaremos por un intento de clasificar lo más exactamente posible (las clasificaciones resultan más difíciles de hacer cuanto más se quiere esquematizarlas y suelen ser tanto más inexactas cuanto más simples) esos diversos puntos de vista.

a) Comas (1), Mucius Scaevola (2), De Buen (3), Isabal (4) y Barrachina (5) han sostenido que el artículo 464 sólo sienta una presunción de justo título a favor del poseedor de buena fe a los efectos de la prescripción ordinaria que regula el artículo 1.955.

b) Traviesas (6) sostiene la tesis de que el artículo 464 únicamente sienta una presunción *iuris tantum* de propiedad a favor del poseedor de buena fe, de la que se excluye al que adquirió la posesión de una cosa perdida o de la que se haya privado ilegalmente a otro (exclusión que no existe en el art. 448). A su juicio, el artículo 464 en nada modifica el artículo 348: «el propietario puede reivindicar del poseedor aun existiendo el artículo 464 del Código civil».

Faloon (7) parece ser de esta misma opinión: «A falta de título en los cosas muebles—dice—la posesión le suple; más esto no es obstáculo para que el legítimo dueño las reivindique de quien las posea, probando su derecho».

El argumento principal esgrimido por Traviesas y por los autores referidos en el grupo anterior se centra en que el artículo 1.955 del Código civil señala un plazo para la adquisición de cosas muebles por prescripción de buena fe. Lo que, a juicio de los mismos, revela que la posesión de bienes muebles no genera un derecho de propiedad inmediato.

(1) AUGUSTO COMAS, *La revisión del Código civil*, T. V (Madrid, 1902), pág. 262. A su juicio, «cuando el art. 464 declara que equivale al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, no se refiere ciertamente al título de propiedad, sino solo al título para poseer; es decir, no aquel que haría innecesaria la prescripción y provocaría por lo mismo, como por algunos se ha supuesto, la que han intentado llamar prescripción instantánea, sino aquel que sirve o puede ser utilizado para la prescripción regular u ordinaria».

(2) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil; comentado y concordado extensamente*, T. VIII (5.ª ed., Madrid, 1948), art. 464, págs. 587 y ss.

(3) DEMÓFILO DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil* de Colín y Capitant, II-II (2.ª ed., Madrid, 1942), nota 300, pág. 1008, y especialmente *Derecho civil común* (para oposiciones a Judicatura), 3.ª ed., Madrid, 1936, T. I, págs. 234 y sig. En el mismo sentido se había manifestado con Alas y Ramos años antes (ver: ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapción*, Madrid, 1916, núm. 186, pág. 263).

(4) MARCELIANO ISABAL, *Voz «Prescripción de Dominio»*, en «Enciclopedia Jurídica Española», Seix (Barcelona, s. l.), vol. XXV, pág. 451.

(5) FEDERICO BARRACHINA y PASTOR, *Derecho Foral Español*, T. II (Castellón, 1912), págs. 134 y sig.

(6) M. MIGUEL TRAVIASAS, *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, en «Rv. Dr. Priv.», vol. VIII (julio-agosto 1920), núm. 15, páginas 206 y ss.

(7) MODESTO FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral*, T. II (5.ª ed., Barcelona, 1897), págs. 218 y sig.

A esta alegación respondieron Alas (8), Burgos Bosch (9), Núñez Lagos (10), Sánchez de Velasco (11) y Hernández Gil (12), que el artículo 464 es fundamentalmente un artículo que regula relaciones entre terceros, por lo cual el artículo 1.955 siempre será aplicable a las relaciones entre partes o para la prescripción de las cosas perdidas o de aquéllas de las cuales el propietario fué privado ilegalmente.

c) Otros autores destacan que en el artículo 464 se establece una presunción de dominio de mayor fuerza que la contenida en el artículo 448 del Código civil y que sus efectos alcanzan mayor ámbito que los meros efectos de la usucapión. Entre tales autores podría establecerse una escala colocándolos según la trascendencia y eficacia que atribuyen a dicha presunción.

Según Sánchez Román (13), la acción reivindicatoria de bienes muebles «tendrá que ejercitarse y probarse bajo el supuesto, aquí de pura creación legal, de que se dirige contra un poseedor de justo título, que es cosa distinta y de mayores exigencias en el pleito de reivindicación que cuando se ejercita contra un poseedor sin título» (14).

Manresa (15) señala que la regla del artículo 464 es más absoluta que la del artículo 448. «Si así no se entendiese el precepto sobraría como incluido en el artículo 448». «En los bienes muebles no se presume el título, se afirma que existe: el título es la posesión.» «La Ley concede el título, mas no afirma con ello que existe también *modo de adquirir*.» Una de las principales aplica-

(8) LEOPOLDO ALAS, *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado*. III. La publicidad y los bienes muebles. (Madrid, 1920.)

(9) JUAN JOSÉ BURGOS BOSCH, *Reducido alcance de la prescripción ordinaria de cosas muebles*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. CLVII (2.º semestre 1930), págs. 244 y sig.

(10) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español* (Madrid, 1934), núm. 39, págs. 76 y sig.

(11) HIPÓLITO SÁNCHEZ DE VELASCO, *Los artículos 464 y 1.955 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título*, en «Rev. Crit. de Dr. Inmob.», T. XV (mayo 1942), págs. 315 y ss.

(12) ANTONIO 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.», XXVIII (junio 1944), págs. 496 y sig.

(13) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, T. III (2.ª ed., Madrid, 1900), Cap. núm. 37, pág. 463.

(14) Para entender debidamente el pensamiento que expresa Sánchez Román en el texto transcrito debemos tener presente que—conforme tiene declarado el Tribunal Supremo (SS. 14 marzo 1862, 30 enero y 9 diciembre 1864, 22 junio 1884, 6 abril y 9 diciembre 1889, 7 diciembre 1904, 2 marzo 1912)—cuando el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción reivindicatoria sin obtener la declaración de nulidad de dicho título. (Aplicando esta doctrina a los bienes muebles para los cuales la posesión adquirida de buena fe equivale a título, es lógico que para reivindicarlos haya de destruirse la equivalencia por los medios que el artículo 464 admite. Es decir, probando la pérdida o la privación ilegal sufrida por el reivindicante.)

(15) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, T. IV (5.ª ed., Madrid, 1931), art. 464, págs. 296 y ss.

ciones del artículo 464 es que el poseedor para prescribir no necesita probar su título. Pero, además; el artículo 464 tiene otros efectos más trascendentales. Manresa lo expresa así:

«¿Qué se deduce, por tanto, de la primera parte del artículo 464? Nosotros deducimos lo siguiente: *Bienes inmuebles*. El dueño reivindica de un tercero; prueba su dominio presentando sus títulos y los de sus antecesores y *obtiene* la restitución si el poseedor carece de título o de modo de adquirir. *Bienes muebles*. El dueño reivindica de un tercero; aunque presente sus títulos y los de sus antecesores no obtiene la restitución, porque la posesión del tercero equivale al justo título, verdadero, válido; el dueño necesita probar algo más: el extravío o la privación ilegal y, en su caso, la mala fe» (16).

Valverde (17) señala la eficacia de la disposición tanto en el ámbito de la usucapión como de la reivindicación. En este último, «si el dueño de una cosa mueble quiere reivindicarla, y para ello presenta sus títulos de propiedad correspondientes, no le basta, pues, para reivindicar necesita probar el extravío o la privación ilegal de la cosa, por lo mismo que éstos son los únicos casos de excepción que admite el Código, ya que por ministerio de la Ley el poseedor de buena fe tiene título con que contrarrestar el del dueño a diferencia de lo que sucede con la reivindicación de inmuebles, en que al dueño le bastaría probar su derecho con el título si el poseedor no lo tenía.»

Bonet Ramón (18), al expresar su conformidad con la interpretación del artículo 464 sentada por el Tribunal Supremo, comentó que «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».

Este mismo parece que también fué el criterio de Pella y Forgas (19).

d) Navarro Amandi (20)—siguiendo el criterio que el belga Laurent (21) aplicó al 2.279 francés—el mismo año de la publicación del texto reformado del Código civil, explicó que tratándose de bienes muebles rige un principio contrario al aplicable a los inmuebles. Estos pueden reivindicarse siempre; los primeros no pueden reivindicarse, salvo el caso de despojo ilegítimo debidamente probado por el propietario». A su juicio, la disposición del artícu-

(16) MANRESA, op. y vol. cit., pág. 303.

(17) CALIXTO VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. II (4.ª edición. Valladolid, 1936), pág. 269.

(18) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario a la Sentencia de 19 junio 1945*, en «Rev. Dr. Priv.», T. XIX (noviembre 1945), pág. 636.

(19) JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña* (Barcelona, 1917). T. II, pág. 151 y nota 3.

(20) MARIO NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, T. II (Madrid, 1889), art. 464, págs. 188 y sig.

(21) Ver su tesis, resumida más adelante en este trabajo, en el texto correspondiente a las notas 66 y ss.

lo 464 «no sienta una presunción, sino una afirmación; el título no se presume, sino que la posesión *equivale* a él. El precepto legal no permite prueba alguna, salvo el caso de despojo ilegítimo» (22). «De cualquier manera que se entienda el artículo 464, el poseedor nada tiene que probar» (23).

e) Leopoldo Alas (24) fué quien con todo empaque científico formuló la tesis de que el artículo 464, § 1.º, admite una adquisición *a non domino* por parte de quienes de buena fe adquieren de un dueño aparente bienes muebles no perdidos ni sustraídos al anterior propietario.

Castán, en sus notas a la traducción de la obra de Salelles (25), expresando por su reverso el mismo resultado, explicó que el artículo 464 establece un principio o regla general de irreivindicabilidad de los bienes muebles adquiridos por terceros de buena fe.

Después de Alas, ha sido Hernández Gil (26) el más esforzado defensor de esta interpretación llamada germanista. A su juicio, en el artículo 464 se establece la adquisición *a non domino* de la propiedad u otros derechos reales, así como un principio de irreivindicabilidad de las cosas muebles, cuando se dan determinados supuestos (27). Y entiende que la proposición primera del artículo 464 —ley de terceros, según el criterio que expresó Alas— carece de aplicación a las relaciones entre partes; no se produce una sucesión, sino precisamente lo opuesto: una adquisición derivada de un no titular (28).

Pero, entre las autores que militan en esta dirección, debemos distinguir dos grupos:

e₁) Los que no exigen más requisitos para la aplicación del artículo 464, § 1.º, que el positivo de la adquisición de la posesión de buena fe y el negativo de que un titular anteriormente no haya sufrido la pérdida o privación ilegal de la cosa. Entre ellos debemos contar a Garrigues (29) y a nuestros maestros J. Alguer y Blas Pérez (30).

Estos dos últimos explican que «Sus requisitos esenciales son la buena fe del adquirente y la posesión. Así se desprende clara-

(22) Pág. 190. Lo que NAVARRO AMANDI no precisa es lo que él entiende por «despojo ilegítimo».

(23) Pág. 193.

(24) LEOPOLDO ALAS, op. cit., especialmente núm. 43, págs. 177 y sig.

(25) R. SALELLES, *La posesión de bienes muebles* (versión castellana, anotada por JOSÉ CASTÁN, Madrid, 1927), pág. 136, nota.

(26) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, op. cit., «Rev. Dr. Priv.», XXVIII, páginas 496 y ss.; *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, en «Rev. Dr. Priv.», vol. XIX (julio-agosto 1945), págs. 413 y ss., y *Comentario a la Sentencia de 19 junio 1945*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», T. 182 (julio-agosto 1947), página 384 y ss.

(27) *El giro de...*, loc. cit., pág. 492.

(28) *El giro de...*, págs. 496 y sig.

(29) JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. I (Madrid, 1936), § 16, 3, págs. 417 y sig.

(30) BLAS PÉREZ y J. ALGUER, *Notas al Derecho de cosas*, de MARTÍN WOLF, vol. I (Barcelona, 1936), § 69, pág. 414.

mente, a nuestro entender, del artículo 464, apartado 1.º, prop. 1. No compartimos la opinión de que el artículo 464 sea un artículo de terceros y para terceros como se dice por afán de paralelismo con la Ley Hipotecaria respecto de los inmuebles. La filiación germánica del artículo 464 no admite otra interpretación que la de considerar la posesión de buena fe respecto de los muebles como un modo de adquirir la propiedad. Es decir, que el verdadero paralelismo está en recordar los efectos sustantivos de la inscripción en el derecho alemán, efectos sustantivos que en tema de muebles tiene la posesión. Por otro lado, la idea del tercero referida al artículo 464 no puede tener un sentido trascendente, porque una de dos: o el enajenante es el propietario o no lo es; si lo primero, la enajenación será perfectamente válida, la transmisión se habrá consumado legalmente y no podrá reivindicar el que dejó de ser propietario; si lo segundo, el enajenante, precisamente por no ser propietario, tampoco podrá reivindicar y quien podría hacerlo, el verdadero propietario, sería un tercero.»

e₂) Los que conciben el artículo 464 únicamente como ley de terceros formulan una serie de requisitos que estiman necesarios para su aplicación.

Núñez Lagos, en uno de sus primeros trabajos (31), requería: 1.º Legitimación del transferente, por su posesión en concepto de dueño, apoyada por el artículo 448. 2.º La tradición como requisito formal de la transferencia y de la buena fe. 3.º La buena fe del adquirente.

Sánchez de Velasco (32) exige adquisición de buena fe por tradición de una cosa mueble.

Angel Sanz Fernández (33) señala los siguientes supuestos jurídicos para la aplicación del precepto: 1.º Desposesión del propietario. 2.º Posesión del transferente. 3.º Posesión del adquirente. 4.º Buena fe del adquirente.

Alejandro Bérnago (34) reclama: 1.º Legitimación del transferente como poseedor en concepto de dueño. 2.º Tradición a un tercero de buena fe.

Jordano Barea (35) condiciona la aplicación del 464, I, 1, a

(31) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español* (Madrid, 1934), núm. 39. págs. 76 y sig. Creemos obligado hacer constar que este querido compañero no opina hoy respecto al art. 464 en los términos que expuso ya hace años en su obra de referencia. Es de notar que casi todos los defensores de la tesis germanista eran notablemente jóvenes cuando al interpretar el art. 464 C. c., la expusieron.

(32) HIPÓLITO SÁNCHEZ DE VELASCO, op. cit., pág. 318.

(33) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *La prnda sin desplazamiento*. Conf. en la Ac. Mats. del Not., 6-III-1944. en «Anales de la Ac. Mats. del Not.», T. II. pág. 147.

(34) ALEJANDRO BÉRNAGO LLABRÉS, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, conferencia en el Col. Notarial de Valencia, pronunciada el 28 de abril de 1945 y publicada en «Curso de Conferencias de 1945» (Valencia, 1946), págs. 254 y sig.

(35) JUAN BTA. JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente*, en «An. Dr. Civ.», T. III-III. pág. 691.

que se den cuatro elementos: 1, posesión del enajenante; 2, tradición; 3, buena fe del adquirente; 4, posesión del adquirente.

Ladaria Caldentey (36) opina que deben concurrir: 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, confiando en que la situación objetiva se corresponde con la realidad. 3.º Una tradición para obtener la posesión que integra el acto traslativo.

Gómez Acebo (37) afirma que el artículo 464, por ser norma de protección a terceros «presupone un negocio, un título traslativo y no ineficaz por falta de legitimación del *tradens*», aunque del mismo precepto «no se deduce la necesidad de que el *tradens* esté en posesión de la cosa en el momento de perfeccionar el negocio traslativo».

Así como la desviación de una dirección se percibe tanto más cuanto mayormente se aleja la trayectoria del punto de partida, de igual modo es al llegar a sus últimas consecuencias lógicas cuando más claramente se patentizan los desenfoques interpretativos. La inteligencia del artículo 464, § 1.º, como reglamentación directa de la adquisición *a non domino* arrastra a magníficos juristas fuera del cauce del propio precepto. Nada menos les lleva a exigir unos presupuestos constitutivos de difícil comprobación, sin darse completa cuenta de que precisamente la equivalencia de la posesión al título los supera íntegramente.

II. EL ARTÍCULO 464 DEL C. C. Y SUS PRECEDENTES

3. Dice así el artículo 464 del Código civil:

«La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.»

«Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.»

«Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.»

«En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio.»

(36) J. LADARIA CALDENTAY, *Legitimación y apariencia jurídica* (Barcelona, 1952), pág. 148 y nota 103.

(37) FELIPE GÓMEZ ACEBO SANTOS, *La buena fe y la mala fe en el Código civil*, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXXVI (marzo 1952), pág. 213.

Según explicó Manresa (38), este artículo es una «amalgama de distintos preceptos mezcla de diversas cuestiones», que «introduce novedades en nuestro Derecho, no siempre inspiradas en el más puro criterio jurídico». «Sin embargo—prosigue el mismo comentarista—, no es posible desconocer que entre todos sus preceptos existe un lazo de unidad de bastante importancia que justifica su reunión en un solo artículo. Se trata siempre del derecho a reivindicar o reclamar exponiendo las reglas aplicables según las circunstancias especiales que concurren.»

El origen de estas novedades subraya Alas (39) que, en cuanto al primer párrafo se halla en el artículo 2.279 del Código francés, a pesar de que el citado Manresa, que formó parte de la Comisión redactora del Código civil, no lo citó ni siquiera de pasada en las primeras ediciones de sus comentarios (40).

En efecto, es muy grande la semejanza literal entre el § 1.º del artículo 464 y el artículo 2.279 del *Code civil de Napoléon*, que reza así:

«En fait de meubles, la possession vaut titre.»

«Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans le mains duquel il la trouve: sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.»

Mayor aún es la semejanza entre el párrafo segundo del artículo 464 y el artículo 2.280 del Código de Napoleón que, antes de la adición de un segundo párrafo por Ley de 11 de julio de 1892, decía: *«Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché ou dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.»*

Ese innegable parecido literal denota que el precepto francés fué fuente de inspiración para la redacción de este artículo del Código español. Ahora bien, ¿es suficiente esta circunstancia para deducir de ella que nuestra interpretación del artículo 464 debe depender de la dominante interpretación francesa del artículo 2.279 del *Code*?

No podemos olvidar, al responder a esta pregunta, el criterio que se señaló a los autores de nuestra Codificación. La base primera de la Ley de 11 de mayo de 1888 ordenó que: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo de nuestra codificación civil sin otro alcance y pro-

(38) MANRESA, op. y vol. cit., art. 464, pág. 295

(39) ALAS, op. cit., núm. 35, pág. 127.

(40) ALAS, op. cit., núm. 41, pág. 164.

pósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos cuerpos colegisladores.»

Por tanto, el precepto nuevo debe interpretarse, en lo posible, sin apartarse de las tradiciones nacionales, no separándose de ellas sino tan sólo cuando no quepa otra interpretación. La admisión de soluciones nuevas con un fundamento científico o precedentes en legislaciones extrañas requería que aquéllas, además, hubieran «obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos» —lo que no ocurría en absoluto con la doctrina a que llega la interpretación netamente germanista del artículo 464 del Código civil—o que resultaran «bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos cuerpos colegisladores»—Cámaras donde pasó desapercibido el artículo 464 (41)—.

La interpretación que imponga la doctrina francesa a su artículo 2.279 no puede vincular, en modo alguno, nuestra inteligencia del artículo 464 español. No cabe pretexto para aceptar semejante reenvío. Insistimos en que la letra del artículo 464 debe ser entendida, sin retorcerla, en el sentido menos innovador de nuestras tradiciones. Además, la doctrina francesa en aquella época no era unánime en dicho tema, ni mucho menos,—como veremos—en orden al significado de su artículo 2.278, y su jurisprudencia no se inclinaba precisamente—como también se observará—hacia una formulación germanista pura.

4. Ciertamente que en algunos períodos del Derecho español medieval la acción reivindicatoria de bienes muebles se encontraba limitada a los supuestos de pérdida o robo. Merea (42) y García de Valdeavellano (43), en contra de la opinión de Mayer (44), han

(41) Así lo reconoce el mismo HERNÁNDEZ GIL (*El giro de la...*, loc. cit., pág. 492), remitiéndose a la Sección Parlamentaria de la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.» (T. 74. Primer semestre de 1889, págs. 190 y ss., y en especial pág. 199), en la que se reproduce el dictamen de la Comisión parlamentaria y el voto particular del señor Bosch en el Senado, que aludió a la posesión sin reparar en absoluto en el precepto que cuestionamos.

(42) PAULO MEREÁ, *Os limites da reivindicação mobiliária no antigo direito português*, en «Estudos de Direito Hispánico Medieval» (Coimbra, 1952), páginas 1 y ss. (trabajo publicado por vez primera en 1921 en la revista «O Instituto», vol. XXVIII, y reproducida en 1923 en los «Estudios de Historia do Direito» y ligeramente variada y adicionada en la obra y edición que citamos.)

(43) LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en «Rev. Dr. Priv.», T. XXXI (septiembre 1947), págs. 631 y ss. Valdeavellano, a diferencia de Merea, se inclinó a creer que ese principio rigió incluso en Derecho visigodo

demostrado la vigencia del principio «Hand muss Hand wahren» en algunos preceptos del Derecho hispánico medieval.

Pero esos preceptos se diluyeron hace muchos siglos, evaporándose por la recepción romano-canónica. No quedaban ni residuos de ellos en la tradición jurídica nacional que desembocó en el Código civil.

El mismo Alas (45) confesó que, aun en el caso de que los principios germánicos sobre la reivindicación mobiliaria «hubieran informado parte de nuestro Derecho histórico, no por eso serían un precedente, pues el legislador español no los ha tenido en cuenta para su obra y no servirán, por tanto, para conocer su significación y alcance».

Por otro camino, si se quiere evolutivo, puede buscarse la explicación del artículo 464 en el mismo principio inspirador del artículo 448. La presunción de dominio a favor del que posee en concepto de dueño llega a nuestro Código sin salirse de los autores de Derecho común. Esa presunción que recoge el artículo 448 es reforzada para los bienes muebles en el artículo 464. Sin duda por razón de la mayor dificultad de probar el título adquisitivo de los muebles, por la normal carencia de documentación no sólo por parte de quien los reivindica, sino también de quien, oponiéndose, no pudiese probar su adquisición posterior contra quien probase su título anterior.

Tres disposiciones del *Corpus Iuris* fueron alegadas por los autores de Derecho común para fundamentar la presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño. A saber:

El versículo del fragmento 49 del título *De verborum significatione* (Dig. L-XVI), que dice: «*In bonis nostris computari sciendum est, non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur...*»

La ley final del título *De reivindicacione* del Códex (III-XXXII, 28), que declara: «*Res alienas possidens, licet iustam tenendi causa nullam habeat, non nisi suam intentionem impleti restituere cogitur.*»

Y la discutida ley *Sive possideis* del título *De probationibus* del propio Código (IV-XIX, 16) (46).

(ver especialmente págs. 648 y sig.). Merca, en la última edición citada en la nota anterior, ratifica su vieja tesis (ver págs. 9 y ss.).

(44) ERNESTO MAYER, *El antiguo Derecho de obligaciones español* (Barcelona, 1926), págs. 45 y sig.

(45) ALAS, op. cit., núm. 35, págs. 128 y sig.

(46) El intento de armonizar la contradicción que parece existir en este texto sirvió de apoyo—según JUSTUS WILHELM HEDEMANN (*Las presunciones en el Derecho*, traducido y anotado por SANCHO SERAL—Madrid, 1931—, § 16, págs. 84 y ss.) a las llamadas *presunciones placentinas*, especialmente a la tercera.

No nos interesa para nuestro actual tema la interpretación puramente romanista de estos textos (47). Lo que importa es conocer la doctrina inspirada en ellos que llegó hasta el período codificador del Derecho español.

Sin intentar otra cosa que apuntar el tema a estudiar, nos limitaremos a exponer unas citas de dos autores clásicos y de otro del siglo pasado.

Cancer (48) expuso que: «Unum tamen est, rem illum apud debitorem reptam presumi suam, cum possessor dominus praesumatur.»

Y Salgado de Somoza dictaminó (49): «quia bona appellantur, quae bona fide possidemus, quamvis aliena sint, et inter bona possidentis computantur anteaquam evincantur»... «et ideo asserenti rem esse suam incumbit onus probandi, ita ut si actor quod asseverat, non probat possessor etiam nihil probans ultra possessionem absolvitur». Y más adelante insiste (50): «in dubio possessionem rei praesumi dominum ejus»... «ut ille qui pro domino juste et bona fide possidet, etiam si a vero domino res possit evinci, interim tamen possessor rem suam diceri possit quod aliquos affectus civiles, ut ad habendam actionem, exceptionem pro ipsa re, eam defendendo, aut recuperando, et ad praescribendum, licet alicua sit, et ad alium pertineat».

(47) SAVIGNY (*Tratado de la posesión, según los principios de Derecho Romano*—vers. castellana, Madrid, 1845—, § 6, adición a la 6.ª edición, nota 1, pág. 25), después de confesar que en las ediciones 3.ª, 4.ª y 5.ª de su obra había admitido la presunción de dominio como fundamento de la posesión, lo rechaza con esta explicación: «Lo que le da alguna apariencia de verdad es la circunstancia de que en materia de reivindicación la prueba incumbe al demandante y que su acción es rechazada cuando ninguna de las partes logra formar prueba. Pero el motivo de esto no es que se presume la propiedad en el demandado, sino que se encuentra en el principio de que, en general, el juez debe únicamente prestar auxilio al que le convence de la existencia de un derecho, y que en todos los demás casos, su acción debe ser nula. En una acción personal el demandante debe igualmente presentar prueba, y la causa de esto no es tampoco la presunción de la no existencia de la deuda».

EL MARQUÉS DE OLIVART (Ramón de Dalmau y de Olivart, *La posesión; apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el Derecho abstracto*. Barcelona, 1884, núm. 147, págs. 177 y ss.), aun recogiendo la opinión contraria de WINIWARTER y de BUCHEL, se decide por la expresada opinión de SAVIGNY, al considerar la dispensa del *onus probandi* para el poseedor como mera aplicación del principio *actore non probante reus absolvitur*.

Como veremos en el texto, en los autores de Derecho común y en el mismo Código civil, según lo ha interpretado el Tribunal Supremo, el poseedor en concepto de dueño no sólo está dispensado defensivamente de la carga de probar ser dueño de la cosa poseída, sino que, además, puede ampararse a efectos ofensivos en su presunción dominical, que incluso puede ser invocada por terceras personas en contra del propio poseedor.

(48) JACOBO CANCER, *Variarum Resolutionum Juris Caesarei Pontificii et Municipalis Principatus Cataloniae* (Ed. novísima, Lugduni, 1702), Pars. II, Cap. IV, núm. 33 (págs. 95 y ss.).

(49) FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam* (Ed. novísima, Lugduni, 1672), Pars. I, Cap. XI, núm. 104 (vol II, pág. 82).

(50) Op. y vol. cits., Pars. II, Cap. XXII, núms. 75 y 76 (pág. 480).

Es de notar que en los referidos textos se hace jugar la presunción en supuestos en los que no se trata precisamente de absolver al poseedor demandado. Cancor dictaminaba sobre un supuesto de embargo de dos mulos poseídos por el deudor que alegó eran ajenos, determinando que, dada su condición de poseedor, no bastaba esa alegación si no la probaba. Salgado de Somoza, en el capítulo XI, planteaba la inclusión en la masa de la quiebra de los bienes poseídos de buena fe por el quebrado mientras no se probara que eran ajenos (51).

En el siglo pasado, García Goyena y Aguirre, en su versión del Febrero (52), expusieron entre las ventajas de que goza el que posee la de «que sea considerado como dueño mientras no se presente el que lo es» y la de «que en caso de duda se decide a su favor».

¿Cómo se pasó de esa presunción *iuris tantum* que se ha recogido en el artículo 448 a la presunción más fuerte, con la prueba en contrario tasada, del artículo 464?

Sin duda por influencia del artículo 2.279 del Código francés. Así lo demuestra la semejanza literal de ambos preceptos. Pero veamos en qué medida puede estimarse ese influjo y qué indicios han dejado los redactores de nuestro Código civil para apreciarlo debidamente.

5. En Derecho germánico no se conoció la acción reivindicatoria de las cosas muebles, sino en los supuestos de tratarse de cosas perdidas, robadas o hurtadas. En los demás casos, es decir, cuando el titular confiaba el bien mueble a otro, podía exigir la devolución a la otra parte por acción personal, pero carecía de toda acción contra el tercer poseedor. «Busca tu confianza donde la hayas puesto», rezaba un viejo adagio germánico. «La mano debe

(51) Inclusive la presunción de dominio a favor del poseedor de buena fe se hizo jugar en contra del marido promitente de arras para incluir en su patrimonio todos los bienes poseídos por el mismo a efectos de calcular el montante de la décima parte de sus bienes. RODRIGO SUÁREZ (*Ex titulo secundo de las arras...*, núm. 5, vers. *Vere etiam*, en «Opera Omnia», Duasi, 1614, pág. 159); ANTONIO GÓMEZ (*Opus Praeclarum et Utilissimum super Legibus Tauri*, Salmanticae, 1577, ley L, núm. 13, fol. 251) y ALFONSO DE ACEVEDO (*Comentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Lib. V, tit. II, ley II, núm. 23, ed. Lugduni, 1737, t. III, pág. 45) llegan más allá de lo que señalaba la presunción, al afirmar que aunque por evicción perdiera posteriormente el marido algunos de los bienes que al tiempo de prometer las arras poseía de buena fe, no por eso se disminuían para el cómputo de aquella décima parte. Con mayor equidad y con más exacta medida de la presunción, ANTONIO AYERBE DE AYORA (*Tractatus de Partitionibus Bonorum*, ed. novísima, Valencia, 1766, Pars. I, Cap. VII, números 22 a 25, págs. 95 y ss.) y JUAN CASTILLO DE SOTOMAYOR (*Quoedam rerum Controversiarum Juris*, Lib. LIX, núm. 23. Novae edit. Coloniae Allobrogum, 1752, vol. IV, págs. 605 y ss.) resolvieron que la evicción posterior destruía los efectos de aquella presunción.

(52) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, 4.ª ed., corregida y aumentada por JOAQUÍN AGUIRRE, JUAN MANUEL MONTALBÁN y JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES (Madrid, 1852), tomo I, núm. 798, pág. 201.

guardar la mano»—«Hand muss Hand wahren»—fué la regla de los bienes muebles en Derecho germánico, que se concretó en la máxima «Mobilia non habent sequelam», antitética al principio romano «Ubi rem mea invenio ibi vindico». Resultado que se ha explicado por varios expedientes, de los cuales se ha impuesto entre los germanistas la teoría de la publicidad de la *Gewere* aplicada a los muebles (53).

El Derecho francés hasta el siglo XIII fué fiel a este principio, que tradujo en la expresión «meubles n'ont point de suite». En este período sólo la desposesión causada por pérdida o robo daba lugar a diversas acciones, que si originariamente fueron penales, tomaron pronto el aspecto reivindicatorio. Pero a partir del siglo XIII, con la recepción del Derecho romano, reaparece la reivindicación mobiliaria aunque la cosa mueble reclamada no hubiera sido perdida ni robada. Desaparece la vieja máxima «meubles n'ont pas de suite», aunque dejando como secuela el principio «meubles n'ont pas de suite par hypothèque» (54).

En el siglo XVII se hace patente la reacción de la práctica y de la doctrina contra la reivindicación mobiliaria sin límites, evidentemente perjudicial para la seguridad del comercio. El primer paso de esa reacción fué el reconocimiento a los que compraren en mercado o venta pública una cosa mueble del derecho a obtener del reivindicante el reembolso del precio. Solución recogida en el artículo 2.280 del *Code de Napoléon* (55).

Es en el siglo XVIII cuando toma forma de adagio la nueva fórmula «Possession vaut titre». Pero parece que ésta no fué entendida en idéntico sentido por todos los autores.

Pothier (56) explicó que, como quiera que es usual en las ventas, donaciones y demás especies de enajenación de bienes muebles que se ejecuten y consumen por la tradición de mano a mano, sin formalizar por escrito la adquisición, el poseedor a efectos de la inscripción de estos bienes debe ser creído en cuanto al título alegado respecto a la cosa poseída con tal que sea verosímil.

El mismo Pothier, con referencia a la *coutume* de Orleans (57), al interpretar el silencio de la misma respecto a la prescripción adquisitiva de bienes muebles, resolvió que el poseedor de un mue-

(53) HEINRICH BRUNNER y CLAUDIUS VON SCHEWERIN, *Historia del Derecho germánico* (traducción anotada de la 8.ª ed. alemana, por JOSÉ LUIS ALVAREZ LÓPEZ, Barcelona, 1936), § 48, págs. 206 y ss.; WOLF, *Derecho de cosas*, vol. V (traducción española anotada por J. ALGUER y BLAS PÉREZ, Barcelona, 1936), § 68, pág. 404, nota 6) y VALDEAVELLANO (loc. cit., págs. 633 y ss.), que cita riquísima bibliografía.

(54) VER PLANIOL, RIPERT, PICARD, *Traité Pratique de Droit civil français*, t. III (2.ª ed., París, 1952), núm. 368, págs. 364 y ss.

(55) VER AMBROISE COLIN y HENRY CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, vol. II (2.ª ed. de la versión española, con notas de DEMÓFILO DE BUEN, revisada por JUAN OSSORIO MORALES, Madrid, 1942), pág. 954.

(56) POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, Parte I. Cap. I. art. II, § 2, núm. en «Oeuvres de Pothier» (9.ª ed., París, 1825), t. IX, pág. 335.

(57) POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, Introducción al Tit. XIV, art. preliminar, Secc. I, núm. 4, en «Oeuvres...» cit., vol. XVI, pág. 102

ble se presume que es propietario del mismo, sin que tenga necesidad de recurrir a la prescripción, «a menos que quien se la reclame pretendiendo ser el propietario justifique que perdió su posesión por algún accidente, como por robo del que fué víctima».

Pero en la doctrina parece que predominó la explicación de Bourjon a la jurisprudencia del *Chatelet* de París, que entendía resucitada la irreivindicabilidad de los bienes muebles frente a tercero de buena fe por aquel que voluntariamente se despojó confiando en otra persona (58).

Si la regla «*possession vaut titre*» no fué unánimemente entendida antes del Código de Napoleón, tampoco lo ha sido su formulación en el artículo 2.279.

Desechada totalmente, por representar *una contradictio in terminis*, la tesis de la prescripción instantánea (59)—que sin duda influyó en la redacción del artículo 85 de nuestro Código de Comercio—, siguen frente a frente las tesis de la *presunción de dominio* y de la *adquisición «a non domino»*. Sin que falten quienes, como Saleilles (60) y Planiol, Ripert y Picard (61), acogen ambas y aplican la presunción a las relaciones entre poseedores sucesivos y la adquisición dominical a favor de los terceros adquirentes de buena fe.

Es interesante observar que el principal tratado de Derecho francés anterior al Código civil español y uno de los que más pudo influir e influyó efectivamente en los juristas que contribuyeron a su redacción fué el de Aubry et Rau, que sostuvieron la tesis de la presunción de dominio (62). Es decir, la que entiende que el artículo 2.279 formula una presunción de dominio a favor del poseedor que sólo puede ceder ante la prueba por el reivindicante de haber perdido la cosa o sufrido el robo o hurto de la misma.

Y, en especial, subrayamos que la jurisprudencia reiteradamente ha usado la fórmula de la presunción al aplicar el artículo 2.279 (63). Dato evidente, aunque Planiol, Ripert y Picard (64)

(58) PLANIOL, RIPERT Y PICARD, op. y vol. cit., núm. 369, págs. 365 y ss.

(59) Defendieron esta tesis, MARCADÉ (*De la prescription*, pág. 245 y ss.) y DEMOLOMBE (IX, núm. 622), citados por LAURENT.

(60) R. SALEILLES, *La posesión de bienes muebles* (traducción castellana anotada por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1927), Cap. II, núm. 13, págs. 124 y ss.

(61) Op. y vol. cit., núms. 373 a 382, inclusive; págs. 369 y es., especialmente núm. 388, págs. 387 y ss.

(62) AUBRY ET RAU (*Cours de Droit civil français*, t. II, 5.ª ed. revisada y puesta al día por G. RAU Y C. FALCIMAIGNE, con la colaboración de M. GAULT, Paris, 1879. § 183, 1.º, págs. 143 y es.) expresan que: «La posesión engendra instantáneamente y por ella misma a favor del poseedor de una cosa mueble una presunción de propiedad, con ayuda de la cual puede rechazar toda acción de reivindicación y que es, en general, absoluta e irrefutable.» Salvo en los casos de intentarse la reivindicación por el que perdió o sufrió el robo del objeto en cuestión. En estos casos al demandante le basta probar que el objeto reivindicado se hallaba en su poder en el momento de la pérdida o del robo.

(63) Formulación que es criticada por SALEILLES (op. y cap. cit., núm. 16, págs. 134 y ss.).

(64) Op. y vol. cit., núm. 388, pág. 388.

expliquen que en la mayoría de los casos los fallos cuestionados resolvieron conflictos entre poseedores sucesivos, y a pesar de que Colín y Capitant (65) digan que en esta jurisprudencia sólo existe una expresión impropia, con la que sólo se quiere significar que quien reivindica un mueble sólo puede triunfar si consigue probar que la posesión del demandado es viciosa o que éste es de mala fe, conclusión que igualmente se desprende de su tesis de la adquisición *ex lege*.

Otro autor de los que evidentemente influyó en alguno de los redactores y en los primeros comentaristas del Código civil español—concretamente en Manresa y en los comentarios de Navarro Amandi—fué el belga Laurent (66). Este tratadista combatió igualmente las tesis de la prescripción instantánea y de la presunción de dominio, y entendió la norma del artículo 2.279 como una *regla de valor*. “La posesión *vaut titre*, dice la ley, es, por tanto, algo más que una presunción de propiedad: equivale a un título de propiedad o, como dice Bourjon, *la simple posesión produce todos los efectos de un título perfecto*. ¿Qué es un título perfecto? Es aquel que transmite la propiedad, como la venta, la donación. Puesto que no se dirá ciertamente que un título de venta es una presunción, porque más que esto es la adquisición de la propiedad, por lo mismo que el poseedor no se presume propietario, es propietario)... «El poseedor es propietario solamente porque posee; la posesión es su título; y sería absurdo permitir una figura contraria al hecho de la posesión, pues este hecho debe ser establecido para que el poseedor pueda invocar la máxima del artículo 2.279 y establecido el hecho, ya no es posible la prueba de lo contrario.»

Lo que—a su juicio—hizo equivocar a los Tribunales—sostenedores de la tesis de la presunción—fué que la posesión debe reunir ciertos caracteres para que el poseedor la pueda invocar (posesión en concepto de dueño, real y de buena fe) y el propietario tiene, naturalmente, derecho a probar que el detentador no tiene la posesión requerida por el artículo 2.279 (67).

Esta regla, según el propio Laurent, no tiene otras excepciones que las establecidas en el párrafo segundo del mismo artículo 2.279, que como tales debían ser interpretadas restringidamente (68). «Porque, en materia de muebles, la prueba de la propiedad es imposible; la ley por eso no podía sin incurrir en contradicción consigo misma exigir que el demandante de la reivindicación probase su derecho de propiedad, lo considera propietario por el solo hecho de poseer.» Por eso «de basta, por tanto, probar la

(65) Op. y vol. cit., núm. 956.

(66) F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XXXII (Bruselas-París, 1872), núm. 540 y ss., págs. 552 y ss.

(67) Op. y vol. cit., núm. 542, págs. 557 y 6.

(68) Núm. 577, pág. 595.

pérdida o el robo, lo que implica la prueba de la posesión perdida o de la que fué despojado» (69).

La explicación de todo la encuentra Laurent en el modo normal, carente de toda constatación documental, de la transmisión de los bienes muebles, al contrario de lo que sucede en los inmuebles (70).

De ser exacta la tesis de la adquisición a *non domino* por un tercero de buena fe, debería requerir la prueba de esa condición. Dicen Colín y Capitant (71), que únicamente la reúne quien ha recibido el mueble en virtud de un acto traslativo por naturaleza (donación, venta, legado, etc.), cuyos vicios ignora, en una palabra, quien posea en virtud de justo título. Pero, según dicen los mismos tratadistas, ese justo título sólo se exige *como elemento constitutivo de la buena fe*, y como ésta se presume es por lo que el poseedor podrá limitarse a afirmar sin presentar prueba alguna. Por eso los autores de esa tesis de la *adquisitio ex lege* se contentan con los requisitos de la posesión real, en concepto de dueño, libre de vicios y de la buena fe que se presume en todo poseedor, salvo prueba en contrario (72).

No es de extrañar, por lo tanto, que Savatier (73) haya escrito: «El Código dice que la posesión *vaut titre*.» Pero la palabra *título* es equívoca. Tanto puede significar el *acto instrumental*, la *prueba de un derecho*, como significar la *causa de ese derecho*. En el artículo 2.279, ¿la posesión vale solamente como prueba o produce la adquisición de la propiedad? Nosotros creemos que el poseedor solamente halla en la posesión la dispensa de la prueba de su propiedad; pero como la prueba en contrario es, en general, imposible, esa imposibilidad equivale prácticamente a una adquisición para él. Es por lo que el problema sólo tiene interés teórico. La jurisprudencia lo resuelve, por otra parte, como nosotros.»

Al poseedor le basta con poseer. Sólo se le podrá vencer con la acción reivindicatoria si el actor logra probar que la posesión del demandado está viciada o bien que éste no posee, en nombre propio ni en el de un tercero, cuya posesión defiende, o que posee de mala fe o, en fin, que la cosa le fué robada, hurtada o que la había perdido (74).

6. El proyecto de Código civil español de 1851 nada señaló con respecto a las presunciones posesorias. En cambio, en materia de prescripción de bienes muebles, para la usucapión de buena fe y con justo título de cosas perdidas o hurtadas exigía doble tiempo que para las demás. Así dispuso el artículo 1.962:

(69) Núm. 584, pág. 601.

(70) Núm. 540, pág. 553.

(71) COLÍN Y CAPITANT, ob. y vol. cit., pág. 956.

(72) Ver PLANTOL, RIPERT, PICARD, op. y vol. cit., núms. 381 y 382, págs. 379 y ss.

(73) RENÉ SAVATIER, *Cours de Droit civil*, t. I (2.ª ed., París, 1947), número 700, pág. 362.

(74) Ver SAVATIER, op. y vol. cit., núms. 694, 696, 697 y 698, págs. 358 y ss.

«La posesión de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fe.»

«El tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas deberá ser doble; pero si hubiese sido comprada en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que vende efectos parecidos, el dueño que la reclame antes de la prescripción deberá indemnizar al poseedor el precio que pagó por ellas.»

García Goyena (75) explicó la disparidad de tratamiento en materia de prescripción de las cosas muebles hurtadas. Según sus comentarios, se optó al fin por un término medio: «se duplica el tiempo por consideración a la calidad *viciosa* de la cosa, pero se supone siempre posesión de buena fe.»

El Código civil, en materia de usucapión de cosas muebles, después de ocuparse en los §§ 1.º y 2.º del artículo 1.955 de los plazos de prescripción de buena fe y sin ella, trata en el § 3.º del mismo artículo de la reivindicación por el dueño de la cosa mueble perdida o de la que hubiese sido privado ilegalmente, y, en el artículo 1.956 determina el momento en que pueden comenzar a ser usucapidas las cosas muebles hurtadas o robadas por aquellos que las hurtaron o robaron o sus cómplices o encubridores.

Notemos que el artículo 1.955, § 3.º se refiere a las cosas perdidas o de las que hubiese sido privado ilegalmente el reivindicante y de las adquiridas en venta pública, Bolsa, feria o mercado o de comerciante legalmente establecido; y el artículo 1.956, más restringidamente, de las cosas hurtadas o robadas. Este regula el inicio de la usucapión por parte del delincuente, cómplices o encubridores. Aquel, para la reivindicación de los bienes que enumera, se remite al artículo 464.

Desplaza, pues, el Código civil el problema de la reivindicación de las cosas perdidas, hurtadas y robadas, ampliándola, en términos generales, a las que hubieren sido objeto de privación ilegal, desde el Título de la prescripción al Título de la posesión, Capítulo de los efectos de la posesión.

No se le escapa este detalle a Leopoldo Alas (76): «El artículo 464 está colocado en el Título V del libro II, que trata de la posesión, y en el Capítulo III que se ocupa de los efectos de la misma; diferenciándose así del francés, que coloca a su modelo, el 2.279, en la parte dedicada a la prescripción y del alemán, que incluye los artículos análogos en el título que se ocupa de la adquisición y de la pérdida de la propiedad de las cosas muebles. ¿Qué nos indica esta distinta colocación de materias?»

El mismo Alas se apresura a contestar, desde su punto de vista, que no cabe concederle una extraordinaria importancia. Y lo ra-

(75) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852), vol. IV, pág. 322.

(76) ALAS, op. cit., núm. 38, pág. 133.

zona así: «Si nuestro Código fuera un modelo de buena distribución y de ordenación lógica y rigurosa, el hecho de que el texto del artículo 464 estuviera colocado en uno o en otro apartado tendría una importancia grande desde el punto de vista de su interpretación, pero sabido es de todo el mundo que el legislador español ha cometido verdaderos dislates a este respecto.»

«Es preciso tener en cuenta—añade—(77) que en nuestro Código hay un título independiente consagrado a la posesión, a diferencia de lo que ocurre en el francés, que se ocupa de ella rápidamente al hablar de la prescripción y que no hay la distinción sistemática entre muebles e inmuebles que en el Código alemán se observa y que le hace ocuparse, por separado, del modo de adquirir una y otra clase de bienes; no le quedaba a nuestro legislador, en realidad, más sitio para indicar los efectos de la posesión de cosas muebles que el destinado a tratar de los efectos de la posesión en general.»

Si bien, en nota, añade que: «En realidad, podría ocuparse el Código de la adquisición de la propiedad por medio de la posesión de buena fe a título de dueño en algunos otros sitios, v. gr., al ocuparse, en general, de los modos de adquirir y al tratar de la prescripción adquisitiva del mismo modo y acaso por las mismas razones que lo hace el Código francés.»

A este punto de vista debemos objetar:

1.º No puede alegarse un defecto del Código para presuponerle otros no demostrados. Ciertas faltas en el plan de ordenación de algunas otras materias no son apoyo suficiente para quitar toda trascendencia a la distinta colocación del artículo 464 en el Código civil español respecto la del artículo 2.279 en el Código francés.

2.º Debemos tener en cuenta que una de las interpretaciones del artículo 2.279, que como hemos visto fué seguida por algunos de sus más ilustres tratadistas del pasado siglo, y que reiteradamente sigue siendo sustentada por la jurisprudencia, fué la de entender que dicho precepto sentaba a favor del poseedor de buena fe una presunción de dominio que sólo cedía ante la prueba de la pérdida o hurto sufrido por el reivindicante. Si esta presunción —y más aún al ampliar a todo caso de privación ilegal la posibilidad de la prueba en contrario—resultaba más concorde o, por lo menos, no tan alejada del Derecho vigente en España antes del Código civil: queda perfectamente justificada, e incluso parece bastante significativa la inserción de la norma del artículo 464, entre los que regulan los efectos de la posesión y lejos tanto de los preceptos reguladores de la adquisición del dominio como de los que reglamentan su prescripción.

(77) Op. y núm. últ. cit., pág. 135.

III. EL ARTÍCULO 464 ¿RESPONDE A UNA DOCTRINA GENERAL EN MATERIA DE DINÁMICA MOBILIARIA EN EL CÓDIGO CIVIL?

7. El fundamento de la tesis de la *adquisitio a non domino*, además de apoyarlo en los precedentes legislativos extranjeros que sirvieron de modelo, seguido con más o menos exactitud, al artículo 464—argumento nada decisivo, como hemos visto—, se ha querido apuntalarlo buscando otros artículos del Código civil que sirvieran para patentizar la aplicación concreta a supuestos determinados del principio básico en la dinámica mobiliaria que se pretende hallar en el artículo 464.

Sánchez de Velasco (78) invocó los artículos 1.295, § 2, 1.473, § 1, 1.778 y 1.897.

Hernández Gil (79) adujo como argumento sistemático los artículos 1.160, ap. 2.º, 975, 1.765, 1.778, 1.897, 1.295 y 1.540.

Creemos que ninguno de estos artículos puede fundamentar lo que se pretende (80).

a) El artículo 1.160, ap. 2.º, no se refiere a un supuesto de reivindicación—puesto que parte de que se hubieran gastado o consumido las cosas fungibles objeto del pago—, sino a un caso de devolución o no del equivalente (81).

b) El artículo 976 concede al reservista facultad de disponer de los bienes muebles pese a la reserva (sin perjuicio de deber sa-

(78) HIPÓLITO SÁNCHEZ DE VELASCO, loc. cit., pág. 319.

(79) HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, «Revista Derecho Privado», XXIX, págs. 452 in fine y ss.

(80) Así lo intentamos demostrar hace varios años en *La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública*, en «Rev. Der. Priv.», XXXI (diciembre, 1947), pág. 936, nota 13.

(81) JORDANO BAREA (loc. cit., pág. 702) buscó otra explicación, partiendo de que las cosas fungibles pueden ser objeto de reivindicación en tanto subsistan las llamadas circunstancias individualizantes, es decir, mientras no se verifique la mezcla o confusión (ver el interesantísimo trabajo del mismo fino jurista, *El cuasi usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en «Rev. Der. Civ.», I-III, pág. 1012). «Lo que hace el artículo 1.160 es suplir la falta de capacidad del poder de disposición sobre unas cosas propias (titularidad con facultad dispositiva subsanada)—y entonces dicho artículo no es propio de terceros—o ajenos (poder de disposición otorgado sobre el patrimonio de otro, limitadamente a los bienes fungibles para el caso de que quien los recibió creyendo que eran del deudor los hubiera gastado o consumido). La razón de esta excepcional medida se encuentra en la gran aptitud y facilidad de esas cosas para la circulación y el consumo. No sirve, pues, como argumento analógico. ¿Con qué base se induciría un poder dispositivo general sobre los inmuebles ajenos adquiridos a título oneroso y de buena fe por el tercero?»

Nosotros nos inclinamos a creer que el apartado 2 del artículo 1.160 parte de los supuestos normales y corrientes en los que es imposible individualizar las cosas fungibles con las cuales se hizo el pago y especialmente de que éstas se hayan extinguido físicamente consumidas. El supuesto contrario lo estimamos fuera de la *ratio* del precepto, que si literalmente excluye *contrario sensu* las cosas específicas, lógicamente elimina también a las cosas genéricas que estén especificadas, sea individualmente o en su conjunto, sin confusión genérica alguna con las demás.

tisfacerse su valor a los reservatarios en su caso), lo que aleja toda semejanza de su supuesto con respecto al del artículo 464 (82).

c) Los artículos 1.295 y 1.540 se refieren al juego de acciones de carácter personal (la rescisoria y la redhibitoria) que, por lo tanto, sin necesidad de que juegue el artículo 464 ni otro precepto análogo, no alcanzan a tercero. La rescisión juega *ex nunc* no *ex tunc*. Como ha agregado Jordano Barea (83), el tercero que adquirió antes de la rescisión no adquirió *a non domino*, sino *a vero domino*.

d) Los artículos 1.765 y 1.778 se refieren a las relaciones entre el depositario incapaz o los herederos del depositante, respectivamente, con el depositante; pero no a las que puedan existir entre este último y el adquirente de las cosas depositadas. Del hecho cierto de que dichos artículos limitan la responsabilidad de los primeros no puede deducirse que presuponga la convalidación de la adquisición del tercero. Sólo prevé el supuesto de que la reivindicación resulte imposible; sea por no poder hallarse la cosa, por haberla destruído el tercero o por otro motivo. Un atento examen del artículo 1.765 confirma cuanto decimos. En efecto, ¿cómo puede ser válida la enajenación hecha por un incapaz?; y siendo ineficaz, ¿cómo puede ser posible que el propietario depositante pierda su acción reivindicatoria? (84).

e) Al artículo 1.897 puede limitársele su alcance del mismo modo que los artículos 1.765 y 1.778. Pero, además, no hay que olvidar que se refiere al pago de lo indebido, que tradicionalmente se ha considerado que sólo da lugar con carácter puramente *ex nunc* al juego personal de la *condictio indebiti* (85). No es necesario recurrir a la virtud mágica de las adquisiciones *a non domino* que en este supuesto no existen, ni hacen falta (86) para explicar la irrevindicabilidad de la adquisición del tercero (87).

f) El artículo 1.473, § 1.º, como Sols García (88) ha replicado

(82) En esta explicación coincidió con nosotros JORDANO BAREA (loc. cit., pág. 201 *in fine* y ss.).

(83) JORDANO BAREA, loc. cit., págs. 703 y sig.

(84) En cambio, JORDANO (loc. cit., pág. 705) se inclina a creer que en este precepto se dan dos supuestos concretos de *negatio actionis* contra el tercero adquirente de buena fe, pero estima que está vedada su extensión analógica.

(85) GIOVANNI PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano*, Parte II, vol. III (3.ª ed. Padova, 1939), págs. 8ª y ss.

(86) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1948. XIV. *El enriquecimiento sin causa*, pág. 506), en cambio, opinan que se trata de una aplicación del art. 464, es decir, un caso de adquisición *a non domino*, derivada de la *Gewere* de cosas muebles. No olvidemos que estos ilustres autores y amigos estiman que el principio del enriquecimiento sin causa y el juego de la *condictio* no rigen en Derecho español.

(87) Coincidió con nosotros JORDANO (pág. 706), que agrega el argumento *ad absurdum* siguiente: «De lo contrario, nos hallaríamos frente a un supuesto—otrosoí referible a los inmuebles—en el que se mantienen las adquisiciones a título oneroso de los terceros con tal que el *enajenante* sea de buena fe (a lo que se atiende es a la *bona fides* de éste, no a la de los terceros, que por ello pueden estar de mala fe).»

(88) PEDRO SOLS GARCÍA, *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bie-*

a Sánchez Velasco, evidentemente no hace sino declarar que la propiedad se transferirá, tratándose de cosas muebles, al comprador de entre varios a quien primero se le haga la tradición (con buena fe, por su parte, desde luego), lo que es muy natural, dado el 609 del Código civil y es gratuito hacerle decir más sobre el problema de la posesión de buena fe». Además, como nota Espin (89), mientras el artículo 464 sólo se refiere a los bienes muebles, el 1.473 comprende también los inmuebles para los cuales «también, a falta de inscripción, otorga la propiedad en el caso de doble venta al poseedor de buena fe».

El artículo 1.473, § 1.º, no hace sino aplicar la teoría del título y el modo con la atenuación canónica de excluir la adquisición del *accipens* de mala fe (la llamada teoría del *ius ad rem*) (90).

IV. ANÁLISIS LITERAL DEL ARTÍCULO 464, § 1.º, AP. 2.º.

8. Antes de repasar la posición de la jurisprudencia y de exponer nuestra tesis, es necesario examinar otro aspecto de la interpretación del artículo 464, § 1.º, posiblemente aún más trascendental que el estudiado de su dirección normativa. Se trata de la fijación del ámbito de la *privación ilegal* a que alude el apartado 2 del § 1 del artículo 464.

El concepto de *privación ilegal* en el artículo 464 del Código civil es prácticamente la llave del artículo, que guarda la puerta de escape a la regla general que su primer apartado proclama.

¿Qué significado debe darse a la expresión de que quien «*hubiese sido privado ilegalmente de ella* (una cosa mueble) *podrá reivindicarla de quien la posea*»?

Dos vertientes ofrece su interpretación: una, orientada a la idea de *privación*; otra, enfocada al concepto de *ilegalidad*.

9. A) Angel Sanz (91) ha situado la línea interpretativa del artículo 464 en la primera vertiente indicada, no explorada a fondo por la doctrina anterior. Así lo expone nuestro querido compañero: «Los autores, por regla general, han interpretado esta frase *privación ilegal*, refiriéndola a la privación del dominio. Partiendo de esta base, o han limitado extraordinariamente el alcance del precepto, hasta casi hacerlo inútil, o han tenido que recurrir a sutiles interpretaciones para buscar un sentido restrictivo a *privación ilegal*.»

nes muebles, en «Rev. Dr. Priv.», vol. XXXIV (febrero, 1950), nota 21, página 135.

(89) DIEGO EDUARDO ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, en «Rev. Dr. Priv.», XXIX, pág. 358.

(90) Ver sobre este punto DIEGO ESPÍN, op. y loc. cit.

(91) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *La prenda sin desplazamiento*, Conf. en la Ac. Matr. del Not., pronunciada el 6 de marzo de 1944, publ. en «An. Ac. Matr. del Not.», vol. II (Madrid, 1945), págs. 147 y sig.

A juicio de Angel Sanz, esta posición es totalmente equivocada ; «la privación ilegal sólo puede referirse a la posesión, pero en modo alguno al dominio». He ahí sus argumentos principales:

«Gramaticalmente la frase *o hubiése sido privado de ella ilegalmente*, que sigue inmediatamente a *hubiere perdido* implica la privación de un poderío de hecho sobre la cosa, es decir, de la posesión.»

«Lógicamente hay que interpretar que el Código civil no utiliza una idea como la de *privación ilegal del dominio*, que sería disparatada e inadmisibile en un Código civil, ya que el dominio no puede perderse en ningún caso ilegalmente. En cambio, la posesión sí se pierde con toda facilidad en virtud de actos ilícitos.»

Históricamente resulta que los autores del Código civil trataron de extender a otros supuestos el del robo «que es indiscutiblemente de pérdida de posesión».

«Desde un punto de vista sistemático, basta observar que el artículo 464 está incluido en el Título que regula la posesión, del cual los artículos 460 al 466 y, por tanto, también el 464, están destinados a regular la pérdida de la posesión.»

Hace ya años objetamos esta tesis (92), porque su dilema nos parecía inexactamente planteado. Estimamos que el artículo 464, al hablar del hecho de haber sido privado ilegalmente de una cosa mueble, no se refiere ni a la pérdida del dominio ni a la de la mera posesión material de la cosa. «Sería inocente afirmar que el Tribunal Supremo sostiene la enorme incongruencia de considerar que la privación ilegal se refiere al dominio. ¿Cómo podría decir el artículo 464 que el privado ilegalmente del dominio no ha sido privado de él? Se es o no se es, pero no cabe ser y no ser al mismo tiempo. No hay duda de que no se trata de la privación ilegal del dominio. Pero esto no es argumento decisivo para afirmar que la privación ilegal va referida a la posesión y más concretamente a la tenencia de la cosa. Creemos que el punto de referencia de estos términos es el control, la supervisión que al propietario le corresponde y tiene sobre sus cosas, aun cuando las haya dado en comodato o depósito. Ni dominio ni tenencia, sino algo distinto. Algo semejante a la posesión mediata del Derecho alemán, que no se pierde por la entrega voluntaria de la cosa a un poseedor inmediato.» Se trata, en suma, de la *posesión civil en concepto de dueño o titular* de un derecho real dotado de *ius possidendi*, posesión que los artículos 431 y 432 del Código civil admiten, aunque no vaya unida a la tenencia de la cosa.

Cuando se trata de reivindicar una cosa, el actor pretende tanto que se le reconozca su propiedad como recuperar el efectivo señorío que al dueño le corresponde. La privación de ese señorío mucho más amplio y más elástico que la posesión material y jurídicamente más fundado, es lo que remedia la acción reivindicatoria.

(92) *La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública*, en «Rev. Dr. Priv.», XXXI cit., pág. 936, nota 13.

Gramaticalmente el pronombre *ella*, en el artículo 464, refiere («la privación ilegal» a «una cosa mueble»). Esa privación ilegal es la que fundamenta el ejercicio de la acción reivindicatoria. Así se comprueba en el § 3.º del artículo 1.955, que alude al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente». Y si la privación ilegal de la cosa que da lugar al ejercicio de la acción reivindicatoria no se limita al supuesto de privación de su posesión material, tampoco parece posible deducir gramaticalmente dicha limitación para el supuesto del artículo 464.

Lógicamente hemos visto que el argumento de nuestro admirado compañero se apoya en un dilema planteado inexactamente. Entre la posesión material y el dominio tenemos otro objetivo: el señorío efectivo que corresponde ejercitar al dueño de una cosa, aunque no la posea personal y materialmente. Tenemos la posesión en concepto de dueño que se conserva aunque se ceda la tenencia a un arrendatario, un depositario, etc.

Históricamente, la circunstancia de que los autores del Código civil español hayan ampliado el supuesto de reivindicación mobiliaria más allá de los casos de robo, no prueba que la extensión se haya mantenido dentro de las hipótesis de privación de la posesión material. Además, no podemos olvidar que la cosa robada pudo no estar materialmente poseída por su propietario. Aun en el supuesto de poseerla materialmente un depositario o un comodatario en el momento de ser robada, no hay duda que el propietario podrá reivindicarla de quien la robó, si—conforme al artículo 432— el depositario o comodatario a quienes fué robada poseían en concepto de tenedores de la cosa para conservarla y disfrutarla, perteneciendo el dominio al depositante o comodante.

Sistemáticamente es verdad que el artículo 464 se halla colocado en el Título que regula la posesión, pero también es cierto que está incluido en su Capítulo III, que se ocupa de los efectos de la posesión, entre los que pueden comprenderse los relativos a su repercusión en la reivindicación mobiliaria. Pese a que el artículo 464 figura entre los artículos 460 al 466 y aunque fuese totalmente exacto que los otros seis artículos de ese grupo sólo se ocupan de la pérdida de la posesión—ámbito que claramente rebasa el artículo 463—, tampoco argüiría esto suficientemente contra la letra del propio artículo 464, que habla de *reivindicar* y no meramente de recuperar la posesión.

10. B) La segunda vertiente interpretativa se centra en el significado que debe darse en el artículo 464 a *la privación ilegal*.

a) Núñez Lagos (93), Garrigues (94), Blas Pérez y J. Alguer (95), Castán (96) y Hernández Gil (97) han sido los más dis-

(93) NÚÑEZ LAGOS, op. cit., núms. 31 y 42, págs. 82 y ss.

(94) GARRIGUES, op. y vol. cit., § 16, 3, pág. 417.

(95) PÉREZ Y ALGUER, notas al Wolf, op. y vol. cit., § 60, págs. 413 y ss.

(96) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*. T. II (7.ª ed. Madrid, 1950), pág. 278.

tinguidos defensores de su interpretación restrictiva. He aquí sintetizados sus argumentos principales:

1.º La excepción del apartado 2.º anularía la regla general del apartado 1.º del artículo 464 si la *privación ilegal* fuese interpretada latamente. La expresión «*Sin embargo*», con que comienza el apartado 2.º y adversativamente une éste al apartado 1.º no tendría sentido si el contenido de uno y otro fuera idéntico. Además —se añade— la regla del § 1 del artículo 464 resultaría redundante con respecto al 448.

Luego veremos que fallan uno y otro argumento porque parten de unos resultados que no se dan. Ni se anula el § 1.º del artículo 464, ni es mera repetición del 448, como ya sostuvimos en otra ocasión (98).

No hay igualdad de contenido entre las dos apartados del § 1, artículo 464. Con mayor exactitud—según comprobaremos—ha dicho De Buen (99): «la excepción establecida en el Código civil francés para el caso de *pérdida o robo* la convierte nuestro Código civil en regla general al extenderla a todo caso de *pérdida o privación ilegal*, con lo cual no establece una regla y una excepción, sino dos principios, en coordinación adversativa, el segundo de los cuales no *destruye*, pero sí *limita* lo dicho en el primero».

2.º Los antecedentes del principio *Hand wahre Hand*, del que al artículo 464 se considera fiel trasunto.

Pero precisamente lo que se discute es si dicho precepto significa o no la resurrección de ese principio, carente de antecedentes inmediatos en Derecho español, en el que sólo aparecen lejanos precedentes en algunos Fueros medievales.

3.º El criterio del Código francés en su artículo 2.279, considerado como modelo del 464 español, explicándose la sustitución de *vol* por *privación ilegal*:

a) Porque, además del texto legal francés, se tuvo a la vista la jurisprudencia y la doctrina francesa. Durante mucho tiempo predominó el criterio—luego rechazado—de la sentencia de la *Court de Cassation* de 20 de mayo de 1835, que, a los efectos del artículo 2.279, consideró equivalentes la estafa y el robo. Pero, en cambio, siempre fueron diferenciados netamente de estos supuestos los casos de abuso de confianza. La explicación de la modificación del artículo 464, respecto al 2.279 francés, se busca, pues, en el citado fallo del año 1835. Se comprendería así, en su concepto de *privación ilegal*, además del robo, el hurto y la estafa, pero nunca el abuso de confianza.

β) Por el sentido restringido de «*privación violenta*» que tiene el robo en el Código penal, que no incluye ni siquiera el hurto

(97) HERNÁNDEZ GIL, *El giro de la doctrina...*, loc. cit., núm. 15 y ss. págs. 510 y ss.

(98) «El § 1.º del art. 464 del Código civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945», en «An. Dr. Civ.», V-VI, págs. 1477 y ss.

(99) DE BUEN, *Derecho civil común*, vol. cit., pág. 234.

que ya el Código de comercio situaba al lado del robo y del extravío, al rotular la sección segunda, título XII, libro II, «Del robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador».

Sin embargo, estas explicaciones no pasan de ser puras hipótesis, más o menos fundamentadas, pero que no alcanzan al rango de argumentos demostrados.

4.º El § segundo del artículo 464 habla de cosa mueble *perdida o sustrada*, sustituyéndose así *privación ilegal* por *sustracción*.

Sin embargo, la palabra *sustracción* o *substracción* no tiene un sentido único en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Aparte de su significación aritmética, puede utilizarse en el sentido restringido de hurtar, robar fraudulentamente, pero más latamente equivale a apartar, separar, extraer. No hay duda, pues, de que si el depositario o el comodatario o el administrador enajenan la cosa mueble depositada, prestada o administrada, la apartan, extraen o separan de su relación con el dueño de la misma, es decir, la sustraen de su dependencia.

El mismo Código civil también utiliza el verbo *sustraer* en el artículo 1.922, número 7, § 2 (100), en un sentido que no puede corresponder a la limitada significación de robo o hurto, sino en el más amplio de extraer sin consentimiento del titular del derecho y en perjuicio de éste. García Goyena (101), al glosar el artículo 1.926, número 6, § 3—al que corresponde el § 2, número 7, artículo 1.922 del Código civil—del Proyecto de 1851, del que, como es sabido, fué uno de los redactores más destacados, escribió: «*Sustraidos, etc.*: Es decir, sacados de la finca por el mismo arrendatario sin consentimiento expreso o tácito del propietario; y, además, debe suponerse que no quedan en aquella otros muebles de valor bastante para cubrir el crédito del propietario.» ¿Verdad que es casi perfecto el paralelismo, guardando las distancias debidas, de esta sustracción y la del depositario que incurre en abuso de confianza al sustraer la cosa que tiene en depósito y que en ninguno de ambos casos puede catalogarse la ilicitud del hecho en la tipificación del hurto ni menos aún en la del robo?

5.º Según explica Hernández Gil (102): «El artículo 1.962, tras disponer que las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, que es el límite máximo que la usucapión extraordinaria (o sea, sin buena fe ni justo título), establece estas dos excepciones: «*salvo que el poseedor*

(100) Dice así el § 2.º del núm. 7.º del art. 1.922 C. c.: «Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días contados desde que ocurrió la sustracción.»

(101) GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. T. IV (Madrid, 1852), pág. 286.

(102) HERNÁNDEZ GIL. loc. cit., núm. 17. págs. 511 y ss.

haya ganado por menos tiempo el dominio, conforme al artículo 1.955 y excepto los casos de extravío y venta pública y los de hurto y robo, en que estará a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado.» El párrafo tercero del artículo citado por el 1.962, que es el 1.955, como se sabe, hace a su propia vez una remisión al artículo 464 (ap. 1.º, prop. 2.º y aps. 2, 3 y 4). Pues bien, el artículo 1.962 que, indirectamente, a través del artículo 1.955, se retransmite al artículo 464, le invoca o enuncia sus distintos supuestos, no con las mismas palabras ni con las del 1.955, sino sustituyendo «*pérdida*» por «*extravío*» y «*el que... hubiese sido privado de ésta ilegalmente*», como dice el artículo 464 (ap. 1, prop. 2), o «*cosa... sustraída*», como dice el artículo 464 (ap. 2), o «*de que hubiese sido privado ilegalmente*», como declara el artículo 1.955 (ap. 3), por «*hurto o robo*». O sea, que para la Ley tanto quiere decir «*cosa perdida*» como «*cosa extraviada*», «*privación ilegal*» como «*hurto o robo*». No cabe duda que se interpreta auténtica y legalmente. Luego resulta que *privación ilegal*, según una interpretación auténtica equivale a *sustracción* y que *privación ilegal* o *sustracción*, según una interpretación auténtica también, equivale a «*robo o hurto*».

Este argumento lo acotaremos previamente con unos contraargumentos que—aun cuando a él no le convencieron—expuso el mismo Hernández Gil (103):

«Ante todo—dice—no quiero descartar una hipótesis: la de que haya un error de redacción. El error que pudiera señalarse es éste: el legislador, en la segunda de las dos excepciones contenidas en el artículo 1.962, ha querido incluir no sólo los supuestos del párrafo tercero del artículo 1.955, o sea indirectamente, los tantas veces indicados del 464, sino que, además, quiso referirse a las reglas especiales que gobiernan la prescripción de las cosas «*hurtadas o robadas*» en cuanto a los que las hurtaron o robaron, según dispone el artículo 1.956; pero en lugar de remitirse también a él, se remitió sólo al párrafo tercero del artículo 1.955, y como en éste no hay más casos posibles de hurto o robo que la referencia a la privación ilegal del 464, de aquí la identidad antes advertida.»

«En favor de esta hipótesis—prosigue el mismo autor—cabe anotar, en primer término, que por poco consecuente y técnico que sea el Código en sus expresiones—y no es preciso detenerse en demostrarlo—, resulta extraño que en un lugar tan secundario e incidental cambie de dirección y diga hurto o robo por privación ilegal. En el mismo sentido debe hacerse resaltar la propia colocación de la frase que, formando oración aparte, va situada después de los supuestos que se identifican con los del 464 («*extravío y venta pública*»). Y en último término la intención o la voluntad del legislador, que no parece encontrar aquí su expresión

adecuada si al redactar el artículo 464, hecho sin duda a la vista del 2.279 francés, se apartó del modelo al que ahora retornaría.»

El valor de las diversas expresiones de la Ley debe apreciarse en relación al momento y al sitio en que se emplean. El lugar donde el Código civil concreta normativamente la excepción a la regla del apartado primero, § 1.º, artículo 464, es en el apartado segundo del mismo § 1.º. En cambio, en el artículo 1.962 la fuerza normativa lleva otra dirección. Siendo así, ante la evidente mayor amplitud de la expresión del § 1.º, apartado segundo del artículo 464, las expresiones más limitadas del artículo 1.956 no pueden valorarse como interpretación gramatical de aquella—la letra es clara y la disparidad indudable—. Por tanto, no es posible más que dar preminencia a la expresión contenida en el apartado segundo, § 1.º, artículo 464, que centra el sentido normativo de la excepción dispuesta.

Además, es necesario examinar cuidadosamente el sentido de la segunda excepción señalada en dicho artículo 1.962 y de las expresadas en el artículo 1.955, § 3.º, a que se remite aquél, para ver si puede tener un fundamento que exceda de una simple razón de simetría el argumento de que el artículo 1.962 emplea las palabras «hurto o robo» en lugar de la expresión «de que hubiese sido privado ilegalmente» del artículo 1.955.

El artículo 1.962 señala sucesivamente dos excepciones a su propia regla general de que las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida la posesión. La primera excepción se refiere al supuesto de haberse anticipado la extinción del dominio anterior porque el poseedor ganó en menos tiempo la propiedad conforme al artículo 1.955. La segunda exceptúa «los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado». Y este § 3.º del artículo 1.955, a su vez, se remite al artículo 464.

¿Qué significa esa doble remisión con relación a la regla del artículo 1.962 que se señala como excepcionada? Literalmente parece disponer que no tiene lugar la prescripción de seis años en los casos de extravío y venta pública, hurto o robo. Pero ¿quiere esto significar que los derechos sobre los objetos que alguna vez fueron hurtados, robados o extraviados no pueden prescribir en perjuicio de quien los perdió o sufrió su robo o hurto? O bien, ¿significa que el plazo se abrevia o se alarga? Concretamente, la posibilidad de reivindicar las cosas perdidas, admitida en el artículo 464, ¿qué límite temporal tiene? ¿Es posible después de transcurridos seis años de extravío? El artículo 464 admite la reivindicabilidad de las cosas perdidas, pero no se ocupa de su usucapación ni de la prescripción del derecho a reivindicarlas. Para ponderar debidamente la cuestión conviene repasar el sentido de todas las excepciones del artículo 1.955, § 3.º para estar debidamente orientados al tratar de las establecidas en el artículo 1.962.

α) La remisión del artículo 1.955, § 3.º, al artículo 464, por lo que se refiere a las cosas adquiridas en Bolsa, feria o mercado o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, nos lleva desde el párrafo final de este último artículo a los artículos 85 y 555 del Código de comercio. Así resulta explicada la regla particular por la peculiaridad de la adquisición *a non domino* que el artículo 85 del Código de comercio denomina prescripción de derecho a favor del comprador.

β) La referencia al artículo 464 respecto a las cosas adquiridas en venta pública tiene menos trascendencia haciéndose en un artículo como el 1.955, dedicado a la usucapión, ya que su regla particular sólo se concreta a establecer una limitación de la reivindicación de dichas cosas, que se condiciona al reembolso del precio dado por ellas.

γ) Más delicada es la llamada del § 3.º del artículo 1.955 al artículo 464 con respecto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente. No tiene sentido si sólo quiere significar que son reivindicables por el dueño desposeído mientras no se cumplan los requisitos de la usucapión, porque en este caso no se señala ninguna regla especial en materia de prescripción.

Tampoco cabe interpretarla en el sentido de que sean siempre irreivindicables cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido. El artículo 1.956 impide esa interpretación al admitir, incluso, la usucapión de las cosas hurtadas o robadas, ya que tan sólo limita la posibilidad de usucapiarlas por quienes las robaron o hurtaron, y por sus cómplices o encubridores, mientras no haya prescrito el delito o falta su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta.

Sólo cabe atribuirle el significado de desplazar, en principio, el supuesto de la usucapión de las cosas muebles perdidas o de las que el dueño hubiera sido privado ilegalmente desde el § 1.º al § 2.º del artículo 1.955. Al quedar destruída conforme al apartado segundo del artículo 464, § 1.º, la equivalencia de su posesión al título—por la prueba de la pérdida o de la privación ilegal—es siempre posible su usucapión extraordinaria por seis años de posesión (art. 1.952, § 2.º), a no ser que el usucapiente presente otro justo título (hipótesis posible cuando el poseedor no sea el autor de la privación ilegal, ni quien halló la cosa perdida), ya que el justo título es siempre necesario para la usucapión ordinaria, incluso en la de bienes muebles, según las sentencias de 3 de marzo de 1951 y 23 de octubre de 1954, como luego veremos.

Explicado el porqué de la referencia que el artículo 1.955; § 3.º, hace al artículo 464 del Código civil, estamos en condiciones de examinar la llamada que el artículo 1.962 refiere a dicho § 3.º del artículo 1.955.

El artículo 1.962 se remite a ese párrafo del artículo 1.955, en «los casos de extravío, venta pública y los de hurto o robo».

No se puede tratar en estos casos de una referencia a una prescripción adquisitiva más breve, porque significaría un contrasentido. No cabe una remisión a un plazo más largo, que en ninguna parte se establece en el Código para los bienes muebles. Ni tampoco una declaración de imprescriptibilidad de las cosas perdidas, robadas o hurtadas, inaceptable por la misma razón expuesta al relacionar el § 3.º del 1.955 con el artículo 464.

La doble remisión del artículo 1.962 al 1.955, § 3.º, y de éste al 464, tiene para las cosas vendidas en pública subasta el sentido claro, pero de innecesaria repetición, antes expuesto. En cambio, para las cosas perdidas no tiene significado alguno, ya que con aplicación al artículo 1.962 no cabe la explicación dada en el artículo 1.955, puesto que el justo título no tiene actuación alguna en la prescripción extintiva.

La referencia que el artículo 1.962 del Código civil, respecto las cosas robadas o hurtadas, hace al artículo 1.955, § 3.º—que no habla de ellas—, también carece totalmente de sentido. Aunque quiera referirse a las cosas de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, de que habla el § 3.º, ocurre lo mismo por idéntica razón a la expuesta con respecto a la referencia a las cosas perdidas. Es decir, porque la única explicación de la llamada del § 3.º del 1.955 al 464, no puede aplicarse con referencia al artículo 1.962, por carecer de influencia el justo título en la prescripción extintiva.

En cambio, sí que resultará oportuna la llamada del 1.962, respecto esas cosas robadas o hurtadas, si la referimos al artículo 1.956, que precisamente señala reglas especiales para la usucapión de las mismas. Aplicada al 1.962 significaría que la prescripción de la acción real para reclamar las cosas muebles hurtadas o robadas no comienza en tanto no haya prescrito el delito o falta o su pena y la acción para exigir la responsabilidad nacida del delito o falta, sin perjuicio de que quienes no fueran autores, cómplices ni encubridores del hurto o robo puedan adquirirlas por usucapión conforme las reglas generales de los dos primeros párrafos del artículo 1.955. Es decir, supone un oportuno reenvío de una regla de la usucapión, aplicándole a la prescripción extintiva de acciones reales de cosas robadas o hurtadas (104).

(104) La explicación del error en ese reenvío debe buscarse a través del desdoblamiento del art. 1.962 del Proyecto de 1851 en los vigentes arts. 1.955 y 1.956 C. c. El § 3.º del art. 1.955 recoge las limitaciones que el inciso segundo del § 2.º del art. 1.962 del Proyecto de 1851 señalaba a la reivindicación de la cosa mueble no prescrita si hubiese sido comprada en feria, mercado, subasta pública o del comerciante que vendía efectos parecidos. Hoy, las limitaciones a la reivindicación de las cosas muebles no prescritas están previstas en el art. 464, a) que se han trasladado. Pero el art. 1.955 hace una llamada a este precepto, a la que se han agregado los demás supuestos especiales de que se ocupa el art. 464. En cambio, el primer inciso del § 2.º del

Sacando conclusiones de esta exégesis nos hallamos ante el siguiente dilema insoslayable. La referencia que el artículo 1.962 hace al § 3.º del artículo 1.955, respecto a las cosas muebles robadas o hurtadas, carece de todo sentido o bien es errónea. Si no tiene sentido creemos que carece de toda fuerza establecer una equivalencia entre dos expresiones a través de un reenvío falto de todo significado. Si es errónea la remisión al artículo 1.955, § 3.º, por referirse realmente con pleno sentido al 1.956, entonces la correspondencia de la expresión de los casos de hurto o robo del artículo 1.962 sólo coincide con la referencia a las cosas hurtadas o robadas del 1.956. De este modo el perfecto paralelismo de las expresiones, coincide con el buen sentido de la remisión subsanada al 1.956, mientras que la referencia entre las dos diversas expresiones—hurto o robo, respecto privación ilegal—que gramaticalmente no coinciden, ni en cualidad ni en extensión, resulta carente de sentido al pasar del 1.955, § 3.º al 1.962.

En conclusión: el rebote mediante el cual se pretende hacer equivalentes los casos de hurto o robo del artículo 1.962 a la privación ilegal del artículo 464, § 1.º, falla en cualquier caso. O bien se desvía del frontón que debía rebotarlo: al ir a parar del 1.962 al 1.956 y no al 1.955, § 3.º. O por el contrario, el rebote es puramente imaginario por falta de contenido, es decir, por carencia de objeto que rebotar, al no haber reenvío real posible del artículo 1.962 al 464 a través del 1.955, § 3.º, ni respecto de las cosas de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, ni de las pérdidas, ni, concretamente, de las cosas hurtadas o robadas.

Mas bien podría decirse, como escribió De Buen (105), que: «No obstante el complicado sistema de *envío* (del artículo 1.962 al 1.955) y de *reenvío* (del 1.955 al 464), resulta patente que el artículo 1.962, después de decir que las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida la posesión, añade «salvo que el poseedor haya ganado por menos tiempo el dominio, conforme al artículo 1.955», pero no a'ude al supuesto de que lo hubiere obtenido con arreglo al artículo 464, el cual (de existir) sería, asimismo, una excepción importantísima de obligada mención.»

6.º La finalidad atribuida al precepto se dice que es la de salvaguardar la seguridad dinámica con preferencia a la estática en materia mobiliaria. Ante el conflicto de un tercer adquirente de

art. 1.962 del Proyecto, que exigía para la usucapión de las cosas hurtadas o pérdidas el doble de tiempo de posesión, ha desaparecido del art. 1.955 C. c. El art. 1.956 C. c., que en la forma específica que antes hemos visto regula la prescripción adquisitiva de las cosas robadas o hurtadas, desarrolla seguramente la llamada al Código penal, que, con respecto al que hurtó la cosa, sus cómplices o encubridores, hacia el § 2.º del art. 1.962 del Proyecto.

La referencia del 1.962 del Código al 1.955, § 3.º debió hacerse sin reparar en que el art. 1.962 del Proyecto de 1951 se desdoblaba, modificando en los artículos 1.955, § 3.º, y 1.956 del Código civil.

(105) Ver NÚÑEZ LAGOS, op. últ. cit., núm. 72, pág. 87, y HERNÁNDEZ GIL. *El giro...*, loc. cit., núm. 9. pág. 508 y sig.

buena fe con el propietario, que había confiado los bienes muebles discutidos a quien abusó de su confianza (depositario, comodatarario, administrador del negocio al que estaban adscritos, etc.), se afirma que debe darse preferencia a aquél. El tercer adquirente de buena fe no tiene ninguna culpa de que el depositante resulte burlado, y su interés coincide con el interés general del comercio, mientras por el depositante, al constituir el depósito, debe sufrir el riesgo de la infidelidad del depositario. Es un caso de *culpa in eligendo*. Como dijo el viejo aforismo germano: «Busca tu confianza donde la has dejado» (Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen) (106).

Sin embargo, falta probar que esa consideración teleológica inspire el artículo 464. Incluso cabe discutir si de *iure condendo* es o no la más justa. No pueden confundirse con el comercio jurídico propiamente dicho las compras a particulares de objetos de segunda mano. No es posible olvidar que el Código de Comercio tiene preceptos que velan por la seguridad comercial y bursátil. La sentencia de 19 junio 1945, replica como luego veremos, con esos mismos argumentos (107).

b) La interpretación contraria de la expresión privación ilegal es la que la contrapone a privación legal. Hay privación legal—según Manresa (108)—cuando la privación del dominio es producida por transmisión verificada «por el mismo dueño, por sus representantes legítimos o por la autoridad competente, previas las formalidades y trámites correspondientes». En los demás supuestos el dueño es privado ilegalmente de la cosa. Por lo tanto, en la venta hecha por un administrador o un depositario de la cosa por ellos administrada o custodiada, hay privación ilegal. La estafa o el abuso de confianza se incluyen en las privaciones ilegales.

Además del citado Manresa, sostienen esta interpretación amplia de la privación ilegal: Sánchez Román (109), Scaevola (110), Traviesas (111), De Buen (112), Jaén (113), Valverde (114), Bonet (115) y Sols García (116).

(106) DE BUEN, *Derecho civil común*, vol. cit., pág. 235.

(107) JOSÉ PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, T. III—Barcelona, 1953—, núm. 8, pág. 103), que hace un magnífico examen de las cuestiones suscitadas por el art. 464, inclinándose por la tesis germanista, cree más apreciables estas razones de la Sentencia citada que las meramente exegético-literales, basadas en precisar gramaticalmente el alcance de la privación ilegal.

(108) MANRESA, op. y vol. cit., pág. 302.

(109) SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. cit., pág. 163.

(110) MUCIUS SCAEVOLA, op. y vol. cit., pág. 592.

(111) TRAVIESAS, op. y loc. cit., pág. 207.

(112) DE BUEN, notas al *Colin* y *Capitant*, vol. cit., pág. 1007, y *Derecho civil común*, vol. cit., pág. 234. El mismo criterio sostuvo con Alas y con Ramos en *De la usucapción*, cit., núm. 185, pág. 262.

(113) VICENTE JAÉN, *Derecho civil* (Madrid, 1928), pág. 186.

(114) VALVERDE, op. y vol. cit., pág. 270 y nota 2.

(115) BONET, nota cit. en «Rev. D. Priv.», XXIX, pág. 637.

(116) SOLS, loc. cit., pág. 135.

De Buen (117) argumenta que nuestro Código «no sólo altera sustancialmente el sentido del precepto citado del C. c. francés», «sino que además sigue un sistema distinto, pues se ocupa de la usucapión de muebles que el segundo no conoce (v. Planiol, I, número 2.647); y, además, lo hace en términos generales, que revelan no constituye una excepción».

Angel Sanz (118)—pese a ser defensor de la interpretación germanista del artículo 464—considera «sutiles y a veces artificiosos razonamientos» los argüidos por los defensores de la interpretación restrictiva de la *privación ilegal*. A su juicio, comprende «todos los casos en que el propietario es privado de la cosa en virtud de un acto ilícito del primer poseedor, ya se trate de un delito—robo, hurto, estafa—, ya se trate de una ilicitud civil—dolo del poseedor—».

V. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 464 C. C.

11. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo nos ofrece una interesante visión del artículo 464. Contra la opinión de algunos autores, a nosotros nos parece perfectamente coherente la doctrina de nuestro más alto Tribunal en el tema que estudiamos.

Intentaremos sistematizar dicha doctrina analizando por separado las cuestiones básicas a resolver: el significado de la equivalencia al título de la posesión de buena fe de bienes muebles, el concepto de privación ilegal y la especie o clase de la posesión a que se refiere el artículo 464.

A) *Significado de la equivalencia al título de la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe.*

Se ha señalado como fundamental—por su detenido estudio del precepto—la sentencia de 19 de junio de 1945, de la que fué ponente el Magistrado Juan Hinojosa.

Según expone uno de sus considerandos, la doctrina ha adoptado diversas posiciones al encararse con el artículo 464:

a) «... entendiendo unos intérpretes que el legislador ha querido establecer a favor de los poseedores de bienes muebles con buena fe una especie de prescripción instantánea, olvidando acaso que el requisito *tempus* es elemento esencial de la prescripción...»

b) «... o una forma de adquisición *a non domino* que sólo cede en los casos de robo o hurto, pero no en los de abuso de confianza por apreciar en éstos un acto inicial del dueño transfiriendo la posesión a la persona que sin mediar la voluntad de aquél la entrega al poseedor de buena fe...»

c) «... estimando otros que aquel precepto, conjugado con los

(117) DE BUEN, *Derecho civil común*, vol. cit., pág. 234 *in fine* y sig.

(118) SANZ FERNÁNDEZ, op. y loc. cit., pág. 149.

demás del Código, se limita a establecer a 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 este último...»

d) «... y alegando algunos, finalmente, que el artículo 464 presupone el transcurso del tiempo normal establecido para la prescripción de muebles a que se refiere el artículo 1.956.»

De estas cuatro posiciones, la sentencia que comentamos admite la tercera. Así, en un ulterior considerando, dice del artículo 464: «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 sobre el que alega su dominio.»

La sentencia de 26 junio 1946, apoyándose en la expresada de 19 junio 1945, insiste en que el artículo 464 no debe ser interpretado de modo extensivo.

La equivalencia al título de la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe es aplicada para eximir de la prueba de su titularidad en las tercerías de dominio, interpuestas en procedimientos de ejecución. Así resulta de las sentencias 11 julio 1900, 19 diciembre 1900, 8 noviembre 1915 y 5 diciembre 1924.

La sentencia de 11 julio 1900 desecha un documento en el que se afirma la transmisión del dominio y posesión civil de unos bienes muebles que siguieron en poder del vendedor. Las sentencias de 19 diciembre 1900, 8 noviembre 1915 y 5 diciembre 1924 aceptaron que al tercerista le basta probar su posesión, tratándose de bienes muebles e indiscutida la buena fe, para salir triunfante de la tercería. La primera de estas tres sentencias declara que a un poseedor que fué privado ilegalmente de cosas muebles le basta «acreditar su posesión como título bastante para reivindicarlos».

La sentencia de 18 diciembre 1928 también aplica la regla del 464 para enervar la acción ejecutiva del Estado, apoyada en la Ley de Mostrencos, por estar poseídos los bienes muebles en cuestión, ya que, «tratándose de bienes muebles, la posesión equivale a título, conforme al artículo 464».

E incluso la sentencia de 22 diciembre 1954 invoca la presunción legal de propiedad establecida en el artículo 464 para determinar la responsabilidad del propietario por los daños causados por un camión (119). Con lo cual aplica, también en contra del

(119) HERNÁNDEZ GIL (*El giro...*, loc. cit., pág. 502) cita la S. de 1.º diciembre 1910, que no hemos visto publicada en la colección de jurisprudencia de la «Rev. Gral. de Leg. y Jur.». Ocasionalmente, en uno de sus considerandos declara esta Sentencia que, «tratándose de bienes muebles, presenta la cuestión en su fondo y razón legal un aspecto muy parecido al tercero que respecto de bienes inmuebles adquiere de quien en el Registro aparece inscrito como dueño». Pero en realidad no se trataba en ella de dilucidar una adquisición a *non domino* ni de interpretar el art. 464. Como reconoce el propio Hernández Gil, lo que se resolvió—siguiendo el criterio de las SS. de 15 octubre 1897, 1 diciembre 1909 y 13 diciembre 1911—fué la ineficacia respecto a tercero del pacto de reserva de dominio estipulado en garantía del pago del precio aplazado en las ventas de cosas muebles tradidas al comprador.

poseedor, la equivalencia de la posesión al título y consiguiente presunción de propiedad, estimando que en tal supuesto no es suficiente para desvirtuarla la mera negación del poseedor (120).

B. *El concepto de privación ilegal.*

12. Como dice la fundamental sentencia de 19 junio 1945, «el verdadero nudo de la cuestión lo constituyen las palabras de privación ilegal». En ellas se halla el contrapeso a la regla del apartado 1.º, artículo 464, el modo de enervarla.

La sentencia de 31 diciembre 1910 entiende que «aun cuando el comodatario, arrendatario o aparcerero transmita por medio de una venta u otra enajenación la cosa que no tiene a título de dueño, conserva el verdadero, esto no obstante, su dominio, según el axioma jurídico de que nadie puede ser privado de sus bienes sin haber sido previamente oído y vencido en juicio, con cuyo principio no sólo es compatible el citado 464, sino que es aplicable a los muebles, salvo las excepciones que por interés público establecen los párrafos 3.º y 4.º del mismo artículo y más principalmente el Código de Comercio».

Respecto de esas excepciones, la sentencia de 20 junio 1955 proclama en uno de sus considerandos que no deben interpretarse extensivamente. Calificadas como «normas de excepción» «no se comprende cómo puede extender este precepto de los párrafos 3.º, 4.º y 5.º del citado artículo 464, a casos no previstos en ellos en contra el espíritu de recuperación que informa el párrafo 2.º del mismo artículo como norma general».

La sentencia de 13 enero 1926, ante un supuesto de embargo y venta en pública subasta de un piano por deudas del arrendatario que lo detentaba, admite la reivindicación entablada por la arrendadora contra el adjudicatario. Según dice uno de los considerandos: «su dominio no cabía le fuese transmitido por quien carecía de él y porque habiendo sido ilegal por tal causa dicha transmisión y consiguiente desposesión de la verdadera dueña, era solamente ésta a quien, con arreglo al propio artículo 464, competía la reivindicación y, por ende, el derecho de retener a su libre disposición el repetido piano.»

La repetida sentencia de 19 junio 1945 reconoce la ilegalidad de la venta de una maquinaria hecha por el gerente de una comunidad sin poder suficiente para ello, pese a la buena fe con que adquirió la posesión la entidad compradora.

La sentencia de 14 noviembre 1950, ante un caso de disposición de fondos administrados por un pagador, declara que el artículo 464 «que confiere rango de título a la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe», como excepción deja a salvo el me-

(120) Notemos la paridad de la doctrina de esta Sentencia con el dictamen de CANCEER, que hemos referido en el texto correspondiente a la nota 48 de este trabajo.

por derecho del que ilegalmente hubiese sido privado de la cosa mueble» y aplica ampliamente a su supuesto el concepto de privación ilegal.

La fundamental y repetida sentencia de 1945 fundamenta su solución afirmando que a su favor «militan razonamientos de gran peso», que enumera y son los siguientes :

1.º «No debe pensarse que el ánimo del legislador fuera transcribir pura y simplemente el precepto del Código francés cuando la palabra *vol*, robo, de significado estricto, viene a ser sustituida por la de privación ilegal, mucho más amplia que aquélla.»

2.º «Tal interpretación es la más conforme con la inspiración romana, que es la de nuestro Derecho tradicional.»

3.º «La seguridad del tráfico queda salvaguardada con la vigencia de la legislación mercantil a que hace referencia el Código español.»

4.º «No puede decirse que el precepto resulta 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 sobre el que alega su dominio.»

5.º «El creciente valor alcanzado por los bienes muebles, que haría sumamente peligrosa la extensión de este principio en el sentido pretendido por el recurrente.»

6.º «El punto de vista ético, que exige no extremar las facilidades en sancionar la adquisición de la propiedad sin una transmisión de ésta por parte del que tiene derecho sobre ella.»

(C) *Especie o clase de posesión a la que se refiere el artículo 464.*

13. Reiteradamente el Tribunal Supremo viene declarando que la posesión equivalente al título, según el artículo 464, es la posesión en concepto de dueño, aunque el poseedor no tenga la tenencia material de la cosa. Consecuente y del mismo modo, refiere a dicha posesión en concepto de dueño, que puede no coincidir con la tenencia, la privación ilegal, de cuya prueba pende la reivindicación.

La sentencia de 17 abril 1917 afirmó que la posesión del artículo 464 no es la mera tenencia, pues no puede desconocerse la posesión obtenida por actos y formalidades legales que admite el artículo 438.

La sentencia de 20 junio 1955 aclara que «no hay que confundir la situación del *dominus*, que estando en posesión inmediata o material de la cosa la deposita o arrienda con ánimo dominical y sigue en su posesión mediata, con la muy diferente de la persona que no ha llegado a alcanzar la tenencia material».

La sentencia de 8 diciembre 1932 reiteró que los artículos 434, 448 y 464 descansan en el supuesto de la posesión, que no concu-

re en el administrador que posee «la habitación—donde se hallaba el cuadro en cuestión—*alieno nomine*—como administrador—y, por tanto, sin *animus domini*».

La sentencia de 25 mayo 1946 declara que la tenencia del embargado, que confesó tener los bienes cuestionados para su conservación y depósito, no es la posesión a que se refiere y ampara el artículo 464 del Código civil.

La sentencia de 3 marzo 1951 niega la aplicación de este precepto, incluso a efectos de prescripción ordinaria, a la adquirida «sin constar que al hacerlo no se tuviera la intención de restituirla» de los bienes muebles y semovientes, que al huir dejó el arrendatario fugitivo.

Pero, sobre todo, nos interesa insistir en subrayar las sentencias de 31 diciembre 1910 y 13 enero 1926, porque someten a un tercero, que de buena fe había adquirido de un tenedor—directamente en el primer caso y a través de embargo y subasta en el segundo—, a la reivindicación o tercería interpuestas contra él por el propietario, que poseía la cosa a título de dueño aunque no las tenía materialmente, y hacen jugar el apartado 2.º del artículo 464, § 1.º, a favor de este último.

Para la aplicación del artículo 464 no basta una posesión ambigua, según ha declarado el propio más alto Tribunal en sentencias 13 mayo 1911 y 18 noviembre 1926.

VI. NUESTRA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 464.

14. Una interpretación cuidadosa del artículo 464 requiere, ante todo, un correcto planteamiento de su tema.

El artículo 464 no se ocupa de los modos de adquirir. Su objeto no es la *adquisitio a non domino* ni la prescripción adquisitiva o usucapión.

Su tema es la reivindicación mobiliaria. Más exactamente, de lo que se ocupa es de los efectos de la posesión de bienes muebles en el ámbito de la reivindicación.

Está situado en el Capítulo que se ocupa de los efectos de la posesión y su texto alude reiteradamente a la reivindicación, sus límites y sus condiciones.

Incluso los que defienden la interpretación germanista del precepto deberán reconocer—si no han deformado su vista con construcciones dogmáticas ajenas al puro principio *Hand wahre Hand*—que en el Derecho germánico era la *irreivindicabilidad* de los muebles «no perdidos ni robados» lo que daba lugar, por rebote, a la adquisición *a non domino* del tercero de buena fe y no viceversa. La regla era más amplia y la adquisición del tercero era sólo una de sus posibles consecuencias.

Como hemos visto, la doctrina francesa sobre el artículo 2.279 del *Code* oscila teóricamente al aplicarlo desde la tesis de la pre-

sunción de dominio a la de la adquisición legal, pasando por la teoría de la regla de valor. Pero prácticamente hay acuerdo—concorde con la jurisprudencia—en que la regla *possession vaut titre* se aplica tanto a las relaciones *inter partes* como *erga omnes*, sin otra diferencia que en el primer caso pueden jugar las acciones personales para recuperar la cosa, y en el segundo sólo es posible recuperar la cosa reivindicándola si se puede probar su pérdida, robo o hurto. La adquisición de una cosa mueble por el poseedor no requiere otros presupuestos que la imposibilidad de otra persona de recuperarla o de reivindicarla.

La regla del 2.279 C. c. francés está dictada fundamentalmente para la reivindicación. Es una regla de valor: la posesión vale como título. El título *extricto sensu* no interesa, porque la posesión lo sustituye. Para reivindicar contra el poseedor sólo cabe, por lo tanto, atacar la posesión probando que el demandado no posee en concepto de titular o que carece de buena fe, o bien demostrar que el reivindicante fué poseedor y que perdió la cosa o le fué robada o hurtada.

El artículo 464 del Código civil español recoge este sistema de reivindicación, pero—como antes hemos comprobado—con la diferencia fundamental de que amplía las posibilidades de reivindicación al admitirla en todo supuesto en que se demuestre que el reivindicante fué privado ilegalmente de la cosa (121).

(121) En sentido contrario que el art. 464 C. c. español evolucionó, respecto al art. 2.279 francés, el art. 707 del *Codice* italiano de 1865, que fué orientado como ley de terceros, al determinar que la posesión de bienes muebles por naturaleza o de títulos al portador «produce a favor de los terceros de buena fe el mismo efecto del título». Esa dirección se acentúa en el artículo 1.153 del *Codice* de 1942. Según el § 1.º del mismo: «Aquel al cual se enajenan bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión, con tal de que tenga buena fe en el momento de la entrega y subsista un título idóneo para el trasferimento de la propiedad.»

Algunos autores—como v. gr., FERRARA (junior) (*L'ipoteca mobiliare*, Roma, 1932, págs. 78 y ss.); CARNELUTTI (*Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, pág. 174), y BETTI (*Teoria general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho español por A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, s. f., págs. 24, 180 y ss.)—han llegado en su explicación teórica del precepto italiano a los más puros principios de la teoría de la apariencia. A juicio de los mismos, significa el reconocimiento de la posesión como apariencia de derecho suficiente para engendrar la creencia de buena fe en el tercer adquirente.

Pero, como—siguiendo a Coviello, N. y a Stolfi—ha demostrado Mengoni (*L'acquisto «a non dominos»*, Milán, 1949, núm. 161 y ss., págs. 134 y 69.), la apariencia de derecho en el Código italiano no es un atributo de la posesión de bienes muebles; ni estructural ni funcional. La transmisión del dominio se verifica—conforme al art. 1.376—por el mero consentimiento sin necesidad, por lo tanto, de la entrega material de la cosa ni de que el enajenante la posea en el instante de la transmisión. La posesión del transmitente no se considera en el precepto como un requisito de la adquisición *a non domino*. En cambio, es para ella necesaria la posesión del adquirente, que no es purificado en cuanto adquirente de buena fe, sino en cuanto poseedor de buena fe. La buena fe, consecuentemente con esa doctrina, no es exigida con referencia al momento de la estipulación, sino en el instante del inicio de la pose-

Un dato netamente diferencial separa la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria en el modo de probarlas a efectos de su reivindicación.

La reivindicación de bienes inmuebles debe apoyarse en títulos de dominio. Hay que justificar la adquisición dominical. Demostrada ésta y no desvirtuada—con la prueba de su nulidad o de su revocación—el éxito del vindicante sólo cede ante la prueba por otra persona de su título suficiente posterior derivado de aquél, es decir, de su adquisición ulterior (122), o de otro título que, conforme las reglas del artículo 1.473, §§ 1.º y 2.º del Código civil, deba ser preferente.

En cambio, en la propiedad mobiliaria la justificación del dominio no se hace por su anverso—como tratándose de inmuebles—, sino por su reverso.

En ella no es a través de la presentación o demostración de títulos adquisitivos, como se puede probar la titularidad de la cosa que se quiere recuperar, sino acreditando la posesión en concepto de dueño de dicha cosa y probando la pérdida o la privación ilegal de la misma (123).

La explicación de esa diversidad se halla principalmente: en la circunstancia de ser normal la clandestinidad en las transmisiones mobiliarias. La adquisición de los bienes muebles es muy difícil de probar. Por eso el Derecho debe atender especial y principalmente, tratándose de estos bienes, a la presunción dominical que acompaña a la posesión. La prueba de la adquisición del dominio de la cosa mueble, aunque resultara posible, no nos garantizaría la probabilidad de que posteriormente no se hubiera operado otra transmisión del mismo bien con la normal clandestinidad. Eso justifica que la prueba de su dominio no se apoye en el título adquisitivo.

La posición defensiva del demandado descansa en su posesión, tanto tratándose de bienes inmuebles como de los muebles, con la diferencia—que luego precisaremos—de que mientras con la de

sión. Por ello, para MENGONI, la adquisición *a non domino* se apoya en la posesión del que adquiere y no en la del transferente.

Por otra parte, el vigente artículo 1.153 del *Codice* ha suprimido la reivindicabilidad de las cosas perdidas o hurtadas que no escapan a la regla general de la adquisición por el poseedor de buena fe. Apartándose, también en eso, del Código francés en sentido opuesto al de nuestro 464 (las razones de la exclusión en esas causas de reivindicación pueden verse expuestas por BARASSI, *Diritti Reali e Possesso*, II, *Il possesso*, núm. 236, pág. 463).

(122) ANTONIO M. BORRELL Y SOLER. *El dominio según el Código civil español* (Barcelona, 1948), págs. 518 *in fine* y ss., y, especialmente, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 193 (extraordinario 1953), págs. 263 y ss.

(123) Según CASTÁN (*Derecho civil español común y foral*, t. II, 7.ª ed., Madrid, 1950, pág. 120), para reivindicar una cosa mueble basta probar: «1.º Que la posesión de la misma se adquirió de buena fe. 2.º Que el poseedor la perdió o fué privado de ella ilegalmente.» Pero—como luego veremos—no hace falta probar la adquisición de la posesión, sino el hecho de ésta, ni la buena fe que se presume, salvo prueba en contrario.

aquéllos *se presume* el título, la de éstos *equivale* al mismo. En cambio, la posición del demandante debe cabalgar en la prueba de su adquisición legítima si trata de reivindicar inmuebles, o en la demostración de su pérdida o de su privación ilegal si quiere reivindicar bienes muebles.

Esta diferencia fundamental debemos tenerla muy presente si no queremos perdernos al buscar la clave del discutido artículo 464 de nuestro Código civil.

15. Pero para precisar el alcance del artículo 464 conviene compararlo a otros dos artículos con los que se ha pretendido confundirlo y con los cuales se ha dicho que resultaría redundante de no interpretarlo en uno u otro sentido. Nos referimos a los artículos 448 y 1.955, respecto los cuales nos interesa fijar la exacta posición del artículo 464.

A) El artículo 448 del Código civil dice que: «*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo.*» A través de esa presunción de justo título el Código civil presume el dominio en todo poseedor. Salvo prueba en contrario, para la cual no es necesario acudir a la vía negativa del artículo 1.251 Código civil, sino que es suficiente la prueba positiva de otro título del actor que sea preferente al del poseedor, v. gr., en virtud del artículo 1.473 C. c. Si esa presunción de título no juega cuando el poseedor trata de usucapir, es precisamente porque no puede presumirse el dominio con carácter previo en quien lo desmiente o, por lo menos pone en duda con su acción de usucapir. El artículo 1.954, por eso, resulta perfectamente congruente con el 448, al exigir que quien trate de ejercitar la usucapión ordinaria deba probar su justo título.

El artículo 464, en el apartado 1.º del § 1.º, sienta algo más que una mera presunción de título. Hace *equivalente* la posesión al título. En la expresión de esa *equivalencia* se han detenido varios autores para sacar diversas consecuencias.

Hemos visto que en Francia la había subrayado Laurent (124) para combatir la tesis jurisprudencial de la presunción de dominio. En España, Sánchez Román (125) y Manresa (126), según también vimos, se fijan en ella para decir que la posesión de buena fe de bienes muebles *equivale* al título.

De otro modo, Gómez Acebedo (127) sostiene que dicha posesión «sustituye en el mecanismo adquisitivo al título», de lo cual deduce que: «si el dominio se adquiere en el mecanismo de las adquisiciones traslativas como «consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» (art. 609), y en este caso la entrega ha tenido ya lugar, puesto que el artículo 464 presupone la posesión en el ad-

(124) Ver texto correspondiente a las notas 65 y 55 de este trabajo.

(125) Ver texto correspondiente a la nota 14 de este trabajo.

(126) Ver la nota 15 de este trabajo y su texto correspondiente.

(127) GÓMEZ ACEBEDO, loc. cit., pág. 216.

quirente, faltando, por tanto, sólo el título (el contrato), y si éste equivale a la *possessio* es indudable que al adquirente de dicha *possessio* debe reconocérsele el dominio.»

Esta tesis expuesta nos parece desenfocada en su planteamiento.

La equivalencia al título no excluye ni sustituye, sino que refuerza la presunción de dominio como luego veremos.

Y la palabra título en el artículo 464 no tiene idéntico significado que en la teoría del título y el modo, sino precisamente el mismo que en la doctrina de la reivindicación.

Jurídicamente la palabra título (128) puede significar: *a*), el fundamento jurídico de un derecho; *b*), *causa traditionis et usucapionis*, y *c*), documento justificativo de una u otra o de cualquier derecho (129).

En la actual teoría del título y el modo—así como para la usucapión (art. 1.952)—el título corresponde a la *causa traditionis* (art. 609, § 2.º), es decir, a «ciertos contratos» que «mediante la tradición» justifican que con ésta se transmita el dominio.

Para la reivindicación, en cambio, título equivale a la *justificación de la adquisición*. No es suficiente probar la *iusta causa traditionis*. Como declaró la Sentencia de 26 de marzo de 1920, no basta presentar el contrato de compraventa, sino que es necesario justificar que medió la tradición de la cosa vendida. Hay que probar, pues, la *adquisición*, que basta aún en los casos en que aquélla no vaya precedida de la *iusta causa traditionis*, por no ser necesaria (v. gr. en la adquisición por ocupación o por usucapión extraordinaria, etc.). *Título de dominio* a efectos de la reivindicación equivale a justificación dominical, como dijo la Sentencia de 4 de diciembre de 1931.

En el artículo 464, siendo su tema la reivindicación, título significa tanto como justificación de la adquisición de una cosa.

Pero, notémoslo bien, justificar la adquisición de una cosa no equivale a demostrar su dominio actual. Así, v. gr., tratándose de bienes inmuebles, a quien prueba un título puede oponérsele otro título posterior, que derivado de aquél signifique su cancelación, o bien puede enervársele demostrando sus vicios, su origen derivado

(128) Sobre el significado de la palabra título puede consultarse: ALVARO D'ORS, *Titulus*, en «An. Historia del Der. Esp.», t. XXIII (1953), págs. 495 y ss., y *Una selección sobre la «causa»*, núms. 4 y 5. en «De la guerra y de la paz» (Madrid, 1954), págs. 162 y ss. En el trabajo de URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición* (Madrid, 1945), puede verse la distinción entre causa o título de la tradición y causa o título de la adquisición (págs. 37 y ss.). No obstante, en ninguna de estas obras se agotan los significados jurídicos del título. La aplicación de su equivalencia a fundamento o justificación previa puede ofrecer y determinar varias facetas, según el supuesto jurídico al que se refiera.

(129) Como ha escrito SAVATIER (op. y vol. cit., núm. 700, pág. 362), ocupándose del artículo 2.279 del Code, la palabra título puede significar el acto instrumental, la prueba de un derecho o la causa de ese derecho.

de quien no podía disponer de la cosa, o la preferencia de otro título conforme los §§ 2.º y 3.º del artículo 1.473 del C. c.

Relacionando los dos apartados del § 1.º del artículo 464 se comprueba que la equivalencia de la posesión al título no tiene carácter alternativo sino exclusivo. Es decir, la posesión como equivalente al título, no sólo no puede ser enervada por otro título propiamente dicho, tratándose de reivindicar bienes muebles, sino que ni siquiera la prueba del título tiene valor alguno (si no es como dato para apreciar el concepto posesorio o la buena o mala fe inicial). En materia de muebles la posesión es la base de la justificación del dominio, del mismo modo que en la prueba de los títulos propiamente dichos reposa la justificación de la propiedad de los inmuebles. Y, si en estos bienes para enervar el título en que el poseedor fundamenta su derecho, es necesario que el reivindicante, previamente a probar su título, obtenga—aunque sea en el mismo juicio—la declaración de nulidad del de aquél; tratándose de bienes muebles, para enervar la equivalencia al título de la posesión del demandado, el reivindicante debe probar que perdió la cosa o que fué privado de ella ilegalmente, o bien, demostrar que realmente es él quien civilmente posee frente a la posesión material del demandado o que faltan a éste los presupuestos necesarios para dicha equivalencia, según luego veremos.

En el artículo 448 hay una presunción de dominio apoyada en una presunción *iuris tantum* de título. En el artículo 464, hay también una presunción de dominio, pero fundada en la equivalencia de la posesión de bienes muebles al título (130). Por eso, mientras la primera presunción puede desvirtuarse probando la nulidad o la ineficiencia absoluta o relativa de aquel título o presentando el reivindicante el suyo preferente, en cambio, la segunda sólo cede si se demuestra la pérdida o la privación ilegal de una posesión anterior en concepto de dueño (131).

(130) La equivalencia de la posesión al título es una regla de valor directamente dispuesta por la ley. Por eso no es de la libre apreciación del juzgador y queda fuera del campo de la prueba que sólo podrá referirse al examen de si se dan, en el caso en cuestión, los presupuestos necesarios para la aplicación de tal regla de valor y a la comprobación, en su caso, de si hay lugar a las excepciones legalmente valoradas como tales (ver, sobre la diferencia de valoración legal y prueba, NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, núm. 21, pág. 40 y núm. 31, pág. 54). La presunción fundada en una regla de valor no admitirá otra prueba en contrario que la demostración de que dicha regla de valor ha sido enervada por un hecho legalmente valorado como suficiente para destruirla.

(131) De ese modo, para los bienes muebles, el Código rescuita, a través de tres reglas de valor, explícitas o implícitas en los dos apartados del § 1 del artículo 464, tres presunciones de dominio semejantes a las viejas presunciones placentinas, pero invirtiendo la preferencia de la segunda y la tercera. Según las reglas sentadas por Placentino de Montpellier (ver HEDEMANN, op. cit., párrafo 16, pág. 87): a) Partiendo de la posesión se presumía la propiedad; b), entre dos posesiones se prefería la antigua a la actual; c), pero si el poseedor actual probaba la desposesión voluntaria del poseedor antiguo, la presunción favorecía a la posesión actual. En cambio, conforme al artículo 464, en mate-

La función del título documental en la reivindicación mobiliaria se limita a servir como medio de prueba del concepto posesorio, tanto de quien materialmente tenga la cosa, como de quien la posea en concepto de dueño sin detentarla físicamente, y a ser el punto de referencia de la prueba de la mala fe del poseedor.

16. B) El artículo 1.955, en su § 1.º, dice que: "*El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años de buena fe*".

Hemos visto que unos autores alegaron este precepto para justificar que en el artículo 464 no se daba lugar a adquisición *a non domino* alguna. Mientras otros autores—según igualmente vimos—han afirmado que el artículo 464 es ley de terceros y que el artículo 1.955 sería aplicable siempre a las relaciones *inter partes* y sólo respecto a tercero tratándose de cosas perdidas, hurtadas y robadas; así como el artículo 1.956 se aplica a las relaciones *inter partes* (del delito) con referencia a las cosas robadas o hurtadas.

Según nuestro punto de vista, ambos preceptos—464 y 1.955—son perfectamente compatibles.

El artículo 464 se refleja en el 1.955 en cuanto éste no expresa el requisito del justo título para la usucapión ordinaria de bienes muebles, a diferencia de lo que ocurre en la usucapión ordinaria de bienes inmuebles. Puesto que en materia de muebles la posesión de buena fe equivale al justo título, esta equivalencia por sí sola llena el requisito del justo título, necesario en todo caso—conforme al artículo 1.940 (132)—para la usucapión ordinaria.

Pero el artículo 1.955 podrá tener ocasión de entrar en juego cuando se pretenda hacer actuar el apartado 2.º del artículo 464, § 1.º, después de transcurrido el plazo previsto en el artículo 1.955, párrafo primero.

Nos explicaremos: Según el artículo 464, la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título. Por ello, el poseedor, cuya buena fe se presume, no necesita apoyarse en la prescripción ordinaria ni en la extraordinaria para rechazar la vindicación de la cosa poseída si no es en el caso de que alguien quiera

ria de muebles: a) Se presume el dominio en el poseedor; b), entre una posesión anterior y la actual se presume que el dominio corresponde al poseedor actual; c), pero la presunción se invierte si el poseedor antiguo prueba haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente. La diferencia entre uno y otro sistema estaba—aparte del carácter general de las presunciones placentinas y la limitación a los muebles del art. 464—en que en aquellas el actual poseedor, para anteponer a su favor la presunción, debía probar la desposesión voluntaria del antiguo, mientras en el régimen del artículo 464 el poseedor antiguo es quien debe probar que ha sido privado ilegalmente de la cosa para que la presunción le favorezca a él y no al poseedor actual.

(132) Según declara en su tercer considerando la sentencia de 3 de marzo de 1951, la prescripción adquisitiva ordinaria «y de esta clase es la que establece en su párrafo primero el artículo 1.955 del Código civil, requiere, además de la buena fe y del transcurso del tiempo que la ley señala, el justo título que como necesario exige el artículo 1.940 del mismo Código». Doctrina que confirma la sentencia de 23 de octubre de 1954.

reivindicar alegando haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente. En esta hipótesis es cuando el poseedor necesitará recurrir al artículo 1.955, si se dan sus supuestos.

La equivalencia de la posesión al título del artículo 464 cede a efectos de la contienda reivindicatoria ante la prueba de la pérdida o de la privación ilegal. Pero si el poseedor de la cosa perdida por el reivindicante o de la que éste fué privado ilegalmente, consigue probar un justo título posterior podrá justificar su adquisición por usucapión ordinaria con tres años de posesión, que conforme al artículo 1.955, § 1.º, da lugar a la adquisición dominical en plazo más breve que el de la usucapión extraordinaria.

Si no justifica ese justo título—que necesita probar para la usucapión ordinaria al fallar la equivalencia al mismo de su posesión—sólo podrá adquirir la propiedad por usucapión mediante seis años de posesión, es decir, por la prescripción extraordinaria de bienes muebles conforme al § 2.º del artículo 1.955.

De todo lo expuesto resulta que nuestra tesis es íntegramente respetuosa con la doctrina del Tribunal Supremo y que coincide fundamentalmente con las posiciones doctrinales que podemos llamar intermedias: es decir, las de Manresa, Valverde y Bonet.

VII. EXAMEN TELEOLÓGICO DEL PROBLEMA PLANTEADO.

17. Expuesta la regla y antes de analizar sus presupuestos y estudiar sus efectos y excepciones, creemos conveniente hacer un breve examen teleológico de la cuestión.

Sin duda su base se halla en la realidad de la dinámica jurídica en materia mobiliaria. Como ya lo expuso Bonet (133), «porque generalmente en la contratación de bienes muebles pocas veces median títulos y casi siempre depende su tradición y su contratación de lo que verbalmente se estipulase.» Por lo tanto, la prueba del dominio de los bienes inmuebles no se puede apoyar en la titulación documental, ni siquiera en la prueba de una adquisición a la que pudo haber seguido una enajenación meramente traditoria y oral, sino que ha de fundamentarse en la posesión actual o en la posesión perdida sin causa alguna que justifique dicha pérdida. No la justifican: la pérdida propiamente dicha, ni la privación ilegal en sentido más o menos lato.

Pero los autores que han defendido la tesis de la adquisición *a non domino*, hablan además de la protección del comercio jurídico de bienes muebles; de que en estos la seguridad dinámica debe imponerse a la seguridad estática y salvaguardar ante todo a los terceros adquirentes de buena fe. Se añade que, mientras éstos han confiado en una apariencia de titularidad legalmente reconocida, el anterior propietario que no perdió la cosa, ni le fué robada o hur-

(133) LEÓN BONET Y SÁNCHEZ. *Código civil español*, t. II (Barcelona, 1890). art. 464, pág. 455.

tada, debe sufrir las consecuencias del abuso que de su confianza hicieron aquellos en quienes confió dando lugar a la creación de una apariencia, engañosa para terceros al permitirles detentar la cosa (134).

El conflicto de intereses lo plantean en estos términos: Frente a frente aparecen: a) *Tertius*, adquirente de buena fe, y *primus*, que otorgó su confianza a *secundus*, al que entregó la cosa de que éste dispuso abusando de aquella confianza; b) o bien, este mismo tercer adquirente *bonae fidei* y el propietario desposeído de la cosa por haberla perdido o haber sufrido su robo o hurto. En el primer caso, consideran que *primus* debe sufrir las consecuencias de su exceso de confianza. En el segundo, al no existir ese exceso de confianza, sacrifican al tercer adquirente, pese a que su buena fe puede ser la misma habida en el primer caso.

Esto, por sí solo, demuestra que la solución propugnada en perjuicio de la seguridad estática tampoco ofrece una seguridad dinámica plena. Todo tercer adquirente puede temer que se invalide su adquisición en caso de que su objeto resulte haber sido una cosa mueble perdida, robada o hurtada. Pérdida, robo o hurto que pudieron haber precedido a una o varias transmisiones regularmente consumadas en el intermedio de aquellos hechos y la adquisición del tercero de buena fe. La fórmula no es, pues, suficiente para la seguridad del comercio; por eso las soluciones del Derecho mercantil son más radicales, como luego veremos.

Por otra parte, donde el interés genérico del comercio no exija una solución más radical, la pugna entre el tercer adquirente de buena fe y el propietario de cuya confianza abusó la persona a quien éste entregó la detentación de la cosa mueble transmitida a aquél debe replantearse más imparcialmente. Buena fe tuvo *tertius*, pero tampoco *primus* dejó de tenerla. *Primus* confió en *secundus*, pero también en éste confió *tertius*. ¿Por qué se invoca sólo la buena fe de éste y únicamente se imputa a aquél su confianza defraudada? No se diga que es en virtud de la apariencia legitimadora de la posesión equivalente a título, porque esta virtud sólo se otorga a la posesión en concepto de dueño o titular adquirida de buena fe; y la mera tenencia de una cosa no garantiza el concepto en que se la posee. Además la apariencia posesoria extrínseca de quien detenta una cosa no es distinta en las cosas anteriormente perdidas, robadas o hurtadas.

No creemos que sea lícito generalizar más allá de sus límites reales el argumento de la necesidad de proteger el comercio jurídico mobiliario. ¿Qué trascendencia para el comercio jurídico tiene el riesgo que lleva consigo la compra de objetos de segunda mano a personas que profesionalmente no se dediquen a su venta?

Como dijo en uno de sus considerandos la sentencia de 19 de

(134) Ver HERNÁNDEZ GIL (Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945, en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 182, cit., pág. 401), que insistió en estos argumentos.

junio de 1945, «la seguridad del tráfico queda salvada con la vigencia de la legislación mercantil a que hace referencia el Código español». Si se juzga que no es suficientemente amplia la extensión del ámbito de aplicación de los artículos 85 y 545 del Código de comercio (135), el problema debe resolverse en el campo del Derecho mercantil, sin que haya por qué generalizarlo en el artículo 464 del Código civil, de mayor ámbito y que sale fuera del terreno del comercio propiamente dicho, pues abarca toda la reivindicación mobiliaria no regida por normas específicas.

Jurídicamente carece de lógica la adquisición de quien no es dueño. Se trata de un *contrasentido* o de un *milagro* que no debe prodigarse sin que lo justifiquen poderosísimas razones metajurídicas.

Cuando falta una razón objetiva de interés general suficiente para justificar en pro de la seguridad dinámica la expropiación de su derecho al propietario, no sólo la seguridad jurídica estática, sino incluso—como ha dicho la sentencia de 19 de junio de 1945—el punto de vista ético exige «no extremar las facilidades en sancionar la adquisición de la propiedad sin una transmisión de ésta por parte del que tiene derecho a ella».

Tampoco nos parece que pueda alegarse paralelismo alguno entre el artículo 464 del Código civil y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (136). El régimen inmobiliario registral se apoya en títulos que el Registro publica adecuadamente garantizados por el principio de legalidad y con toda la genealogía que justifica su origen. En cambio, la tenencia de los bienes muebles no es un dato suficiente—en especial por la dificultad de distinguir debidamente la posesión civil de la meramente material—para crear una apariencia de derecho que legitime al adquirente.

VIII. PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 464, § 1.º, APARTADO 1.º

18. El artículo 464, § 1.º, apartado 1.º, presupone los siguientes requisitos en el poseedor para la aplicación de su regla:

1.º *Poseción en concepto de dueño o de titular.*

Aunque literalmente el artículo 464 no precisa el concepto en que debe poseerse para la aplicación de su norma, sin duda que de su mismo contexto se deduce que debe tratarse de una posesión en concepto de dueño o de titular (137). Así resulta de la

(135) Así parecen entenderlo ANGEL SANZ (op. cit., pág. 153, nota 1) y HERNÁNDEZ GIL (Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945, loc. cit., págs. 396 y ss.).

(136) HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 401), así lo alega.

(137) Decimos en concepto de titular, porque estimamos que el artículo 464 ampara, dentro de su respectivo ámbito, toda posesión en concepto de titular, sea de dueño, usufructuario, arrendatario, depositario, etc.

propia exigencia de la buena fe en su adquisición. ¿Cómo puede equivaler al título de dominio una posesión adquirida de buena fe en concepto de arrendatario si en caso de interversión del concepto posesorio esta misma inversión implicaría la mala fe del poseedor que la pretendiera? Con mayor motivo no podrá aplicarse a la posesión violenta, clandestina y precaria tanto más cuanto que—según el artículo 444—, «*Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión*».

El Tribunal Supremo, como antes hemos visto, exige que la posesión sea en concepto de dueño y no estima suficiente la simple tenencia. Por tanto, como explícitamente hemos visto reconocido por la propia Jurisprudencia, en caso de corresponder a una persona la posesión en concepto de dueño y a otra la tenencia o la posesión en otro concepto distinto, es a aquélla a quien, a efectos reivindicatorios o de tercería de dominio protege el artículo 464 (138).

El artículo 449 puede servir para determinar la persona del poseedor a efectos del artículo 464, al considerar que: «*La posesión de una cosa rati supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella mientras no conste o se acredite que deban ser excluidos.*» La sentencia de 13 de mayo de 1911 precisa que esa presunción favorece al cabeza de familia y no a las personas que habiten con él, mientras por otros medios no se demuestre otra cosa (139).

2.º *Que esa posesión se refiera a bienes muebles no sometidos a régimen jurídico distinto.*

El § 1.º del artículo 464 habla sin distinción de los bienes muebles. No obstante, la aplicación expresa de un régimen dominical diferente, apoyada en registros jurídicos o en títulos, debe entenderse que excluye implícitamente el régimen de justificación dominical que resulta del artículo 464. Lleva a este resultado la incompatibilidad entre uno y otro régimen, unido al carácter gené-

(138) En este punto se destaca otra diferencia entre el régimen del 2.279 francés y nuestro 464.

La jurisprudencia y la doctrina francesa para aplicar el principio del artículo 2.279 requieren posesión en concepto de dueño, pero además exigen que esa posesión de la cosa sea material. No basta la posesión indirecta, la simbólica ni el constituto posesorio; pero se considera suficiente la entrega de las llaves o la colocación de una marca que manifieste la posesión (ver PLANIOL, RIPERT y PICARD, op. y vol. cit., núm. 376, págs. 372 y ss.).

En nuestro Derecho, en cambio, según la Jurisprudencia que antes hemos repasado, basta que se pruebe la posesión en concepto de dueño, bien vaya unida o separada de la detentación física de la cosa, para que pueda entrar en juego la regla del ap. 1, § 1, art. 464. Criterio acorde, sin duda, con la concepción de la posesión que resulta de los artículos 430 a 432 del C. c.

(139) La jurisprudencia francesa muchas veces ha considerado como equivoca la posesión en caso de cohabitación (ver PLANIOL, RIPERT, PICARD, op. y vol. cit. núm. 377, pág. 375).

rico del artículo 464, que presupone su exclusión en los casos en que singularmente se señale otro sistema para determinados bienes.

Por tanto, en los buques, las aeronaves, la propiedad intelectual e industrial, las reglas del artículo 464 deberán ceder ante la titulación suficiente y la inscripción.

También en los créditos serán los títulos representativos y acreditativos de los mismos o de sus cesiones, verificadas con los requisitos correspondientes, los justificantes de la titularidad (artículos 1.162, 1.526, 1.527 del Código civil, 150 de la Ley Hipotecaria, 461 y ss., 545 del Código de comercio). Aunque en ciertos casos los efectos del artículo 464 pueden trasladarse a la posesión del título, no desmentida por el contenido literal del mismo (140).

3.º *Que haya sido adquirida de buena fe.*

La adquisición de la posesión—como ha reiterado la sentencia de 20 de junio de 1955—precisa «un acto material o simbólico». Y para que se reputé de buena fe será necesario—conforme al concepto del artículo 433—que el poseedor *ignore que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide* (141).

Pero este presupuesto del artículo 464 se presume *iuris tantum*, por aplicación del artículo 434: «*La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.*» Por ello puede decirse que, en realidad, este presupuesto de la aplicación del artículo 464 queda cumplido con tal de que no se pruebe que el poseedor se posesionó de mala fe.

La expresión «*adquirido de buena fe*» ha inducido a algunos autores a interpretar en otro sentido ese requisito. Núñez Lagos (142) observó que el artículo 464 emplea esta expresión que no utiliza el Código francés. Por eso tal vez entendió que en nuestro Derecho ese requisito, «olvidado por los autores españoles de esta materia», era presupuesto necesario de la aplicación de la norma estudiada. Gómez Acebo (143) interpreta el artículo 464, en relación con el 433, en el sentido de que «la posesión, para ser de buena fe, debe estar amparada por un título traslativo seguido de entrega de la cosa». Conclusión a la que llega por estimar que la expresión «*modo de adquirir*» empleada en el artículo 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*

(140) En Francia la regla «en fait de meubles possession vaut titre», sólo se aplica a los muebles corporales. No comprende, por tanto, los muebles incorporeales (créditos, efectos de comercio) ni los *fonds de commerce*, ni las universalidades de bienes muebles (ver PLANIOL, RIPERT, PICARD, op. y vol. cits., núm. 370, pág. 367).

(141) De la buena fe y sus efectos en la materia de que tratamos ya nos ocupamos en nuestro citado comentario jurisprudencial («An. Der. Civ.», V-IV), notas 5 y ss. (págs. 1479 y ss.).

(142) NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento...*, núm. 39, nota 26, pág. 80 y página 77.

(143) GÓMEZ ACEBO, op. y loc. cits., pág. 217

que lo invalide» del artículo 433 no tiene sentido referida a negocios no traslativos y no basados por ello en la voluntad (144).

Sin duda ambos razonamientos salen fuera de la base que los artículos 464 y 433 ofrecen. La verdadera razón de que estos queridos compañeros llegaran a sostener esa exigencia radica en el prejuicio dogmático de que partían al interpretar el § 1.º del artículo 464.

El artículo 464 no da base alguna para exigir que la buena fe requerida en el mismo se apoye en un título traslativo. El verbo *adquirir* tiene un sentido mucho más amplio.

En el artículo 433 la disyuntiva «o» separa «modo» y «título». Luego nada obsta a que por vicio invalidante se entienda todo defecto por el que resulte ineficaz el modo o el título para producir la adquisición de la cosa poseída. Ni a que el vicio invalidante pueda también 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) (145).

El artículo 1.950 del Código civil ni siquiera puede ser alegado, porque se refiere específicamente a la usucapión, a diferencia de la generalidad que tiene el concepto del artículo 433.

En realidad, a la expresión «*adquirir de buena fe*» no puede dársele mayor significación—si es que cabe—que la de hacer aplicación específica a ese caso de la regla «*mala fides superveniens*

(144) GÓMEZ ACEBO, op. y loc. cit., pág. 208.

(145) La referencia exclusiva del vicio invalidante—aludido en el artículo 433—a un negocio traslativo y basado en la voluntad, que pretendió sostener GÓMEZ ACEBO, la criticamos en nuestra referida nota jurisprudencial («An. Dir. Civ.» cit., págs. 1.485 y sig.)

Transcribimos: «¿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 *accessio* o por *occupatio*, 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 oyendo 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 aledaños 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 recusable.»

«El «vicio que lo invalide» 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?»

non nocet», frente a la norma general contraria del artículo 435: «La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente». De tal modo, esa demostración sería suficiente para que, en caso de que el actor lograra reivindicar, se considerase de mala fe la posesión del demandado a efectos de la percepción de frutos, abono de impensas, responsabilidad por deterioro o pérdida desde el momento en que cesó la ignorancia. Pero sin resultar bastante para liberar al reivindicante de la necesidad de probar la pérdida o su privación ilegal de la cosa para que prospere su acción.

La sentencia de 3 de marzo de 1951, en uno de sus considerandos, desliza una frase que aisladamente entendida podría esgrimirse en pro de la tesis de que el título traslativo es necesario como apoyo para la aplicación del artículo 464. En efecto, explica que: «habiéndose hecho cargo don R. D. de los muebles y semovientes que al huir don E. V. dejó en la finca de que era arrendatario, sin que mediara tradición traslativa ni título ... y sin constar que al hacerlo no tuviera intención de restituirlos, la posesión que así obtuvo fué meramente material...».

A Peña (146) no le parece claro si esta sentencia «entiende necesaria la preexistencia de este título (traslativo) o se refiere a que la posesión ha de adquirirse en concepto de dueño». A su juicio, del considerando tercero «parece desprenderse más bien que entiende necesaria aquella preexistencia de título». Pero se inclina por la interpretación contraria, porque con aquélla resultaría una especie de círculo vicioso puesto que para que la posesión equivaliera a título sería necesario que existiera el título traslativo. Es decir, llegaríamos a un *circuitus inutilis*. Por eso, pregunta en la siguiente página: «¿Podría resolverse este círculo vicioso entendiendo que no es necesaria la preexistencia del título, sino que basta la creencia por parte del adquirente en que el título existía?» Apoyándose en el artículo 433, concluye que el adquirente goza de la ventaja del título sin necesidad de probarlo.

A juicio nuestro, la sentencia de 3 de marzo de 1951, en el considerando referido, no plantea la necesidad del título traslativo a los efectos del artículo 464. Para cerciorarse de ello basta leer lo que dicen las líneas del propio considerando que anteceden a las palabras transcritas y comprobar que la doctrina que trata de aplicar al caso discutido es la de que la posesión que equivale a título, según el artículo 464, ha de entenderse a título de dueño (es decir, en concepto de dueño). Desde este punto de vista, lo que plantea el fragmento del considerando antes transcrito es el siguiente dilema: como no hubo tradición traslativa a título de dueño, resulta que el poseedor o bien no poseía en concepto de dueño o, de lo contrario, no pudo ser de buena fe, pues conocía su caren-

(146) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1851*, en «An. Der. Civ.», V-1, pág. 356 y nota 18.

cia de derecho (aparte que, a mayor abundamiento, en este caso hubiera incidido en un caso de privación ilegal comprendido en el apartado segundo del artículo 464, § 1.º).

Sobre el requisito de la buena fe, exigido en este artículo, insiste el Tribunal Supremo en las sentencias de 8 de octubre de 1929 y 25 de mayo de 1946.

La sentencia de 8 de octubre de 1929 aprecia simulación en la existencia de la sociedad poseedora y mala fe. La de 25 de mayo de 1946 involucra la ausencia de buena fe con la carencia de *animus domini* en el poseedor, al decir que el artículo 464 se refiere a la posesión adquirida de buena fe, «es decir, en la que conforme al artículo 433... se reputa al que ignora que en su título o modo de adquirir existía vicio que lo invalidase, y ello no puede darse en quien sabe y declara en todo momento que no las ha adquirido y que posee por cuenta y a nombre de otro». (Olvida este fallo que puede adquirirse la posesión a título distinto del de dueño—v. gr.: de arrendatario—y también de buena fe—que legitimará su percepción de frutos y podrá producir otros efectos—, y que si esta posesión no llega a producir los efectos del 464 del Código civil, con referencia a la reivindicación del dominio, será porque el concepto posesorio es otro y, por tanto, el título a que la posesión equivale—incluso a los efectos del 464—también es otro distinto que el de dueño.)

La sentencia de 20 de junio de 1955 declara que la buena fe no puede escudarse en la ignorancia del derecho.

IX. LA REIVINDICACIÓN MOBILIARIA SEGÚN EL APARTADO 2.º § 1.º DEL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL

19. La reivindicación mobiliaria debe apoyarse en la posesión del mismo modo que se escuda en ella la defensa del dominio de esta clase de bienes. Pero así como ésta se parapeta en una posesión actual, aquélla debe arrancar de otra posesión, ya sea actual y contraria—preferente (art. 445) o latente (art. 460, núm. 4)—o bien anterior, aunque igualmente en concepto de dueño. Cómo puede ser enervado el valor que como título tiene la posesión declinándolo en favor de esa posesión perdida, resulta del mismo artículo 464, § 1. Cabe atacar los presupuestos de la regla general o bien demostrar que se dan los supuestos de alguna de sus excepciones. Así es posible por:

I. Demostración de la falta de alguno de los presupuestos del apartado 1.º, § 1, artículo 464:

1.º Por no poseer el demandado en concepto de dueño, sino en el de tenedor del reivindicante o ser su posesión viciosa.

2.º Por prueba de que el poseedor actual carecía de buena fe al adquirir la posesión, es decir, mediante la demostración de que la adquirió con conocimiento de que pertenecía al demandante.

II. Demostración de la concurrencia de cualquiera de las dos excepciones a la regla general que se reconocen en el apartado 2 del mismo § 1, artículo 464, a saber:

- 1.º La pérdida de la cosa por el reivindicante.
- 2.º La privación ilegal sufrida por el mismo.

De lo expuesto derivan cuatro medios de ofensiva para reivindicar eficazmente una cosa mueble. A saber:

a) El poseedor en concepto de dueño que carezca de la tenencia de la cosa puede recuperarla en juicio petitorio demostrando el carácter de su posesión y que el tenedor de la cosa no la posee en aquel concepto, sino que, conforme al artículo 463 del Código civil, es un mero detentador. Así resulta de la sentencia de 25 mayo 1946, que admite la tercería del poseedor en concepto de dueño respecto de unos bienes que el embargado tenía para su reparación o depósito por cuenta del tercerista.

También podrá obtener petitoriamente el mismo éxito que posesoriamente en el supuesto de lograr la prueba de la posesión propia latente, mientras el nuevo poseedor no lleve el año que el número 4.º del artículo 464—concordante con el 1.968, núm. 1.º—requiere para la pérdida de la posesión antigua. Así como en caso de demostrar el carácter vicioso de la posesión del demandado frente al demandante, de acuerdo con el artículo 444.

En cambio, no será suficiente para reivindicar una cosa el mero hecho de probar que el detentador no la posee en concepto de titular o que su posesión es viciosa si asimismo el actor no demuestra que está legitimado activamente para ello como poseedor en concepto de titular.

b) El poseedor, despojado carente ya de todo remedio posesorio, todavía puede reivindicar enervando la eficacia de la posesión actual mediante la prueba de que fué adquirida de mala fe.

Es decir, si prueba la inversión injustificada por el demandado de su tenencia en posesión. O incluso demostrando en autos el conocimiento del tercer adquirente de que el verdadero titular de la cosa era el reivindicante y no la persona de quien la adquirió.

Puede, también, plantear el actor la alternativa entre el supuesto anterior y el presente: es decir, probando que: o bien el demandado sólo es un tenedor de la cosa que el demandante sigue poseyendo como dueño, o que la inversión del concepto posesorio por parte del demandado tuvo que verificarse de mala fe por conocer el dominio o la posesión dominical del actor.

Esta alternativa favorecía al reivindicante en el supuesto de hecho de la sentencia de 3 marzo 1955.

En cambio, no es suficiente la prueba de la falta de posesión dominical del demandado si el demandante, a su vez, no prueba ser quien verdaderamente posee como dueño; ni tampoco basta para reivindicar la demostración de la mala fe del poseedor actual si no se justifica, además, el conocimiento del demandado de la propiedad del actor, ya que en otro caso no estaría aquél legiti-

inadecuado activamente para reivindicar, a no ser que probase haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente.

c) El que pruebe haber perdido la cosa puede reivindicarla sin otra demostración. La pérdida de la cosa presupone la posesión anterior del reivindicante y la extinción de esa posesión por una causa insuficiente para dar lugar a la pérdida del dominio. El § 1.º, apartado 2.º del artículo 464 considera la prueba de la pérdida como un justificante decisivo para la reivindicación de la cosa perdida.

d) El que pruebe haber sido privado ilegalmente de la cosa justifica con ello su título para reivindicarla. Probar la privación ilegal de la posesión supone la prueba de la posesión y de su privación ilegal. Ahora bien, a veces la ilegalidad de la privación puede resultar comprobada indirectamente al acreditar el actor que fué quien poseyó hasta el mismo acto de aprehensión de su actual poseedor o tenedor. Es curioso que la titulación del poseedor actual puede, paradójicamente, servir para demostrar que éste la adquirió de una persona diferente de la que estaba amparada por el apartado 1.º, § 1.º del artículo 464, siempre y cuando el actor pruebe que no era aquélla sino él, quien verdaderamente la poseía en concepto de dueño en tal fecha.

Del mismo modo que toda posesión anterior resulta justificada al probar su privación ilegal, así también, a la inversa, la ilegalidad de la privación puede quedar demostrada probando que la cosa en el momento de la aprehensión era poseída por una persona que no era aquélla de quien materialmente la recibió el demandado o distinta, en su caso, de aquél contra quien fué ordenado el embargo. Esas últimas pruebas resultaron decisivas en los casos que motivaron las sentencias de 31 diciembre 1910 y 13 enero 1926.

Como dijimos antes, la privación ilegal va referida a la cosa y se concreta, generalmente, en nuestro Derecho, a diferencia que en el francés, en la privación ilegal de la posesión civil en concepto de dueño, aunque no vaya unida a la tenencia material de la cosa.

Sobre el concepto ortodoxo de privación ilegal no vamos a insistir más y tan sólo recordaremos la amplitud con que lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo (147).

(147) De todo lo expuesto resulta la posibilidad del ejercicio de varias acciones reivindicatorias por diversos sujetos y con respecto al mismo objeto. En efecto: B, que fué privado ilegalmente de la cosa podrá reivindicarla si logra probar su privación ilegal. Pero B., la había adquirido de N., que a su vez había privado ilegalmente de ella a A. Por eso, mientras su derecho no prescriba, A. podrá reivindicar probando su privación ilegal. La reivindicación intentada por B., que prosperará contra cualquier otra persona, no prevalecerá contra A.

También resulta de lo dicho la posibilidad de que un propietario de una cosa mueble no pueda reivindicarla si no logra probar su pérdida o que fué privado de ella ilegalmente.

¿Qué conclusiones científicas podemos deducir de estos hechos evidentes? Ambos, a primera vista, nos llevan a conclusiones heterodoxas. Pero, pueden explicarse—profundizando—de modo ortodoxo.

X. LÍMITES DE LA REIVINDICACIÓN MOBILIARIA.

20. Conocido el *modus operandi* para la reivindicación mobiliaria conviene precisar sus límites. Es decir, interesa concretar los supuestos en que no puede prosperar o en que sólo con ciertas limi-

El primero puede inducirnos a estimar que el dominio puede ser un derecho relativo. El segundo insinúa la posibilidad de que el dominio y la acción reivindicatoria no sean interdependientes ni concordés.

SALEILLES (op. cit., estud. tercero, núm. 45, págs. 410 y ss.) plantea la cuestión bajo el régimen del art. 2.279 del C. c. francés, examinando el supuesto de quien adquirió de buena fe una cosa robada y sufrió a su vez otro robo. Pregunta si «¿no podrá el poseedor actual contestar que ya antes se había cometido otro hurto del objeto y que, por tanto, tampoco llegó a ser dueño de él quien ahora insta la reivindicación?»

Su respuesta la supedita a tres interpretaciones, que son:

1.º La tesis de la *propiedad relativa* en materia mobiliaria, que se engrandraría incluso en caso de hurto, aunque no pudiera hacerse valer frente a la víctima de dicha sustracción.

2.º La tesis de la inexistencia de propiedad para los adquirentes de buena fe de las cosas robadas o hurtadas y de la protección de éstos mediante una presunción de propiedad, que sólo puede desvirtuar la víctima del robo o hurto.

3.º La tesis de la inaplicación total a este caso del artículo 2.279: de modo que el poseedor, aun de buena fe, de muebles hurtados, no sólo no habría adquirido nada, sino que quedaría absolutamente indefenso.

El propio SALEILLES se inclina por la primera tesis, atendiendo preferentemente a la redacción del artículo 2.279.

La teoría de la propiedad relativa ha sido sostenida para inmuebles y muebles por CARLOS ALBERTO FUNAIOLI (*La così detta proprietà relativa*, en «Riv. Dir. Comm.», LXVIII, año 1950, págs. 287 y ss.), que suscitó la protesta de CARNELUTTI (*Ovchio ai concetti*, en el mismo tomo de dicha revista, págs. 451 *in fine* y ss.). «Propiedad relativa—escribió éste—, para quien tenga una elemental noción de la diferencia entre derechos reales y derechos de crédito, es una denominación semejante a la que dijere círculo cuadrado; una propiedad, en suma, que no es propiedad». CARNELUTTI cree que en la teoría de la *pendencia* y en los fenómenos de la *constituibilidad* y de la *resolutoriedad* se halla la explicación de los problemas planteados por FUNAIOLI. Pero en el supuesto del artículo 464 de nuestro Código ni la constituibilidad ni la resolutoriedad pueden solucionararnos satisfactoriamente la cuestión.

En nuestro supuesto, el propietario que perdió una cosa mueble o fué privado ilegalmente de ella no pierde su dominio mientras otro no lo adquiriera por usucapción. Pero, a pesar de ello, sólo podrá reivindicarla si logra probar que fué privado de la misma ilegalmente o que la perdió. Y, por otra parte, mientras dicha reivindicación no llegue, los ulteriores adquirentes, con su buena fe presunta, salvo prueba en contrario, podrán reivindicarla contra cualquier otra persona que no sea quien anteriormente perdió la cosa o fué privado de ella ilegalmente. El artículo 464 abona estos resultados con un criterio práctico ileno de rigor lógico.

Si se quiere hallar una explicación dogmática que no pugne con los principios considerados como ortodoxos, sólo cabe recurrir a la solución de que el artículo 464, mediante acción no meramente posesoria, sino petitoria, consagra la protección de todo poseedor que haya perdido o haya sido privado ilegalmente de una cosa mueble. Esa acción no podrá ser la acción reivindicatoria—según la dogmática ortodoxa—, pues cabe que la acción con éxito invocando su pérdida o privación ilegal quien no sea el verdadero propietario. En cambio, nos recuerda la acción publiciana con el paralelismo consiguiente. Asoma así una distinción parecida a la que existió entre el dominio quirritario y la propiedad bonitaria, con todas sus consecuencias, tal como nos sugiere la lec-

taciones resulta aceptable. De estos casos excepcionales, unos resultan del mismo artículo 464 y otros dimanar de normas distintas del mismo Código o incluso de textos legales diversos. Para ordenarlos se puede proponer la siguiente clasificación:

A) No puede reivindicar ni siquiera quien pruebe haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente en los siguientes casos:

a) Si el poseedor demuestra haber usucapido la cosa conforme los artículos 1.955, 1.956 y 1.960.

b) Si aun no probando el poseedor su usucapición resulta que el derecho del actor ha prescrito conforme al artículo 1.962, proposición 1.ª (148).

c) Si probare el poseedor que compró la cosa mueble como mercadería en almacenes o tiendas abiertas al público (art. 85, Código de comercio, en relación con el art. 464, § 4.º, Código civil.) o que así la adquirió una persona de la cual el propio demandado trae causa directamente sin interposición del actor.

d) Si se tratase de moneda recibida como pago de mercaderías vendidas al contado en tiendas o establecimientos públicos (art. 86, Código de comercio).

e) Si se tratara de billetes del Banco de España, de los de la misma clase emitidos por establecimientos sujetos a igual régimen o de títulos al portador emitidos por el Estado, que se rijan por las leyes, decretos o reglamentos especiales (art. 566, en relación caso 3.º, art. 545, Código de comercio).

f) Si fueran efectos al portador negociados en Bolsa con intervención de agente colegiado (arts. 545, Código de comercio,

tura del interesante estudio de VITTORE COLONI, *Per la Storia della pubblicità immobiliare e mobiliare* (Ed. Guifre, 1954).

El dominio absoluto de los bienes muebles sólo puede justificarlo el poseedor probando que no los ha dejado de poseer desde su adquisición originaria (ocupación, accesión, especificación) o justificando la usucapición (arts. 1.955, 1.956 y 1.960). En cambio, para que un poseedor sufra la reivindicación de la cosa mueble poseída en concepto de dueño, es suficiente que el reivindicante pruebe haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente. La razón de esto último estriba en el carácter normalmente oculto de la titularidad de los bienes muebles por no estar justificada, en general, con títulos documentales la adquisición de estos bienes. Por ello es insuficiente la prueba de la adquisición por quien ha dejado de poseer. Hay que probar la pérdida o la privación ilegal de la cosa. Pero esta prueba no justifica el dominio, ya que no garantiza que a su vez otra persona haya perdido o haya sido privada ilegalmente con anterioridad de la misma cosa. Por lo tanto, esta acción sólo puede ser catalogada como bonitaria, como reivindicatoria provisional, que protege a toda persona que perdió una cosa mueble o que fué privada de ella ilegalmente frente a todo el mundo, excepto, de una parte, contra quien, a su vez, con anterioridad la hubiera perdido o hubiese sido privado de ella ilegalmente sin que su derecho haya prescrito aún, y, de otra, contra quien demuestre haber usucapido la cosa—aunque sea completado el tiempo de su posesión con la de su causante (art. 1.960, núm. 1.º)—después de la pérdida o privación ilegal sufrida por el actor.

(148) Ver lo que hemos dicho antes, número 10, a), 5.º, acerca de la proposición 2.ª de este artículo 1.962.

en relación con el art. 464, § 4.º, Código civil), a no ser que se hubieran publicado los anuncios por denuncia de robo, hurto o extravío, previstos en el artículo 559 del Código de comercio, con la salvedad en este caso del derecho del tercer poseedor contra el vendedor y el agente que intervino en la operación (art. 560, Código de comercio).

B) Para reivindicar, quien demuestre haber perdido o haber sido privado ilegalmente de la cosa, deberá someterse a limitaciones en los siguientes casos:

a) Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, en cuyo caso «no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella» (art. 464, § 2.º) (149).

b) «Tampoco podrá el dueño de las cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos» (art. 464, § 3.º).

c) También deberá respetar el derecho de prenda sobre efectos cotizables al portador, hecho en póliza con intervención de agente colegiado, que no podrán ser reivindicados «mientras no sea reembolsado el portador» (art. 324, en relación con el 320, § 2.º, Código de comercio).

XI. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 464 A LAS TITULARIDADES DE DERECHOS LIMITADOS SOBRE COSAS MUEBLES.

21. Concluido el estudio del artículo 464 por lo que se refiere a la reivindicación dominical de las cosas muebles, interesa ampliar su examen con su aplicación a las titularidades de derechos limitados sobre cosas muebles. Para ello hay que atender primordialmente al reflejo de los dos apartados del primer párrafo de dicho artículo.

A) *Proyección de la equivalencia de la posesión al título.*

Puede decirse que si la posesión tiene valor de título y a través de esa valoración, cuando la posesión es en concepto de dueño, supone una presunción de dominio; paralelamente, si la posesión

(149) Contra la opinión de BLAS PÉREZ y J. ALGUER (Notas y vol. cits., § 69, I, b), pág. 414) de que la referencia a las subastas públicas del § 2.º del art. 464, «prácticamente queda reducida a las ventas judiciales en pública subasta», estimamos que son más ajustadas al concepto de *subasta pública* las opiniones de MANRESA (op. y vol. cits., págs. 305 y ss.) y SCAEVOLA (op. y vol. cits., págs. 602 y ss.), también seguida por ANGEL SANZ (op. y loc. cits. pág. 154, nota 1), que entienden comprendidas todas las subastas públicas, bien sean administrativas, notariales o judiciales, y tanto si éstas dos últimas son voluntarias como necesarias. Las verificadas, v. gr., de conformidad a los arts. 272, 903, 1.062 y 1.072 del C. c. son subastas públicas por declaración del mismo Código, aunque se celebren notarialmente.

es en concepto de usufructuario, usuario, etc., mediante ella se sentará la presunción a favor del poseedor del correspondiente derecho reflejado por la posesión.

En cambio, tratándose de la prenda (150) esa equivalencia caerá de valor contra tercero—según resulta del artículo 1.865, Código civil—«si no consta en instrumento público la certeza de la fecha» (151).

B) *Ejercicio de la reivindicación por quien perdió la cosa mueble o fué privado de ella ilegalmente contra quien la posee de buena fe como titular de un derecho limitado.*

El supuesto no varía en punto a lo estudiado con referencia a la reivindicación contra el poseedor de buena fe en concepto de dueño. Procede la recuperación cuando el reivindicante pruebe su pérdida o privación ilegal y no pueda oponérsele excepción alguna.

Las limitaciones a la reivindicación anteriormente estudiadas, reguladas en el artículo 464, § 3.º, Código civil—bienes pignorados en Montes de Piedad—y en el artículo 324 Código de comercio—prenda sobre efectos cotizables al portador, hecha en póliza

(150) ANGEL SANZ (op. y vol. cit., pág. 168) ha opinado que el acreedor pignoraticio con prenda manual está protegido por el artículo 464 del Código civil. Entendido este precepto como lo interpreta nuestro admirado y querido compañero resultaría posible adquirir a *non domino* el derecho de prenda.

La tesis que admite la posibilidad de la constitución a *non domino* de la prenda—por aplicación del art. 464 en su versión germanista—la han sustentado en España J. ALGUER y BLAS PÉREZ (op. cit., § 163, pág. 419) y por MANUEL PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, *Notas sobre las adquisiciones de «a non domino» del usufructo y uso sobre muebles y de la prenda*, en «Rev. Crít. de Der. Inmob.», XXV, octubre 1942, págs. 745 y ss.).

Por ese camino, otro querido compañero, FELIPE GÓMEZ ACEBO (*La hipoteca de establecimiento mercantil*, en «Rev. Der. Merc.», XIX, núm. 55, enero-marzo 1955, págs. 137 *in fine* y ss.), admite como válida la constitución a *non domino* de la hipoteca mobiliaria, por entender que «debe entrar en funciones la *possessio* legitimadora del artículo 464 del C. c.». «Si el hipotecante está en posesión *animo domini*, de la cosa, si asevera en la escritura que es dueño de ella y si el acreedor actúa *bona fide*—afirma GÓMEZ ACEBO—, la hipoteca debe producir todos sus efectos aunque aquél no fuere en verdad dueño de la cosa.»

Sin definir su posición, MANUEL ALBALADEJO GARCÍA (*Usucapibilidad del derecho de prenda*, en «Rev. de Der. Not.», IV, abril-junio 1954, pág. 110) dice que «en los mismos términos en que se entienda que el artículo 464 protege la posesión, haciendo o no adquirir inmediatamente el derecho sobre la cosa poseída, debe entenderse protegido al acreedor pignoraticio de buena fe».

Nuestra explicación del artículo 464, § 1, e incluso *sensu contrario*, lo preceptuado en su § 3.º y en el artículo 324 del C. de c., llevan a la solución contraria de las defendidas por aquellos autores.

(151) Incluso en Derecho francés, el acreedor pignoraticio sólo puede invocar la máxima «*possession vaut titre*» cuando tiene título suficiente. Así lo ha declarado la jurisprudencia (Cas. 28 marzo 1888 y Req. 5 diciembre 1893): un *nantissement* irregular no puede conferir al detentador más que una posesión precaria; ineficaz para equivaler a un título y para atribuirle el beneficio de la acción creada por el artículo 2.279. PLANTOL, RIPERT y PICARD (op. y vol. cit., núm. 383, págs. 383 y ss.) justifican esa exigencia del título, además de la buena fe, como una especie de condición previa establecida para que el acreedor pignoraticio determine su cualidad.

con intervención de agente colegiado—son aplicables exclusivamente a las especies de prendas referidas. Estas excepciones o limitaciones demuestran—*sensu contrario*—que la regla general *imponne*, sin más limitaciones que estas determinadas específicamente, la reivindicación instada por quien perdió una cosa mueble o fué privado de ella ilegalmente contra cualquiera que posea en concepto de titular, aunque lo sea de un derecho limitado sobre la cosa reivindicada (152).

22. Problema más denso nos plantea el artículo 56 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954.

Este precepto referente a la prenda sin desposesión dice así:

«La constitución de la prenda no perjudicará en ningún caso los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas, sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.»

En otra ocasión (153) nos hemos ocupado de este artículo y entonces llegamos a unas conclusiones que ahora nos creemos obligados a precisar.

Explicamos que el supuesto normativo de dicho artículo 56 no era el de la venta como libres de cosas pignoradas, sino, inversamente, el de constitución en prenda sin desplazamiento de cosa sobre la cual un tercero tuviera derecho. Su supuesto normativo lo concretamos en los siguientes términos:

a) Derecho de un tercero sobre el bien pignorado que conste en documento de fecha auténtica anterior.

b) Ineficacia de la prenda en perjuicio de dicha titularidad, justificada en documento de fecha auténtica anterior. La constitu-

(152) A este mismo argumento había objetado PEÑA (*Notas...*, cit. en «*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXV, págs. 747 y ss) que: «La norma del artículo 464, III, es privilegiada no porque establezca una adquisición a *non domino* en favor de los Montes de Piedad, sino porque la establece en condiciones privilegiadas: 1.º No sólo se establece respecto de las cosas no perdidas o sustraídas, sino que se establece respecto de las «cosas» sin distinción, «cualquiera que fuere la persona que la hubiere empleado». 2.º La liberación de la carga no puede hacerse en cualquier tiempo y a voluntad del dueño de la cosa».

Pero la argumentación de nuestro amigo parte de dar por supuesto que el primer párrafo del artículo 464 establece la adquisición a *non domino* de bienes muebles. Si—como hemos sostenido—lo que en dicho § 1.º se determina son reglas acerca de la reivindicación de bienes muebles se llegará únicamente, como llegamos nosotros, a entender que el § 3.º del artículo 464, señala unas limitaciones a la reivindicación de las cosas muebles en los términos—ni más ni menos—que en dicho párrafo se expresan.

(153) «*Rev. Der. Not.*» cit., nota 111, pág. 58.

ción de aquélla «no perjudicará en ningún caso» el derecho de ese tercero.

c) Salvedad de la responsabilidad civil y criminal «en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda, como libres, las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

Fuera del supuesto normativo del artículo 56 se halla el caso de que el tercero—dueño o titular de un derecho real—sea quien posea la cosa al otorgarse la pignoración. En este caso, por falta de un presupuesto esencial—posesión del pignorante como depositario—de la prenda sin desplazamiento (arts. 57, núm. 2.º y 59), ésta no queda constituida.

Como reverso de esta formulación negativa y después de señalar el paralelismo de ese artículo 56 con el 1.862, Código civil y su dirección inversa al 1.865, Código civil, concluimos que:

«Si bien el artículo 56 no convalida la pignoración a non domino, ni la pignoración como libre de cosa gravada, exige que la titularidad dominical de la cosa pignorada o de un derecho real sobre la misma, por quien no la posea en la fecha de la constitución, sólo puede ser oponible al acreedor pignoraticio si consta en documento de fecha cierta.»

Pero tratándose de un dueño privado ilegalmente de la cosa mueble o que la había perdido, cabe plantear si esta norma resulta en contradicción con las reglas que presiden la reivindicación mobiliaria. ¿Significa en este punto el artículo 56 de la Ley una derogación parcial del artículo 464, § 1.º, apartado 2.º, Código civil?

Esta interpretación sería contraria al régimen normal de reivindicación mobiliaria—que no se funda en títulos documentales, ni siquiera en la prueba de la titularidad, sino en la prueba de la pérdida de la cosa o en la de su privación ilegal—y, además, radicalmente opuesta a sus principios fundamentales.

No arguyen a favor de esa interpretación exorbitante las palabras finales del artículo «o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». De este solo inciso, vinculado, sin duda, a la determinación de la responsabilidad civil y criminal del defraudador, no puede deducirse, *sensu contrario*, que quien perdió la cosa o fué privado de ella ilegalmente, si no puede justificar con documento de fecha auténtica su propiedad no podrá tampoco oponerla al titular de la prenda sin desplazamiento.

Razonaremos esta negación:

El artículo 56 contiene dos normas: una correspondiente a la ineficacia de la prenda con respecto a derechos adquiridos en virtud de documento de fecha fehaciente anterior; otra relativa a la responsabilidad en que puede incurrir el pignorante que ofrezca en prenda más de lo que es suyo. El hecho de hallarse comprendidas en un mismo artículo no significa, por sí solo, que su ámbito objetivo sea idéntico.

La expresión «*sin perjuicio*» que enlaza una y otra norma no presupone necesariamente esa identidad. Indica que la ineficacia de la prenda sin desposesión respecto a los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior por terceras personas, no empecerá «la responsabilidad civil o criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda, como libres, las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». Pero de ningún modo predica la identidad del primer supuesto (derecho anterior que no conste en documento de fecha auténtica anterior) con el presupuesto segundo (ineficacia que da lugar a responsabilidad del constituyente). Y menos aún puede significar, *contrario sensu*, que la inexistencia de derechos anteriores que no consten documentalmente no pueda dar lugar nunca a responsabilidad del pignorante frente al acreedor pignoraticio por no ser aquéllos oponibles a éste.

En efecto, esa inversión falla en varios supuestos. Por razones subjetivas, cuando el acreedor pignoraticio haya obrado de mala fe, es decir, conociendo aquellos derechos de tercera persona. Y, por razones objetivas, cuando no se trate de derechos fundamentados en documentos, sino en el principio del artículo 464 C. c.

Por eso, para deducir *sensu contrario* el exacto inverso de la primera norma contenida en el artículo 56, su segunda norma no puede servirnos para deducir nada. Hay que encararse dentro de la letra del artículo, únicamente con el sentido de la expresión «*derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior*», sin olvidar los principios fundamentales que presiden la reivindicación mobiliaria.

La reivindicación mobiliaria está montada sobre los principios de que la «posesión adquirida de buena fe equivale a título» y de que para reivindicar hay que probar la pérdida o la privación ilegal de la cosa. En cambio, el título-documento carece a dicho efecto de todo valor fundamental—el título documental no basta para reivindicar cosas muebles—. Se limita a servir como elemento importante para demostrar el concepto posesorio originario o invertido (posesión en concepto de dueño, de precarista, de depositario, etcétera), o para probar la mala fe en la inversión del concepto originario de tenedor en el ulterior concepto de dueño (supuesto del poseedor en concepto de dueño al que se demuestra documentalmente por su título inicial que comenzó a poseer en concepto distinto).

El artículo 68, en su primera proposición normativa, sólo enfrenta la prenda sin desplazamiento a un derecho adquirido por tercero en virtud de documento de fecha auténtica anterior. Es decir, sólo opone la prenda constituida y el derecho del tercero a través de una prioridad cronológica entre la fecha auténtica del título documental y de fecha de la prenda sin desplazamiento.

Siendo así, en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 68, prop. 1.ª, no pueden integrarse las hipótesis de reivindicación mobiliaria fundada en la prueba de la pérdida o de la privación

ilegal de la cosa a un poseedor anterior, si no es en los casos en que un título documental tenga que entrar en juego para demostrarla.

Por lo tanto, este último supuesto es el único que en buena lógica jurídica puede considerarse contemplado en esta norma. Así resultará que quien tenga que aportar prueba documental para probar la privación ilegal que sufrió su posesión en concepto de dueño que había adquirido del mismo pignorante por *constituto posesorio* con anterioridad a la pignoración, sólo podrá lograr prueba eficaz contra el acreedor pignoraticio si el documento aportado tiene fecha auténtica anterior a la prenda. Lo mismo sucederá si sólo documentalmente le es posible probar que el pignorante no poseía en concepto de dueño, sino en el de tenedor suyo como depositario o comodatario, etc. En cambio, si la prueba de la privación ilegal, lo mismo que la del extravío de la cosa, puede hacerse sin necesidad de títulos documentales no hay razón que justifique la puesta en escena del artículo 56, prop. 1.º.

Esta interpretación del artículo 56 tiene una evidente justificación positiva, *sensu contrario*, en los artículos 1.218, § 1.º y 1.227: la fecha de los documentos privados no pueden perjudicar a terceros sino desde el momento en que cobre autenticidad. Y por ello tiene la misma justificación teleológica: evitar que puedan oponerse a terceros documentos posteriores al derecho de éstos.

En cambio, la interpretación más amplia, abrogante del ap. 2.º, § 1.º del artículo 464, no sólo no tiene ninguna justificación positiva sino que teleológicamente contradice el principio fundamental contemplado al determinar el sistema de la reivindicación mobiliaria. Esta se apoya precisamente en que a la propiedad mobiliaria no puede exigírsele justificación documental porque su título adquisitivo no se manifiesta normalmente más que oral o visualmente en un solo momento y no deja otro rastro que el cambio de posesión. Régimen que el comercio jurídico de los bienes muebles exige que sea así. Excepto para aquellos a los que por razones físicas y económico-jurídicas debe aplicárseles otro régimen, como sucede con las aeronaves, los buques, los créditos, la propiedad intelectual, etc.

Como expusimos hace poco (154), a favor de la posibilidad de oponer con éxito al acreedor pignoraticio la prueba de haber perdido la cosa el reclamante o de haber sido privado ilegalmente de ella, arguyen, tanto el artículo 464, § 1.º, ap. 2.º, por arg. *maius ad minus* (cuanto pueda oponerse al adquirente de la propiedad de una cosa, debe ser oponible a quien adquiera sobre ella un derecho limitado), como el § 3.º del mismo artículo, por arg. *exclusio unius inclusio alterius* (si como excepción se señala la preferencia de las prendas constituídas en Montes de Piedad, se significa que la regla general aplicable a los demás casos es la contraria) (155).

(154) En «An. Der. Civ.», VIII-IV, *La Ley de 16 de diciembre de 1953 y su Reglamento de 17 de junio de 1955...*, pág. 1250.

(155) Un considerando de la sentencia de 20 de junio de 1955 refuerza

C. ¿Ampara la prop. 2.ª del artículo 464, § 1.º, la acción real de quien prueba haber perdido o sido privado ilegalmente de una cosa mueble que posea en concepto de titular de un derecho limitado?

23. Hemos aceptado que la equivalencia al título de la posesión, era aplicable tanto a la posesión en concepto de dueño como a la posesión en concepto de usufructuario o usuario, correspondiendo en uno u otro caso al respectivo título según el concepto de la posesión cuestionada. Siendo así, parece que la acción que establece el apartado segundo del artículo 464, § 1.º, debe poder ejercitarla el poseedor de una cosa mueble en concepto de usufructuario o usuario que hubiera sido privado de ella ilegalmente o la hubiese perdido. Ciertamente que el expresado apartado habla de *reivindicarla*, pero no creemos que ésta expresión se use con tanto rigor técnico que impida la aplicación, directa o por lo menos analógica, del precepto a la recuperación de la cosa por otra acción real en iguales circunstancias a las previstas.

No hemos de olvidar que, conforme hemos comprobado, la acción concedida en el apartado 2.º del artículo 464, § 1.º, no es estrictamente la acción reivindicatoria, sino una acción petitoria para la recuperación de un dominio mobiliario presunto. El mismo remedio y por igual *ratio*, puede aplicarse, a juicio nuestro, con referencia a los expresados derechos limitados cuando quien posea los bienes muebles en concepto de titular de dichos derechos fuese privado ilegalmente de aquellos o los hubiera perdido.

Pero el problema se complica tratándose de la prenda. Hemos visto antes que el acreedor pignoraticio sólo puede hacer valer su derecho frente a tercero cuando la certeza de su fecha conste en documento público (art. 1.856 C. c.). Por lo tanto, quien alegue su carácter de acreedor pignoraticio sin justificarlo en la forma expresada, no podrá utilizar, para recuperar la cosa, el apoyo del apartado segundo del artículo 464, § 1.º

Con ello, sin embargo, el problema no queda resuelto del todo. Surje una nueva cuestión: El que posea en concepto de prenda una cosa mueble y justifique su constitución en documento fehaciente, ¿puede ampararse en el artículo 464, § 1.º, ap. 2.º, contra adquirentes posteriores a la fecha de su título documental fehaciente en caso de haber perdido la cosa pignorada o haber sido privado de ella ilegalmente?

El problema es interesantísimo y está íntimamente ligado con otra cuestión que recientemente ha sido objeto de polémica en la que hemos intervenido con reiteración. Nos referimos al problema de la discutida reipersecutoriedad de la prenda normal (156).

este argumento al señalar que son de interpretación restrictiva las excepciones contenidas en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 464.

(156) En el Seminario de Anuario de Derecho Civil fué discutido este tema durante varias sesiones. Las posiciones opuestas las defendimos José Luis Díez Pastor y el que escribe este estudio. Nuestra opinión la hemos re-

Trataremos de ordenar cuestiones y conceptos para resolver el problema que ahora planteamos. Para ello, examinaremos separadamente las diversas situaciones en que puede hallarse el acreedor pignoraticio desposeído:

a) *Puede haber perdido la cosa o haber sido privado ilegalmente de ella por tercera persona.*

En estos casos nos parece clara la aplicación a su favor del artículo 464, § 1.º, ap. 2.º, a través del artículo 1.869, § 2.º C. c. Este último, dispone que «*El acreedor podrá ejercitar las acciones que completan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra terceros*». Lo que significa—como ya dijimos en otra ocasión—*una cesión útil de las acciones del dueño para utilizarlas contra el perturbador*. Y entre las acciones del dueño no hay duda que se comprende la derivada del artículo 464, § 1.º ap. 2.º, ya que a través de la posesión pignoraticia del acreedor o del tercero depositario se refleja la titularidad dominical del pignorante.

Acción a la cual, aun después de nacida, no podrá renunciar el propietario en perjuicio del acreedor pignoraticio. Irrenunciabilidad que resultará no sólo en virtud de su cesión útil operada *ex lege*, sino incluso por aplicación del precepto contenido en el § 2 del artículo 4.º del Código civil.

b) *Puede haber sido privado ilegalmente de la cosa por el propio pignorante, o también puede haber ocurrido que después de perdida aquélla o de verificada la privación ilegal por obra de un tercero vuelva lo cosa a poder del mismo pignorante.*

Tampoco nos ofrece duda que en estos casos el titular de la prenda podrá ampararse en el artículo 464, § 1, apartado 1.º, para recuperar la cosa. No como en el caso anterior, subrogándose en una acción del propietario, sino inutilizando su acción real propia (157) por la vía de la prueba de la pérdida o de la privación

flejado en varias ocasiones (ver *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, págs. 69 y ss.; *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, en «Rev. Der. Priv.», XXXVII, julio 1953, páginas 502 y ss., y en *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954*, en «Rev. Der. Not.» págs. 95 y ss.). Recientemente JOSÉ ROAN, en su conferencia inicial del Curso organizado por la Academia Matritense del Notariado sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, ha sostenido la opinión de su maestro y querido compañero de los dos, Díez Pastor.

(157) No se crea que nos contradicimos al aceptar aquí el carácter real y negar más adelante la reipersecutoriedad de la acción del acreedor pignoraticio. Admitimos el criterio que discute el paralelismo entre las antítesis: inmediatez—no inmediatez, inherencia—no inherencia y reipersecutoriedad—no reipersecutoriedad, que no siempre coinciden. Respecto a la disociación de la inmediatez y la reipersecutoriedad como cualidades que pueden no coincidir ni concurrir en determinadas relaciones jurídicas, pueden consultarse, MICHELE GIORGIANNI, *L'obbligazione* (Milano, 1951, reimpresión inalterada de la edición 1944-45), núm. 10, págs. 81 y ss., y ERNESTO TILOCCA, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, en «Archivio Giuridico», CXXXVIII, fasc. 1, enero 1950, págs. 3 y ss. Respecto a la inherencia—característica de la suje-

ilegal (camino que puede preferir y resultarle más conveniente que el ejercicio de la acción contractual). La razón alegada con referencia a los derechos de usufructo o de uso es aplicable sin reserva a este caso.

Una correcta interpretación del artículo 1.191 del Código civil abona la posibilidad de que el acreedor pignoraticio recupere la cosa pignorada de manos del pignorante probando su pérdida o su privación ilegal, es decir, el desplazamiento involuntario (158).

ción real—, que no debe confundirse con la inmediatividad—característica de los derechos de goce—, puede producirse igual divergencia con la reipersecutoriedad en ciertas hipótesis (v. gr.: en la prenda o en los censos no inscritos que gravan fincas inscritas) por interferencia de los principios de la publicidad y de la posesión.

(158) A este resultado llegan JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR y MANUEL GONZÁLEZ HENRÍQUEZ en una de sus notas a su traducción del *Tratado de Derecho civil*, de S. W. HEDEMAN, vol. II, *Derechos reales* (Madrid, 1955), pág. 489.

El artículo 1.191 del C. c. dice: «Se presumirá remitida la obligación accesoría de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.»

Y en la citada nota nuestros dos queridos compañeros explican que el artículo 1.191 «es una forma elíptica de expresar dos normas diferentes: a) El hallarse la cosa pignorada en poder del deudor (debe querer decir del pignorante) hace presumir, salvo prueba en contrario, que ha sido voluntariamente restituida por el acreedor. b) La restitución voluntaria implica necesariamente la extinción del derecho de prenda».

Sentimos no compartir íntegramente esta interpretación del artículo 1.191, a pesar de que igualmente llega al resultado que hemos expuesto en el texto. Creemos que el rodeo que nuestros compañeros hacen dar al precepto, saliendo de su texto literal, lleva al error en cada una de las normas que pretenden deducir por desdoblamiento del mismo.

En realidad el artículo 1.191 tiene un presupuesto único. Examina «cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor». Es decir, atiende a la *situación*, como resulta de las palabras subrayadas «cuando», «se hallare». Importa la situación *mientras, durante*. Y quedan fuera de su presupuesto aquellos casos en que habiendo sido temporalmente poseída por el deudor la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, éste vuelva a poseerla de nuevo.

El efecto que la norma expresa—«se presumirá remitida»—queda ligado a la situación prevista. Sólo habrá lugar a la presunción «cuando la prenda se hallare en poder del deudor». No será posible *sostenerla* cuando ya no se halle en poder del deudor y vuelva a tenerla el acreedor, aunque entre la *constitución* de la prenda y la *posesión actual* del acreedor hubieran mediado cambios de tenencia de la cosa, voluntarios o involuntarios, entre uno y otro sujeto.

Por eso es inexacta por completo la segunda norma que Díez Pastor y González Henríquez pretenden deducir del artículo 1.191. La entrega voluntaria al deudor de la cosa, que éste había dado en prenda, no implica necesariamente su remisión. Sólo se presume *iuris tantum*—como el artículo 1.250 estima toda presunción si la ley no dispone expresamente lo contrario—. Cabe, pues, la prueba—contraria a la presunción—de que la cosa no se devolvió para remitir la prenda, sino —v. gr.—para repararla o para usarla en una circunstancia determinada, etc.

En estos supuestos, mientras la cosa pignorada la tenga el deudor sin haberle sido remitida la prenda, la garantía del acreedor se hallará latente, sin eficacia respecto a tercero (art. 1.922, § 2.º). Pero cuando vuelva a poseerla el acreedor—o el tercero que fué designado al efecto—recuperará la eficacia y el rango que les correspondieron inicialmente, conforme al artículo 1.865 C. c.

c) *Puede ocurrir que el dueño que recuperó la cosa de alguna de las maneras expresadas en el caso anterior o por entrega voluntaria no extingua la transfiere luego a una tercera persona que la adquiera con conocimiento de la pérdida o de la privación ilegal de la misma, sufrida o de la que se hace víctima al acreedor pignoraticio.*

Es un caso de mala fe del tercero. Por eso creemos que el acreedor pignoraticio conservará frente a él la protección ofensiva de la que estuviera dotado contra el pignorante, y por ende la del artículo 464, § 1, apartado 2. A nuestro juicio, son argumentos favorables a esta tesis:

La presunción del artículo 1.191 se establece *mientras* posea el deudor. Es decir, está temporalmente determinada por dicha circunstancia.

En cambio, no se desdobra en una presunción de devolución voluntaria y en una disposición imperativa que imponga la extinción en todo caso de restitución voluntaria. Se presume la remisión mientras no se pruebe que no la hubo, bien porque la readquisición de la posesión por el deudor no fué querida por el acreedor o porque la devolución voluntaria obedeció a otra causa distinta.

En cualquier caso, como hemos dicho, la prenda no podrá ser eficaz frente a tercero de buena fe mientras la posea el deudor. Pero el acreedor podrá recuperarla del deudor o de terceros de mala fe: probando la pérdida o la privación ilegal, al amparo del artículo 464, o por la acción contractual si demuestra que no la devolvió voluntariamente o que la devolución voluntaria no significó remisión, sino que obedeció a otra causa.

La extinción de la prenda, por una parte, y la suspensión o limitación de su eficacia contra tercero de buena fe—en materia reipersecutoria—y contra terceros acreedores—en tema de prioridad—, de otra parte, son cuestiones diferentes, según nuestra tesis. Por eso no podemos estar de acuerdo con nuestro querido amigo JOSÉ ROAN cuando afirma que el problema de la reipersecutoriedad de la prenda «hay que trasladarlo del artículo 1.869 del Código civil y plantearlo en su verdadero lugar en la doctrina de las causas de extinción de la prenda». (Resumen de la referida conferencia «Líneas generales de la ley española de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», publicada en «Rev. Der. Priv.», febrero 1956, pág. 190).

Pero el origen de nuestra discrepancia es más hondo. ROAN se halla plenamente en la línea ortodoxa de la dogmática pandectística: clasificación de los derechos patrimoniales en derechos reales y de crédito; caracterización de aquéllos con carácter institucional por su eficacia respecto a tercero, y catalogación de la prenda entre los derechos reales perfectos, dotada, por lo tanto, sustancialmente, de reipersecutoriedad mientras no se extinga el derecho. Consecuencia que entendemos no corresponde a nuestro momento histórico de la prenda, ni a su planteamiento teleológico ponderado, ni—como hemos repetido—al texto de nuestro Código civil.

Por el mismo motivo—es decir, porque nos juzga desde su punto de vista fiel a los dogmas pandectistas—no nos comprende ROAN (ver la pág. 192 del citado resumen) cuando nos acusa de que al tratar de la colisión entre la prenda manual y la prenda sin desplazamiento incurrimos en inconsecuencia respecto a lo sostenido por nosotros mismos en tema de reipersecutoriedad. La prelación de la prenda no es, a juicio nuestro, reflejo de la eficacia *erga omnes* de la garantía, sino efecto de la prioridad que se concede al crédito garantizado pignoraticialmente desde que consta la certeza de su fecha en instrumento público (artículo 1.865)—prioridad preferente a la de los créditos instrumentarios, mientras el acreedor (o quien la tenga por él) posea la prenda—. No vemos en ello problema de colisión de derechos reales, sino de preferencia entre créditos privilegiados. Es tema de prelación crediticia en la realización de una cosa sujeta a ejecución, no de reipersecutoriedad.

1) Por arg. de *minus ad maius* el 1.473, § 1, del Código civil, que en caso de transferencia de una cosa mueble exceptúa la virtud del título y el modo perfectos en el supuesto de la mala fe del *accipens*, es decir, si éste tenía conocimiento de un contrato de compraventa anterior que ligaba al *tradens* a entregar la cosa a un comprador más antiguo. Si un mero contrato de compraventa, aun no consumada, es decir, puramente obligatorio, afecta al comprador que lo conozca, con mayor razón ha de afectarle el conocimiento de una pignoración no extinguida por no haber sido remitida la prenda.

2) Por igual argumento de *minus ad maius* los artículos 1.124, § 4, y 1.295, § 2, que admiten la eficacia contra terceros de mala fe de las acciones rescisorias, pese a su carácter *ex nunc*. Si esas acciones alcanzan a los terceros de mala fe, con mayor razón tendrán éstos que soportar la acción pignoraticia ejercitada por quien justifique su título por documento de fecha auténtica y pruebe haber perdido la cosa pignorada o haber sido privado de ella ilegalmemente, sea antes de la enajenación o precisamente a consecuencia de la misma.

3) Por el principio general *alterum non laedere*—del que las normas precitadas son sólo un reflejo parcial—que impone el respeto de los derechos de tercero, estén o no dotados de reipersecutoriedad. Esta virtud de la reipersecutoriedad no significa sino la inexcusabilidad del desconocimiento por parte de todo tercero adquirente del derecho de *primus*, mientras que la carencia de reipersecutoriedad significa solamente la excusabilidad de ese desconocimiento, ya sea con relación al vínculo o bien con respecto a la identificación del objeto afectado. La mala fe, por lo tanto, destruye esa excusabilidad, en cuanto presupone que no hay ignorancia que excusar, sino conocimiento de la posición injusta en que se coloca el agente (159).

d) *Puede ocurrir, en fin, que se dé el mismo supuesto anterior, pero con la variante de que el tercero sea de buena fe. Es decir, que ignore la existencia de la prenda no extinguida por no haber sido voluntariamente remitida al pignorante.*

A juicio nuestro—que fundamos en el artículo 1.869, § 2 del Código civil, *a contrario*, y en el artículo 1.922, número 2 del Código civil *de minus ad maius*—la prenda carece de reipersecutorie-

(159) Efecto que se da tanto en los derechos llamados reales cuando por cualquier causa les falla la reipersecutoriedad (v. gr.: por falta de las formalidades o publicidad material o registral prescritas), como en los créditos por obligaciones de dar cosa específica propiedad del deudor (art. 1.473, § 1 y § 3), por el solo hecho del conocimiento del derecho sobre la cosa o del crédito específico a la misma. Pero que en los créditos de cantidad o género sólo puede darse cuando *tertius* conozca que se lesiona el derecho de *primus* por el acto de *secundus*. Por eso en el supuesto del § 4 del artículo 1.124, el mero conocimiento por el tercero de la existencia del precio aplazado en una transmisión anterior de la cosa que adquiere, pendiente de pago, no basta para que la acción rescisoria pueda alcanzarle. En efecto, el mero hecho de la venta, aunque el pago del pre-

dad (160). Por ello, en este caso, mal podrá el acreedor utilizar a su favor el artículo 464, § 1, apartado 2.º en cuanto supone el ejercicio de una acción petitoria para recobrar la cosa. A su poseedor actual no podrá afectarle la subsistencia del derecho de prenda anterior a su adquisición, pese a la pérdida o a la privación ilegal sufrida anteriormente por el pignorante.

Podemos, pues, decir que la presunción del artículo 1.191 del Código civil legitima la adquisición del tercero de buena fe, neutralizando frente a él la eficacia de toda acción del pignorante. Excusar el desconocimiento de un derecho es tanto como cortar las alas a su efectividad frente a los terceros que no sean de mala fe.

Los supuestos estudiados y las soluciones halladas nos obligan a replantear los requisitos necesarios para que proceda la acción del acreedor pignoraticio—al amparo del artículo 464, § 1, apartado 2.º—dirigida a recuperar la cosa que recibió en prenda, si fué privado de ella ilegalmente o la perdió, y a examinar las excepciones que pueden oponérsele.

Los requisitos para accionar con éxito serán:

cio anterior aún esté pendiente, no lesiona el crédito del primer vendedor—que puede ser pagado precisamente con el precio de la nueva venta—, aunque no queden al transferente otros bienes, a no ser que efectivamente esa reventa se haya hecho para lesionar o frustrar la efectividad de aquel crédito, conocimiento que se requiere para que haya mala fe en el subadquirente. Y lo mismo puede decirse tratándose del fraude de acreedores, para el que no basta que el adquirente conozca que el deudor enajenante queda insolvente, ya que precisamente la venta puede tener por objeto satisfacer la deuda con el precio obtenido, sino que se requiere complicidad en el fraude, es decir, conocimiento de que la venta se hace a dicho fin con el propósito del deudor de eludir su responsabilidad. (S. de 9 de noviembre de 1901.)

(160) La tesis de la carencia de reipersecutoriedad de la prenda ya fué sostenida por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, t. IV, art. 1.772, pág. 174, Madrid, 1852): «La existencia de la cosa en poder del acreedor es, respecto de terceros, un requisito esencialmente necesario para que él pueda alegar el derecho de prenda y reclamar el privilegio especial del artículo 1.926.» MANRESA (op. cit., t. XII, 4.ª ed., pág. 625) insistió en que «el derecho de prenda no se adquiere, sino con la cosa pignorada ni se conserva más que con la posesión». Teleológicamente, el régimen mobiliario exige esa solución, porque la visibilidad de prenda depende de la posesión de la cosa pignorada.

La doctrina opuesta sostiene la reipersecutoriedad del derecho de prenda como derecho real, que si cede ante tercero de buena fe es en virtud del principio del artículo 464, interpretándolo al modo que el 2.279 francés.

Nosotros llegamos casi a igual resultado por el camino inverso, pasando de la carencia de reipersecutoriedad en la prenda a admitir su eficacia respecto a los terceros adquirentes de mala fe.

Rechazada la llamada interpretación germánica del artículo 464 del C. c.—reiteradamente negada por la jurisprudencia—, la solución propugnada por los defensores de la tesis que sostiene la reipersecutoriedad de la prenda llevaría a un resultado práctico más extenso que el pretendido por ellos mismos. La prenda tendría eficacia reipersecutoria incluso contra terceros de buena fe que hubieran adquirido del verdadero propietario. El ap. 2, § 1.º del artículo 464 podría entrar en juego en su contra y a favor del acreedor pignoraticio siempre que éste probara la pérdida o la privación ilegal sufridas por él mismo y que presentara documento público en el que constase fehacientemente la fecha anterior de la pignoración dotándola de eficacia respecto de tercero.

1.º Que el acreedor pignoraticio pruebe que fué privado ilegalmente de la cosa pignorada o que la perdió.

2.º Si actúa contra algún tercero que exhiba, además, título fehaciente que acredite su derecho de prenda y su fecha.

Las excepciones que específicamente en ese caso le serán oponibles son:

1.* Que la adquisición posesoria verificada por el demandado deriva directamente del pignorante aunque no sea de modo inmediato.

2.* La posterioridad cronológica de la fecha fehaciente de la prenda alegada con respecto a la adquisición de la posesión por el demandado.

Como contraprueba para enervar la primera de estas dos excepciones sólo cabe que el actor demuestre la mala fe del demandado, es decir, que éste conocía la pérdida de la cosa o la privación ilegal sufridas por el acreedor pignoraticio accionante. Contra cualquiera de las dos podrá alegar, además, que la posesión por parte del demandado no era en nombre propio, sino en concepto de tenedor por cuenta del pignorante.

24. Aún cabe cuestionar si las soluciones halladas para la prenda manual poseída por el acreedor pueden o no ser aplicadas a la prenda poseída por un tercero designado al efecto e incluso a la prenda sin desplazamiento de posesión, regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Para solucionar el problema hemos de partir de estas dos premisas:

Premisa mayor: La posesión que protege el artículo 464 del Código civil es la posesión en concepto de titular, aunque no se trate de una posesión material de la cosa.

Premisa menor: En la prenda constituida en poder de un tercero de común acuerdo (art. 1.863, inciso final) debe entenderse que éste actúa como depositario del acreedor pignoraticio mientras éste no haya cobrado la deuda. Por lo tanto, por su intermediación la posesión en concepto de titular del derecho de prenda corresponde al acreedor pignoraticio, aunque no detente la cosa. Y en la prenda sin desplazamiento el artículo 59 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 determina que *«El dueño de los bienes pignorados a todos los efectos legales tendrá la consideración de depositario de los mismos... El acreedor podrá exigir a la muerte de dicho depositario legal que los bienes pignorados se entreguen materialmente en depósito a otra persona.»*

La conclusión que dimana es la siguiente: El artículo 464 protege al titular de la prenda sin desplazamiento, o de la poseída por un tercero, en cuanto dicho titular es poseedor civil en tal concepto de la cosa pignorada.

En efecto: el tercero designado de común acuerdo aludido en el artículo 1.863 del Código civil y el pignorante en la prenda sin desplazamiento—según el artículo 59 de la Ley—son depositarios de la cosa pignorada. En cuanto a tales, el artículo 464 no les

protege. Lo que ampara este precepto es la titularidad o titularidades reflejadas en esta detentación. En este caso, la titularidad dominical del pignorante y la titularidad pignoraticia del acreedor garantizado que refleja dicho depósito y corresponden a las posesiones civiles que forman el reverso de la detentación del depositario (161).

Ahora bien, la aplicación del artículo 464 a estos supuestos debe hacerse sin olvidar las particularidades derivadas del derecho de prenda reflejado en la posesión que sufrió la pérdida y la privación ilegal. Es decir, como hemos visto antes: a), su falta de reipersecutoriedad frente a terceros que de buena fe hayan adquirido la cosa del pignorante; y b), la necesidad de apoyarla en documento público en que conste fehacientemente su fecha para poder hacerla valer frente a persona que no sea el pignorante.

En la prenda sin desplazamiento será necesario, además, que ésta se haya constituido regularmente mediante su inscripción y su constitución efectiva en depósito en el *status loci*—provisional o definitivo—determinado al efecto (162).

Con este criterio, el artículo 464, § 1, apartado 2.º, podrá utilizarse el acreedor pignoraticio en la prenda poseída por un tercero designado de común acuerdo o en la prenda sin desplazamiento con los siguientes requisitos (163):

(161) El problema del depósito de cosa propia del depositario ha sido estudiado entre nosotros por JUAN ROCA JUAN (*El depósito y la garantía real mobiliaria*, Murcia, 1946; especialmente interesa su posición que expone en las páginas 13 y ss.). También nos ocupamos de este tema en *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, en «Rev. Der. Priv.», XXXVII, págs. 515 y ss.). Allí concluimos que «cabría distinguir las cosas en que el depositario tenga la plena titularidad de la cosa o, por lo menos el *ius possidendi*, y aquellas otras en las que el goce con el derecho a poseer corresponda a otra persona».

(162) Como dijimos en otra ocasión (*Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, «Rev. Der. Not.», VIII, pág. 51): Tres son los requisitos determinantes y fundamentales exigidos para que esté constituida formalmente la prenda sin desplazamiento: su inscripción (art. 3.º), la determinación de su *status loci* (arts. 52, núm. 3, y 53) y su constitución en depósito (art. 59).

(163) También podrá utilizarse esta acción por el titular del limitado derecho legal de prenda reconocido en el apartado final del artículo 1.922 del C. c. (De este precepto nos ocupamos en la «Rev. Der. Priv.» cit., pág. 519, siguiendo el criterio de GARCÍA GÓYENA al glosar el art. 1.926, núm. 6, del Proyecto de 1851, op. cit., vol. IV, pág. 286, y de MANRESA al comentar el artículo 1.922 del C. c., op. cit., vol. XII, 4.ª ed., págs. 630 y ss.):

a) Si la cosa es sacada de la finca por el mismo arrendatario, pero sin pasar a poder de tercero de buena fe. b) Si la cosa es sustraída por otra persona sin pérdida de la titularidad del arrendatario, en cuyo caso el arrendador podrá subrogarse en lugar de aquél para el ejercicio de la acción reivindicatoria y de la derivada del artículo 464 del C. c. En estos casos la justificación fehaciente de la prenda viene sustituida por la demostración del arrendamiento y la prueba de que la cosa se hallaba en el inmueble arrendado y de que en éste no quedan otros muebles de valor bastante para cubrir el crédito del arrendador. Habrá sustracción ilegal siempre que los bienes que queden no tengan valor suficiente a dicho fin. Y la posibilidad de ejercitar la acción quedará limitada al p'azo

a) Actuando útilmente la acción correspondiente al pignorante como poseedor en concepto de dueño, probando que éste perdió la cosa o fué privado de ella ilegalmente. Su legitimación para dicho ejercicio útil quedará justificada con el correspondiente documento público que acredite fehacientemente su condición de acreedor pignoraticio anterior a dicha pérdida o privación ilegal.

b) Ejercitando su propia acción frente a quien derivó su derecho del pignorante con posterioridad a la constitución de la prenda, probando en este caso la concurrencia de los tres siguientes requisitos:

1.º Que la transmisión verificada por el pignorante constituyó una privación ilegal de su posesión civil pignoraticia por quebrantamiento de depósito. Este hecho resultará en la prenda sin desplazamiento de la justificación de su constitución regular no cancelada ni caducada y de la prueba de la transmisión que la viole. En cambio, en la prenda que fué constituida en poder de tercero, se deberá probar que la entrega de la cosa al pignorante o la recuperación material de la misma por éste en otra forma cualquiera no fué consentida por el acreedor ni correspondió a la extinción de la deuda ni de su garantía (para contrarrestar la presunción del artículo 1.191 del Código civil).

2.º Que justifique fehacientemente en la forma indicada su condición de acreedor pignoraticio anterior a la pérdida o privación ilegal sufrida.

3.º Que pruebe la mala fe del adquirente, presupuesto de la reipersecutoriedad de la prenda.

CONCLUSIONES

Nuestro Código civil no ha importado la regla «*meubles n'ont pas de suite*». El artículo 464 se ha limitado a recoger, a efectos reivindicatorios, el principio «*en fait de meubles possession vaut titre*», pero con las siguientes variaciones fundamentales, más en armonía con nuestras normas tradicionales:

1.ª La posesión a que se refiere el artículo 464 no es necesario que sea una posesión material; basta que civilmente lo sea.

2.ª El concepto de privación ilegal comprende no sólo el hurto y el robo, sino también la estafa, el dolo civil, el abuso de confianza, y, en suma, toda privación que no sea legal.

En cambio, el Código civil importó la regla «*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*» (art. 1.869, § 2, a contrario y art. 1.922, núm. 2 de *minus ad maius*). Su eficacia frente a los terceros de mala fe es sólo consecuencia negativa de esa mala fe (art. 1.473, § 1 y 1.124, 1.295, § 2, de *minus ad maius*). Por ello, necesaria-

indicado en el artículo 1.922, apartado final, de treinta días a contar desde que fué sustraída de su *status loci*, es decir, sacada del inmueble arrendado.

El artículo 464 podrá jugar durante este término, en virtud de la superposición de dos posesiones en los bienes introducidos: la del arrendador y la del arrendatario (la tesis de la doble posesión de estos bienes la han defendido PLANIOL, RIPERT, BEQUÉ, op. cit., vol. XII, núm. 132, págs. 312 y ss.).

mente, el ejercicio por el acreedor pignoraticio de la acción basada en el apartado 2.º, § 1, artículo 464, sólo es posible contra terceros que no sean de mala fe cuando pueda actuar por subrogación legal útil en la acción que correspondería al poseedor en concepto de dueño. En otro caso el acreedor pignoraticio no puede actuar frente a los terceros que de buena fe adquirieron la cosa del propio pignorante.

Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales ⁽¹⁾

CARLOS COLOMBO

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

Si pasamos revista a los problemas respecto de cuya solución la doctrina procesal todavía no es pacífica, advertiremos que los tres fundamentales son los que plantean el concepto y la determinación de la naturaleza de la *acción*, del *proceso* y de la *jurisdicción*.

A primera vista podríamos incluir en la enumeración otro tema básico que, asimismo, constituye un factor de discordia, o sea el que consiste en la fijación del número y en la adjudicación del contenido de los denominados *principios* y, dentro de ellos, en especial el de la adopción del *dispositivo* o del *inquisitivo*, o de la combinación de uno y de otro. Este último criterio trae aparejada la admisión del dispositivo como punto de partida acordando a la parte la libertad de promoción de la instancia, pero sin reservarle luego facultad exclusiva en la aportación de la prueba, ni asignarle a ella sola el impulso procesal: el juez de «simple espectador», o dios escondido—según suele decirse—se convierte en «director» del proceso.

No voy a referirme a las ideas que giran en torno de estas concepciones; a su substrato filosófico o sociológico, ni a la apreciación de su eficacia; tampoco a que, en definitiva, la valoración de la bondad de uno u otro principio sea, en realidad contingente y no pueda llevarse correctamente a cabo a *priori*, en abstracto y con pretensiones de validez universal, no sólo porque su buen éxito o su fracaso se hallan evidentemente condicionados por factores que escapan al concepto mismo—como ser el *tiempo* y el *espacio* (un principio pudo ser admisible ayer y no serlo hoy; puede producir buenos frutos en un país, y no, en otro)—sino también porque, en última instancia, a mi juicio, no es este un problema a resolver por los códigos procesales, sino por las leyes de organización de los tribunales y, sobre todo, depende de la calidad de la magistratura; si se desconfía de ésta, parcial o totalmente; si se teme que la arbitrariedad del juzgador no sea solamente posible sino probable, entonces, no se debe ni siquiera comenzar a hablar de implantación de principio inquisitivo o de sistema prevalentemente inquisitivo. La razón es bien simple: ello se traduciría en tornar concreto un peligro abstracto.

Pero he expresado que únicamente a primera vista es éste un problema de Derecho procesal propiamente dicho. En efecto, si bien se mira, aunque graviten decisivamente en el campo del Derecho procesal, *dispositivismo* e *inquisitivismo* (permítanseme estas voces) en su primer momento, que es el más trascendente, son po-

(1) Conferencia pronunciada en el I. N. E. J.

siciones que trascienden lo ritual, que son previa a lo formal y que, como tales, pertenecen a los dominios de la *Política procesal* como forma de manifestación especializada de la *Política jurídica*, sin perjuicio de que una vez concretado, este o aquel principio se convierta en uno de los cánones fundamentales de la interpretación.

En efecto, no se llega a ser *dispositivista* o *inquisitivista* de la misma manera como se puede ser partidario de la instancia única o de la múltiple, o de este o de aquel recurso, con ser éstos aspectos de subido interés. El alistamiento en una u otra de aquellas posiciones, depende de razones que se vinculan de un lado a la organización estatal y de otro, arraigan en la personalidad; es decir, provienen de causas objetivas y de inclinaciones, como tales, subjetivas. Las primeras nacen del sistema constitucional, de su evolución histórica, así como de la concepción política dominante; las segundas, emanan de la tendencia institucional y por así decirlo, del *credo jurídico* que profese el publicista puesto a encarar lo que mejor convenga—*convenga*—a determinada nación en una época dada.

La comprobación del aserto que acabo de formular es fácil. En definitiva, cuando se desbrozan los argumentos con los cuales *dispositivistas* e *inquisitivistas* quieren abonar sus respectivas tesis, y se procura penetrar en las capas más hondas de la disidencia, se encuentra que mientras los primeros se aferran a un individualismo acentuado, los segundos estiman que el Estado no debe dejar librada la suerte de la justicia al más astuto o al más fuerte, lo que equivale a decir que el Estado ha de poner en juego su autoridad para afianzar la justicia, tomando para sí, por medio de sus órganos, la tarea de restablecer el equilibrio y la igualdad, de colocar las cosas en su justo nivel, ejerciendo una función protectora de quien en la lid del proceso revelare no hallarse adecuadamente dotado para la lucha.

Quedamos, pues, que en un Derecho procesal concebido como Dogmática no han de tener ubicación problemas vinculados al fundamento y utilidad de los llamados *principios*. Y, en mi concepto, esta premisa reviste interés porque si se la acepta, la tarea del procesalista a la par que quedará circunscripta a la zona que en verdad le corresponde, contribuirá a simplificar su disciplina. Y creo que la ciencia jurídica en general y la procesal en particular no debe apartarse de la ley suprema de la simplificación. En este orden de ideas podríamos agregar que, o tampoco son exclusivamente propios del Derecho procesal los problemas que por su carácter general exceden su marco para ingresar en el más amplio de la Filosofía del Derecho o de la Teoría General del Derecho, verbigracia el alcance y significado institucional que ha de tener la interpretación de la ley, o que, si el Derecho procesal se propone examinarlos ha de llevar a cabo su labor en íntima compenetración con aquellos elevados estudios y no con olvido de los mismos. Si reconocemos al ordenamiento estatal y al orden jurídico el carácter unitario fundamental, ni la función del juez que interpreta la ley de fondo puede ser distinta de la que compete al juzgador que lleva a cabo

idéntica faena respecto de la procesal, ni la interpretación misma, en cuanto atañe a sus cánones esenciales (sin perjuicio de algunas modalidades particulares que no alcanzan a modificar la esencia) puede diferir sustancialmente. Si la judicatura, p. ej., interpreta la ley civil con criterio progresivo no se concebiría que interpretara la procesal con tendencia retrógrada.

Una recorrida por las obras corrientes del Derecho procesal permitiría comprobar que, en cuanto atañe a lo que queda indicado, difícilmente se elude el escollo de los extremos: las más destierran a esa ciencia a una isla, casi sin contacto con los estudios filosóficos; las menos y conforme a una tendencia que en mi patria ha comenzado a insinuarse, padecen de una sobrecarga, de un exceso de infiltraciones filosóficas, donde se tratan de combinar en imposible alianza lo general y lo particular, lo abstracto y lo concreto. En las primeras, la exposición resulta chata y exhibe un déficit; en las restantes, el deslinde de lo que pertenece a una y a otra rama se torna confuso y, lo que es más grave, conduce a una abstrusa «trituration de conceptitos» que a la par que desorientan al especialista suscita la animadversión del práctico.

Por tanto, ni déficit ni superávit: una proporción racional que nos situará en el centro.

La pretensión de despejar el campo propio del Derecho procesal, desembarazándolo de tal sobrecarga que no tiene por qué soportar, no puede provocar alarmas fundadas, porque de ella no dependen en modo alguno ni su autonomía (para cuyo reconocimiento es más que suficiente la existencia de un objeto propio tratado con método jurídico) ni su condición de ciencia, lograda hace mucho al quedar superada la exégesis por el sistema. Desde luego, tampoco habría de constituir obstáculo para que un mismo jurista bien dotado abarcara el estudio integral de los aspectos político-jurídico, filosófico y puramente procesal de lo que gira en torno del proceso.

Lo que queremos significar es que si el Derecho procesal no quiere retroceder en el reconocimiento de su autonomía, lograda merced a los continuos esfuerzos de prestigiosos paladines sobradamente conocidos, no debe caer en el error de invadir el campo que pertenece al señorío de otras disciplinas; está bien que reivindicque el dominio de las parcelas que a justo título le pertenecen y en su campaña por emanciparse del derecho de fondo (también aquí, en cuanto realmente corresponda) no ceje y no conceda; mas si no se quiere correr el albur de provocar una fuerte reacción de los cultores de las ciencias y del arte a que hiciera las precedentes referencias, bueno es que lo mantegamos dentro de los límites que la ontología ha trazado y en el afán de cobrar deudas del pasado no lo llevemos a una hipertrofia opuesta, como si todo fuera procesal, que no lo es.

En este sentido, y para dedicar algún recuerdo a ese pariente

pobre de la ciencia jurídica que es el Derecho procesal penal (a quien acude generalmente el jurista tiempo después de advertir que su espíritu se ha saturado de tanto hurgar en las bien provistas arcas del Derecho procesal civil) la compenetración de las nociones de *pena* y *proceso* abiertamente propugnada por Carnelutti y que indirectamente surge de algunas concepciones de Goldschmidt, y que conduciría al resultado de que la pena y aun el delito se convertirían en instituciones puramente procesales, creo que no producen verdadero beneficio a lo procesal, antes bien, lo debilitan. El movimiento de que nacería una tendencia «pan-procesal», según el cual todo o gran parte del derecho sustantivo se resolvería en el procesal, no sólo ha dado lugar a la reacción de ciertos procesalistas como Bellavista, sino que—y era natural—ha provocado protestas airadas de los penalistas. Y, lo que es importante, tales quejas son, a primera vista, en gran parte fundadas.

En todo caso, el replanteo de los problemas a que da origen el deslinde de los campos sustancial y formal deberá hacerse con la sabia prudencia—que es a la vez justa medida—con que lo ha encarado, por ejemplo, el Prof. Fenech y Navarro, quien al disponerse a atribuir la exacta ubicación institucional que corresponde a la hipoteca la considera un embargo convencional anticipado, pero sin caer en el extremismo de adjudicar a la citada institución un carácter exclusivamente procesal, por el contrario, formula la ajustada reflexión de que «si se aplican las conclusiones a que llegan los procesalistas en materia de embargo, puede mejorarse el Derecho hipotecario y evitarse incongruencias y repeticiones». Esta es para mí una manera de hacer aquella *ciencia útil* a que se refería Scialoja. La ventaja de esta correcta posición es doble: reafirma concretamente y en una de sus importantes manifestaciones la autonomía del Derecho procesal, sin despertar fundados recelos de los civilistas y vierte un rayo de luz sobre los campos a deslindar iluminando precisamente la zona que en el caso ha de cobrar mayor relieve, o sea, la de sus confines.

Que en este aspecto quede mucho por hacer, no puede caber duda. En Argentina, por ejemplo, el aspecto procesal de la quiebra aún no ha concitado la atención de los procesalistas, materia que allá pertenece todavía al dominio absoluto de los comercialistas, quienes, como es natural, destinan sus mejores afanes al estudio de los *efectos*, con abandono total o parcial de la quiebra *como proceso* y de las trascendentes consecuencias que derivan de su emplazamiento y consideración como tal. Lo que quiero destacar es que aquí también entre las posiciones extremistas de Candián y de Bruneti cabe la intermedia que dando al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, evita la artificial e inútil disputa entre procesalistas y comercialistas sobre la propiedad exclusiva del tema: que cada uno atienda a lo suyo es lo ideal, y es bastante.

Creo que lo dicho alcanza a comenzar a diseñar una tendencia que

quisiéramos ver transformada en hábito mental y que estimamos provechosa para la resolución de aquellos problemas jurídicos en general y de los procesales en particular, respecto de los cuales el ardor de las polémicas ha oscurecido un tanto su real entidad y, en ciertas hipótesis, y según creo, ha llegado hasta a desplazar el problema mismo. Sobre esta consideración he de insistir más adelante.

Volviendo al punto de partida la política procesal dirá si ha de concretarse el principio dispositivo o el inquisitivo o una combinación de ambos. El procesalista aportará su técnica para que el establecimiento de uno u otro sea como ha de ser, logrado y perfecto; esta faena, que es la auténtica suya, habrá de exigirle, ya de por sí, el despliegue de sus mejores galas intelectuales.

En relación a este punto y a título puramente informativo quisiera poner un ejemplo de un hecho que acaba de ocurrir en Buenos Aires y que en mi concepto confirma las manifestaciones que acabo de formular.

Hasta el día 1 de febrero de 1954 ha regido en la ciudad capital de la República Argentina el Código de Procedimientos Civil y Comercial promulgado en el año de 1880 inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y, en consecuencia, de corte netamente dispositivo. Se dijo que bajo este sistema que pudo ser el más apropiado para la época que se acaba de mencionar, en cambio, en los años que corren la actividad del proceso era conducida con la lentitud somnifera de la anacrónica carreta. Por otra parte, a excepción de algunas escasas «medidas para mejor proveer» que el juzgador podría adoptar en el estadio inmediatamente anterior a la sentencia, sus atribuciones para dirigir el proceso eran casi nulas.

Ahora bien, en mérito a diversas razones que fuera fatigoso enunciar, a partir del 1.º de febrero de 1954 se pone en vigor una nueva Ley, la número 14.237, que de súbito coloca el centro de gravedad de todo el proceso en el juez. Preceptúa, en efecto, su artículo 21 que «En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos, mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendentes a la más rápida y económica tramitación del proceso», amén de parecidas atribuciones que le provienen de otros textos de esa Ley y que concuerdan con la nueva tónica y el flamante espíritu.

Así las cosas, en aquel medio se producen en el acto los siguientes fenómenos: 1.º Una inmediata y airada reacción de los *prácticos*, quienes por conformación mental rutinaria y por hábitos inveterados protestan ante la para ellos presumible invasión de la magistratura en zona que hasta ese momento les estaba vedada. 2.º Parte de la doctrina procesal se contagia y en las primeras producciones cae en una inconveniente mezcla de consideraciones de política procesal y de dogmática, con el infeliz resultado de que

la interpretación de la Ley queda enturbiada para los no avisados. 3.º Una parte de los procesalistas intenta mitigar el espíritu de la nueva Ley (que no reemplazó en su totalidad al antiguo Código, sino que sólo la reemplazó parcialmente) y para ello se proponen sincronizar las nuevas disposiciones con las que quedan de las anteriores, dando primacía a las supervivientes. 4.º Otros se colocan en el campo opuesto y conceptúan totalmente superados los viejos tiempos y todo lo criban en el tamiz de los nuevos.

¿Cuál es la enseñanza a recoger? Que cuando se deja de tener en cuenta la *oportunidad* y la *finalidad* que han de ser inherentes a los estudios procesales puede comprometerse la suerte de la interpretación de la Ley y en este aspecto la doctrina deja de cumplir su cometido, que pasa a ser el primordial en los primeros tiempos de vigencia de aquélla.

He dado este rodeo antes de comenzar a desarrollar el tema fundamental de esta exposición—(*Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales*)—porque me parece que si se comienza por tener en cuenta que sí, como creo, la necesidad de abandonar determinados extremos se presenta ya en relación a los presupuestos de la ciencia procesal, no habrá de ser juzgada empresa imposible o varra la que se disponga a hallar el punto de equilibrio entre las doctrinas aparentemente opuestas que se disputan primacía en la solución de aquellas contiendas a que precedentemente aludíramos.

Pues bien: reservando a la política procesal lo que legítimamente es de su dominio; asignando a la filosofía del Derecho la misión que en verdad le compete y dejando de lado los aspectos prevalentemente rituales, reglamentarios o de trámite, resultaría que las tres cuestiones máximas a cuyo estudio se ve abocado el Derecho procesal son las que se refieren a la *jurisdicción*, a la *acción* y al *proceso*, sobre todo a la determinación de su naturaleza. Según es de todos sabido, es sobre estas materias que constituyen la *parte general* del Derecho procesal donde la doctrina sigue acusando disonancias frecuentes cuando no estridencias manifiestas, a pesar de que, según algunos, las dificultades están superadas, en cambio, respecto de los temas de la *parte especial* los acuerdos son más fáciles de lograr y la armonía si no perfecta es por lo menos aceptable.

Si hubiéramos de otorgar crédito en descubierto y por igual a los autores—desde que todos ellos de buena fe y con el mejor de los propósitos—han tratado y procuran develar esos tres misterios—de misterios habla Satta, cuando se refiere a uno de ellos y teniendo en cuenta que las teorías con pretensiones de explicarlos se suceden unas a otras y como punto previo concentran sus mayores esfuerzos en la destrucción de todo lo anteriormente edificado más que para dotar de cimientos sólidos a la propia construcción, deberíamos llegar a la conclusión—paradoja excluida—de que, verbi gracia, mientras estamos habilitados para afirmar rotundamente

cierto que como ocurre en todos los campos de la investigación científica, conocer qué *no es* «algo» puede significar, desde ya, un progreso, que evite el error, no es menos exacto que lo que realmente importa es poder determinar *qué es* ese «algo»; lo que interesa es la verdad.

Y ¿poseemos esa verdad o esas verdades?

Muy lejos de mi ánimo el incurrir en precipitaciones o en exageraciones en materia jurídica que casi como ninguna otra ha de ser ponderada y serena; menos exhibir la pedantería de descubrimientos sensacionales, insuperables, absolutos y que, por lo demás y aquí también paradoja aparte, serían candorosos porque sobrada experiencia existe en el sentido de que muy a menudo las verdades jurídicas son *provisorias*... Pero con estas salvedades que son casi una confesión entiendo que la respuesta al interrogante formulado en relación a aquellas tres cuestiones, se halla considerablemente dificultada. Ni siquiera es fácil saber si poseemos o no la verdad o las verdades.

Pero ¿cómo puede esto ser así? ¿Cómo es posible que haya escapado a la penetrante sagacidad, a la intuición, al saber de tanto y tan eximio jurista de toda latitud y de todo tiempo el hallazgo de tales verdades? Una de dos: o se trata de problemas que exceden el alcance y el poderío de la mente humana (y no participo de ese pesimismo) o la verdad ya está descubierta o puede serlo. Lo que podría ocurrir es que no la hemos visto o no la vemos.

Para que lo que acabo de decir no genere reacciones anticipadas, preciso es traer a colación un ejemplo indiscutido que permita apreciar cómo puede ser posible que las dificultades aparentemente insuperables que durante mucho tiempo impiden aprisionar la verdad, pueden provenir de dos grandes causas: la primera, que una ciencia, en su etapa de formación, comienza por concentrar sus principales esfuerzos en el afianzamiento de su autonomía y luego consolidación de las materias que le son propias y que la intensidad de ese esfuerzo produce inevitablemente desviaciones y discrepancias en la apreciación de la naturaleza jurídica, de la real entidad y de la solución de las cuestiones fundamentales; la segunda, que la exigencia impuesta por ese afán de asegurar la vida misma de la ciencia de que se trate y fijar su proyección en relación al resto de la enciclopedia jurídica, da lugar al nacimiento de *escuelas*, que en lo fundamental son siempre dos, en abierta y casi total oposición, que se atribuyen el monopolio de la verdad y se combaten, no quieren ceder en nada o en casi nada, en la contraria sólo destacan errores o, en todo caso, tímidos atisbos de verdad, inconscientes.

Ese ejemplo nos lo suministra el Derecho penal, conmovido, esterilizado por la lucha entre la *escuela clásica* y la *escuela positiva*, que, partiendo de concepciones diametralmente opuestas, ha provocado una inquietud científica de tal suerte exagerada, que en ocasiones llega hasta la desesperación.

Y mientras tanto, la verdad ¿dónde estaba y está? ¿Es uno u otro de esos extremos? En manera alguna. Era, por tanto, inevitable que la cordura llevara a un eclecticismo que no fué pusilánime como se ha pretendido con desconocimiento real o fingido de la naturaleza de las cosas y de los hombres. Tomar la parte buena que tienen las doctrinas y desechar la equivocada, y con ello—en lo que sea susceptible de ser conciliado—presentar un producto que, lejos de ser híbrido, revele sano propósito de ajustar las concepciones a la realidad, no puede ser juzgado deleznable. Que el genio lance sus teorías innovadoras o revolucionarias y con ello despierte y promueva el cambio de una de aquellas verdades provisionarias por otra a la larga también provisionaria, es plausible. Pero el jurista teórico que trabaja para el práctico, el que no puede esperar a que los sueños se realicen, no ha de especular con despertares a veces tardíos. El debe actuar para su presente y, a lo sumo, para su futuro próximo, y debe aprovechar lo conveniente de todas las ideas, para presentar a los hombres de su época soluciones concretas y satisfactorias.

He recurrido al ejemplo del derecho penal porque, como en lo que se refiere al proceso de evolución, para éste es pasado lo que para el derecho procesal es presente, cabe aprovechar aquella experiencia como guía que permita recorrer sin extravíos los caminos de nuestra disciplina.

Ahora bien, ya en referencia exclusiva al derecho procesal, el contenido de algunas manifestaciones doctrinales contemporáneas nos induce a concluir que tal vez sería posible y oportuno fijar la atención sobre el «movimiento» conciliador—tendente a la pacificación de las doctrinas que pretenden interpretar el tríptico *jurisdicción, acción, proceso*. Esta tendencia (que sin duda no podría ser bautizada con el pomposo nombre de «escuela») no estimaría justo que fuera menospreciada. A ella hice referencia hace varios años con impaciencia juvenil, y en una frase suelta de la introducción a un modesto ensayo cometí el error de denominarla nada menos que *escuela rioplatense de Derecho procesal*, porque creí encontrar en las obras de los principales procesalistas argentinos y uruguayos un particular modo de ver que los separaba un tanto de las encontradas concepciones corrientes, y los ubicaba en una posición intermedia.

Si bien algunos de los procesalistas que en conjunta acabo de indicar han evolucionado y otros se han rectificado o superado, según el calificativo que apliquemos a las oscilaciones del pensamiento, ahora, en producciones recientes, aquel eclecticismo vuelve a aflorar, esta vez con mayor claridad.

Por tanto, he estimado que podría revestir cierto interés una sucinta información sobre alguno de los aspectos reveladores de la tendencia señalada. Con el fin de no abusar en demasía de la amable atención que hasta aquí se me ha dispensado, me limitaré a describir el estado actual de la doctrina argentina respecto

de la naturaleza del proceso y, luego, a tratar de comprobar si la ya referida tendencia conciliadora sobre que se asienta es susceptible, resulta, asimismo, provechosa para valorar la teoría del proceso como institución, propiciada por el eminente maestro Guasp.

Quisiera aclarar que no obstante alguna opinión que tiene por esclarecida y superada la cuestión a que da lugar la naturaleza del proceso, los calificados estudios que continuamente se dedican a este punto demuestran que el tema no está agotado. Creerla superada. Que no lo está lo prueba la cantidad de trabajos que sobre el tema se siguen produciendo.

Me limitaré a estos casos, pero, va de suyo, muchas otras hipótesis podrían ser contempladas a la luz de la misma idea.

Tres son los principales procesalistas argentinos de la hora presente que se han ocupado de la naturaleza jurídica del proceso: Alsina, Podetti y Sartorio. Es en los trabajos de los dos mencionados en primer término donde vemos perfilarse con toda nitidez la conciliación de las teorías aparentemente irreductibles; Sartorio, en cambio, da una definición del proceso como «método» cuya consideración exigirá extensas dilucidaciones no directamente relacionadas con la finalidad que perseguimos. Por otra parte, el proceso como método de debate ya ha sido encarado, entre otros, por Goldschmidt y Couture.

Durante una etapa prolongada, dos han sido las concepciones fundamentales acerca de la naturaleza del proceso: la de la *relación jurídica procesal* (Bulow, Wach, Chiovenda) y de la *situación jurídica* (Goldschmidt).

Para la teoría de la relación el proceso es una unidad jurídica, una organización jurídica; existe una relación de carácter procesal entre todos los que en él intervienen, que les crea derechos y deberes; pero mueve a todos un fin común, que es la actuación de la ley; la relación es autónoma, compleja y pertenece al derecho público.

Goldschmidt, para edificar su doctrina sobre la *situación jurídica*, comienza por tratar de demoler la construcción anterior que le embarazaba el campo y lo hace: negando la existencia de tal relación procesal que, por lo demás, se considera inútil, y sosteniendo que no puede hablarse de derechos y deberes, sino de cargas procesales, porque los supuestos deberes no constituirían otra cosa que algo que se ejecuta o en el propio interés o como una manifestación de la carga que pesa sobre todo ciudadano de colaborar con la administración de justicia. Por otra parte, el deber del juez de decidir la controversia no sería de naturaleza procesal, sino constitucional. Los actos procesales tendrían la calidad de negocios jurídicos y no de una relación jurídica. Agrega Goldschmidt que no es suficiente para que quede constituida una relación jurídica la presencia de un complejo de actos encaminados hacia el mismo fin. Por todas esas razones y otras más que fuera extenso exponer, el procesalista germano, encarando ya la parte

constructiva, concluye que en realidad las partes en el proceso tienen *expectativas* esperanzas de obtener una ventaja procesal sin un acto propio, como la que tiene el demandado de que la demanda sea rechazada por un vicio de procedimiento; *posibilidades* (de obtener una ventaja mediante la ejecución de un acto, como la demanda) o de liberación de cargas procesales (reconocimiento del demandado), todo lo cual se traduce en *situaciones*.

Según la opinión de autorizados procesalistas, Goldschmidt habría tenido mayor suerte en la parte de su concepción destinada a la crítica de la teoría de la relación jurídica que en el aspecto positivo. Es decir, tampoco su doctrina conformaba plenamente.

Que ninguna de las dos teorías, por sí sola o aisladamente consideradas, satisficiera completamente la inquietud de los procesalistas, es un hecho notorio. Ya en el año 1941, en su magnífica «Exposición del Derecho procesal civil de España», escribió el Maestro Prieto Castro estas palabras: «Realmente el proceso no es una relación jurídica, en el sentido técnico de la palabra; todo lo más se compone de una serie de relaciones concretas y puramente de hecho.» Y párrafos más adelante, refiriéndose a la teoría de Goldschmidt, manifiesta: Radicalmente tampoco se puede aceptar esta tesis, pues el proceso es también, en todo caso, un conjunto de situaciones jurídicas.»

Ese estado de insatisfacción dió lugar al advenimiento de numerosas otras teorías, como la del estado de ligamen, de Kisch; la de la *entidad jurídica compleja*, de Foschini; la de la *modificación jurídica*, de Satta, y principalmente la del *proceso como institución*, debida al profesor Guasp, de quien escuchamos brillantísimas explicaciones en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

A la teoría de la institución habré de referirme más adelante.

De manera que la insuficiencia advertida en la explicación suministrada por las dos teorías tradicionales trató de ser superada por una doble vía: primero, mediante la creación de teorías totalmente distintas, como las que acabo de recordar, y luego —y a esto quería llegar—, con la tentativa de conciliación de esas dos teorías fundamentales, aparentemente ni conciliables o irreductibles, a punto tal que, anticipándose a tales intentos, el propio Goldschmidt los había juzgado imposibles.

Asina, en diversos trabajos y principalmente en el muy reciente titulado precisamente «La teoría de la situación jurídica no se opone; antes bien, integra el concepto de relación jurídica», llega a estas conclusiones:

- 1.° El análisis que hace Goldschmidt del desenvolvimiento de la situación procesal, con su conjunto de expectativas y consecuencias desfavorables recíprocamente entre actor y demandado, revela la existencia de una *vinculación* regulada por la norma procesal.
- 2.° No es vano un intento de conciliación entre las doctrinas de la relación jurídica y la de la situación jurídica.

3.* «En realidad, no puede hablarse de situaciones jurídicas si no se presupone una relación jurídica. Para que haya un acreedor, dice Kelsen, debe haber un deudor; no hay padre si no hay hijo. Lo mismo puede decirse del proceso: para que haya un demandado debe haber un demandante, y si la sentencia es consecuencia de la actividad de las partes y esa actividad está regulada por una norma de derecho que determina deberes y facultades, parece evidente que *no puede negarse la existencia de una relación jurídica*. Pero ello no se contrapone a la doctrina de la situación jurídica. Podría decirse que el concepto de relación jurídica considera el proceso en su aspecto *estático*, como el conjunto de facultades y deberes que vinculan a las partes con el propósito común de obtener una sentencia que decida la litis; el de la situación jurídica considera el proceso en su aspecto *dinámico*, referida a las distintas posiciones que, como consecuencia de su conducta, las partes ocupan recíprocamente en la relación procesal y que mejoran o empeoran en la esperanza de una sentencia favorable, según que cumplan o dejen de cumplir con las cargas procesales que constituyen alternativamente sus deberes y facultades.»

Hasta aquí reproducido en lo fundamental el pensamiento de Alsina; antes de valorarlo digamos dos palabras sobre el enfoque que a la naturaleza del proceso da otro procesalista argentino, Podetti, dado que—aunque por distintos caminos—en ambos casos coincide el resultado que interesa tener en cuenta a los fines que nos hemos propuesto en esta disertación, o sea, la tentativa de conciliación de las dos teorías fundamentales aparentemente discrepantes.

Asienta Podetti su construcción sobre una base constitucional: el artículo 29 de la C. N. argentina, que dispone que *es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*. La reglamentación de esta garantía constitucional está en las leyes procesales; éstas, por tanto, deben asegurar la bilateralidad del proceso: la deducción y prueba, dentro de un orden establecido, de las pretensiones y defensas de los litigantes; y establecer los deberes, facultades y garantías necesarias, para que el juez pueda administrar justicia. Por eso, el ejercicio de la acción requiere un *molde preestablecido*, molde que es una estructura dada «*a priori*» por las leyes procesales y que constituye el proceso *en visión estática*, que podemos estudiar *en los códigos*. Esta estructura es un esquema complejo, que permanece inerte en las normas que la instituyen y coordinan. Los actos de quien actúan—litigantes y jueces, auxiliares y terceros—la animan y *transforman* en un fenómeno específico, con dimensión temporal. Estos actos impulsan el proceso *vivo* hacia su culminación en la sentencia y en su ejecución. Frente, pues, al proceso como estructura vacía se yergue el proceso que el autor denomina *viviente* y define como «fenómeno específico jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del actor ante el poder jurisdiccional (o

con la instancia del órgano del Estado habilitado para ello); se desarrolla gracias al ejercicio, por el órgano y los sujetos, de las diversas *facultades* que integran la acción, mediante las formas procesales, y tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y del general mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual» (*Tratado de la competencia*, página 26).

Como Podetti, en otros trabajos, al referirse al proceso, ha hablado de *cargas*, *expectativas* y *posibilidades*, de *derechos* y de *obligaciones*, acepta elementos de la teoría de Goldschmidt y acude a Stammler en procura del basamento filosófico de la doctrina que propugna, se ha entendido que trata de combinar la relación y la situación jurídica.

Lo cierto es que frente a la categórica opinión de reputados autores (comenzando por Goldschmidt, por ejemplo), en el sentido de que sería imposible lograr un avenimiento entre la teoría de la relación jurídica y la de la situación jurídica, advertir ahora hay procesalistas que estiman que la conciliación es posible, en los casos a que nos acabamos de referir, sobre la base de la distinción entre proceso estático y proceso dinámico (o viviente).

Pero es que en realidad, y para quien participe de esa manera de pensar, en el fondo se trataría de algo más que una simple composición: se concilia lo que se halla *realmente* en discordancia, pero en caso de aceptar esas explicaciones habría que ir un poco más lejos en las conclusiones: lo que habría ocurrido es que las teorías de la relación jurídica y la de la situación jurídica *nunca* fueron discordantes; al contrario, desde su origen se habrían referido a aspectos distintos del proceso, y, al revés de la opinión comúnmente admitida, un error habría perdurado: el de creer que eran incompatibles.

Esta afirmación podrá parecer atrevida. Sin embargo, en la penetrante sagacidad de algunos maestros se vislumbra ya la posibilidad del acuerdo. Calamandrei, por ejemplo, ha escrito: «Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal que se refiere a la constitución *externa* del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre el proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en el fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia» (*Un maestro del liberalismo procesal*, «Rev. de Der. Proc.», Argentina, t. I, pág. 57).

Schonke, de probada fidelidad a la teoría de la relación jurídica, afirma: «No obstante, se puede designar como situación jurídica cada uno de los períodos de la relación jurídico-procesal.» No puede ser más claro. (*Derecho Procesal Civil*, pág. 17.)

En síntesis: las tentativas conciliatorias a que aludimos tienen base seria.

Pasemos ahora a considerar una teoría expuesta por uno de los eximios maestros de la doctrina procesal española: el profesor Guasp, no tanto en sus detalles, lo que nos sería imposible, sino en cuanto a su real significado y a las críticas que se le han formulado. Veremos por qué pueden ser consideradas infundadas.

La idea central de esta concepción surge de estas palabras del profesor Guasp, que podemos leer en sus *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, página 22: «Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los objetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso: la idea objetiva común que en él se aparece es la actuación o la denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también.»

Esta atrayente teoría fué adoptada por distinguidos procesalistas españoles de todos conocidos y prohijada por el uruguayo Couture. Mas, como no podía dejar de suceder, contra la novedad se levantaron las voces de algunos críticos que, a mi juicio, incurrieron, entre otros, en el error de pretender exigir a la teoría mencionada un requisito que no exigieron, en cambio, a otras. Le pidieron que resolviera, *a la vez*, todos los puntos de vista desde los cuales puede ser contemplado el proceso.

Por de pronto se da el caso, muy sugestivo, de que no todos los críticos concuerdan en sus objeciones, y el no menos curioso de que algunos de ellos no concuerdan entre sí. Pero lo que ya supera todas las previsiones sobre la materia es que también un mismo crítico se contradiga. Ejemplo de la contradicción entre dos o más: Alcalá Zamora y Castillo (Rev. de Derecho procesal argentino, cuarto trimestre de 1952, pág. 257, nota 227) sostiene que la definición que ofrece Guasp de «institución» «no es referible a las demás figuras que se suelen presentar como institucionales, por ejemplo, la familia». Solus, en cambio (que es procesalista francés y de la ciencia procesal francesa ha dicho y repetido Alcalá que es *rudimentaria*), cree que con aquel concepto, en definitiva, *todo sería institución*. Ejemplo de la contradicción en un mismo crítico: Alcalá, que luego de haber manifestado, según hemos recordado, que la definición de Guasp no permitiría encuadrar en ella a las demás instituciones tradicionales tenidas por tales, verbigracia, la fa-

milia; dos líneas después agrega que «mediante ese expediente *todo se convertiría en institución*».

Otro crítico, aunque éste sólo a medias, Morel, comienza por confesar que en lo que atañe a la entidad real de la institución «no es mucho lo que sabe» y luego de exigirle por su cuenta un carácter permanente que el proceso no tendría—¿A qué permanencia se quiere aludir? Permanencia no quiere decir eternidad, ni siquiera perpetuidad—, termina admitiendo que «Es cierto que el proceso ha sido, en cierta medida, una institución en tanto que ha permitido al juez decir el derecho».

De manera que mientras para unos es obvio que el proceso es una institución—muchas cosas resultan obvias una vez que se han descubierto, pero lo interesante es que no lo eran tanto antes, también podría decir ahora que es obvio, que es una relación jurídica—, para otros no podría ser institución. Pero la crítica no ha querido destacar el extraordinario mérito de esta concepción, que consiste en explicar mejor que ninguna otra la confluencia en el proceso civil de los intereses privados y de los públicos, que ésta es, precisamente, la característica dominante de las instituciones. Satta mismo ha dicho que «La base sulla quale tutto il processo si fonda, il rapporto giuridico sostanziale le accomuna (a las normas) nell'unità del fine, che é quello della realizzazione della tutela giuridica». (Introduzione allo studio del diritto processuale civile, página 39).

¿Y por qué la teoría de la institución suministra esa explicación feliz? Sencillamente, porque ha enfocado el proceso contemplándolo en la órbita que describe en el ordenamiento estadual; ha considerado la *función* del proceso como medio excogitado por el Estado para asegurar la «paz con Justicia» a que alude el lema carneluttiano. Para lograr esa paz y esa justicia el Estado necesita poder llegar a la norma jurídica particular o concreta; lo hacen por medio de sus órganos los jueces y es su instrumento la sentencia; la sentencia requiere una coordinación de las actividades de los órganos y de las partes, y mientras estas últimas buscan el reconocimiento de sus derechos o las satisfacciones de sus intereses, el Estado, a la par que cumple con una de sus actividades fundamentales, fuera y por encima de la voluntad de los sujetos establece el molde a que debe ajustarse la organización de la discusión; y *esto, señores, no es otra cosa que una institución*, y precisamente la institución «proceso».

Ahora bien, alguien quiere confundir el proceso con el matrimonio sólo porque ambas sean instituciones, que cargue con la inevitable ironía; pero ese alguien, para ser lógico, deberá confundir también una compraventa con un mandato sólo porque los dos sean contratos.

¿Por qué alarmarse ahora y no haberlo hecho antes cuando, por ejemplo, entre otros, Betti en su *Diritto Processuale Civile Italiano*, página 1, estampó esta definición: «El proceso civil, *considerado en la órbita de un ordenamiento jurídico*, es una INSTITUCIÓN

destinada a la actuación de la ley por obra de los órganos jurisdiccionales en orden a un concreto interés que por él se pretende protegido? ¿Y por qué tampoco cuando Ugo Rocco (Derecho procesal civil, trad. castellana, pág. 60) manifestó que el proceso civil «es el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma de que derivan»? ¿Sólo porque antes se expresó sin conciencia plena del significado de la expresión empleada o sin concretar cómo correspondía el sentido o sin extraer las consecuencias pertinentes? Por lo demás y en otro orden de ideas, el Profesor Guasp siempre ha reconocido la existencia de precursores de su tesis, en particular Vizios y Renard.

Muchos procesalistas no han tenido reparos en explicar el proceso como relación jurídica y emplear, simultáneamente, la voz «institución» para referirse a él. Así, en el *Derecho procesal civil español*, del ilustre Manuel de la Plaza, se lee: «que la idea de relación con fuerza vinculatoria ha presidido los fundamentales trabajos en pos de una doctrina científica del proceso civil como INSTITUCIÓN y del derecho llamado a regularlo, como disciplina jurídica». Y agrega que el proceso «en cuanto INSTITUCIÓN», constituye una relación *sui generis* fuertemente matizada por el interés público (tit. I, pág. 11).

Pero si me he extendido en la consideración de esta teoría no es seguramente para intentar su defensa, que ni la necesita ni se ha pedido. Lo he hecho porque creo encontrar en ella una prueba más de que cuando no se tiene en cuenta la verdadera ubicación de una teoría el primer error en que se incurre es criticarla apuntando a un blanco distinto del propuesto y se comienza entonces a hablar de discrepancias y de contradicciones, que desaparecen apenas se la sitúa en el terreno que le es propio.

Resumiendo, podría quizá llegarse a una doble conciliación: en primer término, no habría contradicción entre la teoría de la relación jurídica procesal y la de la situación jurídica, si se atiende a las explicaciones de Alsina, Podetti, Calamandrei, Schönke y otros ya recordados; en segundo lugar, no habría contradicción entre esas dos teorías y la de la institución si se piensa que mientras aquéllas ven en el proceso lo que ocurre desde *dentro*, poniendo en primer plano la relación *ya nacida*, en la que se producen situaciones jurídicas, ésta no enfoca desde *afuera* en su significado en relación al ordenamiento estadual; pero ni las primeras impiden ver desde dentro lo que ocurre afuera ni la última obstaculiza la visión de lo que ocurre en el interior. En otros términos: la función da la idea de la estructura y viceversa.

La tentativa conciliatoria hasta aquí esbozada podría extenderse a las otras hojas del tríptico famoso. No lo haré, sin embargo, porque demasiado he abusado de vuestra paciencia. Me limitaré a recordar que, por ejemplo, en cuanto atañe a la *acción*, Redenti, con su puzante estilo ha dicho con todas las letras que el «embrollo»

nace de diferencias terminológicas y hasta se divierte con un juego de palabras en el que repite tres veces el término «acción», pero con distintas acepciones, haciendo derivar de él, deliberadamente, un verdadero galimatías (*Diritto processuale civile*, I, página 31).

Por mi parte, hace casi diez años, preocupado por el esclarecimiento de la *naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*, creí advertir que las dos teorías fundamentales en que la doctrina se agrupa, a saber, la que considera que aquélla no es en realidad la sentencia, sino sólo algo que podrá llegar a serlo, un simple elemento de la que se pronuncie por la última instancia y contra la cual ya no quepa la posibilidad de recurso alguno, y la otra, que estima que la sentencia sujeta a recurso tiene ya desde su origen alguno o todos los atributos de la verdadera y propia sentencia, pero que puede llegar a perderlos por efecto del o de los recursos deducidos; creí hallar, decía, que esas dos teorías aparentemente opuestas no son irreductibles, y que lo único que ocurre es que se ha enfocado un solo problema desde dos puntos de vista distintos a la vez. La primera teoría resuelve el problema de cual es la sentencia que ha de conceptuarse manifestación suprema y auténtica de la función judicial *como poder del Estado*; la segunda se refiere a otro aspecto: a la naturaleza de la sentencia impugnada *en el ámbito del proceso*.

Creo que con muchos ejemplos podríamos abonar la tesis propugnada.

A manera de epílogo, permítaseme que formule una salvedad: No quisiera dejar la impresión de que el «movimiento» a que he aludido le inspira el propósito de conciliar lo inconciliable, a toda costa. Tampoco se pretende adoptar como sistema la actitud de dejar a los demás la fatigosa tarea de la creación para asumir *a posteriori* la cómoda posición componedora. Sin duda, no puede ser esa la inteligencia en que se ha de tomar la tentativa pacificadora. Sin pretensiones admonitorias que fuera visible concebir y, a lo sumo, como una simple expresión de deseos, entiendo que podría omitirse la búsqueda de las novísimas teorías antes de tener la certeza absoluta de que las que componen el caudal ya constituido son, en verdad, insuficientes. Esto que es elemental no siempre se observa. En este sentido puede que la originalidad a veces consista en tratar de no ser siempre originales.

Es seguro que aquí nadie necesita de estas reflexiones. Si las he vertido es porque entre todos los temas posibles me pareció que era de preferir el que permitiera exhibir el panorama actual de los estudios procesales argentinos y, sobre todo, la tendencia que los inspira, que es lo primordial. Si esta corriente, que aspira a circular por los meandros de las teorías, tiene la fuerza suficiente para llegar a destino, es respuesta que dará el tiempo. Entretanto, he querido traer a la España que tanto amo y a sus insignes procesalistas que mucho admiro, un poco de agua de aquellas fuentes, que —como se habrá advertido— si alguna pretensión tiene es la de manar límpida, con la pureza de las buenas intenciones.

La indemnización por causa de muerte

(Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Alcance y propósito de estas notas.—II. Los antecedentes: 1. La concepción romanista.—2. Los Derechos particulares: a) Antes de la codificación. b) La codificación.—3. Práctica y doctrina del Derecho español.—III. Las disposiciones legales: 1. El seguro por responsabilidad civil: a) La legislación sobre accidentes del trabajo. b) Disposiciones sobre seguros por responsabilidad civil.—2. Las disposiciones de los Códigos penal y civil: a) La regulación legal considerada en sí misma. b) Las consideraciones y objeciones de tipo dogmático.—IV. La doctrina del Tribunal Supremo: 1. La valoración del daño.—2. La prueba del daño: a) El perjuicio inferido a la víctima. b) El perjuicio inferido a la familia o a un tercero.—3. La transmisión del derecho de la víctima a sus herederos: a) Objeciones a la transmisibilidad del derecho. b) Doctrina favorable a la transmisión.—4. Consideraciones finales.

I. ALCANCE Y PROPÓSITO DE ESTAS NOTAS

Este trabajo, convendrá advertirlo desde su comienzo, tiene abiertamente carácter de ensayo. Es decir, se ha redactado entre muchas dudas, sin el amparo autorizado de la opinión común, y se publica ahora, principalmente, por el deseo de someter sus conclusiones al contraste de la crítica.

Las notas recogidas se centran en torno a un tema diminuto y concreto: averiguar el origen y la naturaleza de la acción para exigir responsabilidad civil por la muerte de una persona. Cuestión difícil, a la vez que descuidada. Especie de enclave del Derecho civil en medio del territorio propio de lo penal, participa del tono borroso de esa zona fronteriza de la responsabilidad civil nacida de delito o falta, regida por la ley punitiva (1). Además, el

(1) Estudiada especialmente por: GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil del delito*, en «Rev. Der. Priv.», 33 (1949, marzo), págs. 186-212; SILVA MELERO, *El problema de la responsabilidad civil*, en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», 188 (1950, diciembre), págs. 635-699; id., *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*, «A. D. P. y C. P.», 1 (1948) págs. 246-254; MORENO MOCOLÍ, *La responsabilidad civil por culpa extracontractual y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia*, «Rev. Der. Priv.», 34 (1950, julio-agosto), págs. 628-640; DE COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, 1955; REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 1955; MONTEL, *Problemi della responsabilità e del danno*, 1952; trad., *Problemas de la responsabilidad*

punto mismo a tratar impone en cierto modo tomar partido sobre el concepto tan cuestionado del llamado derecho o bien de la vida (2). Y si se ha de examinar en todo su alcance serán, además, necesarias las referencias a reglas aún poco elaboradas doctrinalmente, sobre seguro de vida, seguro obligatorio de viajeros, accidentes del trabajo y convenios internacionales sobre limitación de responsabilidad por daños. Complicación de la materia que no justifica del todo el desentenderse de ella como postura general de la doctrina. Explicable mejor por caer a trasmano de los tópicos centrales del Derecho civil según la concepción romanista y, quizá también, porque los prácticos no han apremiado a los autores a que dictaminen sobre ella (3).

No se ha escrito este ensayo para llenar una laguna de la doctrina ni para proponer una teoría general sobre la significación jurídica de la vida. Su porqué es mucho más modesto. Se estudia la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se busca destacar su unidad interna y explicar sus aparentes contradicciones. Esta tarea ha parecido no sólo útil, sino también de alguna urgencia. El más alto Tribunal de la nación ha resuelto muchos recursos sobre responsabilidad civil por causa de muerte, y casi siempre lo ha hecho con criterio propio, que se aparta notablemente del que predomina entre los autores y en la legislación y decisiones judiciales extranjeras. Las sentencias aludidas no expresan las más de las veces sus razones; tienen vacilaciones evidentes y hasta en algún caso recogen afirmaciones en contra de la línea general de la misma jurisprudencia. No es de extrañar que leídos aprisa los considerandos y como se hace de ordinario, sin tener en cuenta los hechos de la demanda y los motivos por los que se recurre, se tenga una impresión de confusión y desacuerdo y que se puedan mal entender, en contra del mismo criterio que decidiera el fallo. Por todo ello, se ha creído que un recuento de sentencias y un examen detenido de las principales sería provechoso y serviría para evitar que perduren los equívocos sobre la doctrina jurisprudencial (3 bis).

La originalidad indicada de la doctrina jurisprudencial no es

y del daño, 1955, con notas de Derecho español, por ROCA JUAN (las citas a esta obra se hacen al texto italiano): GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación* (¿1949?).

(2) Las notas primeras, base de este trabajo, fueron tomadas para un estudio de mayor contenido, sistemático y condensado, sobre «la esfera de la personalidad».

(3) Los procesos son muy numerosos, pero la cuantía de las indemnizaciones demandadas han sido generalmente pequeñas. Es posible que cuando se vaya dejando de tomar como modelo a las tarifas de la Ley de Accidentes del trabajo y se apoyen las valoraciones en las consignadas en los Convenios internacionales (con «plafonds» de 150.000 a 500.000 francos Poincaré, cuya elevación aún se pide), aumente el interés de los profesionales; «honi soít qui má v pense».

(3 bis) Ahora mucho más apremiamente después de la recién publicada sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1956.

caprichosa: antes bien, parece tener una justificación firme y honda. Su estudio ha llevado a la afirmación central—y también más discutible—de este trabajo. La de que los Tribunales han rechazado con plena justificación intrínseca la concepción romanista dominante sobre la responsabilidad civil por causa de muerte; en lo que coinciden así con la práctica antigua castellana y con nuestra doctrina clásica más autorizada. No se han encontrado indicios de que la jurisprudencia se inspirase o siguiese estos antecedentes. Parece más probable que la concordancia de criterios tenga un motor más íntimo: el sentir popular sobre la indemnización más justa.

Para apreciar debidamente las resoluciones judiciales, ha resultado necesario recoger algunos datos sobre la concepción romanista dominante antes y ahora en leyes y libros de Derecho y sobre la particular orientación de la práctica y doctrina española antes de la codificación. También, para aquilatar el valor intrínseco de ésta y de la doctrina jurisprudencial, parece imprescindible someter los argumentos de la opinión común, afirmados en nombre de la razón y la lógica, a la piedra de toque de una crítica sin prejuicios. En fin, se han traído a colación una serie de preceptos «extravagantes», incluso de convenios internacionales; permiten ver la cuestión desde un ángulo distinto, y las soluciones aceptadas en estos últimos, nacidas de la práctica y para la práctica, mostrarán quizá mejor que nada el acierto del Tribunal Supremo en esta materia (4).

Este ensayo está centrado en la clasificación y comparación de sentencias, en un previo desenmarañar las distintas líneas o direcciones teóricas seguidas, que desorientan o impulsan la doctrina jurisprudencial. También, puede confesarse, se ha redactado con la esperanza de contribuir en algo a la renacida tendencia que postula un reconocimiento general de «los bienes de la persona», y el mayor respeto a la vida de cada uno; que ha de expresarse, para que no quede en palabra vacía, en el valor más universalmente sentido hoy: en el dinerario. El responsable por dolo, culpa o negligencia de la pérdida de una vida humana debe pechar siempre con la indemnización adecuada, y la ciencia jurídica no debe amparar artificios ni repetir los viejos sofismas, de siempre, utilizados para eludirla.

II. LOS ANTECEDENTES

1. *La concesión romanista.*

La cuestión básica a considerar será ésta: ¿quien dolosa o culpablemente es causa de la pérdida de la vida de una persona, debe siempre indemnizar? Está unida a otras dos, consideradas como

(4) La exposición se hace sin rigor sistemático; intencionadamente se mantienen separados los distintos elementos tenidos en cuenta, así se podrá contrastar mejor su significado individual.

previas: ¿puede esa pérdida considerarse como daño respecto a la misma persona?, ¿es posible valorar, en su caso, tal hipotético daño? En el supuesto de contestarlas afirmativamente, todavía se preguntará: ¿a quién se debe tal indemnización?

Los textos romanos parecen cerrar las interrogantes, dándoles respuestas negativas desde los primeros escalones. El cuerpo humano, el del hombre libre, se coloca fuera del ámbito de los bienes que pertenecen a la persona: «domino membrorum suorum nemo videtur» (5). Además, se dice que su cuerpo y su vida—a diferencia de los del esclavo—escapan a toda posibilidad de valoración: «nulla corporis aestimatio fieri potest» (6). De ello se deduce, primero, que la muerte y la lesión corporal no podían considerarse daños (no se privaba al hombre libre de algo *suvo*) y que, en todo caso, no cabía indemnizar lo inestimable. Afirmándose después que la acción contra el culpable tenía exclusivo carácter público y penal, y que, careciendo de significado civil o privado, ningún derecho adquiriría la persona lesionada, ni podía transmitir a sus herederos (7). Estas ideas constituyen el núcleo central de la concepción que, para mayor brevedad, se puede llamar romanista.

En la «magna glossa» triunfa esta concepción; pero en ella quedan también huellas de que se le opuso una importante resistencia, pues, de varios modos, se trató de compaginar el Digesto, con la arraigada concepción popular de la pena pecuniaria en caso de muerte o lesión corporal (8).

Hugo distingue, al efecto, entre la pena corporal y la pena pecuniaria, añadiendo que ésta pervive como ocurre en las penas privadas (9). Teoría que, de aceptarse, hubiera abierto una brecha decisiva en el prejuicio del carácter personalísimo de la acción.

De otra parte, se afirmó la posibilidad del ejercicio de la *aquiliana* en el caso de muerte de un hombre libre; se alega, para ello, el fragmento en el que se dice que tal acción no se daba cuando «in publico certamine alius alium occiderit» (10). Pues,

(5) D. 9,2, 13 pr.

(6) D. 9,1,3; 9,3,1, § 5; 9,3,7; 14,2,2, § 2.

(7) Se consideraban acciones personalísimas, *vindictam spirantes*, y, por tanto, intransmisibles activa y pasivamente. IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, 1953, II, § 94, pág. 124; SCHULZ, *Classical roman law*, 1951, § 1.022 pág. 599; BUCKLAND, *A text-book of roman law*, 1932, § 200, págs. 586-587; SIBER, *Römisches Recht*, 1928, II, § 88 pág. 223.

Distinta, y que no debe confundirse, es la *actio utilis legis Aquiliae*, concedida por daños patrimoniales (medibles en dinero), derivados de un daño producido en el cuerpo del hombre libre: gastos de curación y pérdida de trabajo (*operae*, D. 9,1,3), indemnización de daños indirectos, que será la que después tratará más extensamente la antigua doctrina romanista.

(8) La figura del «Wergekt» o pena pecuniaria junto a la del arreglo extrajudicial entre el homicida y la familia de la víctima (*compositum, laidigung*).

(9) D. 48, 1, 6, gl. *is cognoscero*. *ACCURSIO* se limita a indicar el caso del falsario en que responde el heredero de éste por lo que haya llegado a la herencia, gl. *defuncto*.

(10) «Si quis in collucone, vel in pancratio, vel pugilis dum inter se

dirán Rogerio y Azo, si se exceptúa especialmente este caso, hay que deducir, por el argumento «a contrario sensu», que la acción se concedía en general. Búlgaro se opuso a tal interpretación, porque no cabe una «aestimatio» del hombre libre. La glosa *accursiana*, ante estos encontrados razonamientos, decide que se debe considerar exacta la afirmación de Búlgaro sobre la imposibilidad de una «aestimatio» del cuerpo propio del hombre libre y que la ley *Aquilia* sólo se podrá aplicar para exigir una compensación respecto de otros daños, «ad caetera damna» (11).

La opinión dominante en el Derecho común se afirmará en la fidelidad más estricta a la interpretación hecha por la glosa de los textos romanos. En el ámbito penal, la pena corporal se separa radicalmente de la pecuniaria, y el delito público (homicidio, adulterio, falsedad, violencia, etc.) del privado (injuria, hurto). Diciéndose que la razón de distinguir así estos delitos está en que, por el privado, el ofendido puede accionar y acusar civilmente por la pena pecuniaria, mientras que por el público esto no es posible, porque no hay pena pecuniaria (12).

Respecto a la acción *aquiliana*, la doctrina sigue también la dirección propuesta por *Accursio*. El homicida responde civilmente por los daños patrimoniales indirectamente causados, y los herederos de la víctima pueden, por ellos («ad interesse»), ejercitar contra aquél la acción civil «in factum»; pero limitada a los gastos hechos para la curación y por los trabajos («operac») que el difunto dejara de hacer, según su oficio (13).

Sentadas estas premisas, resultará lógico rechazar, como imposibilidad jurídica, que el heredero pueda reclamar algo por la muerte o lesión corporal de su causante, pues se trata de unos perjuicios, según la ley *Aquilia*, respecto de los que el mismo causante no podía exigir indemnización durante su vida (14).

exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat *Aquilia*, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare, in filios familias vulnerato procedit», D. 9,2,7, § 4.

(11) D. 9,2,7,4, gl. *gloriae causa*.

(12) GÓMEZ, *Variarum resolutionum*, ed. 1780, III, I, § II, pág. 8.

(13) GÓMEZ, *Id.*, III, I, § 37 y sigs., pág. 122; COVARRUBIAS, *Variarum resolutionum*, 2, 10, 6, ed. 1762, II, pág. 205; YEÁÑEZ DE FARIA, *Additiones*, ed. 1762, I, pág. 279; DONELLO, *Commentariorum de iure civili*, 15, 42, ed. 1595, II, pág. 533; P. VOET, *In quatuor libros Institutionum Commentarius*, 4, 5, ed. 1668, II, págs. 394-395; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, 9, 2, II, ed. 1716, I, pág. 542.

NOODT, *Ad legem Aquilianam liber singularis*, cap. 2, *Opera omnia*, ed. 1724, páginas 139-140, dice ser dudoso *ex mente legis* si el *pater familias* tiene *actio utilis* por medicinas y pérdida de trabajo del hijo: D. 9,2,7,4, lo entiende aplicable a cualquier caso en que *iniuria occiso sit*, pero lo limita al explicarlo y decir que se ha asimilado el hijo de familia al siervo, pues la patria potestad es *dominicæ non absimilis*.

(14) D 9,2,36, § 1, gl. *competere non potuit*, dice: «Quo modo enim vivens aestimationem sui, ut mortui petet? et sic est iuris impossibilitas». A lo que agrega BALDO: «Heres non potest agere actione legis *Aquilæ* pro testatore, nam actio impossibilis testatoris, est impossibilis herede.»

La dirección yusnaturalista protestante—siguiendo en esto a la escuela española de Derecho natural—afirmó la existencia de unos bienes de la persona y, en primer lugar, el de la vida; bienes especialmente protegidos por el Derecho, que por ello pena su lesión. La pérdida de la vida es un daño causado a la misma víctima, y en «lo más suyo». Esta afirmación choca con el fundamento mismo de la concepción romanista. Pero, en vez de abandonarla, como parecía lógico, Grocio y sus seguidores la mantienen; aunque se le basa en una nueva razón; la imposibilidad de restitución de lo perdido y de evaluar el daño causado. Se dice que la vida no se puede restituir al muerto, que no es bien heredable (15), que la vida de un hombre libre no es susceptible de estimación y, en fin, que si lo fuera no se encontraría quien pudiera pagar su valor (16).

De este modo, en el preciso momento en que la autoridad del Derecho romano perdía fuerza, la concepción romanista recibe un inapreciable refuerzo, pues se funda, nada menos, que en la fuerza de la razón, válida para todos los tiempos y países.

2. Los Derechos particulares.

a) *Antes de la codificación.* En la mayoría de los países europeos, costumbres arraigadas, disposiciones de origen germánico y, el general sentir, coincidían en otorgar una indemnización a la víctima, que pasaba a sus herederos y familiares. Se consideraba injusto e inadmisibles que el culpable de la muerte de una persona (o su herencia) no fuese responsable pecuniariamente por tal daño, que la familia de la víctima pchase con todos los perjuicios y quizá quedase en la miseria y abandonada (17).

(15) GROCIO, *Inleydinge tot de Hollandse Régts-Gelertheyt*, 3, 32, en N. 24, 25, 36, ed. 1706, págs. 291-292.

(16) PUFENDORF, *Le Droit de la nature et des gens*, 31, 1, 7, ed. 1754, II, pág. 15. Siguen a GROCIO sus escoliastas: HEINECCIO, *Praelectiones academicæ*, 2, 17, 13, *Operum*, ed. 1748, VIII, pág. 368; COECEO, *Commentariis*, ed. 1752, III, p. 194, que añade: «quia omne ius eius morte est extintum».

(17) La concepción romanista no parece haber sido la de la práctica romana que quizá estuvo más cerca de los Derechos germánicos de lo que se dice, en las soluciones de los casos. En un rescripto de Adriano (mencionado ya por Noodt, loc. cit.) se confirma la sentencia dada por Taurino Ignatio, según la que se condenaba a Mario Evaristo, causante culpable de la muerte del hijo de Claudio (en un banquete es manteado, y mal recogido, muere a los cinco días; no había—se dice—enemistad entre ellos), a destierro y a que pague 2.000 sestercios, *impendi causa*, a Claudio, cuya pobreza era manifiesta (*Mosaicarum et romanorum legum collatio*, I, II, 2; ed. BAVIERA, *Fontes iuris romani antejustiniani*, 1840, pág. 547). LEYSSER, IX, pág. 519, señala un caso semejante del que fué víctima un sobrino del Cardenal Mazarino. Esta resolución tuvo carácter ocasional; se dice tomada para escarmiento de los demás jóvenes (*ad caeteri eiusden aetatis iuvenes enmendarentur*), pero parece basada en la equidad.

En el Derecho bizantino se dividirá el patrimonio del homicida entre sus parientes y los de la víctima, dándose la tercera parte a la mujer e hijos de éste; a falta de hijos, a la mujer y a los padres; a falta de viuda, sólo a los hijos;

La contradicción entre estas ideas y la concepción romanista era evidente e insalvable. Algunos autores sostendrán sin paliativos la preponderancia del «ius commune», sobre el respectivo estatuto o costumbre, y afirmarán la derogación de uno u otra por el no uso de los juristas (18). Mas, respetuosos hacia las disposiciones locales o forzados por el uso judicial, hay también tratadistas que señalan la existencia de excepciones extrañas («moribus», «ex uso moderno») al Derecho común (19).

En todo caso, al estudiar tales precepto especiales, los legistas los entienden y acomodan según su formación romanista, con lo que se les hace cambiar de sentido y alcance. El daño a la víctima, que era, y siempre, indemnizable, se transforma ahora en daño patrimonial indirecto. El homicida se entiende que debía abonar sólo los gastos que el difunto hacía para nutrir a la mujer, hijos y a sus más próximos parientes (20), no por derecho hereditario, sino por el daño sufrido por cada uno de los parientes en su patrimonio: «damno sibi illato reparando» (21). De este modo, se admite la posibilidad de una pluralidad ilimitada de perjudicados (beneficiarios «iure proprio»), cuyo daño requiere ser probado individual y concretamente. La indefinida extensión de las causas de daño, en cambio, se procura reducir al supuesto de lesión de un derecho de alimentos, el que, se agrega, sólo se concibe dañable si ya hubiese nacido o estuviese adquirido (22).

a falta de hijos, mujer y ascendientes, a los *cognati* llamados por la Ley (HARMENOPOLUS, *Manuales legum sive Hexabiblos*, De homicidiis, 6, 6; ed. HELLMACHER, 1851, pág. 751).

(18) Los «usatges» en los que se ordena la indemnización *pro aestimatio-
ne corporis (rasticus interfectus, compositione)* afirmará CÁNCR que no son aplicables, porque entiende que han caído en desuso (*desuetudinem*) y que, por tanto hay que estar a lo dispuesto en el Derecho común, *Variarum resolutionum*, 2, II §§ 85-89, ed. 1683, II, pág. 185. LAUTERBACH, *Collegi theoretico-practici a Pandectarum*, 9, 2, 8, ed. 1744, I, págs. 556-557; NOODT, loc. cit., páginas 139-140.

(19) P. VOET, 4, 5, 1, 2, II, pág. 395; J. VOET, 9, 2, II, I, pág. 545.

(20) GROCIO, *De iure belli ac pacis*, 2, 17, 13, ed. 1735, I, pág. 516. HARMENECIO, loc. cit., VIII, pág. 368; en Sajonia, dice, se da a los agnados del difunto un «Wergeldum» de 40 florines; COCCIO, loc. cit., III, pág. 194, concedido *ex summa equitate*.

(21) J. VOET, 9, 2, II, I, pág. 542.

La desviación de la concepción romanista se completa al admitir que las acciones por la Ley Cornelia (pública) y por la Aquilia (privada) pueden concurrir «cumulative» (HUBER, *Praelectionum juris civilis*, 4, 3, 5, ed. 1735, I, página 370).

(22) La *spes alimentorum* señalada por GROCIO, 2, 17, 13, era jurídicamente inapta para ser considerada objeto del daño. La crítica fue más lejos todavía y atacó de frente la cuestión. Se dice: en verdad no hay nunca daño, porque el derecho de alimentos se extingue por muerte de los padres; los padres, pues, sólo estando vivos tienen que alimentar; por tanto, los hijos, en este caso, no tienen ya nada y no pueden decir que se les ha quitado algo. Tampoco se puede estimar el daño porque el padre pudo morir o quedar impedido de otro modo. Ni se puede estimar la esperanza en donde nada cierto se debe (COCCIO, III, pág. 194).

Los libros de los romanistas dan, en general, la impresión que, por el postulado respeto al Derecho romano, hubiera ido desapareciendo de la práctica la obligación de indemnizar, impuesta al homicida por los Derechos particulares (23). La realidad parece que fué distinta y que los Tribunales siguieron condenando al homicida y a sus herederos al pago de una cantidad de dinero, como indemnización debida en favor de la familia o herederos de la víctima (24).

En los países germánicos se imponía, junto a la pena pública o pagable al fisco («Wette»), la privada («Busse») a favor de la víctima y su familia o, en su caso, el abono de la «satisfactio» o «compositio» («Wehrgeld») a una u otra (25). Si la composición o transacción era concedida por el príncipe («fredum», «bannum», «compositionem regalem»), se requería también convenir previamente una «satisfactio» con la familia y herederos de la víctima (26). Desde el siglo XVI, la práctica, apoyándose hábilmente en un singular texto legal (27), abre, además, camino a una figura muy ágil y apropiada para las soluciones equitativas: la del abono a los familiares de la víctima de la «pecunia doloris» («Schmerzen-geld»), que no se considera ya como pena, sino como una especial indemnización de daños y perjuicios («utilis actio legis Aquilae») (28).

En fin, para completar el cuadro hace falta tener en cuenta una antinomia latente, que explica en buena parte la evolución de la doctrina.

El derecho de los familiares o de los consanguíneos a exigir la «satisfactio» se justificaba primero, naturalmente, como «ius

(23) HEINECCIO, *id.* VIII, pág. 368; LAUTERBACH, *id.* I, pág. 557; HUBER, *id.* I, pág. 330, nota.

(24) En Francia se decía que en el homicidio meramente culpable el homicida debe ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios en favor de los herederos del difunto (DE HERICOURT, *Supplément au Droit public*, de Domat, 3, 7, 4; en DOMAT, *Las loix civiles*, ed. 1777, II, pág. 298).

(25) HEINECCIO, *Elementa iuris germanici*, 2, 30, 385-386; *Operum*, VI, págs. 628-629; LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, ed. 1774, X, págs. 269 y sigs; comp., IX, pág. 389.

(26) LEYSER, *id.*, IX, pág. 354.

(27) La Ordenanza Carolina (dada por Carlos V), artículos 20 y 21, que disponía que el juez que sin indicios suficientes ordenaba el suplicio de un acusado debía pagar a éste, como satisfacción debida, las costas y daños por afrenta y dolor («eine schmah, schmerzen, kosten und schaden der gebüre ergetzung zu thun»). WINDSCHIED, *Pandektenrechts*, ed. 1873, II, § 455, pág. 659, número 30.

(28) ARNDTS, notas de PFAFF, HOFMANN, *Lehrbuch der Pandekten*, ed. 1886, § 324, nota 6, pág. 637; BARON, *Pandekten*, ed. 1893, §§ 81 y 313, págs. 161 y 563; WAECHTER, *Pandekten*, ed. 1881, II, § 215, pág. 492; DERNBURG, *Pandekten*, ed. 1900, II, § 132, pág. 364; WINDSCHIED, *loc. cit.*, II, § 455, notas 30-32, págs. 559-661. Al lado del «Schmerzen-geld», se dice que por «la práctica» (ARNDTS, BARON, WAECHTER) que «según una firme costumbre» (DERNBURG) se concede a la viuda y a los parientes una acción para la restitución de los aumentos legales perdidos. Sobre la naturaleza de la acción, BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, ed. 1882, II, 2, §§ 338, 340, págs. 802, 811.

vindicandi». La «vindicta», como tal, ha de recaer sobre la persona del mismo culpable y tiene el carácter personalísimo que ya entonces se consideraba propio de la pena. Por tanto, si el culpable moría antes de pagar la pena pecuniaria, sus herederos no estaban obligados a la indemnización, pues sobre ellos no recaía el castigo.

Esta liberación de la responsabilidad pecuniaria fué considerada injusta por el Derecho canónico; y una célebre resolución del Papa Alejandro III (1180), sobre un caso de incendio doloso, vino a extender la responsabilidad a la herencia (más bien que a los herederos) del culpable (28 bis). Decisión tan justa, que se impone de modo general en la práctica.

Ello significa un cambio fundamental. Se niega el carácter vindicativo puramente penal de la indemnización, y se le ha de considerar desde ahora como responsabilidad civil que recae sobre y que obliga al patrimonio. Pero, negada la naturaleza punitiva de la indemnización, en su lado pasivo, no podía mantenerse tampoco en el activo. Queda así al aire, sin apoyo alguno, la atribución «iure sanguinis» de la indemnización. Dado el prejuicio romanista contra la idea del daño al cuerpo y a la vida, quedaba cerrada la posibilidad de que la indemnización pudiera pedirse por derecho hereditario, en caso de homicidio del causante. Las disposiciones particulares y la opinión popular exigían la indemnización en beneficio de los hijos y de la mujer de la víctima. ¿Dónde encontrar la «ratio» de tal obligación? Se pensará entonces afirmarla en el daño individual, concreto, sufrido por cada reclamante en su patrimonio o en su persona («iure proprio ex damnis»). Claro que ello se hace a costa de incurrir en otras dificultades y complicaciones y de contradecir las mismas reglas fundamentales de la indemnización por daños (28 ter).

b) *La codificación*.—La confusa situación, antes señalada, de la doctrina y de la práctica, más la antipatía de los pandectistas hacia todo lo referente a la indemnización por privación de la vida y por lesiones corporales (20), pueden explicar el silencio del Código francés y el de los textos que le han seguido, como también

28 bis) Ordena: «Heredes eius moneas et compellas, ut his quibus ille per incendium, vel alio modo damna contra iustitia irrogaverit, iuxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberare.» Decret. Greg., 5, 17; 5). Fué recibido en el Imperio alemán como parte del Derecho común. Se dijo que su referencia al pecado no era obstáculo a su validez, porque hay que respetar el mandato legal aunque no se compartan sus motivos (DERNBURG, loc. cit., II, § 129, pág. 355, nota 16). Conforme a la doctrina de los comentaristas del Derecho canónico, la práctica limitó la responsabilidad a *vires hereditariae*, id. id.

(28 ter) En notas 19-22. Comp. notas 104-106.

(20) BRUNZ dice que tales acciones son de fuente penal, sólo civiles por su contenido y que respecto a las «Injurien» deben ser los criminalistas los que aconsejen al Juez penal, II, pág. 802. Lo mismo ocurre en la doctrina española, como después se indica, notas 94-97.

la poca fortuna al regularla de los del llamado grupo germánico (30).

Estos Códigos (los de Austria, Alemania y Suiza) han seguido, con diversidad de matices, la «vía media» adoptada por su anterior práctica judicial. Un estudio de Derecho comparado no se compagina con la finalidad estricta de estas notas; pero parece útil recoger, de pasada y como antecedente, algunas de las censuras que ha merecido el sistema seguido por cada uno de estos celebrados textos legislativos.

El Código civil austriaco, según su letra (31), deja sin ningún derecho a la mujer que se haya casado después de la lesión de la que resulta la muerte; al viudo por la muerte de su mujer; a los parientes a los que la víctima auxiliaba sin obligación legal. En cambio, se impone al responsable pagar íntegramente la renta que el padre pasaba a su hijo, aunque fuese en cantidad muy superior a sus medios económicos (32).

El Código civil alemán coloca a la vida en el primer lugar de la lista de bienes por los que se debe indemnización en caso de ser lesionado dañosa y culposamente (párrafo 823). Pero, según los párrafos 844, 845—conforme a la interpretación de la doctrina—, esa mención distinguida queda en declaración ornamental, pues ni siquiera el homicidio doloso origina verdadera indemnización por la vida de la que se ha privado. En efecto, el responsable del homicidio queda obligado a indemnizar, pero respecto a otras personas, a las siguientes: a) a quien deba pagar los gastos de entierro, por tales gastos; b) a los terceros a quienes la víc-

(30) En esta materia pueden excepcionalmente considerarse dentro de este grupo algunos Códigos de países no germanos. El Código portugués (1867) en caso de homicidio voluntario, obliga a la indemnización de: 1.º Los gastos para salvar a la víctima y los de funeral; 2.º, prestación de alimentos a la viuda mientras viva sola y los necesite, sin pasar a nuevas nupcias; 3.º, prestar alimentos a los descendientes o ascendientes a quienes los debiere la víctima (artículo 1.384). Si la muerte fué involuntaria, pero culpable, se deberá indemnización por alimentos en favor de los hijos menores o de los ascendientes inválidos que lo necesitaren. El Código civil argentino (1869), dice que el delincuente debe pagar todos los gastos hechos para la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia del juez fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla (art. 1.084).

Estas disposiciones siguieron posiblemente el ejemplo del Código civil holandés (que aquí se apartó del modelo francés y que recoge la doctrina de GROCIUS y VOET) (art. 1.406), y de los Códigos prusiano (I, 6, art. 98) y austriaco (arts. 1.325, 1.327), vulgarizados todos ellos por la trad. de VERLANGA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros*, 2.ª ed., 1847, pág. 116.

(31) «Si de la lesión corporal resulta la muerte se deben compensar no sólo los gastos, sino también a aquellos supérfitos a los que la víctima tenía que mantener según la ley, lo que con ello hubieran perdido» (art. 1.327). La primitiva redacción decía: «Si de la lesión corporal resulta la muerte se debe a la mujer y a los hijos el rescaramiento de lo que con ella hubieran perdido.»

(32) EHRENZWEIG, *Das Recht der Schuldverhältnisse, System der österreichischen allgemeinen Privatrecht*, II, § 392, ed. 1928, págs. 633 y 634.

tima estaba obligada por precepto legal a pasarles alimentos o podía llegar a estarlo (si el muerto hubiera llegado a deberlos); por los alimentos, durante la duración probable de su vida; c) a los terceros, respecto a los que la víctima estaba obligada legalmente a la prestación de servicios caseros o en su industria, por los servicios de los que se les hubiera privado. Derechos a las indemnizaciones que se conceden a estas personas «iure proprio» y que no entran en la masa de la herencia del fallecido.

Este sistema origina complicaciones, contradicciones e injusticias notables, según pone de relieve la misma doctrina alemana (33).

Para fijar la obligación de pagar la renta debida por alimentos se requiere: Primero, que se pruebe no haber personas que hayan de suplir la obligación de abonar los alimentos que incumbía a la víctima, pues si las hay queda liberado el homicida de tal obligación. Después habrá de considerarse si el difunto cumplía, podría cumplir, hasta y desde cuando, la obligación de alimentos. Habrá después que computar las ventajas que a los terceros perjudicados haya podido proporcionar la muerte de la víctima (herencia, pensiones, paso de usufructo, seguro, posibilidad de la viuda de trabajo independiente, liberación de cargas personales respecto al fallecido) para disminuir su importe de la obligación del homicida o para eximirle de ella.

Respecto a la prestación de servicios («operae»), que se suponen debidos por la mujer y los hijos, habrá de calcularse la indemnización restando el monto de los gastos que ocasionaban o podían originar durante su vida, teniendo en cuenta—respecto a la mujer—el régimen económico del matrimonio.

Se concede la indemnización a una serie de personas *iure proprio*, pues se indemniza el daño sufrido por éstas y no el que sufriera la víctima. La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo de ello, afirman ser eficaz para liberar al homicida de toda responsabilidad la renuncia o exclusión contractual de ésta, hecha por la víctima antes de morir. Si esto es así hay que preguntarse: ¿cómo la víctima puede despojar de su derecho a alguien a quien se lo concede la Ley? En caso de entenderse que puede disponer de la indemnización, porque se trate de un daño que ella ha sufrido directamente, quedarán sin respuestas estas otras interrogantes: ¿por qué no puede disponer de la indemnización por testamento?, ¿por qué se atribuye *iure proprio* a unos terceros?

En fin, las soluciones prácticas no satisfacen el general sentido de justicia. El herido de muerte tiene, según el Código civil alemán, la pobre *satisfactio* de saber que el homicida debe indem-

(33) LEHMANN, *Recht des Schuldverhältnisse (Lerhrbuch, II, de ENNECCERUS)*, 1950, § 249, págs. 939-942; ESSER, *BGB Schuldrecht*, 1949, § 318, págs. 487 y 488; PALANDT *Bürgerliches Gesetzbuch*, §§ 823 y 844, ed. 1952, págs. 802, 870 y sigs.; HEDEMANN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1949, § 65, página 371.

nizar a un grupo reducido de personas, no a las que él quiere favorecer, sino a la señaladas por y en los límites y circunstancias impuestas por la ley; lo único que se le permite a él, como víctima, es privarles con su renuncia de tal derecho; pero no puede disponer de otro modo de la indemnización ni hacerla pasar a los que considera continuadores de su personalidad, como sus herederos (34).

El Derecho suizo sigue la misma dirección e incurre en semejantes defectos que el austriaco y el alemán. Tiene sobre ellos la ventaja de su mayor flexibilidad; ensancha el círculo de los beneficiados a favor de quienes regularmente, total o de modo parcial, actualmente o en el futuro, según el curso normal de las cosas, fueran o pudieran ser mantenidos por la víctima (35). Además de esta indemnización por daños, concede a los parientes del difunto una cantidad en dinero como *satisfactio* («Genugtuung»), la que estime apropiada el Juez considerando las circunstancias (36).

La imperfección señalada de estos Códigos, renombrado el uno por su técnica y los otros por su sentido de la equidad, parece tener una causa común, la de no haber sabido abandonar del todo la concepción romanista. Es, quizá, un indicio que revela lo perturbador del prejuicio que le acompaña. Negada la posibilidad de una indemnización por el daño sufrido por la misma víctima, se busca sustituirla con una serie de indemnizaciones a favor de unos terceros, elegidos necesariamente de modo impreciso y arbitrario, a causa de daños indirectos de calificación y prueba difícilísima.

3. *Práctica y doctrina del antiguo Derecho español.*

Los romanistas españoles repiten, como es natural, la doctrina común (37). Quizá fijándose mucho pueda advertirse que sin referencia a una fuente extraña (costumbre, uso) proceden con una

(34) La preocupación por descargar la responsabilidad del homicida y de calificar estrictamente el daño sufrido por cada tercero ha hecho posible pensar (no en serio, sin duda) que el homicida podrá llegar, en algún caso, hasta poder reclamar una recompensa a los beneficiados por la muerte de la víctima, por enriquecimiento injustificado de aquéllos.

Los Tribunales han buscado romper la estrechez del precepto; así se ha concedido a la madre (que no tenía derecho a alimentos) indemnización por la *conmocion nerviosa* que limita su capacidad de trabajo a causa de la muerte de su hijo atropellado. PALANDI, § 823, 10, pág. 802; ESSER, § 75, pág. 71.

(35) Con esta extensión entiende la jurisprudencia el término «Versorgen» («versorgen» = cuidar, proveer con, colocar, acomodar) empleado por el artículo 45, párrafo 3. Sch. O. R.: GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, § 24, II, c., ed 1944, pág. 132.

(36) Art. 47 Sch. O. R. Tiene carácter patrimonial según la jurisprudencia, pues se le considera cedible. GUHL, loc. cit., § 34, II, pág. 180; contra, TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 20, b, ed. 1953, pág. 127. La *satisfactio* no tiene por fin indemnizar daños materiales, sino la protección de los intereses ideales, de restañar en lo posible el daño moral (TUOR, loc. cit., § 11, b, págs. 77-79; § 20, b, pág. 126).

(37) Citas en notas 12 y 13.

relativa mayor amplitud que los de otros países al señalar causas de daños y beneficiarios de la indemnización (38), posiblemente para armonizar sus dichos con los resultados de la práctica. Mas en la materia de este trabajo su importancia parece mínima, pues no influyeron eficazmente en ningún sentido.

La práctica y, llevada por ella, la doctrina, siguen dirección nueva, con escándalo de los civilistas. Se debe esto a una ley de Las Partidas. Como otras veces, el legislador Alfonso inviste de la autoridad de una regla romana a una figura medieval. El rescripto de Diocleciano y Maximiano, que levantaba la prohibición de transigir respecto al crimen capital (39), en sí de tan difícil interpretación (40), será el vehículo para conservar la figura de la composición con el homicida (41).

Disposición del texto más venerado del Derecho castellano, terminantemente formulada, arraigada en la convicción popular y en el uso de los Tribunales. Pero ley que chocaba con la concepción del Estado moderno, que condena como inaceptable que el poder punitivo quede en mano de los particulares y más respecto a delito tan grave como el homicidio. La doctrina salvará hábilmente esta contradicción y secundariamente—es lo que aquí importa destacar—abre el camino para una teoría propia sobre la responsabilidad por causa de muerte y por lesiones corporales.

Cada delito—se dice—origina una doble ofensa: a la víctima y a la comunidad. El ofendido o sus herederos podrán perdonar o transigir sobre la primera, pero no pueden hacerlo respecto a la

(38) GÓMEZ, loc. cit., 3, 3, 37, II, pág. 122, dice: «... et similiter pro omni alio interesse vel damno sibi ex morte contingenti». PICHARDO, *Commentarium*, señala que se debe pena «vel criminalis vel civilis», 4, 3, principium tituli, § 34, II, pág. 16. TORRES VELASCO añade: «hisque quos occisus alere solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum quantum illa spes alimentorum, ratione habitata aetatis occisi, valebat». *Institutiones hispanae-practico-theorico, commentatae*, 1735, 3, 19, I, pág. 475; cita a Gómez, pero emplea términos y conceptos de Grocio y de los seguidores de éste.

(39) Dice: «transigere vel pacisci de crimene capitale excepto adulterio prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem», C, 2, 4, 18.

(40) La doctrina entiende que no afectaba a la acusación pública ni impedía que el Juez procediese contra el reo «ad poenam sanguinis»; la disposición se limita a evitar las sanciones al acusador, C, 9, 2, 17, S. C. Turpiliano, D. 48, 16, y al acusado, D. 48, 21, D. 47, 15. ANTONIO PÉREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, 2, 4, 14, ed. 1773, I, pág. 37; GÓMEZ, loc. cit., 3, 3, §§ 54, 55; II, págs. 133, 134; VIGNIO *De transactionibus*, &, ed 1780, pág. 135 y sig.

(41) La Ley de Partidas comienza diciendo: «Acaesce algunas vegadas, que algunos omes son acusados de tales yerros, que si les fuesen provados, que recibirían pena por ellos en los cuerpos, de muerte o de perdimiento de miembro; e por ende, por miedo que han de pena, trabajanse de fazer avenencias con sus adversarios, pechándoles algo, porque non auden mas adelante en el pleito. E porque guisada cosa es, e derecha, que todo ome pueda redimir su sangre, tenemos por bien, que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro como este, que vala, quanto para no reseibir por ende pena en el cuerpo del acusado; fueras ende, si el yerro fuesse de adulterio». P. 7, 1, 22.

segunda. La ley en su sentido literal (*ut verba sonant*) y el uso inveterado apoyaban la tesis de que la remisión de la ofensa llevaba consigo el perdón del castigo público. La práctica fué limando lo más incompatible con la nueva idea del poder público. Primero se afirma que la pena corporal tenía que imponerse, a pesar de la transacción, en los casos de crimen gravísimo (*valde enorme et qualificatum*) (42); después se atiende a la transacción, pero sólo para rebajar la pena corporal (43). Desde la segunda mitad del siglo XVI una disposición de Felipe II (44) da pie para entender que la remisión del ofendido no exime al reo del castigo corporal (45). Quedando el ámbito estricto de la transacción liberadora reducido casi al supuesto del homicidio culpable pero sin dolo («no por razón de mal hacer») (46).

El buen sentido de los profesionales del Derecho procurará un nuevo cambio. La facultad de transigir o perdonar por precio se saca del campo estrictamente penal; se le da carácter civil y se le acerca hasta confundirla con la de exigir responsabilidad civil por el daño causado a la víctima, con lo que será también otro el título para la indemnización y las personas que puedan pedirla. Mientras se basaba en la *vindicta* privada o en dar un *solatium* que calme el dolor de los familiares tenía que corresponder, *iure proprio*, a los parientes *iure sanguinis* y al cónyuge viudo (47). La nueva y más in-

(42) GREGORIO LÓPEZ, P. 7, I, 22, gl. 11, i. f., que termina diciendo que así se practica en los Tribunales. ANTONIO GÓMEZ cuenta que el Emperador, escuchando a los auditores del Consejo Real y siguiendo la opinión de la mayoría, ordenó aplicar la pena de muerte, no obstante la previa concordia celebrada, loc. cit., § 56, pág. 135; se cita como apoyo Ord. Montalvo, I, 11, 1 y 2, que limitan el alcance de los perdones generales o especiales concedidos por el Rey, ANTONIO GÓMEZ, id., § 59, pág. 136; DIEGO PÉREZ, *Ordenanzas reales de Castilla*, I, II, 1, ed. 1779, I, pág. 168; P. MOLINA, *De iustitia et iure*, 4, d. 47, §§ 8-9, págs. 177-179; HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philippica*, 3, 9, ed. 1797, pág. 203; DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Philippica*, 3, 9, ed. 1770, I, pág. 264.

(43) «Mitiorem arbitrarium»; así dice haberlo practicado ANTONIO GÓMEZ, loc. cit., § 56, II, pág. 136.

(44) Pragmática de 3 de mayo de 1566. Aunque haya perdón de la parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado a pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras, R. 8, 24, 10 (Nov. 12, 40, 4). Sobre ella, AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, 8, 24, 10, 1596, V, fol. 358.

(45) GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, 1819, I, pág. 345.

(46) En el caso, por ejemplo, de F. R. 4, 17, 7 (R. 8, 23, 13; Nov. 12, 21, 14); AZEVEDO, loc. cit., 8, 23, 13, V, fol. 357; MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum*, 1575, pág. XIV, § 39 («via media, quia rigor ille temperatur»); P. MOLINA, loc. cit., 3, 39, § 4, IV, pág. 128. Importaba también el perdón del ofendido, como requisito previo del indulto, ELIZONDO, *Práctica universal forense*, V, 2, 14, § 20, pág. 280.

(47) Algún autor señala su duda respecto a la nueva doctrina, recordando una frase de Bártolo, que recogía la concepción germánica de la venganza privada («ius vindicandi mortem defuncti, non esse hereditarium, sed sanguinis»). YAÑEZ PARLADORIO, *Quotidianarum differentiarum, Sesquicenturia*, 51, § 2, 5, *Opera juridica*, ed. 1734, pág. 284. Se aferra al antiguo criterio VALERON, que imagina un argumento que más tarde hará fortuna: «¿De qué daño

fluyente dirección afirmará que la facultad de transigir, perdonar y recibir la *satisfactio* corresponde a la víctima y a sus herederos, de modo que si hay herederos extraños a la familia y consanguíneos no herederos, sólo los primeros podrían accionar y liberar al ofensor, «porque representan al difunto en todo y para todo» (48).

Del modo reseñado se encauzó la vida jurídica. En la figura de la indemnización a la víctima y, en su caso, a sus derechohabientes, que correspondía al arraigado sentir popular, se recogen y aúnan las concepciones germánica y romanista; se respeta, en fin, el poder del Estado a castigar. Pero la construcción carecía de una base que le diese la requerida solidez sistemática, de un porqué claro y convincente. Este se encuentra sólo en la idea de la vida como bien de la persona, cuya privación es un perjuicio indemnizable; hondamente cristiana y elaborada por teólogos y moralistas. El aprovechamiento de esta concepción será por ello posible gracias al influjo de la escuela española de Derecho natural sobre los juristas (49).

Entre los conocidos el de Molina es el estudio más completo y agudo sobre la responsabilidad de quien mata dolosa o culposamente a una persona. Resume el pensamiento de teólogos, moralistas, canonistas y civilistas de la época; elabora las bases dogmáticas del sistema que, vulgarizadas después, pasarán a los textos jurídicos. Parece, por ello, de interés exponer las líneas directrices de su pensamiento aunque sea en extracto.

Distingue Molina tres tipos de daños por los que el homicida debe jurídicamente una compensación pecuniaria. Son los siguientes:

viene a resarcirse al heredero extraño? ¿No se ha lucrado más bien con la herencia, a causa de la muerte?», *Tractatus de transactionibus*, 4, 7, § 74, ed. 1757, pág. 319. No sabe, en cambio, contestar a la objeción (§ 72). ¿Entonces deberá recibir la indemnización el consanguíneo justamente desheredado? Además, esta dirección teórica se encuentra con las dificultades insuperables que acompañan a la admisión del «ius vindicandi» en el Derecho común, por su incompatibilidad con el Derecho canónico; véase antes en nota 28 bis.

(48) «Quia representant defunctum in omnibus et per omnia», ANTONIO GÓMEZ, loc. cit., 3 3, § 63, II, pág. 138; declarando la preferencia del heredero extraño respecto al consanguíneo, § 64, pág. 139. Ya GREGORIO LÓPEZ, P. 7, 1, 22, gl. 6. AYLLON, en sus *Additiones* a Gómez, § 65, pág. 164, y el mismo VALERON, § 69, pág. 318, dicen ser esta la opinión más general o común. P. MOLINA, 3, 45, § 7, 4, 45, § 1, IV, págs. 162, 486; MATHIENZO, *Comentarios*, 5, 4, 2, gl. 7, § 2, 1613, fol. 28 vto... CANCER, 2, II, § 65, II, página 184, demuestra que el «ius faciendi pacis seu criminis remissionem» es «ratione hereditatis et ex persona defuncti» y no es «ratione sanguinis». VILLADIEGO, *Política y práctica judicial*, 1, 3, § 152, ed. 1641, fol. 45 vto. PÉREZ DE LARA, *De anniversariis et capellanis*, 1, 13, § 13, ed. 1739, pág. 54, se queja de que la «satisfactio» debida por la muerte ocasionada a un clérigo se aplica totalmente a sus herederos y no se destine nada en favor del alma.

(49) La idea de los bienes de la persona, afirmada claramente por Santo Tomás y difundida por Soto, será aceptada también por la escuela protestante de Derecho natural (por influjo de Grocio); la escuela española se caracteriza, en esta materia, por su elaboración más completa y por su mayor independencia respecto a los textos romanos.

1. Por el daño que significa la pérdida de la vida para la víctima. La vida es un bien, la base de todos los demás, y su pérdida debe ser compensada, en lo posible, por el culpable. Daño mayor que cualquier otro inferido a un bien, a los bienes externos, al honor y a la fama. Esta afirmación la defiende frente a las objeciones de los romanistas, que va estudiando seriada y especialmente.

a) Se afirma que la vida que se ha quitado no se puede devolver, por lo que no puede calificarse el homicidio de daño ni exigirse por su causa restitución. Pero había dicho ya Santo Tomás: «cuando lo que se quitó no se puede restituir por algo igual se deberá compensar como sea posible, en dinero o en algún honor, considerando la condición de las personas según el arbitrio de hombres buenos» (50). Además, si sólo se debiera indemnizar por los gastos de curación y por los trabajos que se dejaron de prestar (*operae*)—como decían los romanistas—la restitución sería mayor por la muerte de un operario que por la muerte de quien (por ejemplo, un noble) no se lucre con su trabajo (51).

b) Se dice que el homicida o quien lesiona a otro (arranca un ojo, corta una mano) estará obligado a la víctima mientras ésta viva; después de que haya muerto desaparece tal obligación, porque ese daño corporal no perjudica a los herederos; éstos suceden en los bienes externos y no en los bienes corporales del difunto (52). Lo que no se considera convincente, porque si el que infirió el daño corporal estaba obligado a restituir al lesionado en dinero, al inferírsele hay ya un derecho de carácter pecuniario que pasará a los herederos, pues como tales suceden en todos los bienes externos, cualquiera que sea la causa del crédito (53).

c) Se ha observado también por algún moralista que la compensación por homicidio debería ser en bienes espirituales (oraciones, sacrificios, obras piadosas), porque el dinero se ha creado para medida, precio y valor de las cosas externas y no para que sea medida, precio y valor de la vida, miembros, honor y fama, que son cosas más altas y de un orden superior. Pero bastará señalar lo que ya se dijo, que cuando se trata de bienes que no se puedan restituir en cosa de su mismo género, es suficiente que sean compensados del mejor modo posible y más conforme al deseo previsible del lesionado. Cuando se trata de delitos resarcibles con pena civil o criminal ha de pagarse en dinero la una o ejecutarse la otra, según lo que prefiera el ofendido si sobrevive o si no lo que elijan sus herederos (54).

(50) S. th. 2, 2, q. 62, art. 2, ad 1, VI, pág. 64.

(51) P. MOLINA, loc. cit., 3, 84, § 5, IV, pág. 278.

(52) Argumentos de Juan Mayor, al que Vitoria dice haberlos oído en París (2, 2, q. 62, art. 2, ad 1). MOLINA, loc. cit., id., § 4, pág. 278

(53) MOLINA, loc. cit., § 5, pág. 279.

(54) MOLINA, loc. cit., §§ 3, 7, págs. 278-280. El P. Molina, conforme a la legislación entonces vigente, trata de la compatibilidad de la acción penal y de la «satisfacción». Cuando el homicida era condenado a muerte, se entiende que «ha pagado con su vida» la deuda; se ha cumplido la vindicta pública

2. Por los daños al patrimonio de la víctima. Conforme a la doctrina romanista, se imputan al homicida los gastos que tienen por única causa el hecho del homicidio; así, gastos de cirujanos y médicos para procurar la curación del herido, medicinas y remedios curativos. Pero respecto a este tipo de gastos Molina tiene un concepto más exacto y restringido que los civilistas. Los gastos de enterramiento y funeral no los estima exigibles, porque siendo inevitables como la muerte misma sólo se adelantó su fecha. Tampoco las ganancias que se hubieran podido obtener con el propio trabajo (*operae*), pues este daño no puede considerarse aisladamente, sino que va incluido en el de privación de la vida, basta con responder *ad damnum vitae* (55).

3. Por daños ocasionados a la familia y a los terceros.—Como regla general, dice—con Soto y Ledesma—que ha de contestarse negativamente a la pregunta: ¿debe el homicida indemnizar a cualquiera por los beneficios de que haya sido privado a causa de la muerte de la víctima, de todos los que hubiera percibido la víctima si ésta no hubiera muerto? Añadiendo que parece que deberá responder por los que ya estaban casi debidos (*quasi debitum*), señalando en primer término a la mujer, pues ésta al contraer matrimonio adquiere derecho a participar del patrimonio de su marido (*ius participandi in bonis mariti*) (56), después los hijos, a los que el padre debe alimentar y a los que corresponde la legítima, como a los nietos de hijo o hija premuerto; en fin, a los padres si son pobres y eran alimentados por el difunto. No duda en rechazar que tengan derecho a indemnización las personas a las que el difunto ayudaba con limosnas o a las que de cualquier otro modo beneficiaba, y los herederos, por el posible aumento de su herencia.

(compensación a la «iniuria» a la cosa pública) y se ha compensado también el daño inferido a la persona privada (pena del Talión). En caso que el Juez haya procedido «ex solo suo officio» y los herederos habían ya condonado, la dificultad se salva, porque entonces, dice, no se suele imponer la pena de muerte, § 8, págs. 280, 281.

La composición del antiguo Derecho se ha transformado en una valoración pactada del daño, de la pérdida de la vida; en este caso, y en general, negado el carácter de vindicta, habrá un crédito a favor de la herencia del difunto.

(55) MOLINA, loc. cit. 3, 88, §§ 1, 2. IV, pág. 273. Su diferencia de criterio respecto a los civilistas deriva de que éstos, al negar el daño—y la correspondiente indemnización—a la vida y al cuerpo (por la mutilación o herida) se ven empujados por la presión social a ensanchar al máximo el ámbito de los raquíticos motivos de indemnización que admitían. Mientras que MOLINA, derivando la indemnización del daño originado al privarse de la vida (o daño al cuerpo) a la víctima, puede volver a sus límites exactos al alcance del perjuicio, distinguiendo causa y ocasión de anticipo, daño directo y meramente indirecto.

(56) Se refirió a la situación creada por la sociedad de gananciales. La condición de la mujer requería especial protección; no era legitimaria y hasta se estimaba dudoso (Nov. 10, 12, 1) su último puesto entre los herederos abintestato (P. 6, 13, 6), por lo que se le concedía la cuarta marital a la viuda pobre (P. 6, 13, 7).

En cambio, vacila respecto a los acreedores perjudicados. De un lado no encuentran nada decisivo para distinguirlos de la mujer y los hijos; de otra parte, la opinión general de los Doctores afirma que sólo se debe restitución a los acreedores si el homicidio se hizo con la intención formal de dañar a tales acreedores (57).

III. LAS DISPOSICIONES LEGALES.

1. *El seguro por responsabilidad civil.*

a) *La legislación sobre accidentes de trabajo.*—Extrañará, sin duda, que se comience el estudio de las disposiciones legales con la Ley de Accidentes del Trabajo cuando toda clase de razones aconsejan tratar primero de los artículos claves de los Códigos civil y penal. Mas se ha preferido aquí también dejar el orden de la lógica y la construcción sistemática y separar los temas de modo que sea posible considerar aparte y por completo cada uno, para al fin, llegar más desembarazadamente al estudio de las disposiciones centrales sobre la responsabilidad extracontractual.

Sin necesidad de tocar inmediatamente la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad por accidente de trabajo puede preguntarse cuál sea la del derecho que tienen los beneficiarios en caso de muerte de un obrero. ¿Se les concede en concepto de indemnización por el daño que ellos han sufrido por la muerte de la víctima? Su respuesta podría iluminar reflejamente la cuestión más general sobre el significado y alcance de la responsabilidad civil por daño a la vida e integridad corporal de la persona (58).

Una serie de razones parecen militar a primera vista en favor de la concepción de la indemnización *iure proprio* por el daño que haya sufrido el familiar o protegido.

En cierto modo puede aducirse la semejanza que se advierte al designar quiénes han de percibir la indemnización, entre la ley sobre accidentes y varias disposiciones extranjeras sobre responsabilidad civil en caso de muerte (59). También algunas de las expresiones utilizadas por la misma Ley de Accidentes del Trabajo. La enumeración de beneficiarios se hace *ratione familiae* en sentido lato, pues se incluyen a la viuda, hijos, nietos, padres, abuelos, hermanos y huérfanos acogidos por la víctima. Pero después parece irse matizando más con arreglo al daño sufrido, pues se concede

(57) MOLINA, 3, 83, §§ 6-8, IV, págs. 274-276. Deja sin tratar la importante cuestión de las relaciones y mutuo condicionamiento entre la indemnización que ingresa en la herencia y estas otras exigibles *iure proprio*.

(58) Si la contestación fuese afirmativa, sería lícito aplicar algún precepto de la L. A. T. a estos casos. Los prácticos, carentes hasta ahora de otro apoyo legal, demandaban las indemnizaciones teniendo en cuenta las reglas de dicha ley; pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado este proceder.

(59) Véanse, antes, en notas 30-36.

a los hijos o nietos «inútiles para el trabajo», a los huérfanos menores de dieciocho años a «su cuidado», a los hermanos menores huérfanos «a su cargo», a los padres y abuelos «pobres o sexagenarios o incapacitados para el trabajo», al «viudo, cuando su subsistencia dependiera de la mujer víctima del accidente» (60). La ley no ha calificado la situación de la viuda, pero la jurisprudencia lo ha hecho, requiriendo que el trabajo del obrero beneficiase a la esposa (61), de modo que se niega el beneficio a la mujer que tiene vida económica independiente o separada (62). En fin, respecto a los padres se ha dicho que la Ley de Accidentes del Trabajo, al amparar a la familia del obrero víctima de un accidente, acude principalmente a compensarla, en lo posible, de la falta de medios económicos para la vida, y tal compensación y amparo se debe cuando el padre es sexagenario, aunque no lo sea la madre (63), cuando necesita de auxilio (64) o vivía a expensas de su hijo fallecido (65).

A pesar de los indicios enumerados a su favor, no sería exacto concluir que el derecho concedido al beneficiario se basa en el daño que a él mismo se le ha inferido. Se reconoce hoy por todos que la indemnización concedida por la Ley de Accidentes del Trabajo tiene un fundamento independiente y muy alejado de la concepción antigua de la responsabilidad civil (66). No se atiende para la imputación al origen delictual o culpable del daño; la indemnización se debe si la lesión causa de la muerte ocurre «con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (art. 1.º). Disponiéndose expresamente que «todas las reclamaciones de daños y perjuicios, por hechos no comprendidos en las presentes disposiciones, o sea, aquéllos en que medie culpa o negligencia exigible civilmente, quedan sujetos a las prescripciones del Derecho común (art. 63), y que «si los daños y perjuicios fueran ocasionados con dolo, imprudencia o negligencia que constituyan delito o falta con arreglo al Código penal, conocerán en juicio correspondiente los Tribunales ordinarios» (art. 64). Ha habido, además, otro cambio radical en el fundamento de la indemnización, pues todo obrero comprendido en las reglas de la ley «se considerará de derecho asegurado contra dicho riesgo» (art. 38). Nace así otra figura jurídica, la de un seguro obligatorio y automático a favor del obrero y a cargo de su patrono y que subsidiariamente se abona por el Fondo de Garantía (67).

(60) Art. 28, D. L., 8 octubre 1932, también art. 29, 4.º; Reg. de 31 enero 1933 (modificado por los de 26 de julio de 1934 y 15 junio 1938), art. 29.

(61) S. T. S. (Soc.) 17 abril 1941.

(62) S. T. S. (Soc.) 11 mayo 1940, 17 abril, 9 noviembre 1942, 21 mayo de 1947.

(63) S. T. S. (Soc.) 24 febrero 1947.

(64) S. T. S. (Soc.) 16 febrero de 1949.

(65) S. T. S. (Soc.) 6 julio 1950.

(66) MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho social español*, 1952, II, pág. 232 sigs. HERNÁNDEZ, *Trabajo elemental de Derecho del trabajo*, 1944, pág. 284, sig.

(67) «Todo patrono comprendido en esta Ley tiene obligación de estar asegurado contra el riesgo de accidente de sus obreros que produzca la inca-

Partiendo de la señalada naturaleza especial de la institución, se debe considerar la cuestión planteada. Que ahora ha de formularse así: ¿la renta atribuida al beneficiario, en caso de muerte del obrero, no deriva de ese seguro obligatorio?, ¿el derecho atribuido cambia de carácter respecto a tal beneficiario y toma el de indemnización por daño, por el daño que él mismo (no el obrero) haya sufrido individual y concretamente a causa de accidente? Es decir, que la condición de beneficiario puede explicarse como: *a*), derivada del seguro a favor del trabajador, y determinada según unas reglas especiales y privilegiadas de sucesión, y *b*), resultante de un crédito que nace por el perjuicio sufrido, ejercitable *iure proprio* y sometido a las reglas generales sobre responsabilidad civil.

Replanteado así el problema pierden fuerza los indicios antes señalados en favor de la segunda solución y resulta la primera la más conforme al espíritu y a la sistemática de la ley. En efecto, se ha promulgado y se ha establecido el seguro obligatorio para reparar el daño que en accidente laboral sufra el obrero y no por el daño que pueda ocasionarse a cualquier otra persona. La muerte ocurrida por consecuencia del trabajo es un daño que sufre el trabajador y *en interés* de éste se concede la renta a los beneficiarios. La ley no ha creado, junto al trabajador, otra clase de personas protegidas o aseguradas, y no lo son la viuda, los hijos de obreros, etcétera (68). Se protege a las personas que importan al trabajador, «a los suyos»; se le garantiza que al exponer su vida a los riesgos propios del trabajo no corre también el de que, en caso de muerte, queden los suyos en completa miseria. Por ello, no se exige la prueba del daño causado al beneficiario por el fallecimiento, ni su cuantía, ni siquiera se atiende a la nueva situación económica resultante (computando la carga que en vida fuera el mismo fallecido), y no se podrá negar el abono de la renta alegando que el huérfano menor de dieciocho años gana o puede ganar algo con su trabajo, que ha sido acogido por otra persona, etc. (69).

Las frases de la ley, antes acotadas y aducidas en pro de la tesis contraria, tienen otra justificación. El carácter *miserabilis* de esta especie de seguro de vida por mandato legal, lleva a restringir el círculo de los beneficiarios, calificándolos según sus circunstancias personales, como se hace en otras leyes especiales, creadoras de sucesiones *ex lege* (70), semejanza aumentada al designarse

padre permanente o la muerte de los mismos. Todo obrero comprendido en esta Ley se considerará de derecho asegurado contra dicho riesgo, aunque no lo estuviera su patrón. En caso de que éste no indemnizara al obrero o a sus derechohabientes en el plazo que señale el Reglamento, la indemnización será abonada con cargo al Fondo de Garantías, art. 38 L. A. T.

(68) No está protegida por la Ley la mujer o el hijo que lleva la comida al trabajador y a consecuencia de ello (del trabajo) sufre una lesión o muerte. Está protegida sólo por las reglas generales sobre responsabilidad

(69) El obrero tiene interés en este auxilio al hijo, para que tenga una cierta independencia económica y no esté recogido «de limosna».

(70) Art. 4.º, Ley 23 julio 1942; base 7.ª, 2.4; Ley de 22 de diciembre

beneficiario de último grado (como el Estado en el art. 913 C. c.) al Fondo de Garantía (art. 29, 5.º Reg.). El derecho del beneficiario no nace del daño que éste haya podido sufrir, sino que se origina y trae causa del daño inferido al obrero asegurado; por ello dice la ley que se ha de indemnizar al obrero o a *sus derechohabientes*» (art. 38, L. A. T.).

Es cierto que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha manejado el criterio del daño, en especial respecto a la viuda del trabajador (71); pero ello ha de valorarse dentro de su tendencia a interpretar la Ley de Accidentes con un laxo criterio de equidad. Ha ampliado el número de beneficiarios establecido sin tener en cuenta la letra del precepto ni los principios generales vigentes (72); del mismo modo añade una causa de exclusión que no estaba en la ley. No se basa el beneficio realmente (aunque se diga otra cosa) en el daño sufrido, pues entonces se exigiría probar concretamente el perjuicio o desamparo, ni parece que pueda negársele la renta, probando que la mujer trabaja o puede trabajar, que al no tener que cuidar al fallecido, está o puede estar en condiciones económicas mejores, que ha sido recogida por algún hijo o pariente en óptima situación, etc. Más bien que el daño o la falta de daño (73) puede sospecharse que se ha hecho jugar una causa (extra legal) de indignidad al beneficio, justificada por el carácter estricto de éste (74).

1955; FERRANDIS, *Sucesión en los arrendamientos. Transmisión emortis causas de los derechos y obligaciones del arrendamiento*, A. D. C. 7 (1954), páginas 405-426; *Sucesión en los arrendamientos rústicos*, A. D. C. 8 (1955), págs. 845-872. Otros casos, señala CONDOMINES, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna* (Colegio Notarial de Barcelona, Estudios de Derecho sucesorio, 1946), pág. 137 sigs.

(71) En el supuesto de los padres, se trata de aplicar las calificaciones específicas de la Ley.

(72) S. T. S. (Soc.) 13 febrero 1941; la Sentencia de 22 marzo 1949 dice que, en situaciones irregulares matrimoniales, la Sala ha llegado a preferir a la concubina con hijos, respecto a la esposa separada, porque la finalidad de estas indemnizaciones, compensar la pérdida económica que se tiene por la muerte del que sostiene la familia, rima más con este aspecto de hecho que con la legalidad de apariencia. Sobre esta cuestión, ROMERO MOCÓL, *El concubinato*, A. D. C. 4 (1951), págs. 54-72; en página 69 estudia la Sentencia 13 febrero 1941, limitando su alcance a la protección de los hijos (adulterinos) de la concubina, que sólo los representa. La jurisprudencia forense francesa, que primero concediera indemnización a la concubina (indiferencia de la naturaleza del vínculo), cambia y se la niega (interés no legítimo ni jurídicamente protegido), MAGNOL, *Les juridictions répressives et l'action civile*, §. 24, «Le Droit privé français en milieu du XX^e siècle, Etudes offertes a G. Ripert, 1950, II, págs. 224-225.

(73) La mujer separada, también puede sufrir daño a consecuencia de la muerte de la víctima; por ejemplo, tener que «cargar» con los hijos que estaban al cuidado del marido, bajo sanción civil y penal.

(74) Hasta por voluntad presunta del marido. Puede recordarse que el artículo 855, par. último, C. c. dice que para que sea causa de desheredación alguna de las que lo son de divorcio (art. 105) es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo.

En resumen, puede decirse que la Ley de Accidentes del Trabajo ha estimado la vida del obrero bien asegurable, indemnizable a causa de muerte; en su interés se crea la serie de beneficiarios legales del seguro (75). La indemnización por responsabilidad tiene de común con aquel otro tipo de indemnización, su causa última, el reparar el daño sufrido por la víctima, pero se diferencian entre sí por la causa inmediata y los efectos, ya que la responsabilidad civil requiere dolo o culpa del responsable, no hay tasa en la indemnización y se puede extender a favor de otros perjudicados.

b) *Las disposiciones sobre seguros por responsabilidad civil.*— La relación entre la responsabilidad civil por daños y el seguro por esta misma responsabilidad, se ha revelado tan estrecha que se habla de una «socialización de la responsabilidad» (76). Ciertamente y por círculos cada vez más influyentes y extensos se acepta la idea del seguro obligatorio para aplicarlo a riesgos que no son los del trabajo, en especial para los que originan los modernos medios de transporte. Se estima conveniente y hasta necesaria la completa cobertura del peligro creado por el uso de los automóviles, asegurando el pago por el dueño de una indemnización a la posible víctima. De tal modo, se cubre también el riesgo de que el particular obligado no pague la indemnización debida, lo que importa al pro común, al aumentarse así la seguridad social. La evolución natural parece llevar a una transformación paralela a la sufrida por la legislación sobre accidentes del trabajo; la póliza del seguro por accidente de automóvil se piensa debe imponerse como obligatoria en favor de las víctimas eventuales, por el daño causado a personas y cosas (77).

Este tipo especial de garantía se adopta ya por los convenios internacionales sobre medios de transporte marítimos y aéreos; y aunque impulsados por el interés de los transportistas en limitar su responsabilidad para calcular—y poderlos así asegurar—los daños

(75) Especie anómala de legitimarios que manifiesta la insatisfacción por las disposiciones sobre sucesión hereditaria, inadecuadas (por resultar tanto demasiado amplias como en parte estrechas) a la configuración real hoy de la familia. El artículo 2.122 C. c. italiano ofrece una fórmula arbitraria de compromiso. Concede derecho a percibir ciertas indemnizaciones debidas al trabajador fallecido (por ruptura del contrato con preaviso, muerte, ancianidad, artículos 2.118, 2.120), a cónyuges, hijos, parientes dentro del tercer grado y afines en el segundo, si viven a cargo del obrero, repartiéndose la indemnización según la necesidad de cada uno. A falta de tales personas, la indemnización se atribuye según las reglas de la sucesión legítima. MESSURGO piensa que en los supuestos primeros hay derechos originarios que nacen por primera vez a favor del superviviente y que, cuando falten tales personas, se abre la sucesión abintestato y el derecho assume naturaleza sucesoria, *Manuale de Diritto civile*, § 171, VI, ed. 1952, págs. 12, 14. Parece difícil concebir esta naturaleza cambiante e insostenible respecto a terceros: acreedores de la herencia, régimen conyugal.

(76) RODRÍGUEZ, *La responsabilité civile*, 1952, pág. 3, 13 y sigs.

(77) UASING, *Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile*, «Rev. I. Dr. Comp.», 7 (1955), pág. 494.

a indemnizar, han resultado también en beneficio de las posibles víctimas (78). Mas como los perjudicados pueden ser—y en general lo son—personas en buena situación económica y la prima del seguro va incluida en el precio del billete, no influyen las consideraciones especiales (deformadoras) de la Ley de Accidentes del Trabajo, la de evitar el aumento de los gastos de producción y la de referirse a la clase obrera, especialmente menesterosa. Por ello, no se limita el número de los beneficiarios, ni se escatima el importe de la indemnización, según el parentesco y la condición de desamparo de cada uno. La muerte del viajero se considera daño que se le ocasiona, que origina el derecho a reclamar su reparación por medio de sus derechohabientes (79). Sistema que tiene las ventajas propias del seguro a favor de la víctima y que suprime el peligro de lo incalculable de una pluralidad de reclamaciones, de parientes y demás personas que se crean indirectamente perjudicadas (80).

En estos convenios, como en los proyectos sobre Seguro obligatorio de Accidentes de Automóviles y en la legislación de seguro, se entiende implícitamente o se dispone expresamente que se excluye o prohíbe la cláusula que cubra el daño causado por dolo o cul-

(78) Convenio de Bruselas, 25 agosto 1924, para la unificación de ciertas reglas concernientes a la imitación de la responsabilidad de los propietarios de navios marítimos (ratificado por España, 2 junio 1930). Convenio de Varsovia, 12 octubre 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional. Convenio de Roma, 29 mayo 1933, para la unificación de ciertas reglas relativas a los daños causados por las aeronaves a los terceros en la superficie (ratificada por España). Convenio de Roma, 7 octubre 1952, relativo a los daños causados por las aeronaves a los terceros en la superficie. TAPIA SALINAS, *La regulación jurídica del transporte aéreo*, 1953 (Convenio de Varsovia); JUGLART, *La convention de Rome du 7 octobre 1952, relative aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface*, 1956.

(79) «En cas de mort ou de lésions corporelles causées par les faits ou fautes... le propriétaire est, à l'égard des victimes ou de leurs ayants droit responsable» art. 7 Conv. de Bruselas. «Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur...» Artículo 7: «le voyageur ou ses ayants droits», art. 30, Conv. de Varsovia; arts. 2, 6, Conv. Roma 1933; arts. 1, 6, 14, Conv. Roma de 1952.

(80) Especialmente importante respecto a la práctica judicial francesa. Se ha preguntado si el Convenio de Varsovia organiza un régimen aplicable a la vez a la responsabilidad delictual y a la responsabilidad contractual o sólo a esta última. París, I^{er} Ch. 25 febrero 1954 ha declarado «Que el fin del Convenio es unificar lo más completamente que sea posible una parte de la legislación de los diversos países sobre el transporte aéreo internacional y de crear para él un régimen común de responsabilidad excluyendo todo otro recurso.» Sobre esta sentencia, JUGLART, *Transports aériens*, Juris classeur Periodique, La Semaine juridique, 28 (31-3-1954), núm. 8.041. El Derecho inglés, conforme al «common law», consideraba de carácter personal la indemnización por dolo y culpa; ha cambiado, teniendo en cuenta consideraciones de justicia (de la antigua regla decía Pollock: «tolerable en un país civilizado sólo gracias a una serie de excepciones») y prácticas, por «Law Reform» (Miscellaneous Provisions) Act de 1934, disponiendo que la acción por daños sobrevive a la víctima en beneficio de su herencia, lo mismo que al responsable, contra su herencia («estate»). LONDON, *Pollock's Law of torts*, ed. 1939, págs. 53 y 54 y nota (h); WINDFIELD, *A text-book of the Law of tort*, ed. 1946, § 58, pág. 197.

pa grave (81). La responsabilidad en tales casos debe recaer íntegra sobre el patrimonio del mismo culpable (82), no se puede limitar y tampoco calcularla, porque se ha de abonar el daño causado a la víctima (83) y el que resulte también a otras personas (84).

En España el Real Decreto de 25 de abril de 1928 estableció el Seguro obligatorio de Viajeros. El Reglamento de 26 de julio de 1929 determina detalladamente quiénes han de ser sus beneficiarios (art. 11-20) (85). La regulación dada es muy extraña, tanto que resulta imposible adivinar cuál pueda ser su porqué o justificación (86).

Sienta el principio: «En los casos de muerte del asegurado tendrán únicamente derecho a la indemnización las personas comprendidas en los cinco artículos siguientes y en la cuantía prevenida en los mismos, cualesquiera que sean las disposiciones testamentarias del causante y la legislación civil a que estuviera sujeto» (art. 12). Después se enumeran casuísticamente los beneficiarios y el orden de preferencia entre ellos (arts. 13-17). Llegándose a resultados tan inexplicables como los siguientes:

Eliminadas las disposiciones testamentarias resultan impuestos,

(81) AMBROSINI, *Dolo e colpa grave nella elaborazione delle Convenzione Internazionali aviatorie*, «Nuova Riv. Dir. Comm.», 8, 5-8 (1955), págs. 83-97, critica el intento de suprimir la referencia a la culpa equivalente al dolo (artículo 25 Conv. de Varsovia), ya que la dificultad señalada de la terminología inglesa no existe («Wilful misconduct», comprende en Inglaterra «reckless carelessness») y porque la experiencia enseña que no hay peligro de que los Tribunales amplíen los casos de la responsabilidad (más bien los restringen con exceso), págs. 86 y 88; JUGLART, loc. cit., muy detalladamente, § 153 y ss., página 79 y ss.

(82) En este caso se puede hablar de pena privada (usada ampliamente en L. A. U.); comp. HUGUENY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle*, «Le Droit privé français» cit., II, págs. 249 y ss.

(83) Los Convenios internacionales tienden a la uniformidad de la indemnización en todos los países y al aumento de su importe; en la de Roma de 1952 se subió el tope de 300.000 a 500.000 «francos Poincaré» para la responsabilidad en caso de muerte o heridas, por persona muerta o lesionada (art. 11, 2). No hay duda que se considera «el daño moral» que implica la pérdida de la vida (JUGLART, § 48, pág. 23).

(84) Según lo que se disponga en la legislación interna de cada país; así artículo 104 C. p.

(85) El artículo 7 del D. de 8 de mayo de 1942 se remite a esta disposición para la determinación de los beneficios en los casos de muerte y de lesiones (cap. 5.º, arts. 11 al 20 inclusive). El artículo 2, 1, declara aplicable el seguro al transporte por ferrocarril, auto y aviones.

(86) En el art. 13 del Reglamento de 1929 hay una referencia al Código de trabajo, pero sólo parece el artículo 162 del Real Decreto-Ley de 23 de agosto 1926. No puede asimilarse la indemnización por accidente de trabajo a la del seguro de viajeros por ser distinta la clase de riesgo y afectar este último a todas las clases sociales. La diferencia fundamental (la L. A. T. procura evitar el desamparo de los allegados del obrero) se acentúa en la L. A. T. vigente, que concede rentas vitalicias o temporales (art. 20), mientras el antiguo C. T. daba una suma igual al salario de dos años (art. 161). El viajero ha contratado un seguro a costa de su patrimonio por el que se le debe (debiendo ingresar en su patrimonio), en su caso, un capital; la condición de ser obligatorio no borra la naturaleza del seguro.

como derechohabientes de la víctima, aquéllos a quienes ésta hubiera desheredado justamente (arts. 852-855 C. c.) (87).

Fijados imperativamente los beneficiarios y negada la aplicación de la legislación civil, tendrán también derecho a la indemnización quienes sean indignos de suceder (art. 756 C. c.).

El cónyuge sobreviviente tiene derecho a la indemnización en primer lugar (art. 13) excluyendo (excepto en los casos después señalados) a los mismos hijos de la víctima; éstos quedan despojados, aunque el cónyuge estuviere separado de hecho, por causa de las que dan lugar al divorcio (arts. 105 y 855 C. c.), y hasta, según la letra del Reglamento, aunque estuviere divorciado y declarado culpable, ya que ello no hace perder la condición de cónyuge (arts. 73, 83 núm. 5 y 104 C. c.). La indemnización se entrega al cónyuge, sin limitación alguna en favor de los hijos, ni siquiera la de la reserva viudal en el caso de nuevo casamiento (artículo 968 C. c.).

Esta desconsideración hacia los hijos de la víctima es total respecto a los hijos legítimos de un solo matrimonio; en cambio, resultan favorecidos siempre con un derecho a participar en la indemnización los hijos naturales (art. 14) y hasta los hijastros del asegurado, que se equiparan a los naturales (art. 15) (88). Los hijos legítimos concurren con el cónyuge sólo cuando haya hijos de un anterior matrimonio (art. 13).

También son arbitrarias las designaciones de cuotas, la no mención de los abuelos (art. 16) y la limitación de los derechohabientes al segundo grado (art. 17).

Las disposiciones referidas del seguro obligatorio de viajeros han sido un lamentable retroceso de nuestra legislación; en su técnica y en su contenido. Es dudosa su validez por estar en contra de preceptos de rango superior; las indemnizaciones previstas son ínfimas (89) y no puede considerarse que implique eficaz limitación de la responsabilidad de las empresas de transportes de viajeros, a las que se impone este seguro. En efecto, no han sido ni podían ser derogados los artículos 1.902 y 1.903 del Código

(87) En la L. A. 4. no se atiende a la sucesión intestada; pero ello se justifica porque es rarísimo el caso del obrero que hace testamento.

(88) Es notable esta aparición del hijastro. Se ha negado todo derecho a una indemnización al hijo de la víctima y del cónyuge sobreviviente y, en cambio, se da derecho a participar de ella al hijo del cónyuge sobreviviente y de otra persona cualquiera (hijastros al cuidado del asegurado).

(89) La Orden de 9 de noviembre de 1950, modificando el artículo 6 del Reglamento de 8 de mayo de 1942, eleva las indemnizaciones por muerte a 50.000 pesetas, 20.000 si se trata de menor de catorce años y 10.000 si menor de tres años; el Decreto de 24 de octubre de 1952 eleva en un 25 por 100 las indemnizaciones (62.500, 25.000 y 12.500). En las conferencias internacionales se ha considerado muy bajo el tipo de indemnización corriente en Estados Unidos de 5.000 a 20.000 dólares, y se ha elevado el límite de 300.000 hasta 500.000 «francos Poincaré» en el Convenio último de Roma.

civil por una disposición jerárquicamente secundaria; y, en todo caso, recae siempre sobre tales empresas la responsabilidad civil resultante de los actos penables (arts. 22, 101, 104 C.P.) (89 bis).

2. Las disposiciones de los Códigos Penal y Civil.

a) *La regulación legal considerada en sí misma.*—El Código civil dice que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1.089). La distinción aquí apuntada entre actos y omisiones ilícitos y aquellos en que interviene culpa o negligencia se lleva al extremo de que la regulación de cada grupo de ellos se entrega a diferentes cuerpos legales. Las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal (artículo 1.092). Las que se deriven de actos u omisiones en que intervengan culpa o negligencia no penadas por la Ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI del libro IV del Código civil (art. 1.093).

Estas disposiciones son la clave de la regulación de la responsabilidad civil (90). Es muy importante la señalada remisión al Código penal. En seguida llama la atención, por lo extraño de entregar a ese texto legal la regulación de una responsabilidad expresamente calificada de civil. Lo que no se explica por la simple comodidad o para ahorrarse la repetición o el repaso de reglas ya formuladas, como ocurriera con la mayoría de las leyes generales sobre materias especiales; pues al contrario de lo mandado sobre éstas, dice la Ley de Bases: «Las obligaciones procedentes de delito o falta quedarán sometidas a las disposiciones del Código penal, ora la responsabilidad deba exigirse a los reos, ora a las personas bajo cuya custodia o autoridad estuviesen constituidos.» (Base 21.)

La legislación napoleónica había procedido del modo contrario, es decir, lógicamente. El Código penal francés dispone que en los casos de responsabilidad que puedan presentarse en los asuntos criminales, los Tribunales aplicarán las disposiciones del Código civil (91). Y éste regula sin excepciones la responsabilidad por daño en caso de delito o cuasidelito (92).

(89 bis) BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, 1955, III, págs. 311-312.

(90) MUCRUS SCAEVOLA, por el contrario, piensa que los artículos 1.090-1.093 «apenas contienen indicación verdaderamente útil» (*Código civil comentado y concordado extensamente*, art. 1.090, XIX, ed. 1902, pág. 384).

(91) Art. 74. El único supuesto regulado, como excepción, es la responsabilidad de los posaderos y hoteleros (art. 73).

(92) Art. 1.382. Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga, al que por cuya falta ocurre, a repararlo. Art. 1.383. Cada uno es responsable del daño que ha causado, no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia.

En el Derecho español, el Código penal de 1822 inaugura la articulación de la responsabilidad civil (93), a la que dará forma definitiva el Código de 1848, mantenida con pequeñas diferencias en todas las redacciones posteriores. El texto penal «le ha tomado la vez» al civil. La precedencia temporal es lo de menos. Será decisivo el que también, por medio de las disposiciones de los Códigos penales, se traen y se imponen reglas y principios extraños a la concepción romanista dominante en el campo civil; abiertamente desligadas de la doctrina que se había ido elaborando alrededor de la Ley Aquila. Así, se confiesa: «Poco útil es hoy la doctrina que del delito y de la culpa, considerándolas como fuentes de obligaciones civiles, nos refieren los autores y los mismos códigos» (94). La fuente de esta responsabilidad civil no se encuentra en unos ni en otros; está en otra parte, «en los grandes principios de moral, tan profundamente grabados en el corazón de todos los hombres», los que dicen «que estamos obligados a reparar los agravios y daños que hayamos causado» (95).

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se acepta resignadamente esta situación, y se dice: «Todo el que comete un delito o falta contrae la responsabilidad civil, definida y regulada en el Código penal» (art. 1.809). Queda, desde ahora, proclamada la independencia de la responsabilidad civil por delito. El Derecho civil se limita a «sentar el principio que el que cometió un hecho ilícito está obligado a resarcir los daños y perjuicios que haya ocasionado, además de sufrir la pena correspondiente» (96). Los civilistas se sienten en suelo ajeno; su estricta formación romanista les ha quitado agilidad y no saben asimilar los nuevos principios sobre esa materia estrictamente civil, pero derivados del Derecho natural y recogidos por los Códigos penales (97).

Los datos referidos sirven para apreciar el alcance del artículo 1.092 del Código civil; indican que el origen, carácter o naturaleza, los requisitos y las consecuencias de la responsabilidad civil

(93) El artículo 95 dispone que los reos, cómplices y encubridores están obligados al «resarcimiento de daños y de la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así contra la causa pública como contra los particulares y lo que aquéllos no puedan pagar los satisfarán también de mancomún los receptores y encubridores».

(94) GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal*, 4, 20, 3, ed. 1851, II, pág. 313.

(95) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, pág. 240.

(96) FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 73, II, 1873, pág. 663.

(97) En general, se piensa que basta referirse a «los principios del Código penal vigentes. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, 1859, V, pág. 633; GÓMEZ DE LA SERNA, loc. cit., II, pág. 313; GARCÍA GOYENA, loc. cit., IV, pág. 255; ELÍAS, *Derecho civil general y formal*, 1884, págs. 323-331; SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español*, 1871, artículo 2.735, pág. 504. La mismo después del Código civil. CASTÁN, *Derecho civil común y formal*, ed. 1952, IV, pág. 799.

por delito o falta son propios, peculiares y no tienen por qué ser encerrados en los viejos moldes de la responsabilidad aquiliana.

El Código penal dice que la responsabilidad civil comprende: 1, La restitución. 2, La reparación del daño causado. 3, La indemnización de daños y perjuicios (art. 101). La ley utiliza estos términos, dándoles especial significado técnico (98), para distinguir y comprender los modos en que puede hacerse efectiva la responsabilidad civil.

Al daño inferido con la privación de la vida corresponde: «la indemnización de perjuicios materiales y morales» (99). Afirmación deducida de considerarse daño al «destruymento que ome rescibe en sí mesmo» (100) y de que, si bien la vida no es restituible ni reparable, su pérdida puede ser causa de una indemnización de perjuicios (101).

Dejando para más tarde examinar las grandes objeciones teóricas que se le oponen, cabe señalar, de modo provisional, los requisitos y las consecuencias de esta responsabilidad, conforme a las condiciones legales.

Ordena el Código penal que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá, ante todo, los que se hubiesen causado al agraviado (art. 104). En el caso del homicidio se dan algunas particularidades, que bastará—ahora—señalar. Ante todo, el perjuicio sufrido por la víctima no necesita ser probado, pues consiste en la pérdida de su vida, y este hecho es el que tipifica al delito. La valoración de este perjuicio y el fijar su importe encierra graves dificultades; pero son las mismas que se hallan y se logran superar, respecto a los perjuicios morales, confiándose tan delicadas tareas a la prudente regulación de los Tribunales (artículos 103, 104 del Código penal) (102). La indemnización ha de

(98) La restitución y la reparación, como la satisfacción en sentido amplio, comprenden las tres formas de indemnización. JUAN MEDINA distingue: *restitutio large: extendit se ad omnem recompensam alicui loco damni illati agendam*, a la que, añade, mejor conviene denominar *satisfactio*; estrictamente se llama restitución: *pro redditione rei alicui debitae* (*De restitutione*, 1546, fol. 1). En el Código penal la restitución se refiere a la entrega de la cosa misma de la que se haya despojado al actor (art. 102); la reparación impone el abono del *verum rem pretium*, de la *vera rei aestimatio*, objetiva y subjetiva (precio de afectión) (art. 103); la indemnización de los perjuicios se centra en el *quantum (quod) eius interest* (art. 104).

(99) La referencia a los daños morales tiene su origen y su primer antecedente en la jurisprudencia civil, sentencia del T. S. de 6 de diciembre de 1912. El Código de obligaciones y contratos de la zona jafiana de Marruecos (art. 800) cambia la redacción del artículo 1.902 del C. c. para decir «daño o perjuicio moral o material». La reforma de 1928 lo llevó al texto penal; suprimida la referencia en 1932, ha sido restablecida en 1944.

(100) Frase de P. 7, 5, 1, al definir el daño.

(101) ESCRICHE, *Diccionario, Responsabilidad civil*, págs. 926-928; GÓMEZ DE LA SERNA, ed. 1869, III, pág. 193.

(102) En el antiguo Derecho se tenía en cuenta la clase social de la persona (alta nobleza, hidalgo, pechero, etc.). ESCRICHE pensaba que se debía mayor indemnización por la muerte de un hombre de ciencia que por la de un obrero, loc. cit., pág. 928; GÓMEZ DE LA SERNA, loc. cit., pág. 193, dice que

hijarse en dinero, por lo que el derecho a ella toma, desde su nacimiento, carácter patrimonial (103). Causada la lesión, se origina el derecho a la indemnización, que automáticamente ingresa en el patrimonio del agraviado. A su muerte, ese mismo derecho a la indemnización de los perjuicios materiales y morales, pasa a formar parte del activo hereditario. La Ley dice por ello, sin distinguos, que los perjudicados por el hecho punible o sus herederos son partes en el proceso (art. 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que la acción para pedir la indemnización se transmite a los herederos del perjudicado (art. 105 del Código penal).

Además de los del agraviado, el Código penal considera indemnizables los perjuicios irrogados a su familia o a un tercero (artículo 104 del Código penal). Esta disposición significa una importante ruptura con las reglas generales sobre indemnización por daños.

La concepción estricta de la responsabilidad civil por daños excluye el daño mediato, el perjuicio causado indirectamente a otra persona, distinta de la agraviada (104). Se responde por el daño causado a otra persona con un acto, el mismo en que interviene la culpa o negligencia (art. 1.902 del Código civil). Es decir, cuando el bien dañado, el carácter de ilicitud y la culpabilidad coinciden; por pertenecer aquél al agraviado, no estar autorizado y ser intencionado el acto respecto al agraviado (105). Esta delimitación ha parecido demasiado estrecha y que llevaba a resultados injustos en la práctica, y la legislación y la jurisprudencia de cada país ha recurrido a diversos medios para ensancharla (106).

se regulará según las circunstancias de las personas y sus posibilidades. En la práctica reciente, en especial en los seguros obligatorios y en los Convenios internacionales, apunta la concepción más cristiana de la igualación de las indemnizaciones.

(103) Si la víctima estaba casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, la indemnización será «bien propio» (arts. 1.396, 1.401 y 1.410).

(104) WINDSCHEID, II, § 258, pág. 36; BRINZ, § 340, pág. 809; POTTER, III, págs. 109-111. Artículo 1.150 y 1.151 del C. c. francés; artículos 1.223, 1.226, 1.227 y 2.056 del C. c. italiano.

(105) ESSER, § 318, pág. 486.

(106) En Derecho francés el artículo 1.151 se considera aplicable a la responsabilidad por delito (DEMOGUE, IV, § 461, pág. 122; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 1951, II, § 472 pág. 23 sig.; RODIERE, loc. cit., § 1.622, página 239). Este principio no se aplica, según la jurisprudencia, a las víctimas mediatas de un daño mortal (SAVATIER, II, § 548, págs. 114 y ss.; RODIERE, loc. cit., § 1.604 bis y sigs., págs. 223 y sigs.); y se ha admitido hasta el daño «par ricochet» (MAZEAUD (Jean y León), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, ed. 1939, II, § 1.872, págs. 785 y sigs.). En Derecho italiano, MESSINEO, V, § 169, pág. 500 y sigs. (daño consecuencia directa e inmediata del acto); pero excepciona respecto al caso de persona muerta (daño por pérdida de derechos a los alimentos), id., pág. 504, VI, § 171, pág. 14. Cuestión muy discutida con motivo de la catástrofe aérea que ocasionó la muerte de los jugadores del equipo de balompié del Torino (MONTZEL, loc. cit., págs. 73-78; BIGIARI, *L'Associazione di calcio Torino e il disastro di Superga*, estr. de «Giur. It.», 1951, y allí citados).

En Derecho alemán, la regla es la exclusión de los daños mediatos; pero

La ley española utiliza francamente, a este efecto, el criterio de agravar la responsabilidad en caso de conducta especialmente reprochable. El Código penal extiende la protección a la familia del agraviado y al tercero, en caso de perjuicio «por razón de delito» (art. 104 del Código penal). Pero sólo en este supuesto, no cuando la responsabilidad civil resulte de ser responsable criminalmente de una falta (comp. art. 19 del Código penal). Por su lado, el Código civil adopta también un criterio contrario al del Código francés, y dispone: en caso de dolo, responderá el deudor de *todos* los daños y perjuicios «que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación» (art. 1.107) (107). Lo que parece llevar a la siguiente conclusión: La extensión de responsabilidad en favor de la familia y del tercero se origina sólo por los actos calificados como delictivos o dolosos (108). Mientras que se deberá responder, conforme al criterio general, es decir, sólo a la víctima, por los actos u omisiones en que intervengan simple culpa o negligencia (art. 1.902 del Código civil).

La responsabilidad respecto a la familia y el tercero, por el fallecimiento de la víctima, tiene todavía otras notas diferenciales. Es decir, para que pueda exigirse se requiere, además de la existencia del delito (homicidio, imprudencia punible), otras circunstancias. Porque ahora el perjuicio no se deriva o resulta inmediatamente de la muerte de la víctima. Se trata de una serie de nuevos e independientes derechos, nacidos cada uno de ellos del daño particularmente causado a cada uno de los parientes o terceros. Será,

se exceptúan, por mandato legal, los casos de muerte, lesión del cuerpo o salud y privación de libertad (LEHMANN, loc. cit., § 249, pág. 939 y ss.).

Últimamente, sobre la consideración de la situación económica y de la culpabilidad en la computación de la indemnización, KNÖFFEL, *Biligkeit und Schmerzensgeld*, A. C. Pr., 155, 2.º (1956), págs. 135-157.

(107) El artículo 1.016 del Proyecto de 1851 decía: «En caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él.» Lo que como indica GARCÍA GOYENA, (III, pág. 51), significa apartarse del Código francés y dar mayor extensión a la responsabilidad. El Código civil es todavía más enérgico, al precisar su alcance con las palabras «de todos». Dice MUCIUS SCAEVOLA: «Se separa en este punto de los precedentes legislativos y deja de hallarse en concordancia con los demás Códigos de la raza latina» (art. 1.108, XIX, pág. 373); observación no del todo exacta en cuanto no se atiende al influjo de la concepción penal sobre la responsabilidad *ex delicto* en todo el Derecho civil. Así ANTONIO PÉREZ (7, 47, § 20, I, pág. 346) censura la tendencia restrictiva de la indemnización (al duplo) y dice que, por dirigirse *ad vindicandum dolum*, debe comprender *totum quod interest*.

(108) Las disposiciones sobre culpa contractual (arts. 1.101-1.106) se entienden aplicables a la responsabilidad por culpa extracontractual (Cossío, página 132 y ss.; sentencias del T. S. de 14 de diciembre de 1894, 7 de febrero de 1902, 22 de octubre de 1932 y 2 de diciembre de 1945). Añadiéndose que también le será aplicable el art. 1.107 del C. c. (Cossío, págs. 132 y 146). Esta conclusión parece concuerda con el criterio general de nuestro Derecho. El Código penal distingue delito y falta, teniendo en cuenta el bien dañado y la importancia del daño, pero atiende también a la intención. La imprudencia temeraria se considera delito, como se equipara en Derecho civil la culpa lata al dolo; la imprudencia simple sólo se considera delito cuando se comete con infracción de reglamento (art. 565 C. p.).

pues, necesario alegar y probar: la lesión concreta e individualizada; la existencia de un bien material o moral dañado, no de una esperanza o probabilidad de beneficios, ni el simple disgusto o la incomodidad; la relación causal de este daño con la muerte de la víctima; el hecho del perjuicio, es decir, que, comparada la situación anterior y la posterior a dicha muerte, el patrimonio o la esfera personal ha sufrido una pérdida apreciable.

El importe de la indemnización, por la que responde el culpable, se computa sumando las cantidades que se deban abonar al agraviado (a su herencia) a los miembros de la familia de éste y a los terceros (art. 104 del Código penal). Esta unificación no borra el distinto origen y extensión de cada derecho; por lo que el Tribunal deberá comprobar individualmente el porqué de cada indemnización pedida y de su respectivo alcance; además, cada una de ellas, desde que nace, puede seguir distinta suerte, variar o extinguirse (art. 117 del Código penal), lo que habrá de ser tenido en cuenta en el momento de la ejecución.

Cuando una misma persona reúna la condición de heredero de la víctima (testamentario o abintestato) y de perjudicado individualmente, podrá actuar con distinta personalidad. Lo que tiene importancia al formular la demanda. Los herederos no necesitan probar el perjuicio del agraviado («ex ipso delicto apparet»); pero ha de pedirse una sola indemnización; la cual entra en el acervo hereditario y responde así a los acreedores del causante (109). La indemnización pedida «ex iure proprio» tiene la dificultad de que recae sobre el actor el peso pleno de la carga de la prueba; en cambio, habrá tantas acciones como perjudicados, sin limitación de número ni de cuantía. En fin, si se demanda con la doble condición de perjudicado individual y de heredero, habrá también que fijar el perjuicio individual, teniendo en cuenta las ventajas obtenidas, materiales y morales, por ser heredero (110).

La responsabilidad civil, regulada por el Código penal, origina derechos y obligaciones de naturaleza civil, sometidos a los principios del Derecho civil (111). Las particularidades que le son propias—carácter solidario (art. 107 del Código penal), privilegio sobre los bienes del penado (art. 111 del Código penal), plazo de prescripción (112) y la extensión del número de personas indem-

(109) Si no se ha aceptado a beneficio de inventario responderá a todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1.003 C. c.).

(110) El beneficio líquido percibido; en el activo entrará el importe de la indemnización atribuida a la víctima (valor pecuniario, *satisfactio* moral).

(111) Se ha dicho que la acción es originariamente civil, pero que es «carácter que se difumina», que es «indudablemente mixta», «por mejor decir, se impregna de carácter civil o penal, según la vía jurisdiccional en que actúa, dinámicamente considerada»; estáticamente civil, penal en su ejercicio y desarrollo (GIL ESTELLÉS, loc. cit., págs. 32 y 34). Lo que supone dar a la vía procesal seguida excesiva importancia.

(112) La jurisprudencia no es uniforme. Según la dicción legal parece indudable que la prescripción por el transcurso de un año se refiere sólo a la

nizables en caso de delito (art. 104 del Código penal)—están plenamente dentro del campo civil. Dichas particularidades no resultan de la sentencia penal ni de seguirse la vía procesal penal (113), sino del carácter intrínseco de la culpa o negligencia al ser «penadas por la ley» (art. 1.093 del Código civil «a contrario»), como delito o como falta (art. 1.092 del Código civil), que agrava la responsabilidad del culpable (114).

Los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, originan la obligación de reparar el daño causado (arts. 1.093, 1.092 del Código civil). La naturaleza de esta responsabilidad, sea por hecho propio o de persona por quien se debe responder (arts. 1.093 y ss. del Código civil), no es distinta de la derivada de la responsabilidad criminal. Es sólo más restringida, en su alcance y en su intensidad, y se regula conforme a los principios generales sobre la indemnización por daño; en especial, no se extiende la obligación de indemnizar a los perjuicios indirectos, que resulten para la familia del agraviado o de un tercero (115).

b) *Las consideraciones y objeciones de tipo dogmático.*—Estudiados los preceptos legales en sí mismos, parece cierta la conclusión obtenida en el apartado anterior. El culpable criminalmente incurre siempre (también en caso de homicidio) en responsabilidad civil; para eximirse de ella sería necesaria una especial y expresa declaración legal (116).

acción «por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.092» (art. 1.968); y que la derivada de delito o falta o por culpa o negligencia penada por la ley (arts. 1.092, 1.093) como acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción prescribe a los quince años (art. 117 C. p.; 1.964 C. c.). Lo parece convenir con el espíritu de la legislación (comp. art. 1.956 C. c.). En este sentido, sentencias del T. S. de 22 de enero de 1919 y 12 de marzo de 1934; MANRESA. *Comentarios al Código civil español*, ed. 1907, XII, arts. 1.962-1.968, págs. 860 y 861; contra: sentencias del T. S. de 28 de abril de 1917, 9 de febrero de 1920, 31 de marzo de 1924, 3 de diciembre de 1931 y 16 de noviembre de 1932. Respecto a la acción noxal, sentencia del T. S. de 23 de febrero de 1956.

(113) Artículos 112, 115, 116 y 117 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Casos de muerte, amnistía, indulto, rebeldía del culpable, prescripción de sólo la pena, responsabilidad subsidiaria, etc.; sentencias del T. S. de 21 de octubre de 1910, 25 de febrero de 1928, 30 de diciembre de 1929, 12 de febrero de 1932 y 13 de noviembre de 1934.

(114) Lo que concuerda con el criterio general del Código civil (art. 1.103, 1.105, 1.107).

(115) Doctrina que también se justifica por comprender la responsabilidad por daño: los casos de culpa leve, imprudencia simple y por riesgo. Ella explica se permita la limitación de la responsabilidad propia de la ley de accidentes del trabajo, Reglamentos de seguros de viajeros y las reglas de los convenios internacionales sobre riesgos marítimos y aéreos (excluida siempre la resultante de dolo y culpa lata). La indemnización a favor de familiares y terceros, además, haría difícil cifrar de antemano la indemnización. Compárese la sentencia del T. S. de 17 de febrero de 1956.

(116) La ley penal tiene incluso un criterio más restringido (como parece natural) para eximir de la responsabilidad civil que para de la criminal (artículos 8 y 20 del C. p.).

Se ha dicho, por ello, que la regla general de la responsabilidad civil no admite excepción alguna; pero, a renglón seguido, se agrega que no se dará respecto a la pérdida de la vida humana, por la «imposibilidad, dada la naturaleza del delito, de determinar de una manera clara y apreciable en dinero cuál ha de ser la cuantía de la indemnización» (117).

Una gran parte de la doctrina, en todos los países, utiliza éste y otros razonamientos para probar que no cabe indemnización por el perjuicio sufrido por la víctima de un homicidio, y que, aun siendo posible, no sería ella transmisible a sus herederos. Se dice que no se pueda ir contra la lógica y que se está ante una verdadera imposibilidad jurídica: «ad impossibile nemo tenetur».

Esta postura teórica, adoptada por el sector más numeroso de la doctrina y por autores dignos de gran estima, hace inevitable considerar los mismos argumentos—con pocas novedades—que ya estudiara críticamente Luis de Molina (118).

En los libros modernos se vuelve a mencionar la vida, ya como derecho o como bien, y se admite que su privación es un daño para la persona misma (119). La afirmación de Grocio sobre su significado, de fundamento de todos los bienes, sería hoy aceptada por la mayoría de los autores (120). Pero tales declaraciones se vacían, en general, de contenido práctico, al decirse después que, al ser el daño sufrido por la víctima de naturaleza irreparable, hay que resignarse y concluir que resulta imposible la indemnización de los perjuicios causados a ella. Esta observación, de tan viejo arraigo (121), no tiene hoy ya importancia decisiva. Empezó a perder su fuerza al dejarse la estricta concepción romanista y al aceptarse las ideas de Grocio y Pufendorf. Se repite con los romanistas: el daño causado por la mutilación de un miembro es irreparable, porque no se puede poner precio al miembro mismo, cuyo valor no puede igualar todo el dinero del mundo. Pero, a renglón seguido, se completa esta afirmación diciendo: en cambio, se podrá reparar el perjuicio sufrido por la pérdida o mutilación corporal (122). Con lo que resulta implícitamente admitido que un daño, en sí irreparable (respecto al que no cabe restitución ni sustitución), puede originar una acción para que se indemnice el perjuicio sufrido. Si esto es así, en el supuesto de mu-

(117) SILVELA, *El Derecho penal*, 1879, II, § 43, pág. 301.

(118) Antes, en notas 50-54.

(119) Se considera el daño objetivamente; el Derecho no atiende a las concepciones pesimistas (la vida como un mal; despenar en sentido de matar; ya se mencionaba de antiguo, a este efecto, la enterniza teoría de Hegesias «*peithitanaton*») (HEINECCIO, *Elementa juris naturae et gentium*, 1.744, § 143. *Opera*, I, 3, pág. 60). En otro caso, dice MAZEAUD (II, § 1.913, pág. 853), el asesino podría reclamar a la herencia de su víctima una recompensa.

(120) «*Fundamentum est omnium bonorum temporarium et aeternorum occassio*», 2, 24, 6, 2 (ed. 1752, anotada, III, pág. 509).

(121) GÓMEZ ORRANEJA, loc. cit., pág. 106, repite como fundamento inconmovible: «*Liberum corpus aestimationem non recipit.*»

(122) PUFENDORF, 3, 1, 8, II, pág. 18.

tilación, lógicamente se impone dar otro paso adelante: si no se puede devolver la vida, se deben abonar los perjuicios causados a la víctima.

La dificultad lateral de su valoración también se fué disolviendo, conforme y a la vez que la de la estimación de los perjuicios morales (123). No cabe una exacta compensación en dinero; mas esta indemnización pecuniaria, aunque defectuosa, es ahora la única posible y la menos inadecuada (124). Prácticamente se ha mostrado eficaz como sustitutivo de la «satisfacción» individual y como desagravio de significado social. Los temores de excesos, al entregarse la valoración de los perjuicios al arbitrio judicial, también los ha desvanecido la experiencia, por el tacto y la prudencia de la magistratura (125).

Otra consideración, quizá de mayor fuerza, determina esa resistencia de la mayoría de la doctrina frente a la indemnización en favor de la víctima del homicidio. La indemnización, se pien-

(123) No es de extrañar que vayan unidas la negativa de la indemnización por homicidio y la repugnancia hacia la indemnización de los perjuicios morales. Estos comenzaron admitiéndose confundidos o como causa de daños materiales. Desde antiguo, a favor de la mujer soltera a la que una lesión corporal había desfigurado (dificultad para casarse, necesidad de mayor dote). La doctrina y la legislación moderna han salvado esta etapa intermedia. Exactamente, dice GÓMEZ ORBANEJA (loc. cit., pág. 200): «Condicionar la resarcibilidad del daño moral a su repercusión sobre el patrimonio equivale a limitar el resarcimiento al daño material o patrimonial. El nuevo texto del artículo 104 del Código penal debe entenderse que va dirigido a terminar con esa confusión.» LALOU (*La responsabilité civile*, 1932, § 151, pág. 83) califica ya de superada («perimé») la doctrina de quienes pretenden reducirlo a daño material con causa moral. Todavía, en contra, REYES MONTERREAL, loc. cit., pág. 252.

(124) Se admite de modo general que entre el bien dañado (la vida, etcétera) y el *id quod interest* en dinero es «indudable que existe equivalencia, aunque sea indirecta», sanción que constituye medio de tutela de su derecho. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 1950, pág. 36; LALOU, loc. cit., § 152, página 83; MAZEAUD, I, § 213 y sigs, págs. 375 y sigs; SAVATIER, II, § 528 y sigs, págs. 93 y sigs; CASTÁN, *Derecho común civil y foral*, ed. 1952, IV, pág. 783. Contra, todavía REYES MONTERREAL, págs. 237-238.

La dificultad última para admitir la equivalencia de la indemnización (disparidad esencial entre lo personal y lo patrimonial) parece poder superarse considerando el significado personal del poder patrimonial. El daño es tal porque quita o limita ciertas posibilidades de actuar al perjudicado (restringe en tal sentido su libertad); el dinero significa poder económico, ampliación del círculo del poder personal (aumento de libertad).

Otra objeción muy repetida (también LANDON, loc. cit. pág. 55, nota h), la de que así se confunde el carácter compensatorio (propio de la indemnización) y el punitivo (exclusivamente del Derecho penal), supone una concepción muy estrecha del Derecho civil. Frente al acto ilícito, no tiene por qué limitarse al restablecimiento de la situación anterior ni depender siempre de la iniciativa del perjudicado; contiene también sanciones de carácter automático e impone la pérdida de derechos y titularidades que la autoridad puede o debe hacer declarar (Ministerio Fiscal, Tribunales de menores).

(125) SILVA MELERO (loc. cit., págs. 646, 657 y 662) considera peligrosas estas que entiende como apelaciones a la equidad; pero añade «que la reacción contra el autor de los daños morales se impone como necesaria según el sentimiento jurídico general» (pág. 661). En verdad, la jurisprudencia ha pecado más bien de timidez que de liberalidad en esta materia.

sa, tiene por finalidad hacer indemne, borrar el daño sufrido por el perjudicado. En el supuesto del daño causado, al privarle a una persona de su vida, no hay posibilidad de indemnizarlo. El beneficio será para el heredero, y no es éste quien sufriera el daño de la privación de la vida; si tal muerte le causó un daño, será otro daño, cuya indemnización habrá de pedir «iure proprio». Normalmente, esa muerte no le perjudica, sino que le beneficia, pues por ella se le ha deferido la herencia. Entregarle tal indemnización sería proporcionarle un enriquecimiento sin causa (126).

En el razonamiento anterior se deja en segundo término la cuestión esencial: ¿tiene o carece la víctima de interés en la indemnización? Pues no se trata de justificar la adquisición del heredero, que tiene su propia causa (el título hereditario), sino la causa de la adquisición respecto a la misma víctima. No justificada, respecto de ella, carece de razón jurídica dicha indemnización; justificada la tendrá respecto del fallecido y sus derechohabientes.

El Derecho desconoce, en verdad, la continuidad del interés «post mortem»; muerta la persona, desaparece el soporte de su interés. Ampara, en cambio, el interés *nacido durante la vida* a que una determinada situación se produzca o perdure *después* de la muerte. Las disposiciones testamentarias, la vinculación de bienes a una fundación, por ejemplo, se consideran obligatorias, no por el interés que pueda seguir teniendo el difunto después de morir, sino porque durante su vida le interesa tener la seguridad de que su testamento o fundación serán *fielmente* respetados. Importa a la persona el destino que tendrán sus bienes después de su muerte, y no le interesa *menos* el importe o cantidad de bienes que pasarán a poder de sus derechohabientes.

El perjuicio causado a la víctima de un homicidio está en habersele acortado su vida, en lo prematuro o anticipado (violento) de su muerte. ¿Es inconcebible, en tal caso, un interés legítimo a percibir una indemnización pecuniaria, un ingreso o aumento de su patrimonio en el momento de morir? La respuesta parece ya dada en la figura jurídica del seguro de vida.

Buscar apoyo en el seguro de vida para un razonamiento cualquiera sonará a paradoja o extravío, dado lo incierto y movedido de la doctrina sobre esta figura. Ello, no obstante, parece que el recuerdo de algunas de sus características puede servir para aclarar ciertas ideas. El contrato de seguro para el caso de la propia muerte es un contrato «inter vivos», y el derecho al capital pactado nace, a la muerte del asegurado, en provecho propio (de su herencia) o de una tercera persona (art. 416 del Código de co-

(126) PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Traité pratique de Droit civil français*, 1930, IV, § 658, pág. 890; PLANIOL, RIPERT, *Traité élémentaire*, II, § 892 bis, pág. 329. WINDFIELD (criticando la ley de 1934) dice no se conforma a la justicia abstracta ni al derecho sobre daños, que los sucesores de un hombre se lucran por un daño que en su origen no les produjo a ellos *daño alguno* (loc. cit., § 58, pág. 197).

mercio). La causa específica que tipifica al contrato de seguro en general y que le distingue del juego o apuesta (art. 1.798 del Código civil) es el interés del asegurado de cubrirse contra un riesgo (asegurarse), contra un posible daño fortuito (art. 423 del Código de comercio) y por ello se paga el precio (art. 1.791 del Código civil). Se compra, puede decirse, el que otra persona (asegurador) tome sobre sí dicho riesgo; que ocurrido el evento temido se le indemnice o abone un cierto equivalente en compensación del perjuicio sufrido. No tiene naturaleza distinta, como se pretende, el seguro de vida. El asegurado busca asegurarse frente al riesgo de que por su muerte prematura no pueda dar o no pueda dejar en herencia el capital asegurado (127).

Este concepto del seguro de vida ha sido negado. Se señala que el seguro sirve y que se utiliza para otros muchos fines: medio de pago, garantía para obtener crédito, instrumento de capitalización y de ahorro, etc. Además, se ha dicho brillantemente que «el seguro de vida a favor de tercero produce el efecto mágico de que el cobro del capital nace de un modo directo en el beneficiario sin que haya transmisión desde el patrimonio del estipulante» (128).

Mas ni unas ni otras observaciones parecen decisivas. Las primeramente señaladas se refieren a desviaciones, negocios indirectos, que pueden disimular a veces la realidad; pero respecto de los que, en cuanto sea descubierta su naturaleza verdadera, habrá que aplicar las disposiciones a ellas correspondientes, incluso por fraude a la Ley (129). En segundo lugar, es cierto que el seguro ha logrado una consideración privilegiada extraordinaria, que parece obtenida de modo casi mágico. Pero el precepto exorbitante del Código de comercio (art. 428 del Código de comercio), si bien ha de respetarse en su letra y en su espíritu, crea un privilegio, a interpretar restrictivamente, y que no puede entenderse en contradicción con las

(127) CONTRA: RIERA AISA, *El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares sucesorias y obligaciones del que lo contrató*, «A. A. M. N.», 7, (1953), pág. 279; GARRIDO Y COMAS, *El contrato de seguro*, 1954, págs. 63-65.

BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, 1955, III, págs. 4, 175, en cambio, sostiene que el asegurado se procura una indemnización. ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, 1952, págs. 366, 378, y sigs., afirma también el carácter indemnizatorio, utilizando entre otros razonamientos el de que la vida humana puede ser objeto de valoración, como lo demuestra la práctica de los seguros sociales y la indemnización fijada por el juez en caso de homicidio. DONATI, *Dell'Assicurazioni*, en *Commentario, Obligazioni* (dirigido por D'AMELLO FINZI), 1949, II, 2.º, págs. 212-215, basa el seguro en la idea de la previsión: por el espíritu de previsión, la posibilidad de un daño eventual se traduce siempre en una necesidad actual.

(128) RIERA AISA, loc. cit., págs. 283-289.

(129) CONDOMINES VALLS (*Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, pág. 136) alude a «la enorme cantidad de combinaciones que las entidades aseguradoras y sus agentes, aguzada su inventiva por la competencia, han ideado o idean cada día en materia de seguros», dando medio para «pactar de una manera velada y semiclandestina, la sucesión de sus bienes». También para evitar las disposiciones sobre legítima, colación, gananciales, embargo y quiebra.

normas básicas del ordenamiento sobre legítimas, bienes de los cónyuges y responsabilidad respecto a los acreedores (130).

Siendo cierto, como parece, que el seguro requiere la existencia de un interés del asegurado, digno de ser garantido (131), y que en el seguro para caso de muerte el riesgo es la pérdida prematura de la propia vida, se advierte que éste tiene una evidente semejanza con la conformación moderna de los seguros obligatorios de accidentes, en los que el beneficiario es la posible víctima. Teniendo todo esto en cuenta, puede pensarse que la responsabilidad civil del que dolosa, culposa o negligentemente daña a otro es una especie de garantía o seguro legal a cargo de cada persona (por el riesgo que su conducta supone) en favor de todos los demás; el beneficiario tiene así cubierto (en lo posible) el riesgo de perder la vida por dolo, culpa o negligencia ajena.

(130) CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia*, «Rev. Der. Priv.», 36 (1952, mayo), págs. 378-382, subraya lo anómalo del privilegio y lo limita a «una simple legitimación de solvens y accipiens», pág. 381. También MARTÍNEZ DE LA PUENTE, *La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria*, «A. A. M. N.», 8 (1954), págs. 302-309. NART, *Notas sobre los contratos a favor de tercero*, «A. A. M. N.», 5 (1950), págs. 460-471, llega a la conclusión de haber un contrato no a favor, sino a nombre del beneficiario. VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, 1950, pág. 180, acepta el criterio de la sentencia del T. S. de 28 de diciembre de 1944, considerando al seguro donación indirecta. El artículo 1.923 del C. c. italiano adopta también la vía media de distinguir capital y primas pagadas, respecto de acreedores y legitimarios. Defiende también este criterio BENÍTEZ DE LUGO, loc. cit. III, pág. 73, por ser diferentes los principios económicos y jurídicos que los gobiernan.

En contra, RIERA AJISA, loc. cit., págs. 313, 314, 316, 320; critica el criterio de S. T. S. de 28 de diciembre de 1944, y se apoya en el art. 1.415, 2.º, C. c., para considerar sin importancia la cuestión de la procedencia del capital con que se pagan las primas. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, 1955, pág. 490 (A. D. C., 8, 2.º, 1955, pág. 326), entiende no deberán computarse las primas cuando deban considerarse comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales.

Esta última ingeniosa teoría parece chocar con el juego del seguro. El asegurado puede cambiar cuando quiera el beneficiario, reducir el seguro, ejercer el rescate, pedir anticipos, cederlos en garantía, pignorarlos, etc. La donación prevista en el citado art. 1.415, como en los arts. 1.334 y 1.044, no deja tales posibilidades al donante. Tampoco corresponde la pretendida exención de colacionar, a favor del seguro, con el estricto sentido de los arts. 1.042 y 1.043.

(131) En los seguros, como en todos los negocios, hay empresas sanas y prudentes, junto a impacientes especuladores, que buscan la clientela utilizando todos los medios, aun a costa de su estabilidad. La crisis de confianza respecto al seguro de vida, por la continuada y rápida devaluación monetaria, no se salvará creando y defendiendo artificios para esquivar las leyes. Más bien se creará un ambiente enrarecido, que hará presumir el fraude o el juego de azar. Por ello, las Compañías serias procuran no aceptar contratos de seguro sobre la vida, por sumas notoriamente desproporcionadas a la posición económica del estipulante; ASCARELLI, loc. cit., pág. 382; comp. BENÍTEZ DE LUGO, III, pág. 67. Respecto al seguro en caso de muerte sobre la cabeza de un tercero, en Inglaterra se exige que el suscriptor de la póliza, en el momento de firmarla, tenga un interés pecuniario en la vida del asegurado, BENÍTEZ DE LUGO, III, pág. 62.

Todavía ha de mencionarse una última objeción de menos entidad, pero que a primera vista impresiona. El razonamiento utilizado puede resumirse en los siguientes términos. El derecho a la indemnización nace con el daño y se adquiere en el momento de inferirse; si el daño es el morir, nace cuando la persona ya dejó de existir y no puede, por tanto, adquirir nada porque carece de capacidad jurídica; un cadáver no adquiere derechos. Añadiéndose que se adquiere por la herencia el derecho a la indemnización cuando la víctima sobrevive algún tiempo a la herida mortal (132).

El sofisma aquí oculto ha sido denunciado por muchos autores. El daño se produce a la persona que vive; a ella se le *quita* la vida o se le *da* muerte. No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce (133), el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima (134), la muerte sobrevenida manifiesta su carácter y su alcance (ser mortal) (135).

El estudio hecho de los argumentos principales (136), por los que se niega la posibilidad lógica de que el derecho a la indemnización pase a la herencia de la víctima, parece suficiente para convencer de su carencia de carácter decisivo. Quizá convendría completarlo señalando las fallas de la doctrina prevalente en la jurisprudencia francesa e italiana, que después de negar el derecho de los herederos como derechohabientes de la víctima, se lo concede a los familiares de ésta por los perjuicios sufridos por ellos mismos (137).

(132) JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1933, II, § 466, págs. 248-249; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto civile italiano*, 1951, II, § 1.025, pág. 802. También parece pensar así GÓMEZ ORBANEJA, loc. cit., pág. 197; REYES MONTERREAL, loc. cit., pág. 85 (comp., sin embargo, página 98); GIL ESTELLÉS, loc. cit., pág. 43. Otras citas en los autores mencionados en la nota siguiente, núm. 135.

(133) Herida, envenenamiento, empujón al abismo, etc.

(134) En otro caso se estaría en el supuesto del crimen imposible.

(135) En este sentido, se ha dicho que entre el acto que origina el daño indemnizable y la muerte media—racionalmente—un instante, suficiente para la adquisición y transmisión del derecho: BAUDRY, LACANTINERIE, BARDE, *Obligations*, 1908, IV, § 2.884, pág. 586; SAVATIER, II, § 543, pág. 112; MAZEAUD, II, § 1.912, págs. 851-853; MONTEL, págs. 17 sigs. También se utiliza, en favor de la tesis del texto, el principio «momentum mortis vitæ tribuitur»: MONTEL, págs. 29-31; ASCARELLI, pág. 87, nota 87. Pero este argumento carece de valor decisivo, comp. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1952, II, págs. 144-145.

(136) Se ha señalado como un absurdo que el inválido o vagabundo que muere por causa de una imprudencia de un practicante en un hospital público o, por ser arrollado por un auto o por accidente ferroviario, sea heredado en su derecho a la indemnización por el Estado, GÓMEZ ORBANEJA, loc. cit., pág. 197 y allí cit. Tal resultado, sin embargo, no carece de justificación jurídica y equitativa. También heredará el Estado el importe del billete de lotería (regalado) que resultara premiado después de su muerte. El sentir popular rechaza que quien mata al desvalido sin familia sea liberado de la responsabilidad civil. El Estado, en el caso citado, es quien le cuidó en el hospital y el que sostiene éste y otras instituciones en favor de los desvalidos.

(137) Además de los autores antes citados: MESSINEO, loc. cit., § 171, 5, VI, págs. 14 y 15; BRASIELLO (*Commentario*, D'AMELIO, FINZI), *Obbligazioni*, III, pág. 235.

Posiblemente bastarán unas rápidas observaciones para apreciar su inadecuación sistemática y sus dificultades prácticas.

La doctrina dominante en Francia e Italia no se ha atrevido, por una u otras razones, al abandono de la concepción romanista, que niega la indemnización por el daño al cuerpo y a la vida de la persona. De otro lado se ha querido atender a las exigencias de la equidad, reparando los perjuicios sufridos por los familiares de la víctima, lo que se hace incrustando este supuesto dentro de la doctrina general y tradicional del daño, como una consecuencia normal de sus principios.

Intento fallido de coordinación sistemática. Se parte de que el bien dañado es el derecho o interés de cada familiar (derecho de alimentos, cuidados, etc.), que el perjuicio sufrido es su pérdida o disminución. Si esto resulta directamente de los principios de la indemnización por daños será necesario concluir lo mismo en todos los supuestos iguales y no sólo en el de la muerte de la víctima. Un daño en el cuerpo o en una cosa, producido por descuido, impondrá una serie indefinida de obligaciones por todo perjuicio producido indirectamente en un derecho o interés de cualquier otra persona (137 bis). Por lo que, no admitido tal resultado en este caso (como es natural), no se justifica tampoco en el de la muerte (138). Además, se olvida que la doctrina general de la indemnización exige centrar la consideración del daño en la víctima o víctimas (139).

No debe olvidarse tampoco que la teoría del derecho por título propio lleva a resultados injustos y repugnantes al sentido común. Con motivo se ha calificado de resultado chocante que, si una persona es matada dejando sólo parientes lejanos, el autor no deberá indemnización alguna, y si, al contrario, sólo lo lisa, incapacitándolo para trabajar, deberá abonarle una renta importante (140). Es, se añade, dar una prima a los imprudentes y homicidas que peguen más fuerte, pues si su víctima muere inmediatamente hacen así des-

(137 bis) Ya se había advertido que si la ley se entiende en «el sentido que la obligación de resarcimiento surja de cualquier lesión del interés ajeno, sin que sea necesaria la violación del derecho, no sólo se olvidaría la tradición romana, sino se chocaría contra las exigencias de la convivencia social», BRUNETTI, *Il delitto civile*, 1906, § 8, pág. 17.

(138) En el Derecho español hay una base legal (art. 114 C. P.) y una justificación intrínseca («por razón de delito»). En los Derechos austriaco, portugués, alemán, suizo, brasileño, etc., existen también disposiciones especiales.

(139) El significado del acto dañoso se determina teniendo en cuenta todos sus elementos. La intención o porqué del acto (dolo, culpa, negligencia) se califica con referencia a la víctima o víctimas. El asesinato de A para que no sobreviva a B y herede C; porque A deja sus bienes a una fundación y los bienes de B (si no es heredado por A) pasarán a los herederos abintestato de B; es asesinado A para que no se case con B (la fortuna de A la espera el hermano), para que no teste en favor de B, etc. No habrá tercero dañado, sino varias víctimas.

(140) DEMOGUE, *Obligations*, IV, § 536, pág. 209.

aparecer la acción de los herederos (141). Respecto a la víctima, significa una injustificada desconsideración; no se atiende a su voluntad manifestada en testamento y se le imponen arbitrariamente unos beneficiarios a los que ni siquiera amparan las reglas de la sucesión legítima. En fin, resulta excesiva para el causante del daño, que culpable de un mero descuido habrá de cargar indefinidamente con todas las obligaciones que tuviera la víctima (141 bis).

El sistema criticado tiene, por último, el defecto de que impide la fijeza y la rápida determinación del importe del daño: posible pluralidad de beneficiarios, que puede siempre verse aumentada; variedad de indemnizaciones respecto a cada uno; acumulación de la responsabilidad contractual (a favor de la herencia), y de la responsabilidad extracontractual (a favor de parientes y terceros). Así se dificulta la deseable coordinación de la responsabilidad civil con las disposiciones sobre el seguro por riesgo, que incluyen normalmente la indemnización por culpa o negligencia (142).

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Este estudio se ha querido centrar alrededor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las consideraciones antes hechas, a pesar de su mayor extensión, se pretende le sirvan de preliminar; como datos útiles para apreciar debidamente esa jurisprudencia, su originalidad y acierto, su adecuación a las necesidades prácticas; para distinguir la médula del fallo, la doctrina real de las disquisiciones, de los considerandos accidentales, circunstanciales o de adorno.

En la exposición que sigue, se distribuyen las sentencias examinadas conforme a las diversas cuestiones resueltas, lo que impone algunas repeticiones y mencionar más de una vez la misma sentencia.

1. La valoración del daño.

No parece que el Tribunal Supremo haya considerado nunca dificultad grave la valoración del daño causado a la persona a la que se priva de su vida. En las sentencias más antiguas se hace tal evaluación de modo natural y sin pararse a dar ninguna especial justificación.

La sentencia de 14 de diciembre de 1894 se ocupaba de la siguiente situación de hecho. Un dependiente del frontón Jai-Alai muere de una caída desde el muro de la fachada del frontón, al colocar unos banderines, según se acostumbraba siempre, antes de comenzar los partidos de pelota. Se estimó probada la culpa y la omisión

(141) MAZEAUD, II, § 1.912, pág. 853.

(141 bis) Resulta especialmente gravosa, según la teoría de los que admiten los derechos de los herederos junto al de los familiares o terceros; especialmente cuando se hace responsable (p. ej., al transportista de viajeros) por culpa contractual y extracontractual (por culpa propia o de sus dependientes).

(142) Se exceptúa el dolo y la culpa lata asimilada al dolo.

del requerido cuidado, por parte de los dueños del juego de pelota, por no reunir el muro las condiciones debidas de seguridad. La Audiencia condenó al dueño a pagar 5.000 pesetas. En los Motivos solicitando la casación se alega que la sentencia recurrida no dice «en cuánto aprecia la vida de Santa María (la víctima) ni si concede a los demandantes (viuda e hijo) algo por precio de afectación o por vía de perjuicio». El Tribunal Supremo deniega el recurso diciendo que el daño se «debe declarar como todos en cada pleito, en relación con el perjuicio particular de las personas que reclaman».

En la sentencia de 15 de enero de 1902 se trata de un viajante de comercio, que muere en un accidente de ferrocarril y se había declarado culpable a la Compañía de ferrocarriles, por no estar la vía en buenas condiciones. En los Motivos se alega que la sentencia de la Audiencia no se atiende a los daños causados y que, por el contrario, mejora la situación económica de la madre demandante, al concederle una indemnización de 35.000 pesetas. El Tribunal Supremo dice no haber motivo de casación, aunque la indemnización fuese excesiva, porque fijar la indemnización (arts. 1.902 y 1.106 del Código civil) corresponde «a la apreciación discrecional de los Tribunales de Instancia».

Parece que la valoración de esta clase de perjuicios se puso en cuestión, y se argumentó sobre ella, a la vez que se planteaba la de la valoración de los perjuicios morales. La importantísima sentencia de 6 de diciembre de 1912 decide afirmativamente los dos problemas claves. La competencia de la judicatura para decidir sobre la existencia de tales perjuicios: «Al someter el daño causado a compensación pecuniaria no confunde (la Sala sentenciadora), como se supone (por el recurrente), atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo», porque no se dan disposiciones abstractas o generales, sino que «valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de Justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones». La posibilidad de valorarlos: mediante «la indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales» (143).

En algunas sentencias posteriores se admite la valoración de los perjuicios sin creer necesario justificar expresamente la posibilidad de hacerlo. En el caso de un marinero que muere en un naufragio, ocurrido por culpa o negligencia al hacerse la estiba sin las debidas precauciones, concede la Audiencia una indemnización de 5.000

(143) Implícitamente se responde también a otra cuestión planteada por los autores; la de la posibilidad de reclamar el capital por el que se había asegurado la vida de la víctima, después de haber abonado la indemnización por daños; se puede pedir aquel pago (al darse el riesgo contra el que se ha asegurado), porque la indemnización será siempre (por definición) insuficiente.

pesetas, lo que confirma el Tribunal Supremo (sentencia 16 octubre 1914). De modo semejante se decide sobre la muerte de un empleado de Consumos, ocasionada por la imprudencia de un chofer, en que se condena (subsidiariamente al dueño del coche) al pago de 24.272 pesetas (sentencia 17 diciembre 1914) (144).

De nuevo, y ahora directamente, se planteó y se decide sobre la posibilidad de la valoración del perjuicio por pérdida de la vida en la importante sentencia de 10 de julio de 1928. Se trataba de la muerte de una niña de nueve años, a causa de su atropello por un automóvil; el demandante pide, y le concedió la Audiencia, una indemnización de 10.000 pesetas. El Tribunal Supremo dice: «no existiendo términos hábiles para demostrar «a priori» el *valor de la vida* de la niña Pilar Pascual, porque tratándose de una niña de nueve años su facultad productiva no había llegado a ponerse en acto, su valoración pecuniaria no puede descansar en el resultado de la prueba objetiva»; y sigue diciendo que conforme a la sentencia de 6 de diciembre de 1912, inspirada en los principios de Derecho y en la legislación de Las Partidas, «a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde fijar el importe de la oportuna indemnización de modo prudencial, atendiendo a las *circunstancias de la ofendida, su edad y posición social*, declaración que también se hizo por el juzgador y sancionó la sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1928, y como esta valoración es una cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia...» (145).

La doctrina de esta sentencia es aceptada y respetada generalmente, siendo bastantes las sentencias en las que se impone la indemnización sin plantearse recurso en contra (146). Sin embargo, años después, todavía se habrá de insistir y distinguir. El artículo 1.106 del Código civil, se dice, es aplicable a los daños y perjuicios «cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible», «hay otros casos en que esa apreciación material es de todo punto imposible, como sucede *cuando de la vida y del honor se trata*, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala que, en estos casos, corresponde al Tribunal sentenciador fijar, de modo prudencial, el importe de aquéllos atendiendo a las circunstancias» (147). «La valoración de los daños patrimoniales, como son los provenientes de *pérdida de la vida*, que no descansan en el resultado de una prueba objetiva ni *puede reducirse a las le-*

(144) El demandante calculó los perjuicios conforme a las tablas de probabilidad de vida de las Compañías de seguros: jornal de 3,50 diarias durante diecinueve años.

(145) La S. T. S. 24 febrero mencionada decide en favor de la sentencia del Juzgado (revocando la de la Audiencia) que impone indemnización de perjuicios, pero el T. S., en los considerandos de su sentencia, no dice nada sobre la valoración y prueba de los perjuicios (muerte por descarga eléctrica).

(146) S. T. S. 17 junio, 13, 20 noviembre 1930; 2, 18 enero, 13 junio, 3 diciembre 1932.

(147) S. T. S. 17 mayo 1934.

yes materiales de causalidad, tiene resuelto la jurisprudencia que corresponde fijar su cuantía al juzgador, prudencialmente, *según las circunstancias y conforme a las exigencias de la equidad*» (148). «No cabe cohonestar tal omisión (fijar la indemnización) a pretexto que justificada la existencia y realidad del daño irrogado no lo está la cuantía con la debida precisión, porque *existe siempre la obligación de reparar el daño causado* sin limitaciones que no autoriza el artículo 1.902, concorde con el 1.106, es llano que si la fijación económica de los perjuicios no es posible practicarla siguiendo los medios usuales—y así acontece cuando se trata de compensar daños morales o que *afecten a la pérdida de la vida o integridad corporal*—ha de obrarse por el juzgador, de modo discrecional, sin sujeción a prueba de tipo objetivo y en atención *tan sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto*» (149).

La doctrina del Tribunal Supremo no se ha dejado llevar nunca por el prejuicio romanista, amparado en la frase *liberum corpus aestimationem non recipit*, y claramente proclama que se puede y debe estimar el perjuicio causado a una persona al privarle de la vida. La dificultad de apreciar su cuantía la ha resuelto—como hace también respecto a los perjuicios morales—entregando su determinación a la prudencia judicial y advirtiendo que deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso. Estas, en la práctica judicial, parece que principalmente son: la conducta del culpable, ya que la misma ley diferencia el alcance de su responsabilidad según sea dolosa o negligente (arts. 1.103, 1.107 del Código civil, 114 del Código penal) (150); la situación personal y económica del agraviado y del ofensor (151).

La cuestión hasta ahora tratada implica necesariamente otra: ¿Qué se valora, dónde y quién ha sufrido el perjuicio que se in-

(148) S. T. S. 2 febrero 1940.

(149) S. T. S. 2 diciembre 1946 (lesiones); también S. T. S. 17 febrero 1956. En el mismo sentido las sentencias de la Sala de lo penal del T. S. 30 noviembre 1932, 28 octubre 1944 y 9 enero 1945.

(150) Parece que también se tendrá en cuenta, en los supuestos del artículo 1.903 C. c. y 20, 22 C. P., si hubo culpa o negligencia propia o si es estricta responsabilidad subsidiaria.

(151) Consideración equitativa que no ha sido nunca extraña a la valoración de los daños; comp., § 829, B. G. B. En general, los Tribunales conceden la indemnización que se demanda, al no exagerarse su cuantía, y los abogados, por carecer de apoyo legal para fijarla, utilizan como guía las cifras más bien mezquinas de la Ley de accidentes y del seguro obligatorio de viajeros. Quizá, cuando se conozcan mejor las indicadas en los Convenios internacionales, se utilizarán para elevar la tasación de los perjuicios. Posiblemente convendría señalar legalmente cantidades tipos, máximo y mínimo.

En la valoración se ha dicho que, si se atiende a los daños materiales y morales, ello no significa que «se indemnice doblemente», sino que «se concede por un hecho único una doble indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral o en ambas conjuntamente, si a las dos alcanza la perturbación indemnizable», S. T. S. 9 diciembre 1949. De este modo se ha completado la evolución de la doctrina, desde la S. de 6 diciembre 1912, y se ha superado la fórmula inexacta mantenida aún en S. 10 julio 1928.

demniza? No se plantea, sin embargo, en las sentencias examinadas en este apartado; parece que aceptan todas como supuesto indudable que la vida es un bien cuya pérdida es un perjuicio que siempre ha de indemnizarse. De aquí que en ellas la cuestión de la valoración se haya limitado a la vida de la víctima y no se tenga en cuenta el perjuicio que se haya podido producir, con ocasión de la muerte, en el patrimonio de otras personas (152).

2. La prueba del daño.

a) *El perjuicio inferido a la víctima.*—De las dos causas de perjuicio consideradas por el artículo 104 del Código penal, la mayor parte de la jurisprudencia sobre indemnización por causa de muerte se ocupa de los perjuicios sufridos por la misma víctima. En dichas sentencias se trata de la valoración, pero no de la prueba del daño, pues se admite como postulado que la privación de la vida es siempre un daño (153) con necesaria repercusión o valoración pecuniaria (154). La prueba resulta superflua, porque está comprendida en la del homicidio, hecho-causa del derecho a la indemnización. En conclusión, se considera «la muerte un perjuicio de indiscutible afirmación por sus efectos directos, totales e irreparables para la víctima» y que «el hecho de la muerte, por sí solo, es el que originó y da nacimiento al ejercicio del derecho» (155).

b) *El perjuicio inferido a la familia o a un tercero.*—En la mayoría de las sentencias, como en las demandas sobre las que aquéllas deciden, no se precisa la personalidad con la que se pide la indemnización. Se trata, en general, de hijos, cónyuges supervivientes o padres; personas en las que coinciden la condición de sucesores de la víctima y la de posibles actores por derecho propio como familiares perjudicados (155 bis). Por ello, el estudio de este apartado se concretará a la jurisprudencia en que se haya abordado la cuestión de la prueba del perjuicio sufrido por un pariente como tal y no como heredero de la víctima.

(152) Se ha tratado sólo del daño inferido a la víctima (pérdida de su vida) por ser el único que ofrecía dificultad. El perjuicio (pecuniario) sufrido por la familia o un tercero se valorará según las reglas generales de la indemnización (art. 1.106 C. c.).

La jurisprudencia no se plantea directamente la posibilidad de indemnizar a la familia o al tercero por el dolor sufrido («pecunia doloris») y, por tanto, tampoco se ocupa de su valoración.

(153) La S. T. S. 16 febrero 1956 considera «el daño moral constituido por el dolor psico-físico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que aunque compensable también crematísticamente—«pecunia doloris»—en la forma prudencial en que puede serlo».

(154) S. T. S. 10 julio 1928 («no es admisible» «dejar de valorar pecuniariamente esos daños y perjuicios materiales»). En el sentido indicado: S. T. S. 16 octubre y 17 diciembre 1914, 31 mayo 1932, 19 mayo 1934, 2 febrero 1940, 24 diciembre 1941, 2 diciembre 1946.

(155) Sala de lo penal, S. T. S. 4 marzo 1944.

(155 bis) No se conoce ni un caso en que se demande la indemnización por un tercero o un pariente que no sea heredero forzoso.

En la sentencia fundamental de 19 de febrero de 1902 hubo de resolverse sobre el siguiente caso: Una mujer de más de cincuenta años fué atropellada por un tranvía en condiciones que acreditaban la culpabilidad del conductor; el hijo demanda a la Compañía de tranvías como responsable subsidiaria, por haberle «privado de ser tan querido y de lo que en su metódica vida habría economizado». La Audiencia condenó a la Compañía al pago de 70.000 pesetas de indemnización. Se pidió la casación por infracción del artículo 1.214 del Código civil, al haberse concedido la indemnización sin que se probaran los perjuicios. El Tribunal Supremo dió lugar a la casación considerando que «el hecho de los perjuicios tiene que acreditarse y fundarse en circunstancias especiales derivadas de las relaciones existentes entre la víctima y quien los reclama, o sea, en las consecuencias que para los intereses de éste haya producido la muerte de aquélla, por no ser suficiente ésta por sí sola para darlos por supuestos y determinarlos caprichosamente». Entiende que incumbía al demandante la prueba dicha y que no habiéndola aportado no pudo la Sala «hacer estimación alguna, ya que no basta la mera existencia para suponerlos cuando podía suponer que fuese el hijo quien ayudase a la manutención de su madre, como el mismo recurrente (debe decir recurrido) indicó en una declaración prestada durante el sumario, según aparece del apuntamiento».

La sentencia del mismo Alto Tribunal, de 8 de abril de 1936, ha confirmado expresamente la misma doctrina. Tres personas, vecinos de New York, murieron a consecuencia de un choque de trenes, considerado culposo, por lo que se demandan 300.000 pesetas a la Compañía M. Z. A. La Audiencia condena a la Compañía rebajando el importe de la indemnización. Se interpone recurso de casación por infracción de la doctrina siguiente: que los demandantes, en todo caso, están obligados a probar los perjuicios reclamados, como lo afirma la sentencia de 19 de febrero de 1902, en la que se declara «que si el hijo no vivía de lo que su madre ganaba no puede tener indemnización por la muerte de ésta.» El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, considerando «que para que la indemnización de perjuicios pueda darse precisa la realidad probada de ellos con relación al reclamante, según sentencia, entre otras de esta Sala, de 19 de febrero de 1902, donde se establece que si al peticionario no se le irrogan con motivo del fallecimiento de su causante, es improcedente que obtenga indemnización por este concepto».

La doctrina formulada en estas dos sentencias es una mera aplicación de la general sobre indemnización, al caso de los pretendidos perjuicios causados a un pariente u otra persona por la muerte de alguien (homicidio). Siempre se ha requerido la prueba cumplida del daño o perjuicio. No bastando para pedir la indemnización con

(155 ter) En J. C. 224 (1938), págs. 92-93, se cita equivocadamente la fecha de 29 febrero 1902.

alegar la realización del acto culpable si a consecuencia del mismo no se han inferido aquéllos (156). Incumbe al actor la demostración plena de que el acto u omisión fueron precisamente los generadores del daño (157) y también la del alcance y extensión de tales perjuicios (158).

Esta doctrina, aplicada estrictamente, puede llevar a consecuencias prácticas injustas, pues, como ya se ha señalado, es frecuente que los Abogados redacten las demandas de los pariente herederos forzosos (en general, acogidas al beneficio de pobreza), alegando sólo su condición de pariente o sin que hayan obtenido a su favor la previa declaración de herederos. Suceden en los derechos de la víctima, pero actúan *iure proprio* y sin probar el perjuicio sufrido. La loable tendencia del Tribunal Supremo de resolver las cuestiones con arreglo a la justicia intrínseca, y el agobio de justificar perentoriamente el fallo, ha originado una importante desviación doctrinal en esta materia.

Una viuda declarada pobre reclama a la Compañía «Tranways et Electricité», de Bilbao, como responsable subsidiaria, la cantidad de 40.000 pesetas, por muerte de su hija, ocasionada por accidente culpable, cuando, como cocinera de unos señores, iba de compras en un vehículo de dicha Compañía. La Audiencia condena a ésta al pago de la suma de 30.000 pesetas. Se formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, que la madre de la finada no vivía en su compañía ni dependía de ella económicamente, como se había acreditado documentalmente, ya que habitaba en compañía de su hijo, de su esposa y de los hijos de ambos. El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de abril de 1953, no dió lugar al recurso.

«Considerando que, siendo uno de los principales fundamentos de la sociedad paterno-filial la limitación humana, de la que es consecuencia que al no poder ninguna persona, unas veces por su edad u otras causas, satisfacer y remediar siempre con sus propios medios todas sus necesidades, se vean obligados a auxiliarse entre sí padres e hijos, obligación moral que se convierte en jurídica, originando un derecho cuando alguno de ellos, por encontrarse en esas circunstancias, se ve forzado a reclamar ante los Tribunales, con el nombre genérico de alimentos, la ayuda material correspondiente; por lo que resulta indudable que, salvo casos excepcionales que exigen prueba en contrario, la muerte de un hijo ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esa causa el auxilio que les prestaba o podía prestarle más ade-

(156) S. T. S. 10 noviembre 1905, 13 noviembre 1916, 15 febrero 1924, 21 octubre 1925, 21 enero 1928, 13 febrero 1929.

(157) S. T. S. 21 noviembre 1928.

(158) S. T. S. 26 mayo 1943. Lo que se puede es dejar para ejecución de sentencia la justificación de la cantidad a que asciendan los daños y perjuicios, ya de antemano reconocidos y afirmados: S. T. S. 3 febrero 1928, 8 noviembre 1929 (la cuantía, no el perjuicio), 8 julio 1930, 10 octubre 1930, 31 diciembre 1932, 29 diciembre 1939.

lante, en caso necesario, naciendo de este evidente perjuicio el indiscutible derecho que les asiste cuando su muerte se ha ocasionado por culpa o negligencia de otra persona para exigirla, o a quien deba hacerlo por ella, la indemnización procedente, sin que al estimarse así en la sentencia recurrida se hayan infringido los antes mencionados artículos 1.902 y 1.903 del Código civil; y no está contradicha esta doctrina en las sentencias de 19 de febrero de 1902 y 11 de marzo de 1899, que cita la parte recurrente también como infringidas en el sexto motivo siendo, en el caso que resolvió la primera de ellas el demandante que solicitaba la indemnización de perjuicios un hijo que, lejos de recibir ayuda económica, manifestó en la declaración prestada en el sumario que, por muerte de su madre, se instruyó que era él quien le ayudaba a su manutención y no guardando relación alguna con lo debatido en esta litis la segunda sentencia de 11 de marzo de 1899, que se refiere a daños de otra naturaleza.»

Esta sentencia podrá admirarse por su retórica suasoria, y ciertamente debe elogiarse por conceder a la madre (heredera de la víctima) la indemnización que se le discutía. En cambio, no cabe aceptar sus razonamientos jurídicos.

No se puede reducir la cuestión al caso del vínculo paterno-filial. Es, además, contrario a los principios de la indemnización por daños afirmar que sea un evidente perjuicio la pérdida de una esperanza a un eventual, indeterminado y abstracto auxilio.

Pero, sobre todo, sorprende la afirmación de que la muerte del hijo supone siempre un perjuicio (económico) del padre, salvo casos excepcionales y que requieren prueba en contrario.

Es básica en Derecho la regla «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento» (art. 1.214 del Código civil); de la que se deduce que la prueba de padecer el daño o perjuicio también incumbe a quien afirma sufrirlo (159), y que al demandante corresponde la prueba de los hechos constitutivos (160).

No se puede tampoco pensar que se trate de una presunción legal (art. 1.250 del Código civil), ya que ésta requiere necesariamente su clara expresión en la Ley, y no puede, a su vez, presumirse (161).

En fin, no puede admitirse aquí ni siquiera una «presumptio factis». Esta la ha aceptado la ley (arts. 1.249, 1.253 del Código civil) como medio de «averiguar la verdad» (162), no como ar-

(159) Desde S. T. S. 13 octubre 1890, siempre repetido.

(160) Desde S. T. S. 7 noviembre 1940.

(161) A. cambiar la regla normal de la carga de la prueba se impone legalmente la carga a otra persona; por ello, la antigua doctrina enumeraba taxativamente los casos. GARCÍA GOYENA, III, pág. 243, exige una disposición especial para establecer tal presunción. Después del Código, se mantiene lo mismo, apoyándose en el art. 1.090 C. c. No está permitido «presumir» ni crear arbitrariamente presunciones legales. S. T. S. 16 marzo 1923 dice que el art. 1.250 C. c. no alcanza casos o extremos no incluidos en las repetidas presunciones.

(162) S. T. S. 27 noviembre 1925.

tilugio para imponer como reales las meras posibilidades o probabilidades. El enlace que «debe existir entre el hecho demostrado y el que se deduce tiene que ser de tal conexión y congruencia, que la realidad del primero traiga como consecuencia necesaria e ineludible la del segundo, por ser la relación de ambos coincidente y sin poder aplicarse a otras circunstancias» (163). La prueba de presunciones no es admisible «más que cuando el hecho que se deduce, está completamente acreditado y entre éste y el que se infiere, o sea, el hecho que por ella se quiere tener por demostrado, existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano o del pensar lógico», y no se dará cuando «se estima demostrado o probado por presunción» algo, por ser «hechos que ni aislada ni conjuntamente pueden reputarse concluyentes e inequívocamente excluyentes de toda otra consecuencia perfectamente lógica, distinta de la efectuada en la resolución discutida» (164).

La sentencia comentada pone de realce que hay claros motivos para evitar cualquier veleidad favorable a tal presunción. La sociedad paterno-filial considerada como fuente de auxilios mutuos eventuales supone la posibilidad de mutua petición de amparo, «grosso modo» de un 50 por 100 de cada una; esto es: que respectivamente será de ayuda y de carga; a lo que se añade que ordinariamente no ocurre tal necesidad después de comenzar la vida independiente del hijo; parece, pues, que más que de una probabilidad de daño—por tal concepto—habrá una relativa posibilidad (165). No parece que jurídicamente, ni en sentido vulgar, pueda asentarse sobre base tan estrecha alguna clase de presunción (166).

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1956 ha tratado de una situación parecida. Una labrador gallego (por sí y por su mujer) reclama 50.000 pesetas al propietario de un balandro (como responsable subsidiario del patrón) que hacía el recorrido desde Santa Cristina de Cobres al muelle de Vigo, con carga de pasajeros, porque a causa del amontonamiento

(163) S. T. S. 5 marzo 1931.

(164) S. T. S. 21 diciembre 1955.

(165) En la jurisprudencia francesa se ha tenido en cuenta el ahorro que significa en ciertos casos para el pariente. La sentencia estudiada muestra también otro elemento a considerar: la liberación de la posible obligación de auxilio, que parece que compensa a la pérdida de la «chance» de estar en situación de pedirlos.

(166) Todavía ha de considerarse que en el pleito no se afirmó ni se intentó probar la presunción, ni como legal ni como de hecho. La interpretación dada en el citado considerando a la S. 19 febrero 1902 parece precipitada. En ella se dice, dubitativamente, «cuando podía suceder que fuese el hijo quien ayudase a la manutención de la madre», refiriéndose, a mayor abundamiento, a una manifestación incidental de aquí en el sumario penal. En cambio, no tiene en cuenta que también en el caso de autos se afirmó—sin que se negare por la parte contraria—que la madre vivía con el hijo y que se dedicaba a la venta de hortalizas al por menor, trabajo por el que obtenía una buena remuneración. En la S. de 27 abril 1953 se trataba, en cambio, de una hija cocinera, que vivía con independencia de la madre.

to de los pasajeros, de llevar la carga suelta y del apresuramiento desordenado de los viajeros para desembarcar, escoró el barco, su hija de quince años fué lanzada al mar, empujada por los haces de leña de la carga que se desmoronaron, muriendo ahogada (como también el patrón del barco y otra pasajera). Estimada la culpa del patrón fallecido, fué condenado el dueño del barco a pagar la indemnización a los padres de la víctima, como herederos abintestato. Se interpuso recurso de casación, entre otros motivos, por no haberse hecho la previa declaración de herederos; la Sala de lo Civil rechaza este motivo, por considerar que los padres son también perjudicados y ofendidos, ya que «en los hechos y fundamentos de Derecho se señalan como factores para la determinación del daño reclamado no sólo el perjuicio moral de la pérdida de la hija, sino también las circunstancias de la convivencia de la hija con sus padres y la ayuda que les prestaba en el hogar y fuera de él, concurriendo al mercado de Vigo para la venta de productos del campo, con cuyo tráfico auxiliaba a aquéllos.»

De este modo se ha dictado otra sentencia «equitativa». Se dan de lado las reglas de la prueba. En la demanda se afirma al desgaire que los padres «habían sufrido, además del enorme perjuicio moral que supone la pérdida de un hijo, el material también cuantioso, porque la infortunada María prestaba a sus padres una verdadera ayuda, tanto en el hogar como fuera de él, como demostraba el hecho de que cuando falleció iba a Vigo a vender productos del campo y llevar a sus padres algún dinero para ayuda de los gastos familiares». Nada más. No se ofreció y no se practicó prueba sobre tales afirmaciones; ni, naturalmente, sobre las relaciones y circunstancias de la familia, vida independiente de la hija, continuidad de la supuesta ayuda, gastos que la hija originase, etc. (167).

No puede ocultarse que las sentencias referidas son incorrectas externamente y que sus considerandos contrarían los principios sobre la prueba y la indemnización de perjuicios. Pero debe decirse también, en su honor, que los fallos son intrínsecamente justos. Se rechazan los recursos que pretenden despojar a los padres de su derecho a la indemnización (que les corresponde como herederos forzosos de la víctima), y se afirma su derecho, aunque se les atribuya (indebidamente) por otro título, por el de personas directa y concretamente perjudicadas (168).

(167) Se observará que no se utiliza el atrevido argumento de la presunción legal, de la S. T. S. 27 abril 1953 (que, por cierto, ni siquiera se menciona, entre las muchas allí recogidas); pero, en verdad, se ha presumido el perjuicio, con la misma carencia de fundamento.

(168) Lo que podría originar, después, dificultades y hasta injusticias graves; pero ese peligro parece poco probable en los casos resueltos.

3. *La transmisión del derecho a la indemnización, en favor de los herederos de la víctima.*

a) *Objeciones a la transmisibilidad del derecho.* — Hasta el año 1930 la jurisprudencia admite sin dudas que el Código penal (artículo 105) y las disposiciones del civil (arts. 659, 661) coinciden en decir que el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos se transmiten a los herederos del agraviado. Una sentencia de dicho año ha entendido que ello no es posible en el caso de homicidio, y en otras dos posteriores se pone en duda la solución. Convendrá, para valorar su alcance, estudiar primero la ocasión y porqué de tales sentencias y, después, compararlas con la masa general de la jurisprudencia, que sigue criterio distinto, para, en fin, apreciar si expresan la doctrina jurisprudencial generalmente admitida o si han de considerarse desviaciones de ella.

Se dedujo demanda, estableciendo como hechos la muerte por atropello de automóvil de una persona, por culpa del conductor de un camión, de la que resulta responsable subsidiariamente (como dueña del coche) la compañía anónima «Alsina Gruells»; se pide una indemnización de cerca de 25.000 pesetas a favor de la viuda y de sus cuatro hijos. La Audiencia condenó al conductor, y subsidiariamente a la mencionada compañía, al pago de 10.000 pesetas, en concepto de indemnización por la muerte de dicha persona. En el recurso de casación interpuesto se alega como segundo motivo, que para accionar había que hacerlo adoptando uno de estos dos caminos: como herederos de la víctima, en cuyo caso había que acreditar este carácter con el testamento o con auto de declaración de herederos, o por su propio derecho, por ser mujer e hijos de la víctima, y entonces había de demostrar que lo eran, cosa que no se había hecho, porque los documentos presentados no fueron objeto de cotejo, condición «sine qua non» exigida por el artículo 1.220 del Código civil para que tenga fuerza probatoria. Frente a este dilema, el Tribunal Supremo, en 20 de diciembre de 1930, rechaza primero la infracción del artículo 1.220, pues la diligencia de cotejo sólo se exige en caso de impugnación expresa de la copia del documento público. Después, para corroborar la falta de aportación del auto de declaración de herederos, dice: «el derecho a la indemnización pretendida por los recurridos no provenía de su difunto padre, sino que les pertenecía por su carácter de mujer e hijos del atropellado, ya que éste, al fallecer instantáneamente en la tarde del día 14 de junio de 1925 por consecuencia de haber sido atropellado por el auto-camión, no llegó a poseer ni por un instante el derecho a ser indemnizado, que se supone transmitió a sus descendientes, sino que por ese acto nació para éstos la acción de indemnización» (169).

(169) En esta misma dirección parece estar la S. T. S. 8 abril 1936, en la que se niega la indemnización pedida (300.000 pesetas) por el administrador y el albacea, respectivamente, de tres súbditos de los Estados Unidos; censura que le baste al juzgador para pronunciar su condena con sustentar la tesis

Cuestión semejante a la anterior resuelve la sentencia de 8 de enero de 1946. Un carrero, al intentar pasar su carro un paso a nivel, fué alcanzado por el tren del pescado que ascendía hacia Madrid, sufriendo lesiones que le causaron la muerte. Se pide a la Compañía de Ferrocarriles M. Z. A. la indemnización de pesetas 20.000 por dicha muerte; manifestándose por otrosí que, por separado, se tramitaría el expediente para obtener la declaración de herederos abintestato de la víctima, en favor de las demandantes (viuda y madre, respectivamente). Estimando probada la responsabilidad de la Compañía, se le condenó en primera instancia a indemnizar a la viuda y madre del siniestrado, por su propio derecho y como herederas únicas y abintestato del mismo. Apelada esta sentencia, fué revocada por la Audiencia, que absolvió a la Compañía. Interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo, éste da lugar a la casación. En el primer considerando se alude a la condición de herederas de las demandantes y a los daños sufridos por ellas con la muerte del atropellado, sin distinguir más. En la segunda sentencia se responde a una alegación del recurrido hecha en el pleito: la de no haberse presentado, en tiempo oportuno (no se acompañan a la demanda), los documentos acreditativos del carácter con el que los actores accionaban (declaración de herederos). Diciendo el juzgador que «esa obligación como el derecho correspondiente de los demandantes nacieron a su favor de la omisión culpable productora del daño sufrido como madre y mujer, respectivamente... por aplicación al caso de los preceptos contenidos en los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 del Código civil, *sin que el título de ese derecho sea la sucesión del interfecto, sino la propia ley, por lo que para hacer efectiva la obligación correspondiente fuese preciso acreditar el carácter de herederas de aquél (lo que sin necesidad hicieron), ni presentar documento alguno con la demanda*». En el fallo, ello no obstante, se les vuelve a calificar de «herederas únicas y universales abintestato del mismo».

La antes citada sentencia de 17 de febrero de 1956 (170) también estudia, y ampliamente, el problema. El demandante pide la indemnización, «que el demandado debía satisfacer a la sociedad de gananciales (sic), formada por el demandante y su es-

que no ampara nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que sostiene que el derecho a exigir indemnización de perjuicios es de índole patrimonial, ingresando en el caudal hereditario de la víctima, del que forma parte a los efectos de la transmisión sucesoria»; pero se hace basándose sobre todo en la S. 19 febrero 1902, porque «para que la indemnización de perjuicios pueda darse se precisa la realidad probada de ellos en relación al reclamante» y «en el caso de autos se prescinde de hacer declaraciones a tal fin encaminadas». También hubieran podido tenerse en cuenta otros aspectos; en U. S. A., el Estado no es heredero, sino que recoge los bienes de los que fallecen sin sucesores en virtud del «escheat» («bona vacantia»); hay aplicación de la «lex loci delicti» (española) y del estatuto personal (nacionalidad, domicilio) respecto a la capacidad. Compárese, GOODRICE, *The Conflict of Laws*, 1938, § 161, página 434; RABEL, *The Conflict of Laws*, 1947, II, págs. 261, 278 y sigs.

(170) Entre las notas 166-167.

posa», «que eran los herederos de la víctima, por haber fallecido intestada sin descendientes»; en los mismos autos solicitó la declaración de herederos abintestato. La Audiencia concede la indemnización a los padres, pero no accedió a hacer la declaración de herederos. En el recurso de casación se acusa a la sentencia de instancia de infringir especialmente el artículo 1.214 del Código civil y el artículo 503, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no probarse ni acompañarse a la demanda el documento acreditativo del carácter con el que se acciona; también se tacha de incongruencia, porque, habiéndose pedido la indemnización en concepto de sucesores universales de la víctima, se les concede la indemnización, a pesar de negarse en la sentencia recurrida esta cualidad.

El Tribunal Supremo deniega el recurso arguyendo que por éste «se plantea un tema de interés notorio sobre transmisibilidad a los herederos de la acción de indemnización en caso de muerte de la víctima de un accidente, que en el recurso se reputa indudable y sin distingos para negar al reclamante el derecho que ejercita en la demanda por no haber acreditado su cualidad de heredero de la joven cuya muerte es origen de su reclamación, y si bien es cierto que el artículo 135 del Código penal vigente, como el 106 del de 1932 y el 125 del de 1870, establece que la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite a los herederos del perjudicado, y en aplicación de tales preceptos, las sentencias de la Sala segunda de este Tribunal, de 30 de noviembre de 1932 y 4 de marzo de 1944 (171), que se citan en el recurso, afirman explícitamente que la indemnización por muerte se transmite a los herederos del interfecto; en cambio, en la de esta Sala de 20 de diciembre de 1930 se declaró que, sobrevenida la muerte de la víctima de un accidente, no llegó a poseer ésta ni un momento el derecho a ser indemnizada, de suerte que por este hecho nació una nueva acción a favor de quienes no tienen necesidad de justificar su carácter de herederos, sino el de hijos y cónyuge del difunto (172), y posteriormente, en la de 8 abril de 1936, hubo de proclamar que nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis según la cual el derecho de exigir indemnización de perjuicios en caso de muertes de índole patrimonial, ingresando en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a sus herederos (173), y por ello resulta conveniente para la mejor inteligencia del tema propuesto fijar, aunque sea elementalmente, casos y conceptos, distinguiendo al efecto, con relación al difunto, por una parte, unos perjuicios de carácter patrimonial, como los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias (arts. 840, 902, 903 del expresado Código civil), y cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia,

(171) En nota 181.

(172) Referida antes, nota 160.

(173) Véase nota 169.

impedimento para el trabajo, etc., que dan nacimiento a una acción de indemnización de la de aquéllos a favor de los herederos, desde luego, y la de éstos a favor del causante, pero transmisible a sus derechohabientes: y, por otra, el daño moral constituido por el dolor psico-físico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que aunque compensable también crematísticamente —«pecunia doloris»— en la forma prudencial en que puede serlo, respecto al cual sigue *constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos, sobre todo en el supuesto de muerte instantánea, supuesto ése que, entendido como simultáneo de la lesión, no todos admiten*. Pero al lado de estos principios, y con absoluta independencia de los mismos, surgen, además, los daños de carácter moral, que experimentan también los parientes más allegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizable también en dinero.» Basándose, para conceder la indemnización, en que, a pesar de solicitarse en primer término la declaración de herederos, la petición de condena de la demanda se formula, en dicha súplica, en el doble concepto de «perjudicados, ofendidos y derechohabientes».

La copia literal de estos trozos de unos aún más extensos considerandos puede resultar enfadosa lectura, pero será la mejor prueba de la conmoción sufrida por la doctrina jurisprudencial.

Antes de calibrar sus efectos, conviene atender al motor inmediato del cambio. El juzgador se ha encontrado en el trance de tener que negar al pariente heredero forzoso (viuda, madre, hijos) su derecho a la indemnización, por no acompañar a la demanda el testimonio de la declaración de herederos, hecha en el procedimiento especial correspondiente. Apremiado a resolver, se esquivaba la casación por tal defecto formal, recurriendo a la otra condición del demandante, la de familiar con derecho a que se le indemnizara el perjuicio personalmente sufrido. Lo que fué posible porque el demandante no planteó el verdadero dilema y la parte demandada no advirtió el remedio del defecto procesal acusado.

La disyuntiva tiene este alcance: se pide la indemnización por quien ostenta el doble carácter de heredero y familiar; la demanda del heredero se rechazará por no acreditar debidamente este carácter (art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento civil); pero también la acción «iure proprio» debe resultar ineficaz, porque no se prueba el perjuicio sufrido (art. 1.214, 1.106 del Código civil) (174).

No se ha intentado probar un posible camino, cuidadosamente trazado ya por la jurisprudencia en otros casos. Los hijos y descendientes, los padres y ascendientes, el cónyuge viudo son herederos forzosos (art. 807 del Código civil), cualidad plenamente eficaz desde la aceptación (art. 988 del Código civil), y ésta existe (tácita) por el mero hecho de demandar la indemnización, alegando la condición de heredero (art. 999 del Código civil). No

(174) Sobre la imposibilidad de esquivar este requisito, notas 156-158.

empece tampoco al ejercicio de las acciones propias del heredero forzoso (sin necesidad de la declaración de herederos) la posibilidad de que haya otros herederos, pues en tal supuesto, al estar la herencia en comunidad (arts. 392, 1.058, 1.068 del Código civil), cada partícipe coheredero puede comparecer en autos que afecten a los derechos de la comunidad para ejercerlos y defenderlos (175).

Las tres sentencias especialmente recogidas tienen una evidente finalidad equitativa, y sus considerandos podrían estimarse de mero valor ocasional. Mas se advertirá que los razonamientos utilizados tienen un claro tinte erudito, que se ha dejado de seguir fielmente la antigua doctrina de la jurisprudencia y que se repiten argumentos propios de la concepción romanista.

El cambio, sin embargo, parece haber sido más superficial que profundo. Sólo la sentencia de 20 de diciembre de 1930 ha recogido íntegramente el argumento sofístico de la imposibilidad de transmitirse el derecho de la víctima en caso de muerte instantánea (176). La sentencia de 8 de enero de 1946 afirma la importancia del derecho «ex lege» de la viuda y la madre y niega que el título de su derecho sea la sucesión de la víctima; pero se dice sólo con referencia al pleito entablado, y, conforme a los artículos 104 y 105 del Código penal, las partes pueden actuar con uno u otro título (177). En fin, la muy razonada sentencia de 17 de febrero de 1956 distingue y contrapone el criterio de la Sala de lo Penal, afirmando que la víctima adquiere el derecho a la indemnización, y así se transmite a los herederos, al de las dos sentencias de la Sala de lo Civil, que niegan lo uno y lo otro; mas después de haber centrado cuidadosamente la pregunta clave, se lava las manos y dice que se trata de un problema respecto del cual no todos admiten la sucesión en la acción que compete a la víctima en caso de muerte instantánea.

b) *La doctrina favorable a la transmisibilidad.*—Casi todas las sentencias sobre indemnización por causa de muerte—con las excepciones señaladas—aceptan tácitamente que la víctima del homicidio adquiere el derecho a la indemnización y, por ende, su

(175) S. T. S. 24 octubre 1903, 31 mayo 1904, 4 abril 1921, 18 diciembre 1933, 2 mayo 1953, 13 marzo 1954, 7 junio 1954, 26 mayo 1955.

La Sala de lo social del T. S., 5 diciembre 1955, ha dicho que no puede alegarse la falta de personalidad del demandante, pues «su sola condición de cónyuge viudo le atribuye derechos propios, que no precisa demostrar con el testamento, porque son independientes de la institución, como se deduce de lo dispuesto en el art. 814 del Código civil, y que puede reclamar como propietario, ejercitando las acciones que le correspondieran al causante, bien por pertenencia, bien en beneficio de la universalidad hereditaria».

(176) Sobre este argumento, notas 132-135. En el sentido de la sentencia, también quizás la S. T. S. 8 abril 1936.

(177) De hecho, a pesar de la frase terminante del considerando de la segunda sentencia y del defecto procesal que se intenta soslayar, lo cierto es que se les consideró como herederos, pues sólo por este título se les pudo conceder la indemnización por el destrozo del carro, mulas y atalajes, propiedad de la víctima.

paso a los herederos; pues se basan en la valoración de la vida misma de la víctima; por ello, tampoco requieren prueba del perjuicio sufrido. No es fácil precisar más. Las demandas se redactan ambiguamente, aducíendose la doble condición de pariente y de heredero; ello no obstante, podrían separarse algunos casos, en los que la demanda, la sentencia, o ambas, se refieren especialmente a la condición de heredero (178).

Los supuestos de más interés, aquellos en los que sería decisiva la condición de heredero (disposiciones testamentarias, indignidad para suceder, colación, reserva, partición), no han llegado al Tribunal Supremo (179). Sólo la sentencia de 13 de noviembre de 1930 ha tenido que fallar sobre distribución de la indemnización con arreglo a los distintos títulos hereditarios. Muerto un ambulante de correo en un accidente ferroviario, se condenó a la Compañía M. Z. A., como responsable civil, al pago de 40.000 pesetas a los herederos del interfecto. En el auto de declaración de herederos abintestato se dice que, dejando madre y mujer, a ésta le corresponde en usufructo un tercio de dicha cantidad. La viuda pide que se le entreguen las 40.000 pesetas, pues se trata de una indemnización por el perjuicio que ella y ella sola ha sufrido; ante la sentencia denegatoria, motiva su recurso en que la indemnización no es un bien heredable. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, pues «no cabe, por no haber otro fundamento, conceder a la actora la indemnización en otro concepto que en el de heredera de su difunto esposo» (180).

En fin, como ya se ha indicado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo afirma la posibilidad de la valoración del daño inferido a la víctima del homicidio y la transmisión de esta indemnización a favor de quienes sean o resulten sus herederos (181); doctrina firme (182) y generalmente aplicada (183).

(178) S. T. S. 17 diciembre 1914 (herederos), 24 febrero 1928 (representación legítima de los herederos de la víctima), 10 julio 1928 (firme la declaración de herederos universales en favor de los padres de la víctima), 17 junio 1930 (distingue los supuestos), 19 mayo 1934 (herederos abintestato), 13 noviembre 1934 (causahabientes de la víctima), 1 abril 1935 (heredero abintestato), 22 octubre 1948 (herederos de la víctima).

(179) En la—por otras razones—interesante sentencia de 25 diciembre 1952 se apunta el problema de la renuncia de un derechohabiente y su ineficacia respecto a los demás.

(180) La viuda hubiera podido pedir la indemnización «iure proprio» a la Compañía; pero, aparte de haber debido probar el perjuicio directo y concreto sufrido, había de tenerse en cuenta que ella recibió 10.000 pesetas como donativo de la Compañía ferroviaria. En el recurso también se pide que la indemnización sea considerada bien ganancial (art. 1.426 C. c. y concordantes); naturalmente, sin éxito.

(181) «Pérdida de la vida que en lo posible debe ser objeto de estimación económica y de indemnización a favor de las personas que la voluntad del interfecto o la Ley designen como heredero, transmisibilidad reconocida expresamente por el segundo párrafo de este artículo» (art. 105), S. 30 noviembre 1932. «Al ser la muerte un perjuicio de indiscutible afirmación por sus efectos directos, totales o irreparables para la víctima, es obvio que el derecho a percibir el importe de esta valoración que dicha víctima no pudo hacer

4. Consideraciones finales.

Del anterior repaso de las sentencias del Tribunal Supremo se deduce, como hecho evidente, que la jurisprudencia está (sobre la materia aquí tratada) en un momento decisivo o crucial.

Una masa considerable de resoluciones de la Sala de lo Civil y la doctrina de la Sala de lo Penal estiman que la vida es un bien, cuya pérdida origina un perjuicio valorable, del que debe indemnizarse a la víctima y, a falta de ella, a sus sucesores o derechohabientes. Alguna sentencia de la Sala de lo Civil sigue el criterio contrario. Contradicción que ha señalado de modo solemne la sentencia de 17 de febrero de 1956 (184).

Cada una puede contar en su haber autoridades de peso. De una parte, está la tradición jurídica española. De otra, la concepción romanista y el ejemplo de casi toda la legislación extranjera.

Los datos recogidos y su examen crítico han hecho que aquí se estime—cada vez con menos dudas—preferible la concepción de la vieja doctrina española, que ahora es la seguida por disposiciones de vanguardia en los convenios internacionales. Mas a pesar de tal convicción, este ensayo no pretende ser una mera **defensa** de dicha teoría; llama la atención y solicita la colaboración crítica sobre ella, para que juristas más autorizados midan su valor y respondan a la pregunta que ha dejado abierta la citada sentencia de 17 de febrero de 1956, y cuya respuesta urge dar, para la mejor aplicación del Derecho.

efectiva por sí misma a causa de su propia muerte «ipso facto» y al amparo del art. 107, hoy 105, se transfiere a sus herederos, toda vez que el hecho de la muerte por sí sola es el que originó y dió nacimiento al ejercicio del derecho sucesorio, con total independencia del grado más o menos próximo, aunque el heredero fuera el Estado y cualquiera que sea el motivo o circunstancias que rodearon al fallecimiento del causante», S. 4 marzo 1944. El Tribunal de lo penal «goza de facultades propias para conceder y graduar la indemnización de perjuicios derivados del hecho punible» (muerte), con independencia de lo dispuesto en la Ley de Accidentes del Trabajo; pero si se ha iniciado otra forma de pago, «aceptada por los derechohabientes», no cabe decir subsista la responsabilidad civil, S. 28 noviembre 1944; «regula la indemnización por muerte», conforme a las circunstancias, S. 9 enero 1945.

(182) A lo que lleva el mecanismo de L. E. Cr.

(183) S. T. S. 31 enero 1956, respecto a una Compañía de seguro de accidente por responsabilidad civil (se había condenado al responsable subsidiario de la muerte de un muchacho al pago de 25.000 pesetas a favor de los herederos de la víctima).

(184) El énfasis que pone esta sentencia en la distinción entre la responsabilidad civil por hecho penado y por culpa y negligencia, pudiera hacer pensar en una tercera posibilidad: admitir la transmisión sólo respecto de la primera clase de responsabilidad; no es admisible, ya que la objeción de la S. de 20 de diciembre de 1930 es igualmente válida (o ineficaz) respecto a ambas. Además, los artículos 1.902, 1.903 C. c., por sí solos, no parecen autorizar la demanda de la familia o tercero (art. 104 C. P.) *iure proprio*, por no tratarse de daño inferido directamente y no ser acto doloso (en su origen) (artículos 1.103, 1.105, 1.107 C. c.).

La unificación del Derecho privado en España ⁽¹⁾

LUIS MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza
y Teniente Fiscal de la Audiencia de su Territorio

EL TEMA.—Ha mucho tiempo que vengo tratando estos temas de política legislativa. Desde mi Aragón y al principio desde el solo punto de su Derecho foral pudimos llegar a conclusiones alentadoras que a la vez que nos asentaban firmemente en fundamentales principios de nuestro Derecho histórico nos abrían amplias perspectivas para una ordenación jurídica más acertada y de técnica más en consonancia con el vivir de hoy. Y ello nos consintió más tarde orientar nuestros trabajos hacia todo el ámbito nacional y recabar y obtener la colaboración valiosísima de los juristas de todas las Regiones de España, en un afán inequívoco de lograr para nuestro Derecho privado un mayor prestigio y un mejor porvenir en una nueva e ineludible redacción. Y ni siquiera la especial situación en que ahora me encuentro impidió el que siguiera ocupándome del tema y desarrollara desde mi Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza cursos de relación de los distintos Derechos hispánicos y su formulación actual en pro de una integración y en un afán de trascendencia.

Pero, quizá, nunca había pensado en desarrollar el tema de la unificación del Derecho privado en España abarcándolo en su totalidad; comprendiendo desde el porqué de la unificación hasta la manera más eficaz de llevarla a cabo. Y tal vez haya sido el hecho y la ocasión de esta conferencia en Madrid, síntesis y centro, la que me ha impulsado y decidido a recapitular lo que mis modestos esfuerzos lograron, muchas veces en difícil postura, sometidos al crisol de unas circunstancias de vida que nos cercan y nos imponen una conducta a la par de unos principios filosóficos y meta-jurídicos de los que no es posible prescindir.

SU TOTALIDAD.—Muchas veces, y con razón, se nos ha imputado a los juristas esa especialización cerrada que hoy es frecuente y hasta común en la medicina y en la ingeniería. Un Derecho, una norma jurídica, que es norma y regla de vida, no puede ser elaborada o sometida a un análisis dentro de un laboratorio con las puertas y ventanas cerradas a todo viento del exterior. Y aunque este

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 16 de febrero de 1955.

exterior nos ofrezca condiciones sociales que vaguen fuera del campo estricto del Derecho y la patología de la sociedad, en un momento determinado, nos obligue al estudio de premisas que quisiéramos despreciar como extrañas a nuestra técnica jurídica, hemos de pensar y de creer y de obrar en términos amplios y totales, quemándonos en todos los vientos contradictorios de la era en que nos toca vivir y buscando la adecuación exacta entre esas condiciones de vida que hemos descubierto y que se nos impone y las normas programáticas y las reglas jurídicas que para ordenar la vida y en misión casi divina tratemos de dictar.

TRANSFORMACIÓN ACTUAL.—Me impresionó en cierta ocasión el oír a un maestro mío, textualmente, que a él «le pagaban por enseñar y enseñaba que aún en el campo del Derecho privado se había producido un cambio mucho más radical en lo que va de siglo que desde los tiempos de Roma hasta 1900». Y yo, reafirmando esta afirmación, haría observar cómo son todas las condiciones de vida y hasta los principios económicos fundamentales sobre los que se asentaban los pueblos, los que han cambiado radicalmente en menos de cincuenta años, época de la aviación y de la radio, haciendo que radicalmente, también, cambiase un modo de vivir y obligando por ello a que cambiase notablemente un modo de formularse el Derecho que refleja y traduce esa vida. Y si cualquier historiador, o jurista o sociólogo ha deducido de la vida de cualquier pueblo de la antigüedad su modo de ser por las leyes o fragmentos de ellas que se conocieron, digamos en inversión de términos cómo estas leyes han de amoldarse al modo de ser de los pueblos y cómo por ello estamos actualmente en período crítico de transformación. Este período crítico, otrosí, se observa con facilidad por cualquiera que quiera recorrer el confuso mar de leyes y disposiciones reglamentarias o de todo orden que en cualquier país ahora se dictan para adaptarse a los tiempos, en olvido y desprecio de las viejas y señeras normas que regulaban, o la propiedad, o la ausencia, o el simple contrato de arrendamiento.

De este momento de transformación en que vivimos y del cual, naturalmente, no es ajeno España, quisiera partir para defender más que la unificación de nuestro Derecho privado su por qué y su cómo. Digo más que la unificación porque sus ventajas son tantas y casi todas tan aceptadas por todos que bien puedo darlas por asentadas para dedicar mi tiempo a otros aspectos más discutidos y difíciles. Pensando únicamente no sólo en la facilidad y la conveniencia de conocer las leyes, sino también en la extensión de las leyes mismas que en este siglo de facilidad y rapidez en las comunicaciones se ha impuesto en un constante acorte de distancias, que hoy ni siquiera los pueblos más poderosos se sienten tranquilos si están aislados y buscan con pasión sumandos que agregar a su razón y a su fuerza para que la suma total sea cada vez mayor y más impresionante. Y en estas uniones no andan extrañas, como

es natural, las de carácter jurídico, que son las que tienen que vincularlas.

PLAN.—Supuesta la conveniencia de la unificación, trataré de desarrollar mi plan del modo siguiente: Comenzaré con señalar el porqué en España precisamente estamos ante una necesidad apremiante de unificar nuestro Derecho privado; trataré de bucear a continuación sobre el Derecho histórico español y los principios en que se asentó, buscando coincidencias y reduciendo límites; veremos brevemente la pugna entre la formulación espontánea de Derecho, que da origen al llamado Derecho popular, y la elaboración técnica de la norma jurídica, que es la conocida como Derecho científico, para valorar los textos que pueden reflejar nuestra tradición jurídica; y sin salirnos nunca de las fronteras de España intentaremos otear el estado actual de nuestros tradicionales Derechos, pero, sobre todo, su vitalidad presente y el futuro que como consecuencia lógica pueden estar llamados a desempeñar.

EL PORQUÉ.—Sin que la pasión enturbie nuestro discurrir y elevándonos para ello a las serenas regiones de los principios, señalaría desde amplios vuelos el porqué inmediato de toda unificación si se quiere de todo Código civil.

SIGLO XIX.—En sentido moderno la unificación surge como una de las principales consecuencias del movimiento cultural y renovador del siglo XIX. En muy otro sentido a aquel en que se produjo la recepción del Derecho romano y la vuelta a los estudios clásicos (que en cierto modo produjeron, indudablemente, un movimiento unificador), el interés romántico por la Edad Media y por las particularidades del pueblo, con el estudio y el cariño por sus viejas costumbres y leyes y la oposición a todo universalismo y extranje-rización, dió por resultado la aparición de las nacionalidades y del nacionalismo; era también la reacción contra la arbitraria unión de las gentes y de las tierras alrededor de un soberano; eran nuevos conceptos que habían ya de pesar definitivamente y en el futuro, concretados en palabras roqueras que se llamaban Nación y Patria.

NACIONALISMO.—Esta Patria, esa Nación, se definen y tipifican por un hecho diferencial, resumen de otras tantas particularidades. Como expresión de este hecho surge una unidad, un alma nacional que se adivina distinta a la de cualquier otro pueblo. Así fué en Francia como surgieron, y como expresión de esa alma nacional las leyes que ordenaban su vida, el Código civil que abrazaba y resumía todas. Y así fué en Alemania cuando como idea nacional y bajo el lema de «un Imperio», «un Derecho», se formuló inmediatamente la idea de unificar y codificar las leyes.

Napoleón, a los cinco años de su subida al Poder, publicó el Código civil de los franceses. Sabía que era la coronación de su obra y de su Imperio, y Portalis, por ejemplo, nos lo dice gráfica

y exactamente. Cuando Alemania hubo de luchar contra la invasión napoleónica sintió en la diversidad de sus Estados la necesidad de una unificación jurídica como medio para reforzar los vínculos entre el pueblo alemán y preparar así la unión política; y aunque en principio detuviera esta unificación la potente figura de Savigny y la aparición de la Escuela Histórica, no se pudo detener en definitiva el camino iniciado, que produjo con esta unidad política aquella unificación y su célebre Código civil de 1900. Y otro tanto ocurría en Italia al constituirse como Nación unida. Y hasta lo ha tenido que hacer Suiza a pesar de sus numerosos Cantones que hablan cuatro lenguas distintas y con Códigos propios unos, otros con Derecho consuetudinario, y hasta con una Constitución Federal, pero que no impedía la más clara unidad jurídica, llevada a cabo en 1912, y que tiene la magna pretensión de ser la expresión del pensamiento del pueblo, incluso en el campo de la moral de la economía política.

ESPAÑA AYER.—Se podrá frente a esto argüir que es distinto y no aparece claro el caso de España. Yo pretendería asegurar su sencillez. Porque agregaría otras razones, aunque secundarias, a la idea del nacionalismo y del orgullo nacional como motores de la unidad jurídica; en cuanto su bondad, la facilidad y la difusión y el prestigio de ciertos Códigos es tal vez lo que produce un mero afán de imitación y aun de copia, aun sin la existencia de razones endógenas en un pueblo. Tal es el caso de España.

España en 1800 tuvo su era triste. Siglo maldito se le ha llamado y lo sería en efecto si hubiera tenido grandeza para merecer una maldición. Siglo sin pulso en que tras haber vencido a Napoleón nos entregamos al francés y a su Revolución y a su moda en afán servil de imitación. E imitamos su Código y hasta lo copiamos en buena parte para no cansarnos más que en traducir. Si algo bueno tiene la copia que hicimos fué la común raíz romana de uno y otro y hasta el espíritu práctico de los redactores de nuestro Código Civil que al vaciar en castizo lenguaje castellano instituciones y normas jurídicas mejoraron el patrón.

ESPAÑA HOY.—Pero pensemos el momento trascendente en que vivimos. Pensemos, siendo agoreros de tanto olvidadizo, que acabamos de vivir la epopeya más grande que conoció la Historia moderna de España: que hemos luchado y vencido en una Cruzada que ha costado un millón de muertos y que todo ello, felizmente, no lo hemos hecho para «restablecer un orden» y volver luego a las andadas, tras de apagar el fuego prendido en nuestra casa, a modo y manera de un pronunciamiento o de una revuelta a lo grande.

NUESTRA CRUZADA.—Cuantos hemos hecho la Guerra sentimos en lo más hondo la impresión de algo grande y trascendente que se ha cambiado, que hemos cambiado; y de hecho existen tangibles en sus principios supremos, más que distintos, totalmente opuestos a aquellos otros principios sobre los que se asentaba la España de

ayer. Del Liberalismo, del individualismo más extremo y egoísta, de unas normas ateas y de una economía sin conexión, hemos pasado a unos cimientos sociales y católicos que obligan a los hombres a una hermandad e imponen una conducta en la vida privada, en el régimen laboral, en el económico y, en síntesis, en el jurídico; tan diferentes que hemos de calificarlos de opuestos. Y aunque en verdad no hemos sabido arrojar totalmente el lastre individual y decadente en que se desarrolló nuestra infancia y en el que vivieron y viven en parte nuestros padres, es ya cierto que una serie de leyes de todo orden reglamentan la vida nacional de modo muy distinto a los Códigos de ayer, concretamente al Código civil de 1889.

Y ahora ya no estamos en trance de copiar al francés, que bastante hará a su vez con ver de copiar a otros. Y hoy Francia no es la vecina nación triunfante con un gran Corso a dominar al mundo más con sus ideas que con sus armas; y, sobre todo, tiene España fuerza interior suficiente para imprimirse a sí misma una norma de vida que puede y debe ser traducida en una nueva norma jurídica, un nuevo Código, ahora sí que como expresión de un alma nacional.

Cuando el nacional-sindicalismo alemán creyó haber transformado definitivamente la conciencia del pueblo creando la Gran Alemania se apresuró a dictar su nuevo Código Civil. El fascismo italiano hizo otro tanto. No es extraño el ejemplo de la Rusia soviética. También las nuevas nacionalidades americanas al encontrarse con su efectiva independencia y su pujanza han seguido la misma ruta. Falta España, a pesar de tener acotado una importantísima parte del pensamiento mundial y de haber recobrado su conciencia nacional en la Cruzada. Cruzada que terminó hace dieciséis años sin haber producido todavía esa norma de vida y norma jurídica que sea expresión de un sentir nacional, ni haber arrumbado siquiera esos principios absolutistas e individuales de la propiedad o el contrato que aunque malferidos se mantienen con vida en nuestro viejo Código Civil remendados con los parches de mil leyes dispersas que la vida, más fuerte que el mismo Derecho, ha obligado de prisa a dictar.

REALIDAD DE NUESTRO VIEJO CÓDIGO. — La realidad es que nuestro viejo sistema de Derecho privado permanece hoy girando en torno al Código civil de 1889 y asentado sobre las tres libertades que nos resume el maestro don José Castán: Libertad de propiedad, libertad de contratación, libertad de testar. Y ello a pesar de estar ampliamente superados hoy estos conceptos y regulados en el mundo entero y dentro de España tanto la propiedad como el contrato, como la sucesión *mortis causa* de modo diferente sobre principios de comunidad que han venido a reemplazar a los individuales de antaño. Que junto a aquella realidad de hecho, de la supervivencia del Código Civil y sus principios sistemáticos, las grandes instituciones del Derecho privado, la persona, la familia y el patrimonio marchan por caminos tan distintos que ofrecen a cualquier

curioso y con la fuerza de la evidencia la desarmonía entre el viejo sistema todavía vigente y los principios y reglamentaciones que imperiosamente las circunstancias han obligado a dictar. Piénsese en los cambios económicos, en la aparición de un Derecho laboral que irrumpe incluso en el seno más íntimo de la familia y en la rapidez de una vida que ha acortado distancias exigiendo una agilidad, una sencillez y una uniformidad jurídica en las partes más ajejadas de una nación e incluso de un continente. Hoy no nos es posible partir de nuestro Código que como copiado del Código Civil francés puede ser incluido en la frase de Renán, al juzgar a éste como un Código que parece hecho por un expósito que muriese soltero.

REALIDAD DE DIVERSAS LEGISLACIONES CIVILES.—Pero junto a la realidad mil veces repetida de esta desarmonía y falta de adecuación a la vida moderna y al espíritu nacional felizmente restaurado en España, existe también la realidad de otra divergencia, otra falta de unidad, otra desarmonización jurídica que cada día y por el simple transcurso del tiempo y la mutación antedicha de circunstancias de vida, va haciéndose más honda y más grave. Me refiero a la existencia en España de diferentes legislaciones civiles; al hecho de regir junto al Código Civil y sus añadidos y sus complementos de las leyes generales, los Derechos forales de Cataluña, Navarra, Aragón, Vascongadas y Baleares que suscitan y han suscitado siempre uno de los más agrios problemas de nuestra técnica y política legislativa. Y si es cierto y es indudable que existe un clamor unánime en pro de la revisión de nuestro viejo Código Civil y en general de todo nuestro sistema de Derecho privado no debe dejar de ser menos cierto que en esta afirmación y en esta revisión exigida tiene que incluirse la adaptación a las actuales condiciones de vida de todo el cúmulo de viejas leyes y costumbres faltas de sistematización, expresivas de una vida que pasó o que por lo menos se ha modificado y que no han podido ser renovadas desde hace siglos, creando, pese a su bondad y a su carácter valiosísimo de ser exponente firme de nuestra tradición jurídica mejor, dificultades en el manejo de las fuentes, lagunas en la aplicación de determinadas normas, roces y conflictos de difícil solución jurisprudencial.

DOBLE DESARMONÍA A TRATAR A LA VEZ.—Son dos, por lo tanto, los problemas que nos presenta la unificación jurídica española, o si se quiere, son de dos órdenes las razones por las que debemos de enfocarla. No basta poner al día nuestro Código civil, con ser empresa ardua y trascendente, si ello escamotea el viejo problema de los Derechos forales, ni es suficiente, ni tal vez posible, hermanar este Derecho foral en el actual sistema de Derecho para hacer girar casi milagrosamente unos cuerpos de Derecho hispánico en torno a unos principios de Revolución francesa imposibles de casar. Que no en vano cuando se intentó algo parecido

en este orden de cosas se hizo siempre bajo el lema evasivo, cobarde y falso de las Instituciones forales y consuetudinarias que convenía conservar. Instituciones o piezas sueltas, mosaico, que para dejar de serlo tenían que intentar fundirse en el mismo crisol de una misma escuela e idéntica doctrina de principios.

DOS PARTES DE UN MISMO PROBLEMA.—Es evidente que se complica la unificación de nuestro Derecho privado al hablar a la vez de revisión de sistema y de integración en él de los Derechos forales. Pero me permito sostener que ambas cosas son necesarias y a la vez; es más, que no se puede hacer la una sin la otra; y hasta que intentando una de ellas conseguiríamos casi sin querer la otra.

LOS DERECHOS HISTÓRICOS ESPAÑOLES.—Los derechos históricos españoles, con todos los inconvenientes técnicos que hoy puedan tener, han permanecido como mudos testigos de lo español cuando lo español dejó de serlo. Naturalmente, ocupa un lugar preeminente el Derecho de Castilla, más elaborado, de mayor difusión territorial. Estos derechos históricos, al no verse afectados por la decadencia de nuestra Patria en los últimos doscientos años, están como sin contaminar del ambiente de extranjerización que arruinó a España. Y no es exagerado afirmar que es en sus Instituciones en donde debemos buscar las fuentes de nuestra Escuela jurídica patria, los principios a que responde nuestro tradicional Derecho, el sistema jurídico que fué reflejo del vivir de España en los siglos de su grandeza y que en su fuerza y en su expresión sirvió para civilizar un nuevo mundo.

Ahora bien, no tratemos de hacer arqueología ni nos limitemos a venerar viejos cuerpos legales por el hecho de serlo o de haber presidido una etapa gloriosa. El Derecho es vida y en su rojo color de sangre hemos de valorar siempre sus Instituciones, observando en sus latidos cuando éstas responden a unas necesidades sociales del momento actual o cuando son simplemente letra muerta. En el mismo correr de los siglos debíase de tratar de adivinar cuándo un Fuero o cuerpo de leyes es fruto de un sentir popular o cuándo se trata simplemente de una elaboración científica inadecuada a las circunstancias de entonces; en este caso obra meritoria y grande, si se quiere, pero sólo en literatura. Y digo esto porque sabida es la pugna, la tensión constante que en la historia ha existido entre la elaboración espontánea del Derecho o Derecho popular y la construcción y sistematización de un cuerpo de leyes denominado Derecho científico. Que no es del todo imposible descubrir en la historia de España normas jurídicas que como las Observancias de Aragón, y en razón de su mismo nombre no eran sino un escribir de costumbres en que nada nuevo se decía ni se promulgaba y por ello no se presentaba el problema de la irretroactividad de la ley; y en contra un científico e inmortal Código de las Siete Partidas que refleja y hasta traduce en romance el universal y exacto Dere-

cho romano que poco tenía que ver y en nada puede reflejar y hacer regir la vida ciudadana de aquel entonces.

LA LEY, MERO ELEMENTO INFORMADOR.—Además, en aquella época la Ley no era el solo elemento informador del Derecho, ni siquiera el más importante. El culto fetichista a la norma escrita y general vino mucho después. Un Derecho histórico cualquiera vaga, en gran parte, fuera de los textos jurídicos que hasta nosotros han llegado, aunque sean éstos la más fácil y en ocasiones, y lamentablemente, la única fuente de información.

VITALIDAD DEL DERECHO.—Vitalidad del Derecho. Problema que para descubrir el Derecho mismo es preciso considerar.

Así como unos supuestos sociales de hoy, derivados hasta de dos palabras eminentemente políticas, «aquí y ahora», nos impone una Ley o un reglamento para ordenar, por ejemplo, el angustiante problema de la vivienda dictando disposiciones que varían por completo el viejo contrato de inquilinato; así en un ayer para valorar la influencia de una doctrina o tendencia de nuestros principios históricos debemos tener en cuenta en lo posible la observancia que entonces se tuvo de sus normas más concretas.

LA LEY Y LA VIDA.—Al menos para destruir fetiches pretendo hoy repasar la diversidad legislativa de España en afán de una búsqueda de coincidencias y un señalar de discrepancias posibles de salvarlas. Entiendo que no se puede friamente manejar Fueros y Leyes históricas aferrados a su letra viendo si es posible encajarlos como en un rompecabezas con las dos o tres piedras angulares que como supuestos sociales de hoy y *a priori* hemos fijado de antemano; y por esto entiendo que no pueden amontonarse sobre una mesa de trabajo todo lo que se dice hoy que está vigente en los países de Fuero para sistematizar y tratar de fundir sin haber estudiado previamente la vida que en cada región o comarca tenga hoy en realidad cada institución foral o cada norma de excepción para eliminar así cuanto lastre arcaico nos impida elevarnos en la búsqueda de una síntesis.

UN DERECHO DE CULTURA.—Comenzaremos por afirmar con el maestro Castán que el Derecho histórico español no es un Derecho de estirpe, como puede serlo el romano o el germánico, sino que es un Derecho de cultura. Es un Derecho que ha surgido de la fusión de una serie de principios dispersos y que en el correr de los tiempos y en los azares de la Historia se han unido, forjando una concreta y bien definida personalidad. Pero es, además, un Derecho que en esa elaboración trabajosa ha calado en el alma de las gentes que lo forjaron, con la lentitud, la eficacia y la fuerza del agua menuda que es la que hace el barro.

Por ello bien ha podido dedicar nuestro ilustre maestro uno de sus recientes trabajos a la cultura jurídica del pueblo español, de-

mostrándonos a través de nuestro Romancero, de las obras de literatura clásica y los dichos y refranes cómo el español de tal o cual época, que entendía los autos sacramentales, conocía bien las reglas jurídicas sobre las que se asentaba su familia y su país. En símbolo se alza la figura del Mío Cid Campeador, «sabidor en Derecho».

DERECHOS GERMÁNICO Y ROMÁNICO.—Y como vamos a repasar inmediatamente los textos más fundamentales de nuestro Derecho histórico y de antemano advertimos con prisa que van a tener en buena parte y casi siempre un carácter técnico y extraño a las manifestaciones típicas del pueblo español, venimos a tener que considerar hasta dónde pudieron regir y aceptarse las normas de esas leyes científicas que se trataban de imponer, y, a la inversa, hasta qué punto la hostilidad o la simple indiferencia del pueblo español de tal época o de tal comarca pudo consentir el desarrollo de sus peculiares normas jurídicas. La tensión es la tensión de siempre entre el Derecho popular y el Derecho científico, y en España es relativa y fácilmente observable a través de la vida y el proceso de las dos grandes corrientes informadoras de nuestro Derecho: la germánica y la románica

En afán de síntesis podríamos reducir todos los Derechos históricos españoles a una misma afirmación: el individualismo propio del Derecho germánico va luchando y perdiendo terreno a jirones ante la avasalladora recepción, difusión y estudio del Derecho romano, que, en su universalidad, su rigor científico y facilidad de adaptación, es o viene a ser el más poderoso instrumento de unificación jurídica que conocieron todas las regiones de España.

SU ESPAÑOLIZACIÓN.—Bien es verdad que la lucha entre esos dos principios, germánico y románico, fué difícil y distinta en cada reino antiguo español de la Reconquista. También es cierto que ambos Derechos pierden sus caracteres típicos pronto y se españolizan; con la espontaneidad de las costumbres en cuanto afecta al Derecho germánico, y por los dictados de los reyes, a modo de Derechos reales o Derechos patrios, en cuanto se refiere al Derecho romano.

FUEROS Y FAMILIA DE FUEROS.—Los fueros municipales, cartas pueblas o fueros de población o de frontera ofrecen sin duda, o deben ofrecer siempre, un reflejo exacto del vivir de entonces; están dados para un lugar delimitado, en unas especiales circunstancias bien conocidas, casi para unas personas determinadas. Mas por esas mismas razones especialísimas son hoy poco menos que arqueología. En su diversidad y por la atomización del Derecho que suponen fué precisa una etapa de superación en donde un Fuero de Cuenca, por ejemplo, aceptado como fuero modelo o cabeza de una familia de fueros, se enseñoreara de dilatadas comarcas de Castilla, Extremadura y Andalucía; o un Fuero Real,

con su carácter y apariencia modesta de fuero municipal tipo, se extendiera por toda la Castilla del norte, y ello pese a que por sus resabios romanistas ya provocó no pocas resistencias a ser aceptado por muchos municipios.

LOS «USUS TERRAE».—La formulación del Derecho no se concebía como misión del Poder público en la teoría germánica. Es más, cuando a partir del siglo XI los soberanos empiezan a legislar para sus reinos con carácter territorial, lo hacen en principio con carácter subsidiario a la aplicación del Derecho local, producto popular y de origen consuetudinario, que reflejaba un tipo de vida sencilla y de economía familiar. Ello nos obliga a destacar la importancia y la exactitud de los «usus terrae» como primera afirmación de un primer capítulo en la formación y en la valoración de los Derechos históricos españoles.

POSIBLE TERRITORIALIDAD Y PRELACIÓN. — Aunque el profesor García Gallo pretenda y seguramente consiga hoy demostrar que el principio de territorialidad había regido entre los godos y desde el primer momento, tanto en el Código de Eurico como en el de Leovigildo, como en el Breviario de Alarico, según él todos de aplicación general y sucesiva según su promulgación, la tesis general señalaba al Fuero-Juzgo como el primer Código español de aplicación general en todo el territorio, y sobre todo a las posteriores empresas legislativas que permitieron llegar al sistema de prelación de Códigos y Leyes establecido en el Ordenamiento de Alcalá, que fué quien dió el golpe de muerte a la pulverización legislativa y a la multiplicidad de fueros.

COSTUMBRE Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—Cualquiera que sea la solución, lo cierto es que el principio universal que lleva a la elaboración de un Derecho científico seguirá luchando a lo largo de toda la historia patria con el individualismo enraizado en el pueblo español y traducido en la observación del mil costumbres. Es más, dos principios eminentemente germánicos, como lo son el del valor jurídico de estas costumbres y el de la autonomía de la voluntad, se salvarán limpia y definitivamente de cualquier derrota con que queramos rubricar el triunfo del Derecho romano o del Derecho Real; y esa fuerza de la costumbre y ese principio de la autonomía de la voluntad serán siempre gérmenes mantenedores y elaboradores de las más ricas manifestaciones jurídicas observadas con pujanza hasta nuestros días.

VALOR DE LAS COMPILACIONES Y LEYES.—Hay interrogantes que no se han cerrado todavía; tal vez que todavía nadie los ha abierto. Por ejemplo, en Aragón observamos, junto a la reciedumbre de un Derecho peculiar y característico, más señalado y más valioso en cuanto se opone virilmente a la invasión del romanismo, cómo Jaime I encomendó al Obispo de Huesca, Vidal

de Canellas, una *Compilación que se dicta en 1247*. Y he aquí la pregunta: ¿Qué valor tuvo esa *Compilación*? ¿Sustituyó y se impuso a los fueros y a las costumbres anteriores?

En Castilla tuvimos también un claro ejemplo con el *Código de las Siete Partidas*, no vigente hasta que el *Ordenamiento de Alcalá* lo impuso y de modo precario, aunque casi diríamos que no necesitaba de sanción real para ser estudiado y aplicado en virtud de su bondad y su perfecta técnica. Y ello suponiendo una romanización, en clara pugna con el espíritu germánico de Castilla y las leyes o fueros particulares.

DERECHO PATRIO Y DERECHO ROMANO. — Tampoco hay que aceptar como dogma el desplazamiento del Derecho romano por el llamado Derecho patrio. Teóricamente este Derecho y los monarcas podrán llegar a prohibir la alegación del Derecho romano hasta querer quitarle todo vigor; pero en la práctica el Derecho romano se traducía en ese Derecho patrio, y aunque se tratase de dar preferencia al Derecho local sobre el territorial en la formulación jurídica, la realidad iba restringiendo progresivamente la aplicación del primero.

NAVARRA.—El panorama que la difusión del Derecho romano nos ofrece en nuestra patria le lleva a su aceptación por Navarra, hasta el punto de afirmar Lacarra que ya se aplicaba allí en el siglo XIII. Después de la unión de este reino a la corona de Castilla, a lo más que se llegó es a emplear el término de Derecho común como el vigente a falta de fuero propio, tal como decidieron las Cortes de Pamplona de 1576, pero traduciéndose comúnmente por los doctores ese Derecho común como equivalente a Derecho romano, a pesar de esa raíz común, que ya he indicado que tiene con el Derecho de Castilla. Se salvan de esta norma general y de los principios informadores sólo las recias costumbres navarras. Ni el *Amejoramiento de fuero* ni el *Fuero general* fueron bien recibidos en su época, ni aún después de su Adición y Nuevo *amejoramiento*, y todo ello por lo que contrariaba en exceso las costumbres del país de aquel entonces, pese a cuanto tenían de supletorio o de fuero modelo.

CATALUÑA.—Cataluña históricamente es el país de la variedad y no es propicia a resúmenes simplistas. Ya Pella y Forgas nos dividen en tres partes ésta su variedad, señalando la parte del Mediterráneo como unida a las Repúblicas italianas e influenciada por ello por el Derecho romano; la parte que se extiende hacia el Ebro y hacia Castilla, participando en todas las empresas de España y en todas las vicisitudes de la Reconquista, y finalmente la tercera influencia del norte, por donde se unió al imperio francés y recibió la contaminación del feudalismo. Pero podemos destacar cómo es allí donde el Derecho romano tuvo un mayor vigor, que sólo se aisló en la parte de la montaña, que hizo

del Pirineo y sus estribaciones su clave y su centro y permitió el desarrollo de las costumbres. Lo que en Castilla se observa de una literatura que se va sucediendo, acusando una u otra influencia germánica o románica, no es posible verlo en Cataluña. Aquí la visión es fragmentaria y se traza con el propio territorio acotando e independizando también sus leyes. Los Usages son Derecho germánico, y su marcado carácter consuetudinario pueden y deben dar fe de una vitalidad sin influencias exteriores. Pero las «*Consuetudines Ilirdenses*» y el «*Recognoverum Próceres*» son ya Derecho romano, probablemente venido del Mediterráneo. La reacción del pueblo contra los Letrados que imponían ese Derecho extraño obligó a Jaime I, en las Cortes de Barcelona de 1251, a prohibir la alegación del Derecho romano por estimarlo ley extranjera. Pero nada de esto sirvió y las costumbres de Tortosa, de 1308, son aún más Derecho romano, y este Derecho científico llega a calar, en gran parte y de tal modo, la manifestación espontánea del Derecho popular que por constitución de don Martín, en Cortes de Barcelona y desde 1409 se admite como supletorio como Derecho común, y Felipe II, en Cortes de 1599, acepta más claramente la común traducción de aquel Derecho común por el romano, señalando a éste juntamente con el canónico y la doctrina de los doctores como fuente del Derecho catalán.

ARAGÓN.—Y de aquí y de todo esto surge la dificultad y la contradicción. Así como en Aragón, pese a la formación justinianea de Vidal de Canellas y el haber ordenado los libros de su *Compilación* con los *Títulos de Digesto*, la reacción contra el Derecho romano es evidente y, a veces, hasta ingenua y violenta; en Cataluña observamos, y contra las normas del Derecho romano clásico, una copropiedad familiar y una ordenación de la familia misma diametralmente opuesta. No quisiera detallar situaciones y casos concretos que nos lleven al divorcio más absoluto entre lo que un determinado Cuerpo legal dice regir y la vida jurídica que existe realmente. La explicación está en la pugna entre esa técnica del Derecho y esa floración espontánea de él en las costumbres del pueblo, pero la búsqueda para valorar en cada caso la difusión y la observancia de una ley histórica es difícil, tanto que quizá sea preciso prescindir de esta indagación e irnos hacia una encuesta sobre la observancia actual de un Derecho o de una institución concreta, prescindiendo, no poco, de cuanto cómodamente nos lo quieren decir los libros conteniendo un Cuerpo de leyes o sus comentarios que podamos tener sobre nuestra mesa.

RESUMEN HISTÓRICO.—Resumiendo cuanto nos puede ser útil a nuestro estudio y a la unificación del Derecho privado en España, sin duda habremos de señalar la unánime aceptación de los textos romanos «*civiles sapientia*», por los juristas que inconscientemente laboraban en una innegable tarea unificadora. No importa su

denominación como Derecho Real y que en el orgullo de éste se admitiera sólo el Derecho romano *ex patientia et tolerantia*, dada una traducción muchas veces a lengua de romance lo que antes se decía en latín. Pero sí es importante reafirmar cómo los Derechos propios se mantienen y aun se desarrollan a pesar de la preponderancia de uno, con pervivencia legal e insoslayable, produciendo la coexistencia de los diferentes Derechos hispánicos dentro de la unidad de la Patria y que, con mayor o menor vitalidad, con la diversidad y la desorientación de principio que se quiera, se respetan por ley en su integridad foral y consuetudinaria, aunque de hecho con la disminución o mutilación que se quiera admitir, pero nunca tan grande como hasta hacerlos desaparecer.

Afortunadamente hemos encontrado en todos los Derechos históricos una raíz común: la individualidad de origen germánico que produjo los mil Fueros y Derechos de la Reconquista y la común influencia posterior del Derecho romano que trata de laborar sobre esta base lo que acaba en no pocas concesiones mutuas. Aún nos faltaría agregar cómo el Cristianismo, incidiendo, sobre todo, en los principios individuales, dan a nuestro Derecho histórico un común denominador que nos ha de definir nuestra personalidad de españoles con unos caracteres propios; caracteres propios más fácilmente sujetos a la observación en el especial cabalgar de España por el mundo, claramente diferente al ser y al vivir de cualquiera otra nación.

LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL.— De estos hechos históricos que podemos deducir unas comunes tendencias y afirmar unos mismos fundamentos que una doctrina tan española como la del Derecho natural escolástico se podría encargar de orientar decididamente hacia una unificación.

Esta doctrina del Derecho natural, como recientemente ha defendido Hernández Gil, sí que debe y puede ser la base para hermanar y fundir los diferentes Derechos históricos españoles. Ella jugará con estos datos de la historia uniendo coincidencias en sus principios primarios y aceptando sin recelo las discrepancias para valorarlas y aun sosteniéndolas en armonía con lo fundamental. Que todos debemos saber cuanto al Derecho natural se le puede pedir y los límites que es preciso fijarle. También son factores nacionales y dignos de toda protección lo que no es coincidente, pero no altera la base ni el principio. En este sentido lo que llama Hernández Gil «tendencia a la unificación» es no sólo posible, sino hasta fácil.

ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA.— Pero conozcamos antes de llegar a conclusiones finales el estado actual de las peculiaridades o divergencias que existen en España y se presentan como tarea ante el legislador.

SITUACIÓN LEGAL.—Ante todo es preciso consignar la realidad legal. La situación en que estamos y en que quedaron los diferen-

tes Derechos hispánicos a la publicación de nuestro Código civil de 1889. Y sin entrar en la ligera explicación de nuestro proceso codificador ni intentar repetir las causas por las que no se llega a la unidad jurídica de España, fijemos la vista, una vez más, en los artículos 12 y 13 del Código civil, que en su respeto a todo régimen foral vienen a decir simplemente cómo la codificación y la unidad legislativa se hace sólo para los territorios de Derecho común y en nada afecta a las regiones de Derecho foral.

LOS ARTÍCULOS 12 Y 13.—En alguna ocasión he defendido este criterio que puede parecer excesivo, pero que, a mi juicio, se deduce de la simple lectura de los artículos 12 y 13 del Código civil; artículos que ni siquiera para Aragón y las Islas Baleares entiendo que establecen una situación especial en cuanto la repetida afirmación de conservar, por ahora, en toda su integridad el régimen foral, deja tan al margen y tan lejos y tan como Derecho supletorio al Código civil que bien nos permite volver a afirmar esa intangibilidad de los Derechos forales durante y después del proceso de codificación. Y corrobora esta tesis no sólo la discusión parlamentaria del Código, sino las palabras rotundas de la exposición de motivos y de la edición reformada, en la que se llega a decir que no puede quedar recelo ni al más suspicaz de que el régimen foral ha sufrido por el Código la menor alteración.

DIFUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LEYES GENERALES.—Otra cosa es que la mayor facilidad y difusión del Código civil hiciera que éste se aplicara excesiva y abusivamente. Ejemplo, en la sucesión abintestato. Otra cosa es la merma y el detrimento del Derecho foral por el Código civil como ley general y por la larga lista de las otras, llamadas leyes generales, más la labor análoga de la interpretación de los Tribunales.

EL LIBRO DE ALONSO MARTÍNEZ.—Interesante es recoger, sin embargo, cómo no debió ser tan difícil a los autores del Código civil el haber redactado entonces un Código civil general. Don Manuel Alonso Martínez, en su tan conocido libro sobre «El Código civil en su relación con las legislaciones forales», nos llega a decir y nos dice como premisa y sólida base de partida que según las discusiones habidas en el seno de la Comisión de Codificación y, sobre todo, según el Cuestionario que pusieron en su mano los representantes de Cataluña, Aragón y Navarra, las únicas instituciones jurídicas forales, cuya conservación interesaba en gran manera en sus provincias respectivas, eran la libertad de testar (con la cual se enlaza, naturalmente, la cuestión de las legítimas) el fideicomiso catalán, los derechos de los hijos naturales respecto de la herencia de sus padres, el orden de los llamamientos en la sucesión intestada, el usufructo del viudo en Aragón y algunas costumbres especiales en materia de contratos. ¡Pobre enumeración de instituciones jurídicas diferentes, y escasa o nula la importan-

cia de algunas! ¡Ojalá fuera verdad tan pequeña diferencia y tan ligeros obstáculos para la unificación! Lo que no acabo de comprender es cómo creyendo que así era, tanto los redactores del Código como los representantes forales, no llegaron a un acuerdo para incluir esas cuestiones en el articulado del nuevo Código civil, tan poco escrupuloso en recoger, por otra parte, instituciones ajenas.

DIFERENCIAS DE PRINCIPIOS Y SISTEMAS.—La verdad es que la diferencia es mucho mayor y parte no del catálogo, infinitamente mayor, de instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar, sino de principios y sistemas de Derecho que hay que hermanar y tratar de fundir en el crisol de una auténtica Escuela Jurídica Española. Que una vez más hemos de repetir y proclamar y defender que los Derechos forales son sistemas de Derecho completos, autóctonos, que responden a unos principios y desarrollan unas consecuencias, aunque este desarrollo, por la antigüedad de los mismos y la época que fueron cegadas sus fuentes legislativas, se manifieste imperfecto, como imperfecto pudiera ser cualquier otro Derecho observando o su paralización legal en un período de mera acumulación de normas jurídicas. Quizá una de las claves para la valoración exacta de nuestro Derecho histórico y para la solución del problema que nos hemos planteado, sea este vivir de cualquier ordenamiento jurídico que a manera de una infancia, de una juventud y de una madurez ha de atravesar siempre por un período de mera acumulación de normas, después, por otro de ordenamiento de las mismas, y, finalmente y como coronación definitiva, por otro de sistematización dogmática y normativa. Período este último que por las razones históricas antedichas no llegó el Derecho foral; pero al que hay que llegar en un estudio y compilación del mismo dentro de un Código general español o, independientemente, Derecho foral por Derecho foral.

OBSERVANCIA ACTUAL.—Junto a esta realidad de coexistir todos los Derechos forales y en su integridad con el Código civil, está o debe de estar la más interesante realidad de su vitalidad, de la vigencia y de la observancia de cada una de sus instituciones y normas. Pues a nadie se le escapa la mucha letra muerta que por un claro cambio de vida hay en el Derecho foral que más respete la ley; como el tan sabidísimo Fuero «De vivis, fueris et molendinis», determinante de la propiedad de la isla formada en el Ebro, según el paso de una gallina con sus polluelos, y que no olvidaron por nada del mundo los opositores ante cualquier Tribunal que exija un par de temas de Derecho foral.

ENCUESTAS E INFORMES.—En Aragón realizamos esta encuesta sobre la observancia del Derecho foral a través de un amplio índice de preguntas que en el año 1943 circulamos entre los juris-

tas de Aragón y que nos permitió conocer, quizá por primera vez, la situación y con ella el vigor de nuestro Derecho propio y todas y cada una de sus instituciones. Seguramente fué este precedente el que nos sugirió que en las tareas preparatorias al Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de 1946 se dirigiese también a las Delegaciones Territoriales un Cuestionario acerca, no sólo de la vitalidad del Derecho foral y de sus instituciones más típicas, sino también de la difusión del Código civil y la extensión de propias normas fuera del territorio foral y para el Derecho común, lo que nos permitió recopilar unos valiosísimos informes, en los cuales podemos hoy apoyarnos para ofrecer una visión bastante exacta de la realidad jurídica española.

EN DERECHO COMÚN.—Un extracto no fácil de esta información que poseemos nos diría cómo efectivamente la observancia del Derecho foral se manifiesta en términos generales con fuerza, sobre todo, en la organización familiar, llegando incluso, en las regiones de Derecho común, a existir una tendencia bastante amplia a la admisión de instituciones tan forales como la de la sociedad conyugal continuada y los derechos sucesorios del cónyuge viudo, éstos tan ampliamente que más se acercan a la viudedad universal de Navarra que a la viudedad legal de Aragón; y para todo ello, recurriéndose incluso a cláusulas instrumentales de dudosa eficacia y girando en torno a un principio también tan foral como el de la autonomía de la voluntad. Así nos lo aseveran los informes firmados, en primer término, por el maestro don José Castán, presidente de la Delegación Territorial de Madrid y don Santiago Fuentes Pila, secretario de la misma, y otro emitido por varios miembros de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela.

EN ARAGÓN.—En Aragón, cuya realidad legal se manifiesta en el Apéndice de 1925, se observa un claro descontento y hasta una fuerte repulsa al mismo. Al margen de él vagan instituciones que se silencian como el vigor de la costumbre y más concreta la transmisión y pago de legítimas, el consorcio legal y la aparcería; y al margen también tienen distinto desarrollo instituciones que recoge como la del heredero único y las normas sobre la capacidad de los miembros de la familia. Una síntesis nos llevaría, casi telegráficamente, a dar como tarea al legislador; la fuerza de la costumbre, el concepto social de la propiedad, la coexistencia familiar, la viudedad, la sociedad conyugal continuada, la autoridad conjunta de marido y mujer, la indivisión del patrimonio doméstico... Instituciones y normas vivas de cuyo vigor damos fe.

EN CATALUÑA.—De Cataluña tenemos una información dispar. Mientras uno de los dos amplios estudios que a las tareas preparatorias del Congreso llegaron (el firmado por Durán y Ventosa, en primer término) aseguraba que el Código civil había

logrado en Cataluña amplia difusión, aunque censurada; otro informe (el firmado, en primer término, por los señores Oliver y Serrahima) desechaba la influencia del Código civil y no sólo en Cataluña, sino en toda España, por entender que la única fuente común es el Derecho romano, base de las Partidas y en vigor en Cataluña desde hacia siglos. Con todo se observan instituciones de clara vitalidad, como la aparcería catalana y la mosovería, la enfiteusis, la rescisión por lesión, la «restitutio in integrum», y en ciertas comarcas, la junta de parientes. Hay que reconocer que junto a esta información y la reciente, como innegable y magnífica labor jurídica que ha llevado a cabo Cataluña y de la que luego haremos mención, existe en este estudio de la realidad el fuerte argumento anti-foralista de las dos leyes dictadas por el flamante Parlamento catalán en el período republicano de la Generalidad de Cataluña y que nada tuvieron que ver con los principios y precedentes forales acerca de la capacidad jurídica de la mujer casada y la mayoría de edad.

EN NAVARRA.—Algo de esto último ocurre a Navarra. Vagando fuera del estricto campo del Derecho privado la defensa de su Derecho foral se ha sostenido con frecuencia en el campo del Derecho público, aunque sea con la mayor alteza de miras. A mi juicio, es totalmente equivocada la postura que va a defender su vigor en una mal llamada ley paccionada de 1841, que no difiere de cualquier otra y en la que, desde luego, no se encuentra el término pacto, ni tampoco en su proceso y consecuencias. Tiene Navarra en la reciedumbre de su Derecho privado y en la observancia de sus instituciones típicas, argumentos de más fuerza para sostener su Derecho foral, aunque quizá por la razón delicada que acabo de indicar el informe que los juristas navarros nos emitieron dice poco o nada acerca de la vida actual de sus normas, tal vez por asegurar demasiado. Llegan a decir que no conocen ningún caso de desuso de normas o instituciones forales, y dando fe de la plena vigencia y actual vitalidad de todo el Derecho foral navarro dicen que no puede hablarse ni de coexistencia de éste con el Código civil, ya que lo no regulado por aquél lo es preferentemente por el Derecho romano. Indudablemente estas afirmaciones son excesivas. Con todo, el principio de troncalidad, el usufructo universal de la viuda, la costumbre de la continuación de la familia e indivisión del patrimonio, las normas de la prescripción adquisitiva o extintiva y el retracto convencional mantienen hoy día una fuerza innegable.

EN VASCONGADAS.—Si observamos región por región y vamos subrayando el hecho diferencial de la organización familiar y sus fuertes lazos de cohesión, y hasta de vinculación, valoraremos aún más el interesante informe de las provincias Vascongadas, cuya observancia foral nos dice que aún se conserva en los distritos rurales de Durango, Guernica y Marquina, pero nada o poco en los indus-

triales de Bilbao y Valmaseda. Observación que nos lleva a destacar la pérdida de las viejas normas forales en aquellos sitios donde la industria ha mudado súbitamente y de modo radical las condiciones de vida de la ciudad, pero el mantenimiento sano de unos principios familiares e históricos en donde la vida moderna no ha hecho naufragar a la familia.

EN BALEARES.—Finalmente, Baleares, en un laborioso y amplio informe de sus juristas, nos dice cómo junto a los principios de Derecho privado y la defensa actual de su régimen dotal hay una noble evasión hacia el Código civil de toda una sucesión testamentaria, por ejemplo.

ENCUESTAS MÁS CONCRETAS.—Claro es que cuanto tan esquemáticamente he enunciado puede y debe ampliarse. Nosotros mismos podríamos hoy hacerlo en cuanto los informes que tenemos a la vista, en su gran extensión, llegan al conocimiento particular e interesante de cada institución. Incluso poseemos encuestas particulares, hechas para una determinada institución, como la que nuestro compañero señor Fairén hizo sobre la alera foral en Aragón. Y en mi monografía sobre «La casa en Aragón» he podido, a la vista de las contestaciones de los Jueces, Notarios, Registradores de la Propiedad, Secretarios de Ayuntamiento, Abogados, en ejercicio y simples prácticos en Derecho, llegar a delimitar las fronteras de lo que entendemos como casa en Aragón, con sus características de indivisión del patrimonio y coexistencia de sus miembros bajo la dirección del señor mayor, distinguiéndose claramente dónde esa indivisión se mantiene y tiene que mantenerse y en qué otras regiones más ricas del mismo Aragón el padre puede permitirse el lujo de dividir su patrimonio entre sus hijos para que cada uno tenga casa propia.

LABOR CIENTÍFICA.—También nos llevaría a conocer la realidad jurídica de las regiones españolas su labor científica y doctrinal. La elaboración de su Derecho a través no sólo de sus decisiones jurisprudenciales, que en su catálogo nos diría la frecuencia con que se plantean casos de Derecho foral, sino también las publicaciones monográficas, las conferencias públicas, los cursos monográficos o las Instituciones que suelen darlos y hasta los Organismos y Entidades que mantienen vivo un estudio para el Derecho foral y nos ofrecen el mejor exponente no sólo de su difusión y sus características más concretas, sino del amor que dispensan a las instituciones regnícolas los naturales del territorio.

Si, como defendió Alvaro D'Ors, la mejor manifestación de la vitalidad de un Derecho es su elaboración científica, el desarrollo que podemos observar de la ciencia jurídica en un país o en una época determinada, esta manifestación jurídica del prudente, esta jurisprudencia y este reflejo de la vitalidad de un sistema de Derecho en los trabajos científicos nos ha de ser muy valioso.

DEL DERECHO CATALÁN.—El conocer esta labor doctrinal, llevada a cabo en los países de fuero, es relativamente fácil. Ha poco que pronuncié en la Universidad de verano de Jaca una conferencia sobre «La vida de los Derechos forales en la primera mitad de siglo XIX», que a modo de carta abierta a don Juan Moneva Puyol he compendiado y entregado hace unos días a la imprenta. En ella y ésta he podido describir la copiosa bibliografía que nos ofrece Cataluña, con una cuidada depuración de sus textos clásicos, la facilidad de obras de consulta que ponen al día su Derecho foral y la existencia de una viva y verdadera Academia Jurídica Catalana que mantienen, desde 1904, hasta una Cátedra.

DEL DERECHO NAVARRO.—En Navarra, no. Su literatura jurídica y su labor doctrinal es escasa, aunque últimamente parece recuperarse de su inanición a través de la Institución «Príncipe de Viana» y un comienzo muy estimable de publicaciones científicas.

DEL DERECHO ARAGONÉS.—Finalmente, y porque en otras regiones forales no merece la pena reseñar esta labor, Aragón se destaca adelantándose a todo país foral en los últimos años e incluso iniciando en España entera esta magnífica y noble tarea de unificación a través del estudio y difusión de todos los Derechos hispánicos. Las Semanas de Derecho aragonés que desde 1942 hemos llevado a cabo en Jaca, la ya amplia lista de publicaciones jurídicas y entre ellas y la primera el Anuario de nuestro Derecho aragonés, las conferencias y tesis doctorales y, sobre todo, la labor preparatoria y de ponencia que desarrolló en el Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza de 1946, dicen mucho de este esfuerzo y también, y es lo más importante, de la vitalidad de un Derecho foral que porque interesa vivamente y mantiene su pujanza provocó esta serie de trabajos de sus Letrados.

EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL.—Y debo terminar, ineludiblemente, señalando a aquel Congreso Nacional de Derecho civil y sus conclusiones, cuyo proceso quizá como nadie podría desarrollar, pero cuya mención es suficiente. Sus conclusiones fueron al Código civil general de España tras unos innegables sacrificios mutuos de los juristas de toda España, que con la mayor alteza de miras y con la mayor libertad abrieron definitivamente un camino que ya nadie podrá desconocer ni dejar al margen. Naturalmente, como toda sentencia, requiere una ejecución, cuya pieza separada puede ofrecer no pocas dificultades. Y en estas dificultades se está.

LAS COMPILACIONES.—El Gobierno publicó en su día las disposiciones oportunas para que en las propias regiones forales se constituyeran comisiones para compilar sus peculiares derechos. Estas Compilaciones supondrán la difusión y el estudio de lo que hoy hay que reconocer que permanece ignorado en amplios secto-

res de la opinión nacional, incluso los jurídicos. Se adivinarían consecuencias y se podrían limar discrepancias. Se observaría si es exacta la formulación empleada por el articulado de una Compilación en el regir de una institución foral cualquiera o si convenía una revisión de la misma. Y se ofrecería una magnífica experiencia al legislador que intentara de verdad el Código civil de los españoles.

PERÍODO DE VIGENCIA.—Pero para ello es preciso que las Compilaciones se laboren, se terminen y se les dé sanción legal. En el pensamiento de los legisladores tal vez se llegue por este camino a lo que paralelamente debe querer hacerse con una regulación independiente del Contrato de Arrendamiento, por ejemplo, o de la prenda sin desplazamiento, cuya observación adelantada en la vida jurídica permitirá un día recogerlo mejor en el articulado del nuevo Código civil.

TRADICIÓN Y SUPUESTOS RADICALES DE HOY.—Trabajemos, pues, todos en esta tarea de acercamiento, tendencia a la unificación como acaba de llamarse, que supone la puesta en marcha de las Compilaciones forales. Estas, sin duda, recogerán a la vez lo que es tradición foral y por tradición y foral esencia española y lo que son supuestos sociales de la hora difícil que nos ha tocado vivir y que por ser de actualidad y previsión inmediata y aspiración futura, será innegablemente, también, compendio de este renacer español y principio y esencia de un reencuentro con nuestra vieja manera de ser; y las Compilaciones, por todo ello, y a la vez nos dirán los principios de ayer y las tendencias de hoy y la esencia de siempre, mientras la disparidad y la confusión actualmente existente se simplifica hasta concretarse en un cuaderno de fácil manejo y estudio, aunque esté todo cuanto hasta ahora vagaba por mil textos inarmónicos que pocos querían o podían conocer y en donde había mucho de lo que no existe ya.

NECESIDAD Y URGENCIA.—Nadie, de buena fe, puede preferir a la elaboración científica y actual de su Derecho, confiada, además, por el Gobierno a los propios naturales del territorio, al "statu quo" de una situación jurídica actual en lo foral que de tiempo e inexorablemente va mermando y llegaría a desaparecer. A razones científicas se suman razones prácticas. No debe haber resistencia ni pasividad a que las Compilaciones sean una realidad inmediata. Pueden y deben estar elaboradas y en vigor en el presente año.

A VANGUARDIA DE LA GRAN TAREA, ARAGÓN.—Nuevamente Aragón, como se ha reconocido unánimemente, ha tomado el timón en esta empresa nacional que ahora más que nunca puede y debe llegar a buen puerto. El renacimiento actual del Derecho aragonés, con amplitud de vuelos, estimó que en cuanto tuviera

de bien, ese bien tendiera a comunicarse, a extenderse en España entera. La actualización de su Derecho foral era paralela a la de cualquier otro Derecho hispánico y ello implicaba una necesidad de ponerlo en armonía con los supuestos sociales de hoy; supuestos sociales que a su vez y, también, precisan de la tradición jurídica hispana como apoyo y esencia. Se llega a idéntico resultado partiendo tanto del ayer como del hoy. Los juristas aragoneses así lo entendieron y al convocar la reunión de todos los Letrados españoles en Zaragoza, de todo equidistante, les ofrecieron un puesto en la mesa de trabajo de nuestro afán, nuestro esfuerzo y nuestro sacrificio. Porque si sacrificio cuesta una unidad de pensar y vivir, sacrificio ofrecemos como ejemplo y estímulo. En lenguaje y dicho popular repetiría aquello de: «Aún puede Aragón dar a España más de lo que ha dao.»

APÉNDICE

Pensamos editar la anterior Conferencia, previa su revisión para incluir en donde fuera necesario y con cierta profusión las correspondientes notas a pie de página que avalaran o pudieran ampliar las afirmaciones escuetas que la amplitud del tema obligó a ir insertando una tras otra sin aclaración o desarrollo posible. Aun así, la extensión de la conferencia excedió a lo normal. Mas he preferido conservarla íntegra y tal como fué pronunciada; sin modificación alguna, acompañándola al final de este Apéndice, que completa los extremos más trascendentes sobre la situación actual.

* * *

La labor cultural llevada a cabo en las regiones Forales acabo de reseñarla en un reciente trabajo sobre *Los Derechos Forales en la primera mitad del siglo XX*, ya en prensa y seguramente publicado cuando aparezca editada esta conferencia. Con todo, reseñaré que una bastante extensa bibliografía, que indica el movimiento jurídico de Cataluña, se contiene en las notas de las páginas 468 a 475 de la edición de 1918 de la obra de BROCA, y en la página 140 y siguientes del tomo I de la de PELLA Y FORGAS; también en la nueva *Enciclopedia jurídica*, SEIX, I, 1950, páginas 237 y 238, hay una visión bastante completa de conjunto y puesta al día, y en la página 230 y siguientes, una muy ordenada selección de Jurisprudencia.

En Navarra, la última bibliografía recogida puede verse en las páginas 169 y siguientes de la obra de SÁINZ DE BARANDA, *La Ley Paccionada de Navarra...*, editada en Zaragoza en 1954.

En Aragón, recogí en mi tesis doctoral *La Casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1944, en su página 67 y siguientes, una amplia reseña bibliográfica que abarcaba buena parte de la historia jurídica de Aragón. A partir de entonces las publicaciones del «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés» y

principalmente «El Anuario del Derecho Aragonés» han venido comprendiendo todos los trabajos jurídicos presentados a las reuniones anuales de juristas habidas en Jaca, o Teruel, o Tarazona, o Huesca, con recensiones de las obras o cualquiera otra publicación referente a Derecho Foral Aragonés. Destacan de estas otras publicaciones los *Fueros de Aragón hasta 1265* y los de 1265 a 1381 de nuestros compañeros LACRUZ BERDEJO y BERGUA CAMÓN, respectivamente. También el repertorio de Jurisprudencia de la Revista «Foro Aragonés» merece destacarse, como la continuación del RIPOLLÉS y cuanto ha puesto al día el Derecho y la Jurisprudencia de Aragón.

* * *

El Apéndice Foral Aragonés podría decirse que fué ya mal recibido en Aragón antes de ser promulgado. En trámite de información fueron recogidas y ordenadas por don ANTONIO MAURA las Memorias de los juristas que criticaron su articulado. Fueron publicadas cuatro de estas Memorias: las de los señores VIDAL TOLOSANA, Huesca, 1924; PALA MEDIANO, Barbastro, s. f.; AZPEITIA ESTEBAN, Madrid, 1924, y MARTÍN COSTEA, Calatayud, s. f. Fué una pena que la obra de ISABAL *Exposición y Comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón* no fuera completada con una adaptación o una exégesis del nuevo Apéndice Foral Aragonés, aunque su cotejo con el articulado de la obra del eminente fuerista aragonés puede suponer su mejor crítica.

El 15 de junio de 1935 hubo de dictarse la primera Disposición revisora del Apéndice, creando una Comisión encargada de revisarlo; el 13 de marzo de 1944 volvió a nombrarse nueva Comisión, heredera de la primera; finalmente, el Decreto de 23 de mayo de 1947 y las Ordenes de 24 de junio y 23 de julio de 1947 y 10 de febrero de 1948 inician lo que podría llamarse la tercera etapa revisora de la situación legal del Derecho Privado en Aragón.

* * *

Sabido es que, excepto en Aragón, no se ha publicado Apéndice Foral alguno. Sin embargo y a pesar de ser considerado como defectuoso el sistema de Apéndices, como algo parcial y secundario, de parte que sigue a un cuerpo, menospreciando ya por gramática cualquier Derecho Foral, todas las regiones forales han intentado más o menos seriamente tener su Apéndice foral.

En Cataluña, ya la Comisión que creó el R. D. de 24 de abril de 1899, siendo Ministro de Justicia DURÁN Y BAS, redactó la famosa Memoria que luego sirvió de base para el cuaderno foral catalán, publicado como proyecto de Apéndice y que lleva fecha de 4 de diciembre de 1930, y es interesante señalar que el Tribunal Supremo ha citado sus preceptos como fuente de información y de Derecho.

Navarra nos ofrece los proyectos de Apéndice de AIZPÚN y ARBIZU, impreso en el año 1930 en Pamplona; el del Colegio Notarial del mismo año, el Anteproyecto de la Diputación Foral de 1944 y, finalmente, el Proyecto de la misma Corporación, editado al siguiente año 1945.

Galicia y Vizcaya tienen ya presentados hoy oficialmente sus proyectos de

Apéndice terminados, aunque con el nombre y la amplitud de Compilaciones, según la denominación y la idea de las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946.

* * *

Los trabajos jurídicos que se citan concretamente en el texto de la conferencia y referente a los señores HERNÁNDEZ GIL y don ALVARO D'ORS, son: *Reflexión sobre el Derecho Foral y la unificación del Derecho*, en el número 1.º de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», correspondiente al pasado año de 1955, y *De la prudencia juris...*, en «Información Jurídica», diciembre de 1947. El de don JOSÉ CASTÁN, sobre *La idea de la justicia y el sentido jurídico del pueblo español*, corresponde a su Discurso de apertura de los Tribunales el Año Jurídico de 1948-49.

* * *

La Orden de 3 de agosto de 1944, por la que se autoriza para convocar y celebrar en Zaragoza un Congreso Nacional de Juristas, merece ser transcrita literalmente para ser bien conocida y recordada, tanto por iniciar una etapa trascendente e insoslayable como por ese enlace perfecto que establece entre el actual esfuerzo nacional de renovación jurídica y la tradición española y sus principios de justicia cristiana:

«Iltmo. Sr.: Vista la instancia elevada a este Departamento por el Consejo de su digna presidencia, en la que solicita se le conceda autorización para convocar y reunir en Zaragoza un Congreso de juristas de las diversas provincias españolas, lo mismo de aquellas en que existen reconocidas instituciones Forales de Derecho civil como, de las que se rigen por los preceptos establecidos en el Código que, con la previa preparación y estudio del tema, confrontasen y examinasen puntos de vista, coincidencia y discrepancias en orden a la coexistencia en nuestra Patria de diversas legislaciones civiles, estudiando una propuesta en la que se formule la resolución de los problemas que esta situación plantea, y convencido este Ministerio de la trascendente finalidad que persigue esta proposición y su oportunidad en estos momentos en que los esfuerzos nacionales tienden a buscar de nuevo en lo hondo de la tradición jurídica española los principios de justicia cristiana que en los siglos de nuestra grandeza informaron nuestras instituciones, ha tenido a bien conceder la autorización que se solicita para la reunión del Congreso referido, al que en su día enviará representaciones de los Consejos y Comisiones jurídicas que dependen de este Departamento. Lo que comunico a V. I. para su conocimiento y debidos efectos. Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 3 de agosto de 1944.—Aunós.—Iltmo. Sr. Presidente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés.»

* * *

El Congreso Nacional de Derecho Civil se inició prácticamente con una circular a las Delegaciones territoriales que se constituyeron en toda España para preparar las deliberaciones que habían de versar sobre las siguientes cuestiones:

I. Situación y problemas que plantea la coexistencia en España de diferentes legislaciones civiles.—II. Posibles soluciones (la solución histórica de impedir la renovación del Derecho Foral; el criterio de imposición de las leyes de Castilla; la sustitución paulatina del Derecho Foral por las llamadas Leyes generales; la solución de la íntegra conservación de los derechos forales, con propios órganos legislativos; la solución intermedia o de los Apéndices; la posibilidad de un Código civil general basado en los diferentes derechos hispánicos, etc.), solución que se estima preferible.—III. Principios e instituciones de Derecho Foral que deben mantenerse para incorporarse al sistema de Derecho civil español general.

A la circular se acompañó un amplio cuestionario que habría de suministrar a la Comisión de Ponencia datos y material de trabajo. Decíase textualmente:

«Piénsese que el plan que esta Comisión de Ponencia se ha trazado para la elaboración de la misma es, en síntesis, el siguiente: recoger y clasificar cuantas contestaciones nos remitan las Delegaciones territoriales al cuestionario que hoy les remitimos. Y una vez recogidas todas estas opiniones y recopilados los datos enviados, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, constituido en Comisión de Ponencia, redactará ésta y la repartirá entre las Delegaciones territoriales y futuros congresistas corporativos e individuales, procurando su máxima difusión, a fin de que, en el plazo que oportunamente se señalará, puedan formularse y presentarse enmiendas, observaciones e impugnaciones sobre las cuales se desenvuelvan las deliberaciones del Congreso, sin perjuicio de la presentación de comunicaciones y trabajos que, sin tener ese carácter de discusión de la Ponencia, guarden relación directa con el tema principal. La intervención, pues, de las Delegaciones territoriales tienen dos momentos, por lo que a la Ponencia se refiere: uno antes y otro después de ser redactada; este último no es abordado ahora. Actualmente se solicitan datos que sirvan de base para su redacción. Esto ha de ser del modo más conciso y breve; en ocasiones, contestando a las preguntas con una mera afirmación o negación; pues, repetimos, los trabajos de estudio que sobre algún extremo de la Ponencia quieran aportar las Delegaciones territoriales, Corporaciones o particulares, habrán de venir después de que aquélla haya sido publicada.»

Se recomendó muy especialmente a las Delegaciones territoriales que exploraran la opinión de los juristas más conocedores de Derecho civil en su respectivo territorio, tal como *se vive y se observa* en la práctica.

El Cuestionario era el siguiente:

- 1.—¿Responde el Código civil vigente a la tradición jurídica española?
- 2.—¿Satisface el Código las necesidades de la vida jurídica en la actualidad?
- 3.—¿Ha penetrado el Código civil vigente en la conciencia jurídica del pueblo español?
- 4.—¿Conoce el pueblo los principios fundamentales de las instituciones civiles según la legislación vigente?
- 5.—¿Se observa en los usos convencionales, en las resoluciones de amigables componedores y, en general, en la observancia del Derecho civil, alguna reacción contra las normas vigentes?
- ¿En qué materias o instituciones?
- 6.—¿Qué instituciones consuetudinarias viven fuera de la ley y son observadas en la actualidad?
- 7.—¿Se estiman suficientemente estudiadas las manifestaciones del Derecho español en sus monu-

mentos o fuentes genuinas y en la observancia del Derecho? 8.—¿Se estima, por el contrario, que tales materias requieren aún un trabajo de investigación previo, largo y reposado? 9.—¿Cómo debe de organizarse un trabajo colectivo para conocer la tradición jurídica española en todo el territorio y tratar de crear una doctrina jurídica nacional? 10.—¿Qué conflictos de Derecho Internacional se presentan más frecuentemente? 11.—¿Se estima definitivo el sistema de un Código civil con Apéndices para las llamadas Regiones forales? 12.—¿Sería preferible al sistema de Apéndices la introducción de variantes en los artículos del Código civil general para recoger las especialidades forales? 13.—La publicación del Código civil general y sus Apéndices o variantes, ¿debe ser simultánea o sucesiva? 14.—¿Se estiman acertadas y suficientes las reglas del Derecho interregional contenidas en los artículos 14 y 15 del vigente Código? 15.—¿Sería conveniente, por ejemplo, llevar al Código el principio de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio en el espacio y en el tiempo? 16.—¿Podrían limitarse los llamados Derechos forales, sin grave daño de la vida jurídica, a determinadas materias?: a) Relaciones patrimoniales entre padre e hijos. b) Régimen económico del matrimonio. c) Sucesión intestada. d) Sucesión testada (reservas y legítimas). e) Sucesión contractual. 17.—¿Es posible la fusión de los varios Derechos hispánicos en un Código nacional moderno asentado en las tradiciones jurídicas españolas? 18.—Si se adopta la solución de un Código nacional único, ¿qué instituciones y principios de las legislaciones forales podrían y deberían extenderse a todo el territorio nacional? *Preguntas especiales para territorios forales.* 19.—El Derecho civil vigente en ese territorio foral, ¿responde a la tradición jurídica de la región? 20.—El Derecho civil vigente en ese territorio, ¿satisface las necesidades de la vida jurídica actual en esa región? 21.—El Derecho foral en ese territorio, ¿mantiene una vitalidad plena, atenuada o exigua? 22.—¿Con qué frecuencia e intensidad se aplica el Código civil, principalmente en situaciones en que pueda coexistir con el Derecho Foral? 23.—¿Qué decisiones jurisprudenciales de Juzgados y Tribunales de la región y del Tribunal Supremo, interpretando normas de Derecho Foral o de Derecho interregional, han afectado al Derecho vigente en ese territorio con alguna trascendencia? 24.—¿Qué soluciones adopta la Administración pública ante alegaciones de Derecho foral en materia de mayoría de edad, sucesiones, sociedad conyugal, etc.? 25.—¿Se conocen casos de olvido del Derecho foral por soluciones más cómodas? 26.—¿Se ha acentuado la difusión del Código civil? ¿Qué problemas ha planteado? 27.—¿Qué cuestiones se han suscitado, no resueltas o resueltas contradictoriamente, debido a la imprecisión de los Derechos regnicolas? 29.—¿Hay casos de desuso de alguna norma o alguna institución?

* * *

El «Consejo de Estudios de Derecho Aragonés», constituido en Comisión de Ponencia, decía en su conclusión 3.^a: «Debe elaborarse un Código civil, de aplicación general a todos los territorios, el cual recoja las tradiciones de los Derechos hispánicos junto con los principios jurídicos que imponen los supuestos sociales del día, en fórmulas flexibles de autonomía de la voluntad y de opción, atribuyendo a la costumbre el debido rango.» Adecuadamente articu-

lados podrían ser incluidos en el Código civil general en secciones o artículos intercalados en el texto que recojan la variante o, simplemente, que expresen la inaplicabilidad del precepto general a uno o varios territorios.»

Los juristas de Madrid, Granada, Oviedo y Valladolid, en su información previa, estimaban preferible el Código civil general con variantes para las especialidades forales; pero Cataluña lo consideró impracticable y confuso y pidió una Ley fundamental y luego un Código para cada región o el sistema de Apéndices. Este sistema de Apéndices era estimado como mal menor por Navarra. También Vascongadas y Baleares se inclinaban por los Apéndices, pero sin las reservas anteriores y estimándolas como convenientes.

* * *

Sin tiempo para citar en el texto de la conferencia las conclusiones aprobadas por el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 y por estimar que su sola lectura y aún más su glosa y comentario tienen hoy que ser forzosamente norma de conducta para cualquier quehacer jurídico en esta tarea de renovación del Derecho hispano, inserto a continuación estas conclusiones con las declaraciones previas aprobadas por unanimidad y tras una labor de estudio y una libertad de opinión verdaderamente ejemplar:

TEXTO DE LAS CONCLUSIONES APROBADAS POR EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL DE ZARAGOZA DE 1946

Declaraciones previas.—Dentro de la vida jurídica española, juntamente con el Código denominado de Derecho común, existen regímenes jurídicos forales o territoriales y ciertas instituciones peculiares en diversas regiones que constituyen una realidad consolidada por su observancia y arraigo innegables y por el afecto que les dispensan los naturales de los respectivos territorios, responden a la organización familiar, social y económica de aquéllos y afectan a vitales intereses de carácter moral y material. El reconocimiento de esta realidad es obligada premisa para el estudio y resolución de las cuestiones que van a considerarse. La coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles plantea varios problemas, entre los cuales merecen señalarse los siguientes:

- a) Vigencia de regímenes jurídicos que, por falta de renovación u otras causas, no responden del todo a los supuestos sociales de la vida civil de hoy.
- b) Realidad de un Derecho consuetudinario en diversos puntos del territorio nacional y su relación con la ley escrita.
- c) Existencia de un Código civil en el que, aparte su mayor o menor adecuación a las tradiciones jurídicas castellanas y a las necesidades actuales del país no pueden hallar los territorios forales normas adaptadas a los principios y sistemas en que se inspiran sus respectivos ordenamientos civiles.
- d) Dificultad en el conocimiento y manejo de algunas de las fuentes territoriales, de la cual proviene en gran parte la aplicación extensiva de precepto e instituciones de Derecho común.
- e) Carencia de normas precisas que resuelvan los conflictos interregionales, especialmente en aquellas materias, como en los derechos del cónyuge viudo, que en parte se sujetan al Derecho de familia y en parte al Derecho de sucesiones.
- f) Confusión que origina la falta de coincidencia de la vecindad civil con la residencia y la pérdida de la primera por el silencio.

Conclusión primera.—La realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que tendría como finalidad la elaboración de un Código General de Derecho civil que recogiera las instituciones de Derecho común, de los derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social. La elaboración del Código civil general supone el siguiente proceso: a) La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse a base de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados. b) Publicadas las compilaciones, y tras el período suficiente de su divulgación, estudio y vigencia, se determinaría el modo material de cómo han de quedar recogidas en el futuro Código General de Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero. c) Una labor colectiva de investigación de las fuentes jurídicas hispánicas y de estudio de las instituciones vivas, hasta hallar en ellas un *substratum* nacional que permita construir doctrinalmente el Código General de Derecho civil español. d) La promulgación urgente de una Ley de carácter general que resuelva los problemas de derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España. e) La reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho civil una vez terminado ese período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos, para examinar la forma y carácter del futuro Código General de Derecho civil. Incumbiría el estudio y redacción de las instituciones forales o territoriales y las peculiares de algunas regiones y de la modificación, en su caso y en su día, a los juristas de cada territorio mediante el Organismo adecuado.

Conclusión segunda.—En la elaboración de la Ley general a que alude el apartado d) de la conclusión anterior, por la que se amplíen y modifiquen los artículos 14 y 15 del Código civil vigente, se atenderá, entre otros, a los siguientes principios: a) La regionalidad o vecindad civil debe ser fácil y sencillamente conocida y consignada en todos los actos del Registro civil y en los documentos de identidad. La vecindad civil se determinará según las normas generales establecidas para la adquisición de la nacionalidad española, en lo que sean aplicables y mediante justificación o prueba. En ningún caso será adquirida nueva vecindad civil por la simple residencia o vecindad administrativa y sin declaración expresa del sujeto, la cual habrá de ser inscrita en el Registro civil y anotada en las actas de nacimiento y matrimonio. Quienes hayan perdido su vecindad civil originaria por la simple vecindad o residencia administrativa podrán recuperarla, manifestándolo por escrito al encargado del Registro civil del lugar del nacimiento, dentro del plazo de un año, a partir de la publicación de la Ley general aludida. Los preceptos de dicha Ley que hagan referencia a regionalidad o vecindad serán aplicados con estricta reciprocidad entre los territorios de diversa legislación civil. b) El régimen económico del matrimonio quedará determinado, en defecto de capitulación, por la ley (común o foral) del marido al tiempo de contraerlo y no sufrirá variación por cambio de regionalidad o de leyes (inmutabilidad en el

espacio y en el tiempo). Esta norma no afectará, naturalmente, a la facultad que en su caso conceda la propia ley civil para modificar el régimen económico del matrimonio por capitulaciones otorgadas o novadas después de celebrarse aquél. c) Será derogado el artículo 1.317 del Código vigente, que impide la comunicación jurídica entre las regiones españolas de diferente legislación civil. Y, en su lugar, se permitirá que los cónyuges establezcan para su matrimonio el régimen económico de cualquiera de los sistemas vigentes en España.

Conclusión tercera.—Es deseable que los derechos del cónyuge viudo se regulen dentro del régimen económico del matrimonio. Se establecerá un Registro general de capitulaciones matrimoniales.

Conclusión cuarta.—En relación con los planes y fines señalados en la conclusión primera, se estima necesario intensificar el estudio comparado de los varios Derechos hispánicos.

* * *

Recogió el Gobierno del Caudillo la esencia de las conclusiones anteriores en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por Ordenes de 24 de junio y 23 de julio del mismo se ordena la constitución de Comisiones de juristas en Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, Alava y Vizcaya. Otra Orden de 10 de febrero de 1948 nombró las Comisiones de todas esas regiones, autorizando a la Diputación Foral de Navarra para que hiciera el nombramiento de la suya.

* * *

Tenemos noticia de que en Galicia, Vizcaya y en gran parte de Cataluña se ha terminado la labor compiladora del Derecho foral que se encargó a las Comisiones respectivas. No sabemos que lo haya hecho Navarra. En Aragón se aprobó un Título preliminar y el capítulo «de Personas», estando terminadas las ponencias de «Derecho sobre las cosas», «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes» y una revisión ordenada del Capítulo, en principio aprobado, y referente a la «Capacidad de las personas y mayoría de edad».

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

«LA REALIDAD JURIDICA Y LA SOLUCION DE LOS PROBLEMAS REGISTRALES»

La segunda conferencia del ciclo sobre la Reforma hipotecaria de 1946 estuvo a cargo de don Rafael Ramos Foiqués, Registrador de la Propiedad, quien, con el tema indicado en el título comenzó negando la posibilidad de una realidad jurídica extra-registral, contradictoria con la verdadera función intrínseca de la publicidad inmobiliaria. Examinó a continuación cuatro supuestos significativos dentro del ordenamiento positivo actual. Sostuvo, respecto del primero, la posibilidad del desistimiento a los efectos del asiento de presentación cuando éste no los produzca impeditivos.

Examinó a continuación la eficacia de la escritura de cancelación por el padre, sin autorización judicial, de las hipotecas constituidas para protección de los menores, defendiendo su validez como acto singular, por cuanto aquella actuación del Juez se encamina hacia fines tutelares y no de complemento de la capacidad del otorgante, actuando en consecuencia respecto del Registro y no del acto mismo.

La necesidad de la citación personal en los expedientes de dominio cuando aparecen inscripciones contradictorias con menos de treinta años de antigüedad fué brillantemente combatida por el señor Ramos Foiqués en todos los supuestos en que aparece cumplido de otro modo el principio de consentimiento.

Finalmente, estudió el embargo de bienes de la sociedad de gananciales por deudas de la conyugal, aludiendo a cierta laguna resultante de la puesta en relación del artículo 1.404 del Código civil y el 144 del Reglamento hipotecario. Recusó la anotación practicada contra ambos cónyuges conjuntamente y puso de relieve el error, mantenido en el sistema durante muchos años, de inspirarse en fórmulas distintas de las que representan los textos históricos sobre la edificación como forma de la accesión.

Terminó invocando la más perfecta colaboración de todos los cultivadores de esta clase de estudios, en aras de la mayor relevancia del próximo centenario de la primitiva Ley Hipotecaria, siendo calurosamente aplaudido.

Con el Director General de los Registros, señor Alonso, presidió el acto del Instituto y el Decano del Colegio de Registradores.

A. G. R.

REVISTAS OLVIDADAS

La biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos cuenta desde ahora, por gentileza de la «Fundación Lázaro Galdiano», con dos nuevas revistas: «La Nueva Ciencia Jurídica» y la «Revista de Derecho y de Sociología». Se trata de publicaciones apenas conocidas en la actualidad y que es prácticamente imposible hallar: fueron editadas a finales del pasado siglo por don José Lázaro, quien, como se sabe, ha legado a su patria las diversas colecciones integradas en la fundación que lleva su nombre.

La bibliografía jurídica española del siglo XIX se halla bastante desatendida por lo que se refiere a las publicaciones periódicas; el interés se ha concentrado sobre aquellas que lograron sobrevivir hasta nuestros días. Sin embargo, algunas otras merecen igual atención, y así las que hoy nos ocupan. Constituyen, en lo estimable y en lo rechazable, un significativo producto de su tiempo, predominando en ellas la dirección jurídica positivista, entonces en boga.

«La Nueva Ciencia Jurídica», título que alude al positivismo, comenzó a publicarse en el mes de enero de 1892, dirigida personalmente por el editor. Interesa sobre todo a los cultivadores de las Ciencias penales. Sus principales colaboradores fueron C. Arenal, Salillas, Torres Campos, Posada, Dorado, Vida y Altamira, entre los españoles, y Lombroso, Ferri y D'Aguanno, entre los extranjeros. En esta nota nos ocuparemos sólo de aquellos artículos que pueden interesar directamente al iusprivatista. La colección que manejamos—incompleta—comprende en total diez cuadernos, correspondientes todos al primero y creo que único año de publicación; son los números 1.º y 3.º al 5.º (no se indica tomo, pero es evidente que se trata del primero), y 1.º, 2.º y 9.º al 12.º del tomo II.

En el cuaderno 3.º, páginas 137-49, se encuentra un gélido artículo de Torres Campos, titulado «La Antropología y el Derecho civil», obra poco interesante, penetrada por una concepción puramente económica del Derecho privado. R. Altamira publica un estudio sobre «El método positivo en el Derecho civil», en los cuadernos 5.º, tomo I, págs. 268-75, 2.º del tomo II, págs. 81-90, y 9.º del mismo tomo, págs. 268-75, integrado también en la corriente del positivismo jurídico en su versión sociológica. Es interesante, aunque su crítica del Código civil se presta a serias objeciones, el artículo de Adolfo A. Buylas, «El contrato de trabajo y la legislación civil española», cuaderno 1.º, tomo II, págs. 14-21, que aboga por un salario para cuya fijación se tengan en cuenta las necesidades familiares y las actualmente cubiertas por los seguros sociales.

La publicación de la «Revista de Derecho y de Sociología», dirigida por A. Posada, comenzó en el mes de enero de 1895. Tuvo también una vida efímera. No disponemos sino de los números 1, 2 y 4 de los seis que creo que componen la colección completa. Indicamos a continuación los trabajos que pueden interesar especialmente a los cultivadores del Derecho privado. En el número 1, páginas 34-59, publica Costa un comentario sobre una decisión de la Audiencia territorial de Albacete acerca del tema «Interdictos de adquirir la posesión por albaceas legatarios». A causa de ceñirse en exceso a la cuestión, mal planteada, no se analizan todos los problemas

que el caso suscita, pero su lectura es interesante. En las páginas 90-95 del mismo número se halla un artículo de Pedregal, titulado «Reformas legislativas: El Código de Comercio y la ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la suspensión de pagos y a las quiebras», criticando el proyecto de ley de Lastres. En el número 2, páginas 145-58, se encuentra otro de D'Aguanno acerca del «Método propio para la constitución de la ciencia del Derecho civil», defensa del llamado método positivo. Finalmente, en el número 4, páginas 464-74, L. Benito analiza el artículo 4 del Código de Comercio bajo el título «Sobre la capacidad legal para el ejercicio del comercio. Estudio del artículo 3 (sic) del Código de Comercio», obra valiosa, si bien ha perdido valor actual a causa de que el principal problema que plantea (decidir quién tiene la «libre disposición de sus bienes») está ahora resuelto en virtud del cambio de legislación sobre la mayoría de edad.

Jerónimo LOPEZ

Revisión de ideas sobre la posesión y el Registro

La Ley reformadora de 1944—dijo don Rafael Chinchilla en su conferencia del Instituto de Estudios Jurídicos—merece un juicio favorable en su conjunto. Estimula el crédito territorial, es la más científica desde 1861 y ha sido recibida con una aceptación pública. Sin embargo, en materia de posesión adoptó un radicalismo desconcertante, al negarle carácter de derecho real. La Ley primitiva se abstuvo de calificarla, pero permitió su acceso al Registro; las reformas de 1869 y 1909 representan el momento de esplendor; la de 1944-46, influida por la que se ha denominado leyenda negra de la posesión, representa la fase de crisis.

El hecho determinante—asegura el conferenciante—cualifica la naturaleza ulterior de la posesión y su tratamiento. Cabe, pues, deducir su carácter de auténtico poder jurídico de actuación, de verdadero derecho subjetivo. Y, desde luego, un interés jurídicamente protegible. Parte de un supuesto de hecho, como todos los derechos subjetivos; pero adquiere después vigor propio, como prueba el art. 460 del Código civil. Recuerda un poco el dominio bonitario sobre el *ager publicus*.

De esa caracterización y del típico fin protector de los derechos subjetivos y de sus modificaciones induce el conferenciante la inscribibilidad de la posesión que refleja el dominio y la que, sin esta nota, se ejercita en concepto de dueño. El acceso podría tener lugar a través de la inscripción o de una anotación convertible a los diez años.

Termina el conferenciante aludiendo al posible título (el acta de notoriedad, no suficientemente elogiada ni utilizada) y a la virtualidad de la posesión para la prescripción, puntualizando que sólo debe tenerla la que previamente fué inscrita.

El augurio de que la posesión sobrevivirá en el Derecho inmobiliario español y la declaración de que las situaciones que entrañan deben ser conocidas y vigiladas por el Registro fueron las últimas alusiones del señor Chinchilla en su interesante conferencia, que mereció la cálida aprobación del auditorio. Estuvo presidida por el Director General de los Registros. A. G. R.

Caducidad de las anotaciones preventivas

Bajo la presidencia del Director de los Registros y del Notariado, don Angel de la Fuente Junco desarrolló su conferencia, en el salón de actos del Instituto, sobre el tema indicado y dentro del curso crítico de la Reforma hipotecaria de 1946. Señaló la finalidad divulgadora del artículo 86 de la Ley, así como la justificación histórica del precepto, recusando las críticas que hacen responsable al funcionario calificador de la subsistencia del denominado «fárrago registral», cuando es lo cierto que, tanto las normas de transición de las antiguas contadurías de hipotecas al actual Registro, como los artículos 9.º de la Ley y 51 del Reglamento, así como la jurisprudencia especializada, han obligado siempre a transcribir de modo literal las cargas figuradas en los anteriores asientos.

Señala a continuación la defectiva construcción del referido artículo 86, que, con su sistema de plazos de caducidad, puede dar lugar al levantamiento de la traba que representa la anotación de demanda antes de que se produzca la resolución judicial firme. Tal vez el problema se resolvería—afirma—señalando un plazo inicial de vigencia del asiento, prorrogable sucesivamente cuando se justificase la vigencia del litigio; la caducidad completaría el sistema, perjudicando sólo al negligente.

Rechaza inmediatamente la supuesta antinomia entre los artículos 83 y 86 de la Ley, entendiéndole que la inexistencia del derecho anotado puede advenir al Registro por cualquier medio documental, señalando además que la caducidad figura entre las excepciones del artículo 184 del Reglamento.

Se refiere, por último, a la presencia de la buena o mala fe en función de aquella caducidad, afirmando que ésta no puede destruir la firmeza de la adquisición realizada ni la plena protección del sistema.

Terminó propugnando la reforma del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que, en su redacción actual, desprotege derechos privados de trascendencia.

El conferenciante fué muy aplaudido.

A. G. R.

CICLO DE CONFERENCIAS EN EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

La colaboración pública en la aplicación de la reforma hipotecaria de 1946.

Con este título, don Antonio Ventura-Traveset, Registrador de la Propiedad, pronunció la conferencia inaugural del ciclo hipotecario del presente año. Presidieron, con el Director general de los Registros y del Notariado, don José Alonso, el del Instituto, don Isidro de Arcenegui, y el Decano del Cuerpo de Registradores, señor La Rica Arenal.

Recordó el conferenciante que la propiedad y el crédito son los pilares del sistema inmobiliario. Hizo el elogio de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley, destacando cuánto fiaba a la pública colaboración para implantar las innovaciones radicales que aportaba, y cuánto también la Ley reformadora de 1944.

Expuso luego el tema concreto de su disertación insistiendo en la necesidad de esa colaboración para evitar la doble inmatriculación de mala fe, permitir el adecuado juego a las prohibiciones de disponer, otorgar plenitud de efectos a la mención de legítima, destacando a los inscribientes como receptores de la calificación, recomendando la rigurosa observancia del principio de tracto y la adecuada utilización de los nuevos medios inmatriculadores en toda su amplitud, propugnando la instauración de un plazo para solicitar la rectificación de los asientos antes de que adquieran firmeza, volviendo sobre la relevancia de la buena fe, resaltando el éxito no exento de peligros del artículo 41, el muy escaso de las actas de notoriedad con aprobación judicial, la necesidad de simplificar el régimen de notificaciones del 300 y la escasa acogida pública del expediente de liberación.

Terminó propugnando como medios para asegurarse la colaboración pública para la reforma: su amplia divulgación, incluso en los medios no técnicos; la creación de cátedras de Derecho hipotecario en las Facultades jurídicas; la mayor intervención de los interesados en la «formación» del Registro, al modo germánico; la simplificación de la mecánica de los asientos, y la ampliación de las facultades del funcionario encargado del Registro hasta permitirle discriminar con absoluta claridad las actuaciones de buena y de mala fe en los que intentan acogerse a la legitimación protectora.

El señor Ventura-Traveset fué muy aplaudido.

En unas palabras preliminares, el Director general, señor Alonso, hizo patente la altura de los trabajos jurídico-científicos del Cuerpo de Registradores, formuló votos por la brillantez del ciclo que se inauguraba y resaltó el reconocimiento de los funcionarios calificadores por la generosa acogida que el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos presta a esta faceta de su actividad. También fué muy aplaudido.

A. G. R.

B) EXTRANJERAS

Derecho matrimonial de la Alemania oriental

El diario oficial de la R. D. A. publica una Ordenanza, fechada en Berlín el 24 de noviembre de 1955, firmada por Grotewohl, como Presidente del Consejo, y por Benjamin, como Ministro de Justicia, donde, en veinte artículos, se regula la materia relativa al matrimonio y al divorcio.

El preámbulo declara que el primero es una comunidad celebrada de por vida entre el hombre y la mujer que, fundada sobre la igualdad de derechos, el amor y el respeto recíprocos, tiene por fin la convivencia de los esposos y la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial de la Constitución. La conducta opuesta a esta concepción del matrimonio es contraria a la moral de los trabajadores.

El articulado señala la edad mínima común en dieciocho años; el matrimo-

nlo se entiende celebrado por virtud de la declaración hecha por los futuros cónyuges ante el Comisario del estado civil, seguida de inscripción en el Registro. La declaración puede formularse también ante un funcionario del Estado distinto de aquel Comisario; pero, en todo caso, la inscripción es indispensable para la validez del mismo.

Se consideran impedimentos el ligamen, el parentesco de consanguinidad en la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, la adopción limitada a los cónyuges, la enfermedad o deficiencia mentales y el alcoholismo, si bien este último puede ser dispensado por el Consejo de Distrito.

La disolución del matrimonio tiene lugar por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges; si ésta resultare desmentida por la realidad o el otro cónyuge había contraído nuevo matrimonio, la disolución del segundo sólo podrá intentarse a través de la acción de divorcio ejercitada conjuntamente por el marido y la mujer unidos en primer matrimonio; si el cónyuge sobreviviente tenía conocimiento de la inexactitud de la declaración de muerte al tiempo de pronunciarse ésta, no podrá instarse la disolución del segundo matrimonio.

Es nulo el vínculo celebrado mediante un impedimento. Pueden intentar la acción de nulidad el Fiscal y los cónyuges; si el matrimonio estaba ya disuelto por muerte del marido o de la mujer o por cualquier otra causa, sólo el Fiscal. El hijo habido de matrimonio nulo tiene la condición de legítimo.

El divorcio puede obtenerse, según el tenor literal del texto legislativo, cuando existan motivos graves que lo justifiquen y el Tribunal, luego de una información profunda, compruebe que el matrimonio ha perdido su significación para los cónyuges, los hijos y la sociedad. Esa información debe encaminarse especialmente a examinar si las consecuencias del divorcio serían de un rigor injustificado para la otra parte o si se opone a él el interés de los hijos menores. Las circunstancias que justifiquen el divorcio pueden ser anteriores a la celebración del matrimonio. La atribución de los hijos al padre o a la madre puede ser provisional o definitiva, pero inspirada exclusivamente en el interés de aquéllos. Para dictar resolución en este punto el Tribunal ha de oír al Consejo local. Aquel de los padres en quien no recaigan los cuidados parentales tiene derecho a mantener relaciones personales con el hijo, en la forma que determine el Consejo local, el cual puede, incluso, privarle de ellas en interés del propio menor.

Sólo en el supuesto de incapacidad para el trabajo o la insuficiencia de los rendimientos de éste tienen obligación los cónyuges divorciados de prestarse alimentos proporcionados a las condiciones recíprocas de vida. En todo caso es preciso que el matrimonio haya durado un año y que no se contraiga ulterior vínculo.

Las declaraciones de presunción de fallecimiento, firmes a la vigencia de la ordenanza que extractamos, determinan la disolución del matrimonio a que se refieren, desde la promulgación de esta disposición.

Las costas son sufragadas por mitad entre ambas partes.

A. G. R.

II. · DICTAMENES

Dictamen

IGNACIO DE CORRAL SALETA

Abogado

Ayudante de Derecha Civil en la Universidad Central

CUESTION PLANTEADA

La Compañía X solicitó en 1955 la autorización administrativa pertinente para ampliar una planta de beneficio de minerales con elementos necesarios para producir 12.000 toneladas anuales más.

La cuestión es si procede la autorización administrativa o, por el contrario, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley de Minas y 156 del Reglamento de Minería y artículo 5.º de la Ley de Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, debe negarse la ampliación.

Antecedentes de la cuestión.—La Compañía X fué creada por escritura pública otorgada ante Notario de Bruselas en 1853. Autorizada, posteriormente, por el Rey de los belgas, por Orden de 9 de junio de 1853. En España fué aprobada por la Real Orden de 1853.

Es de nacionalidad belga, con la particularidad de no tener en Bélgica ningún establecimiento industrial o comercial; solamente se encuentra el domicilio social, y allí tiene lugar la Asamblea General de Accionistas. En España existe una oficina central, en Madrid, donde se centraliza, junto a una Dirección General, la Contabilidad de las dependencias españolas.

El capital es de 340.000.000 de francos belgas, representados por 992.000 acciones, sin valor nominal determinado, todas con igualdad de derechos.

La Compañía X domina y controla en España la gestión de diversas Sociedades de nacionalidad española, en plena actividad.

Actualmente viene desarrollando su actividad en España, Francia, Noruega y Tunizie.

* * *

Para estudiar la cuestión planteada deberá dividirse el particular de la consulta en los siguientes apartados:

a) Normas aplicables

Ley de Minas.

Ley de Ordenación de Defensa en la Industria Nacional.

Código civil.

- b) Naturaleza jurídica de la autorización administrativa para instalar nueva industria o ampliar las existentes.
- c) Significado de instalación y ampliación.
- d) Competencia.
- e) Valor de las resoluciones que se tomen y recursos contra las mismas.
- f) Conclusiones.

Normas aplicables.—En primer lugar, y dentro del Derecho Internacional privado, hay que determinar la legislación aplicable, es decir, la Ley del lugar donde ejerce su industria o la Ley de su nacionalidad.

El artículo 15 del Código de Comercio señala que las Sociedades mercantiles extranjeras se regirán, en cuanto a capacidad, por sus leyes nacionales; pero se regirán por las leyes españolas en todo lo referente a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español.

Determinada la aplicación, en esta materia, de la legislación española a la Compañía X, queda por determinar si las normas que les son aplicables para autorizar o denegar la ampliación, serán las que estaban vigentes en el año 1853 al fundarse la Sociedad, o, por el contrario, deberán ser aplicadas las normas vigentes en el momento de solicitar la ampliación.

La Ley de Minas de 11 de agosto de 1849 reconocía igualdad de derechos a españoles y extranjeros para instalar establecimientos de beneficio de minerales y la actual legislación prohíbe a la sociedad extranjera el instalar establecimientos de esta clase.

El problema tampoco ofrece dificultad en su solución, pues la norma transitoria del artículo 70 de la Ley de Minas dice que las concesiones mineras otorgadas con arreglo a disposiciones vigentes a la sazón y que se hallen en explotación a la publicación de esta Ley quedan sometidas, en virtud de su naturaleza jurídica, definida en el artículo 1.º, a las disposiciones que en ella se establecen. El artículo 71 dice que las minas que hayan sido adquiridas por cualquier título legal que originariamente no haya sido el de concesión minera otorgada con arreglo a la legislación anterior, quedan sometidas al régimen general establecido en esta Ley, sin perjuicio de los derechos que, por constar expresamente en tales títulos, deben considerarse subsistentes como inseparables de la naturaleza contractual o legal de dichos títulos. En su artículo 72 dice que los expedientes en tramitación de concesiones mineras solicitadas con arreglo a la legislación anterior se considerarán como peticiones de permiso de investigación, conservando su prioridad y adaptándose en su tramitación a los preceptos de esta Ley.

Mantiene la Ley de Minas una retroactividad media, pues respeta los derechos adquiridos conforme a la Ley antigua, pero los somete a sus normas para el futuro; esta retroactividad media también la impone el artículo 12 del Decreto de 12 de septiembre de 1939, por lo que van más allá que el artículo 3.º del Código civil y sus normas transitorias, pues en su regla primera determina éste que los derechos subjetivos que hayan nacido y sean perfectos conforme a la legislación anterior, se regirán por ella y no por el Código civil, mientras que la Ley de Minas respeta estos derechos adquiridos, pero los somete a sus normas para el futuro.

Como dice don Federico de Castro, si bien se deben respetar los derechos

adquiridos, siempre deberá ser aplicada la nueva legislación cuando los derechos subjetivos no llegaron a nacer o quedaron en simples esperanzas, aunque durante la legislación anterior se dieran algunos hechos de los que dependían sus nacimientos respectivos.

Por lo que aun considerando que toda industria instalada tiene en potencia un derecho a solicitar la ampliación, derecho muy problemático, como no llegó a nacer en tiempo en que estaba vigente la legislación anterior, deberá regirse su autorización o denegación por las normas vigentes en el momento en que se solicitó.

Por todo lo expuesto se llega a la conclusión de que las normas aplicables para solicitar y conceder la autorización de la ampliación solicitada por la Compañía X, deberán ser: en primer lugar, la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 y su Reglamento de 9 de agosto de 1946 por su carácter de leyes especiales; en segundo, la Ley para la Ordenación de la Defensa en la Industria Nacional de 24 de octubre de 1939, y tercera, los Decretos de 8 de septiembre de 1939 y 12 de septiembre del mismo año, en los que se dan normas para la instalación de nuevas industrias o ampliación de las anteriores y, por último el C. C.

Naturaleza jurídica de la autorización.—Pretendemos determinar la naturaleza jurídica del poder concedido por la Legislación vigente a los órganos de la administración, para autorizar la instalación o ampliación de establecimientos para beneficio de minerales, para ello creemos necesario apuntar algunos conceptos preliminares.

La característica esencial de la administración consiste en la actividad que, como es lógico, se concreta en una serie de actos, por lo que varios autores han definido al acto administrativo como toda actuación de la autoridad administrativa.

Sin embargo, es muy amplio este concepto, pues cabe distinguir, dentro de la actuación de la administración tres clases de actos, como señalan Jéze, Buguit, Villar Romero, etc.:

Los actos-reglas, que establecen situaciones jurídicas generales e impersonales; los actos subjetivos, que establecen, modifican o suprimen una situación jurídica individual, y, por último, los actos-condición, que atribuyen o retiran a un individuo una situación general e impersonal ya establecida por una regla.

Dentro de la primera categoría están las leyes y reglamentos, y las otras dos son las que para estos autores pueden ser clasificadas como actos administrativos propiamente dichos, pues son actos jurídicos de alcance individual, es decir, declaraciones de voluntad de la administración realizadas con el propósito de producir efectos jurídicos y tendentes a crear una situación individualizada.

Mayer lo define como la decisión que corresponde a una autoridad administrativa y que determina frente al individuo, en un acto concreto, lo que ha de ser derecho para éste.

Los administrativistas han señalado las siguientes características del acto administrativo:

1.º Autodeterminación. 2.º Legitimidad. 3.º Oportunidad. 4.º Ejecutoriedad. 5.º Revocabilidad. 6.º Formalidad.

De todas estas características nos interesa destacar la legitimidad y la revocabilidad.

La legitimidad presupone, en primer lugar, la competencia, por parte de las Autoridades u Organismo de quien dimana el acto, y significa que la declaración de voluntad se dicta de acuerdo con las normas preestablecidas y para la consecución de los intereses generales y tutela de los intereses públicos y no por motivos particulares.

En cuanto a la revocabilidad, se ha discutido mucho la necesidad de la existencia de este requisito en el acto administrativo. Para una gran parte de la doctrina, la revocabilidad no puede ser elemento esencial cuando del acto de la administración hayan nacido derechos subjetivos a favor de los particulares. Sin embargo, para otra gran parte de los autores, la revocabilidad debe ser un elemento esencial, pues no se puede, en un momento dado, someter el interés general a una decisión anterior de la administración; para estos autores el único problema que se plantea, en relación con los derechos subjetivos adquiridos, es el de dar una indemnización o resarcimiento adecuado.

El acto administrativo, dentro de ser un acto legítimo, puede ser reglado o discrecional. Actuará la administración por potestad reglada cuando su actuación tenga que sujetarse al contenido de los requisitos o principios dictados por una norma o precepto anterior y actuará discrecionalmente cuando su actuación sea libre, si bien dentro del derecho administrativo no puede hablarse de una extralegalidad absoluta, pues toda actuación de la administración, aunque sea discrecional, deberá sujetarse al fin del servicio previsto.

Cabe, pues, preguntarse hasta dónde puede llegar el poder discrecional de la administración; para López Rodó solamente puede actuar discrecionalmente cuando la Ley, que no puede ir más allá de conceptos teóricos, se encuentre ante la posibilidad de varias interpretaciones y hay margen para la apreciación subjetiva. Entonces solamente es cuando puede haber discrecionalidad. Teoría sostenida repetidamente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 de junio de 1935, 27 de diciembre de 1930, 8 de mayo de 1943 y 22 de marzo de 1944.

Expuestos estos principios, pasemos a estudiar en particular la cuestión planteada.

Para nosotros, el poder concedido a los órganos de la administración para autorizar o denegar la instalación o ampliación de industrias es un poder que participa de las características de acto reglado y acto discrecional, y ello por las siguientes razones:

Los artículos 53 de la Ley de Minas y 156 de su Reglamento determinan que toda persona natural o jurídica que pretenda instalar un establecimiento para tratar o beneficiar sustancias minerales deben:

1.º Reunir los requisitos establecidos en el artículo 9.º de la Ley y 35 del Reglamento.

2.º Obtener la autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles, para lo cual se presentará la correspondiente instancia en la Jefatura de Minas, junto con la documentación que señala, y, previos los informes que estime oportunos, la Jefatura o Dirección General, en su caso, de-

terminarán, excepto en los casos en que el Organismo competente sea el Consejo de Ministros, como luego se dirá.

Es decir, para que la Dirección General u Organismo competente pueda informar y resolver lo que estime oportuno es necesario que el solicitante reúna los requisitos del artículo 9.º, y, una vez comprobada esta existencia, podrá decidir discrecionalmente sobre la autorización o denegación.

En conclusión, la autorización es un acto administrativo reglado y discrecional. Reglado, porque ha de someterse a las normas del artículo 9.º, y discrecional porque, una vez que hayan tenido en cuenta estas circunstancias, se podrá decidir discrecionalmente, de acuerdo con la necesidad de la industria y estado del mercado nacional e internacional.

Significado de instalación y ampliación.—Antes de pasar a la solución que proponemos a la cuestión nos queda por determinar los conceptos de ampliación e instalación en la legislación vigente.

¿La Ley de Minas exige los requisitos establecidos en su artículo 9.º solamente para la instalación o también para poder ampliar una industria ya existente?

En su párrafo 1.º el artículo 156 del Reglamento de Minería no se refiere a la ampliación, sino solamente a la instalación, y tampoco determina cuáles son los requisitos exigidos especialmente para la ampliación. Sin embargo parece que han de ser los mismos, pues la única referencia que hay al permiso de ampliación está en su último párrafo, donde equipara a ambas autorizaciones al decir:

Las autorizaciones para *instalar* o *ampliar* estos establecimientos...

A estos conceptos de instalación y ampliación opone el de mera renovación o sustitución de máquinas, aparatos o elementos complementarios, determinando que no será necesario en estos casos la autorización. El legislador no olvida exponer los requisitos para poder ampliar, sino que los equipara a los necesarios para instalar.

Los Decretos de 8 y 12 de septiembre de 1939, al exigir los requisitos y documentación que se ha de presentar para la tramitación de la autorización para instalación o ampliación, no distingue, exigiendo los mismos para una que para otra, considerando totalmente iguales ambas peticiones y trámites.

Teniendo en cuenta el espíritu de la Ley, ésta deberá interpretarse en el sentido que propugnamos, pues teniendo como fin en este aspecto, tanto la Ley de Minas como la Ley para la Defensa en la Industria Nacional, el liberar a ésta de la influencia extranjera y procurar que aspecto tan importante de la nación, esté controlado y dirigido por el capital español, se vería defraudado si se permitiera la ampliación a sociedades extranjeras ya introducidas en España, pues toda ampliación significa una nueva inversión de capital y, por lo tanto, una mayor ingerencia en la Industria Nacional.

También, por interpretación de las Ordenes de 8 y 12 de septiembre de 1939, se llega a la conclusión propuesta, pues el fin de estas normas es la ordenación de la industria conforme a la necesidad del mercado nacional, y la ampliación en este sentido causa los mismos efectos, pues supone una mayor producción con, por ejemplo, una posible saturación del mercado.

Competencia.—Entramos en el estudio de la persona u Organismo a quien le está atribuida por la legislación vigente la competencia para autorizar la ampliación o denegarla.

El artículo 53 de la Ley de Minas y el 156 de su Reglamento conceden esta facultad de una manera general al Director general de Minas, pero el artículo 9.º de la Ley y el 35 de su Reglamento imponen una excepción a este principio general, porque determinan que cuando el capital de la Sociedad que pretende instalar o ampliar pertenece en más del 25 por 100, sin exceder del 49 por 100, a extranjeros, la autoridad competente para autorizar es el Estado, mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

Igualmente el artículo último de la Ley de 24 de octubre de 1939 establece que, por caso excepcional y por motivos de extraordinario interés para la industria nacional, el Estado, por acuerdo del Consejo de Ministros, podrá autorizar la instalación de industrias a sociedades cuyo capital pertenezca a extranjeros.

Del cotejo de estos dos artículos surge una afirmación y una discrepancia.

En primer lugar una afirmación categórica: cuando el capital de la sociedad solicitante pertenezca a extranjeros en más del 25 por 100, el Organismo competente para decidir la cuestión es el Consejo de Ministros.

Una discrepancia en cuanto que la Ley para Defensa de la Industria no establece límite en cuanto al capital extranjero que pueda ser autorizado, en caso excepcional, por el Consejo de Ministros, y la Ley de Minas, por el contrario, establece un límite máximo que es el 49 por 100, debiendo ser el 51 por 100 restante capital español.

A nuestro parecer, en el caso concreto, siempre es aplicable, en primer lugar, la Ley de Minas como ley especial y como ley posterior en aplicación de los principios jurídicos de que la ley especial deroga a la general y la ley posterior deroga a la anterior.

Pero la Ley de Minas, en su artículo 9.º, exige otros requisitos para autorizar a una sociedad a instalar o a ampliar establecimientos de beneficio de minerales; además del expuesto anteriormente, la Ley exige que la sociedad ha de estar constituida y domiciliada en España. La exigencia de estos requisitos es tajante y no admite, como en el requisito anterior, casos de excepción; los dos requisitos se han de dar inexorablemente y no está permitido a ningún Organismo de la administración autorizar la industria, ni en casos excepcionales, si no se cumplen; y ello es lógico y consecuente con el espíritu de la Ley y con la defensa de elemento tan importante en la economía nacional. Puede, en casos excepcionales, llegarse a permitir que la participación extranjera en una sociedad española sea mayor o menor y, por tanto, que los elementos extranjeros influyan dentro de la sociedad española con más o menos intensidad; pero por tratarse de sociedad española está íntegramente sometida en su nacimiento, desarrollo y extinción a la legislación española.

Tratándose de sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero, en virtud del artículo 15 del Código de Comercio, estas sociedades se regirán por la ley extranjera en cuanto a su capacidad y organización interior. Es decir, dependen, en su desarrollo, de leyes extranjeras dictadas en defensa de los intereses propios, y ajenos, por tanto, a los intereses españoles.

Siempre el Estado español podrá hacer una mayor defensa de sus intere-

ses tratándose de sociedades españolas, aunque intervenga capital extranjero, que tratándose de sociedades totalmente extranjeras.

La conclusión de todo lo expuesto es que estos requisitos exigidos en el artículo 9.º han de darse siempre en la sociedad para que les pueda ser concedida la autorización, y ningún Organismo estatal podrá, en ninguna circunstancia autorizar a la Compañía X la ampliación solicitada, por estar constituida y domiciliada en Bélgica.

Valor de las resoluciones que se tomen y recursos contra las mismas.— Como hemos dicho, el Organismo competente para decidir sobre esta cuestión es el Consejo de Ministros, por lo cual toda determinación que pueda emanar de la Dirección General de Minas será nula por vicio de incompetencia y recurrible en vía contencioso-administrativa.

Las resoluciones que pueda tomar el Consejo de Ministros deberán ajustarse a las normas vigentes y, por tanto, será totalmente nula cualquier resolución favorable a la ampliación en virtud del artículo 4.º del Código civil, que por estar comprendido en su título preliminar es aplicable a toda clase de normas, ya pertenezcan, conforme a su naturaleza, al Derecho público o al Derecho privado, pues no le está permitido al Consejo de Ministros, por la Ley de Minas, autorizar la ampliación a sociedades constituidas y domiciliadas fuera de España o a sociedades españolas cuyo capital, en manos de extranjeros, exceda del 49 por 100. Como en el caso presente no existe esta circunstancia, toda solución favorable será nula y, como tal, recurrible por la vía contencioso-administrativa.

De todo lo expuesto en el presente trabajo deducimos las siguientes

CONCLUSIONES

1.ª La autorización para instalación o ampliación de una industria es un acto administrativo que, si es discrecional en cuanto a la autorización, es reglado en cuanto a la exigencia de requisitos o condiciones que deben reunir los solicitantes.

2.ª Que la legislación vigente da igualdad de tratamiento a la ampliación y a la instalación de nuevas industrias en cuanto a tramitación y requisitos exigidos.

3.ª Que en ningún caso podrá autorizarse la instalación o ampliación a sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero.

4.ª Que está prohibida la instalación o ampliación de industrias para el beneficio de minerales a sociedades españolas cuyo capital pertenezca a extranjeros en una proporción mayor al 25 por 100.

5.ª Que como caso excepcional, y por acuerdo del Consejo de Ministros, podrá autorizarse la instalación o ampliación de establecimientos de beneficio de minerales a entidades españolas que tengan, como máximo, un 49 por 100 de capital extranjero, debiendo pertenecer el 51 por 100 restante a capital español. Que el poder para dar estas autorizaciones corresponde única y exclusivamente al Consejo de Ministros.

6.º Como resumen de todas las conclusiones anteriores, la Dirección General de Minas es incompetente para autorizar la ampliación solicitada por la Compañía X con fecha 3 de octubre de 1955, y que tampoco el Consejo de Ministros puede autorizar la ampliación mencionada por carecer dicha Sociedad del requisito exigido por la legislación vigente de estar constituida y domiciliada en España y que un 75 por 100 o, en casos excepcionales, un 51 por 100 como mínimo, sea capital español.

Conclusiones que someto a cualesquiera otras mejor fundadas.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

Sentencia de 28 de octubre de 1953, del Juzgado de 1.ª Instancia de Igualada (Barcelona) ⁽¹⁾

Interpretación cláusula testamentaria.—Sustitución fideicomisaria condicional o fideicomiso familiar condicional y fideicomiso de residuo.—Hijos puestos en condición y disposición.—Facultades del fiduciario —Cuarta trebeliánica, legítimas, deudas.—Dote, donación «propter nuptias»: su imputación y reducción.—Donaciones para después de la muerte del donante.—Acciones ejercitables por los herederos del fiduciario: examen de la reivindicatoria. «famiia erciscumdae», nulidad plena.—La acción resolutoria o de propiedad resoluble, nacida de condición resolutoria.—Tercer registral.—Derecho de acrecer.—Aceptación y renuncia de la herencia por uno de los herederos (actor) del fiduciario en relación a la garantía por evicción alegada por los terceros adquirentes en reconvencción.—Privilegios locales.—Prescripción de acciones: «actio nata». Usucapión. Usatge «omes causae». Usucapión de cosas sujetas a condición resolutoria.—Tiempo en que se han de valorar los bienes.—Frutos, mejoras e impensas.—Condición del fiduciario catalán.

* * *

En la ciudad de Igualada, a 28 de octubre de 1953, el señor don Carlos de la Vega Benayas, Juez de 1.ª Instancia de la misma y su partido, habiendo visto los presentes autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos entre partes, de una como demandante don A. A. C., mayor de edad, soltero, curtidor y de esta vecindad, representado por el Procurador don V. D., y dirigido por el Abogado don R. S. y después don J. F., y de otra, como demandados doña A. A. R. y otros (hasta un total de 41)...; versando dichos autos sobre declaración de herederos fideicomisarios, nulidad de contratos e inscripciones, reivindicación de bienes inmuebles y pago de daños y perjuicios, y

RESULTANDO.—(No hacemos constar los antecedentes por estar ya suficientemente *explicitos y narrados, especialmente en el segundo Considerando.*)

CONSIDERANDO.—Que la cuestión fundamental a resolver en el presente litigio, esencialmente de «iure», ya que en los hechos están las partes sustancialmente de acuerdo, es la de determinar el sentido y alcance (función interpretativa) de la cláusula testamentaria inserta en la última voluntad del fideicomitente o causante, y que, literalmente, dice así: «En todos sus demás bienes muebles e inmuebles, créditos, efectos y demás que dejará en la hora de su fallecimiento, instituye en heredero suyo universal a su apreciado hijo don F. A. P., libremente si falleciere con hijos legítimos o naturales o legítimos sucesores, pero a favor de los mismos; no obstante, si falleciese sin tales hijos o legítimos sucesores, sólo podrá disponer libremente de la cantidad de dieciséis mil pesetas y en lo restante de la herencia a él sustituye y para en tal caso desde ahora en herederos suyos instituye a sus repetidos

(1) Remitida por su titular, D. Carlos de la Vega Benayas.

hijos don M. y don J. A. P. y a sus legítimos sucesores..., etc.»; para, una vez fijada esta voluntad final, esclarecer la validez o invalidez de los actos dispositivos realizados por el fiduciario e hijo de aquél, en relación con los derechos que, como tal fiduciario, le otorgan las leyes.

CONSIDERANDO.—Que de la prueba practicada resulta que el fideicomitente y causante don F. A. A. R. otorgó testamento en esta ciudad en 27 de agosto de 1871, en el cual se contiene la citada cláusula, falleciendo en la misma el día 1 de septiembre de 1871, nombrando en aquél heredero a su hijo don F. A. A. P. en las condiciones citadas y en otras que aquel testamento contiene, aceptando la herencia de su padre en escritura de inventario otorgada en la repetida ciudad, con fecha 29 de noviembre de 1871, en la que comparecieron la madre del heredero y viuda del causante y los tutores y curadores del heredero menor, adjudicándose a aquélla en usufructo y a ésta en nuda propiedad los bienes hereditarios, con excepción de los legados a otras personas, a más de hacer constar ciertas deudas, causando ello las pertinentes inscripciones en el Registro de la Propiedad, con reproducción de la cláusula testamentaria transcrita; contrayendo más tarde primer matrimonio dicho heredero, del que hubo nueve hijos: R., F., A., J., D., A., M., T. y N; y un segundo, del que hubo otro hijo, llamado J. A. S., y un tercer matrimonio, del que no dejó descendencia. Que falleció en Igualada en 10 de febrero de 1930, sobreviviéndole todos los hijos citados, excepto R., primogénito, que le premurió, y a quien había otorgado, en escritura de capítulos matrimoniales, a 17 de diciembre de 1912, donación inter vivos y otra para después de la muerte del donante, de diversas fincas, una «Mas d'en Bosch y Can Virella», hoy en poder de la hija del donatario y demandada, y la otra, «Casa Alemany» y casa de la Rambla, núm. 19, de esta ciudad, en posesión de otros demandados, adquiridas por transmisión de otros que la adquirieron del heredero, fiduciario y donante, a virtud de la reserva que éste se hizo para enajenar, no obstante la donación, de conformidad a las Leyes catalanas, pero infringiendo la Ley del fideicomiso; acreditándose también que, aparte de las disposiciones anteriores, el heredero don F. A. A. P., desde 13 de mayo de 1885 hasta el 28 de junio de 1927, redimió, enajenó, vendió y dispuso de casi la totalidad de las fincas comprendidas en el inventario a él adjudicadas en nuda propiedad, todas ellas por actos inter vivos y sin la presencia o intervención de los presuntos fideicomisarios, si bien haciéndose constar en algunas escrituras (pero sin más garantía que la de la palabra del enajenante) que aquéllas se hacían para satisfacer deudas de la herencia; fincas que, a virtud de sucesivas transmisiones, todas ellas acreditadas por escritos y certificaciones registrales, están hoy en posesión de los diversos demandados, quienes algunos, al comparecer, citaron de evicción a los transmitentes y en definitiva al actor, como heredero de su padre enajenante, a virtud de actos de aceptación de herencia, que después se valorarán; compareciendo dicho actor en estos autos y en el acto de conciliación previo a los mismos, como heredero de su padre, en méritos del testamento otorgado por éste en 23 de febrero de 1927, nombrándole como tal, junto con sus hermanos F. y J. A. C. y J. A. S., por iguales partes y en todos sus bienes, derechos y acciones, con exclusión de las hijas antes citadas, habiendo fallecido en 1937, posteriormente a su padre, don J. A. S., sin que conste la aceptación, renun-

cia o transmisión de sus derechos hereditarios; acreditándose además otros extremos, cuya valoración se hará en los siguientes.

CONSIDERANDO.—Que de las dos partes que bajo el término genérico «interpretación» se comprenden, una consiste, según sentencia de 30 de junio de 1930, en fijar el verdadero sentido y alcance del texto con relación a la voluntad del otorgante, reservándose la otra, «questio iuris», para determinar la conformidad existente entre la disposición testamentaria y la norma legal de cuyo cumplimiento no puede sustraerse el otorgante.

CONSIDERANDO.—Que, ello sentado, es obvio declarar que si, según el artículo 12 del Código civil, es aplicable el derecho específico catalán, que no es otro que el derecho romano en la cuestión que aquí se debate, si bien modificado por peculiaridades autóctonas regionales, las normas aplicables lo han de ser siguiendo el sentido y finalidad de aquéllas, y en este aspecto cabe declarar que el fideicomiso familiar catalán tiene su punto de arranque en el «fideicommissum familiæ relictum», presentándose bien en forma pura, bien condicionada, en cuyo último caso se opera la restitución de los bienes tras el cumplimiento de la condición, siendo la más normal y corriente en la región la implícita en la cláusula «si sine liberis decesserit» (morir sin hijos o con tales que no lleguen a la edad de testar), pero siempre con la suprema finalidad de que los bienes *no salgan del círculo familiar*, condicionándose el paso de la herencia al sustituto, al hecho futuro e incierto de que el «fill» instituido muera sin «fillis» o liberos, constituyendo, pues, la muerte del gravado una condición implícita o sobre-entendida (Digesto, 32, 8, 2; 36, 1, 77, y 32, 41, 13), estimándose que falta la condición si los hijos sobreviven al padre (Digesto, 30, 114, 13; ídem, 36, 1, 18), pero entendiéndose siempre, como se dice, que dicha restricción eventual en el fiduciario va encaminada a dar firmeza y estabilidad a la familia y patrimonio familiar; debiéndose añadir que los hijos así puestos en condición no se entienden llamados, a menos que por conjeturas o por decirse expresamente así se disponga o se entienda.

CONSIDERANDO.—Que puestos ya a esclarecer el sentido de la cláusula litigiosa, atendiendo a aquella finalidad institucional, y a la primacia, en todo caso, si las palabras son dudosas, de la voluntad e intención sobre aquéllas (vocis ministerio utimur: las palabras son sólo medios de expresión: Digesto, 33, 10, 7, 2), es menester observar que aquí el juzgador e intérprete se encuentra ante el poco sólido caso de que ya el Tribunal Supremo, en sentencia tantas veces citada por el actor como fundamento de su tesis, de 13 marzo de 1942, se ha ocupado e interpretado, no ya de un caso semejante o parecido, sino de la propia cláusula litigiosa aquí a interpretar y que si bien con fines y resultados distintos ello no enerva la pureza de su interpretación ni disminuye por ello la fuerza que la otorga el supremo origen de la misma; lo que no quiere decir que el intérprete actual se haya de sujetar a la misma, habida cuenta, como alega algún demandado, que la jurisprudencia (y una sentencia no lo es) no es fuente de derecho, ni en España el Juez está obligado al precedente («stare decisis» de la jurisprudencia anglosajona), sin perjuicio de la revisión que la doctrina moderna está haciendo ya sobre dicha cuestión; por lo que si en esta resolución se sigue lo sentado en esa sentencia del Tribunal Supremo no es sólo por la autoridad moral de la Sala que la dictó, sino por su correcta aplicación de las normas interpretativas y por entender

que otorga a aquella cláusula su verdadero sentido, hoy más puesto de manifiesto dada la mayor extensión y alcance de este juicio.

CONSIDERANDO.—Que por ello cabe decir con la citada sentencia de 13 de marzo de 1942, que la aludida cláusula entraña «una sola sustitución fideicomisaria en que están llamados como herederos fideicomisarios primero los hijos y sucesores del heredero instituido por éste designados libremente, si falleciere con ellos, y, en su defecto, sus hermanos antes indicados»... del que se deduce que «estando pendiente de cumplimiento la condición que afecta a toda la institución de que falleciera con hijos o sin ellos, estaba hasta entonces obligado el heredero primeramente instituido a conservar el patrimonio completo salvo las 16.000 pesetas de que podía disponer para sí libremente si moría sin sucesores, y esa obligación es incompatible con la libre disposición que propugnan los recurrentes, que queda por ello reducida a poder designar libremente para después de su muerte a los hijos que habrían de ser herederos fideicomisarios» por lo que «es evidente que los hijos o sucesores del fiduciario no adquirirían el derecho a la sustitución desde la muerte del testador, sino desde el fallecimiento del padre, día en que se cumplía la condición del fiduciario, de conformidad con las sentencias de este Tribunal de 9 de julio de 1910, 11 de diciembre de 1912; 5 de enero y 29 de febrero de 1918 y 30 de octubre de 1929.

CONSIDERANDO.—Que es claro, pues, que nos encontramos ante una sustitución o fideicomiso familiar condicional, y, dados los hechos del pleito, ante un supuesto de expectativa de derecho o adquisición pendiente del cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria según se mire; pero en ningún caso ante un fideicomiso de residuo, porque la característica de éste es que la persona instituida en segundo lugar adquiera los bienes de que el primero no haya dispuesto por actos *inter vivos*, libremente o en determinadas circunstancias, o bien *mortis causa*, tal como se declara en sentencia de 13 de noviembre de 1948, entre otras.

CONSIDERANDO.—Que aun cuando la naturaleza de la institución estudiada ya se desprende paladinamente de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1942, cabría añadir que al continuar diciendo la cláusula «no obstante si falleciera sin tales hijos o legítimos sucesores sólo podrá disponer de 16.000 pesetas y en lo restante sustituye y desde ahora instituye a sus otros hijos»... es visto que el propio testador determina la fecha del cumplimiento del fideicomiso, la muerte del fiduciario, y que éste, hasta el momento de su muerte con hijos, había de reservar los bienes y disponer libremente de ellos sólo *mortis causa*, porque sólo si fallece sin hijos se cumple el fideicomiso a favor de los hermanos del fiduciario y sólo con hijos a su muerte se verifica la libre institución (libremente si fallece con hijos) y sólo hasta el momento de su muerte; en tanto que de admitir la libertad de disposición *inter vivos* y en el supuesto de inexistencia de hijos por premoriencia a su muerte, aquellas disposiciones serían anulables para revertir al primer hermano sustituto, ya que no se cumpliría la condición de morir con hijos por lo que la libertad de disposición *inter vivos* a favor de los hijos resultaría, de admitirla, inconsecuente e incongruente con el resto del testamento, ello en el supuesto de premorir al fiduciario y haber recibido bienes del mismo, y además resultaría de mejor condición los hermanos del fiduciario o se-

gundos sustitutos que los hijos del mismo sobrevivientes ante las disposiciones hechas por el fiduciario a hijos premuertos; y es que hay que tener en cuenta que la tan discutida cláusula contiene una especialidad excepcional a la norma imperante, y es que los hijos aquí puestos en condición lo son también puestos en disposición, como se ordena en la frase «pero a favor de los mismos», ya que otra cosa no puede significar si se relaciona con la frase siguiente relativa al fallecimiento sin hijos; y esta puesta en disposición lo es, si se quiere cumplir el resto del fideicomiso, al arbitrio del fiduciario no en cuanto al tiempo, sino en cuanto a las personas (a elegir entre hijos o sucesores legítimos) como así se deduce de la lógica trabazón y gramatical concordancia de la frase «libremente si falleciera con hijos, pero a favor de los mismos» en que aparecen unidos tres términos y conceptos: libre disponibilidad, muerte y beneficios sucesores; porque no cabe separar en buena sintaxis, *libremente* de *pero a favor de los mismos*, ya que la conjunción adversativa *pero* (ante la que se antepone siempre coma o punto y coma) no hace—adversativa—sino paliar, desvirtuar y enervar una proposición anterior y con referencia y ligada a ella y, por ende, inseparable de la oración (aquí elíptica) anterior; libremente, palabra o frase (disponer libremente) indicativas de que esa libertad dispositiva o libre voluntad lo es referida a la testamentaria o a la con efectos *post mortem*, nunca a la *inter vivos*, a menos que se hubiera hecho expresamente, tal como si se dijera «pudiendo disponer de los bienes si se casa y tiene hijos a su libre voluntad y sin añadir (extremo esencialísimo) otro llamamiento para el caso de morir sin ellos, cosa que se hace en el testamento de autos, es decir, sin ponerlos en condición para otra sustitución, ya que en este caso, al ser también llamados, esta puesta en disposición sólo puede referirse a los que vivan al fallecimiento del fiduciario y no a los premuertos que no han sido designados, puesto que, en definitiva, y esto es esencial en la interpretación que aquí se sienta, de admitir la libertad de disposición y que el fiduciario A. P. podía disponer libremente no tendría ni finalidad el segundo llamamiento a favor de los hermanos que a continuación hace, implicando ya ello una obligación de conservar los bienes, y sabido es que la interpretación y búsqueda del sentido de una disposición ha de hacerse unitariamente y en contemplación al contenido total del testamento en que se contiene.

CONSIDERANDO.—Que de esta restricción a la libertad dispositiva emanada de la propia naturaleza del fideicomiso familiar condicional que se declara existente, es obvio que escapan a la prohibición aquellos actos dispositivos que el fiduciario puede realizar en uso de los derechos que la Ley le concede para hacerse pago de la legítima y cuarta trebeliánica o satisfacer deudas reconocidas de la herencia (resolución de 15 de abril de 1930; sentencias de 26 de febrero de 1919 y 25 de octubre de 1950; 12 de febrero de 1916. 1 de julio de 1926 y 22 de octubre de 1946; Tit. 22, lib. 2, Instituta), cosa que el actor reconoce en cuanto a legítima y deudas e impugna respecto a la trebeliánica, pero que es dable admitir también, habida razón de la que le asiste, por haber cumplido los trámites que la Ley ordena que no es otro (el discutido) que de haber tomado y terminado el inventario dentro de los noventa días después de la muerte del causante (sentencia de 5 de agosto de 1949; Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, lib. 6.º, tit. 8.º, vol. 1.º de las Constituciones de Catalu-

ña y toda la doctrina catalana: Brocá, Sagner, Corbella, Peya, etc., etc.) y sin más especialidades y distingos, bastando sólo con la escritura notarial de inventario (práctica antiquísima catalana: Vives y Cebriá, tomo 2.º, pág. 289; Pella, 3, 226, etc.) dado que, por ser mero requisito formalista debe interpretarse restrictivamente para evitar que simplemente por ello se prive al fiduciario de un derecho que precisa y originariamente se otorgó en Roma como premio y estímulo para el cumplimiento de la fiducia o encargo, pudiendo hacerse pago el propio fiduciario de las cantidades importe de sus derechos, deduciéndolas o detrayéndolas (es decir, no entregándolas junto con la herencia para pedir las después), según doctrina de los doctores y jurisprudencia y Derecho romano y canónico (sentencia de 23 de junio de 1884; Real Cédula de 27 de febrero de 1742; Decretales 3, 26, cap. 16 y 18; párrafo 5.º, título 23, libro 2.º, Instituta; Ley 68, tit. 1.º lib. 36 del Digesto), calculándose la trebeliánica una vez deducidas deudas y legítima únicamente, según se desprende de las Leyes 2.ª y 5.ª, título 50, libro 6.º del Digesto; 20 y 21, Ley 1.ª, título 1.º, libro 36, Digesto, y Ley 2.ª, título 49, libro 6.º del Código.

CONSIDERANDO.—Que de acuerdo con la interpretación dada a la repetidísima cláusula testamentaria, es obvio que, como ya declaró la sentencia de 13 de marzo de 1942, no puede estimarse ni tenerse como heredero fideicomisario al hijo premuerto don R. A. R. y nieto del causante por razones expuestas en aquella sentencia, es decir, por haber premuerto al fiduciario y antes del cumplimiento de la condición y por no haber sido designado por éste, quien, por otra parte, lo excluyó expresamente, pensando, quizá, en las donaciones hechas al dicho R. con ocasión de sus nupcias, en las que le hizo gracia de varias fincas con ciertas reservas dispositivas a favor del donante y fiduciario respecto a dos de las fincas donadas.

CONSIDERANDO.—Que por ello el problema en torno a la propiedad de los bienes comprendidos en aquella donación se reduce a determinar la validez e ineficacia de aquel acto de liberalidad por comprendido o no en las facultades que las leyes otorgan al fiduciario, precisando antes, por ello, la naturaleza jurídica de esa donación para fijar, en su caso, la firmeza de los derechos adquiridos por el donatario y herederos o causahabientes.

CONSIDERANDO.—Que en términos generales, como antes se dijo, además de las deducciones legales antes citadas, existen otros actos dispositivos que escapan a la obligación de conservar y restituir de todo heredero fiduciario, entre las cuales se cuentan la facultad del mismo para adoptar dote o, siendo varón, para hacer donación propter nupcias, para que pueda constituir hipoteca en seguridad de la dote aportada por su mujer y para constituir dotes a sus descendientes, según así resulta del espíritu y letra de las siguientes disposiciones: Ley 3.ª, tit. 43, lib. 6.º del Código; Novela 39, cap. 1.º, de Justiniano; auténtica *Res Quae* subsiguiente a la Ley citada y Novela 108; Constitución 103, capítulo 2.º también de Justiniano, y ello sin necesidad de intervención de los fideicomisarios ni la del Juez, conforme a las resoluciones de 3 de noviembre de 1932 y 15 de abril de 1930, y en cuanto a la doctrina general, de acuerdo con las sentencias de 30 de junio de 1881, 23 de junio de 1884, 7 de octubre de 1896, 23 de marzo de 1910, 12 de febrero de 1924, 1 de julio de 1926 y 22 de octubre de 1946.

CONSIDERANDO.—Que dentro de esta facultad cabe incluir ciertamente la donación efectuada al hijo R. de la finca Mas d'en Bosch y Can Virella, en tanto que, no obstante ser donación propter nupcias, en cambio es, por su espíritu y por ser hecha en capitulos matrimoniales, de la clase de donación o dote que el padre hace al hijo que se casa y a quien no instituye «hereu» o heredero, para que tenga capital propio o lo aporte a su esposa y de las que al referirse Brocá a ellas indica que son «las que se llaman vulgarmente dote y que, cuando se otorgan, dicese que los padres dotan a sus hijos» (Brocá, 1, 251), carácter que, indudablemente, induce a subsumirlas en aquellas disposiciones romanas y ello por varias consideraciones: a), por analogía, ya que si el Código y las Novelas hablan de dote, es obvio que ante una de éstas nos encontramos, y si bien toda donación no constituye dote, sí reúne sus características, las que en Cataluña se hacen a los hijos en las condiciones dichas; b), por una fuerte razón de equidad o justicia del caso concreto, no sólo porque, en caso contrario, se iría contra el principio y medios de una familia creada o contribuiría a crear con aquella donación, sino porque también de declarar la invalidez siguiendo preceptos literales estrictos, se ocasionaría una desigualdad irritante e injusta entre descendientes del fiduciario, sobre todo si se tiene en cuenta que éste, dada la particular y halagüeña teoría que para él sustentaba respecto al fideicomiso ordenado por su padre, pensaba y creía (y su creencia no influye en la verdadera naturaleza del fideicomiso) poder disponer habiendo tenido hijos y que estaban en sus facultades hacerlo, no siendo lógico y humano que por seguir consecuencias institucionales estrictas se invaliden aquellos actos realizados en la creencia de cumplir el fideicomiso y que, en definitiva, favorecerían a uno de los presuntos sustitutos, siquiera después premurió el fiduciario; y, en fin, porque c), es múltiple y reiterada la jurisprudencia que declara que en lo dudoso debe prevalecer la equidad («aequitas in dubio praevallet»): Sentencias 10 de febrero 1906, 25 marzo 1915, 27 mayo 1924, expresiva ésta de que nuestro Código autoriza al juzgador para establecer la regla de derecho aplicable al caso sometido a su decisión cuando no exista ley o ésta es deficiente y para interpretarla si es oscura la existente; S. 26 noviembre de 1929, que declara que no ha de atenderse—si se ha de administrar recta justicia—a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal, sino también a su indudable espíritu recto y sentido y verdadera finalidad, para acomodarlo a las circunstancias especiales del caso; y SS. 20 marzo 1945, 11 febrero 1946 y 31 mayo 1945, entre otras; razones todas por las que procede declarar la validez de la donación o dote citada, comprensiva de las fincas Mas d'en Bosch y Can Virella y en poder hoy de la demandada comparecida e hija del donatorio doña A. A. R., a la que procede absolver por lo mismo, si bien, de acuerdo con la ley Novelas citadas, imputando su importe a las cantidades disponibles y de que el fiduciario dispuso en uso de su legítima y trebeliánica, ya que, según disponen aquellos preceptos, estas donaciones y dotes pueden hacerse en cuanto basten aquellas y las deducciones varias que por deudas puede hacer el fiduciario.

CONSIDERANDO.—Que en cuanto a la segunda donación no cabe decir y declarar lo propio, ya que, siendo «para después de la muerte del donador», no de presente, y habiéndose reservado el mismo las más amplias facultades positivas, en virtud de las cuales enajenó los bienes donados, aquella donación

careció de efecto y virtualidad, quedando destruída (Fontanella, cláusula 4.ª, glosa 26, 5 y 9, y Cancer: Var. resol. 3.ª, cap. 7.º, núms. 227 y 228), y, por consiguiente, comprendidos esos actos de enajenación en la prohibición general de inalienabilidad de bienes fideicomitidos.

CONSIDERANDO.—Que por todo lo expuesto y de acuerdo con las normas vigentes (Digesto, Libro 30, l. 114, párrafo 14 y Ley 2.ª; Digesto, Libro 30, *De legatibus* l. 1; Ley 120, párrafo 1.º; Ley 3.ª, título 43, libro 6.º del Código; sentencias de 9 de junio de 1910, 9 de abril de 1928 y 30 de octubre de 1888) todos los actos dispositivos realizados por el fiduciario contrarían la obligación de conservar y restituir inherentes a su posición jurídica y, en consecuencia, han de ser examinados a la luz de las acciones que el actor ejercita en su demanda.

CONSIDERANDO.—Que resumiendo, sólo es admisible la de resolución de aquellos actos o contratos, ya que para la reivindicatoria le falta acreditar, respecto a varios demandados, el requisito de identificación de las fincas, a más de no concretar su título exclusivo y neto, como después se verá, ni tampoco la de familia *erciscundae*, ya que no hay herencia que dividir y es ahora cuando se pretende reconstituirlo; y respecto a la de nulidad plena, evidentemente no cabe, si se tiene en cuenta que todas las enajenaciones hechas a extraños y la adquisición por éstos, lo son de cosas sujetas a condición resolutoria o propiedad resoluble por estar pendiente y constante en el Registro de la Propiedad la condición de que al morir el fiduciario vivan o no los hijos, es decir, los contratos no nacieron con vicio que los invalidase ni en infracción clara de un precepto de Ley taxativo, sino meramente con la posibilidad de ser resueltos, según así se desprende de lo dispuesto en el párrafo cuarto de la Ley tercera, título 43, Libro 6.º del Código de Justiniano, que dice: «Mas el comprador que conozca el gravamen de la cosa, tenga contra el vendedor acción solamente para la restitución del precio, sin que tenga lugar ni la estipulación del duplo ni la mejora, pues le basta que se le satisfaga a lo menos en cuanto al precio que a sabiendas dió por una cosa ajena, compeliéndole, sin embargo, al acreedor contra el deudor la acción contraria de prenda, de suerte que en todas sus partes y con todo empeño se lleve a efecto lo que siempre nos apresuramos a disponer y logre en su legítimo cumplimiento las últimas voluntades de los difuntos, teniendo sin duda alguna los compradores de buena fe íntegros sus derechos y de ningún modo menoscabados por esta constitución contra la vendedores»; párrafo el transcrito que está inserto a continuación de la auténtica *Res quae*, que prohíbe la enajenación y obligación de cosas sujetas a restitución; porque no es lo mismo un contrato nulo, *ipso iure*, que uno anulable, en el cual, como en este caso, pueden equipararse los efectos de su nulidad declarada a las de las condiciones resolutorias u obligaciones resolubles, que no son otras que las señaladas en la Ley citada del Código romano y lo dispuesto en igual sentido en los artículos 1.123 y su complemento y garantía, el 1.308, ambos del Código civil, es decir, restituir lo que se hubiese recibido en las obligaciones de dar (1.123), pudiendo retenerse si el otro no cumple por su parte (1.308) requisitos que son los que aquí se cumplen, porque realizada la condición de haber muerto con hijos, todas aquellas enajenaciones advienen ineficaces y deben resolverse para reintegrarse los bienes en el fideicomiso, ya que en el Registro de la Propiedad constaba

la condición resolutoria y los compradores no pueden alegar la condición de terceros protegidos por la *fe pública registral*; pero teniendo en cuenta que los compradores han podido ver consumada su adquisición por la inexistencia de fideicomisarios, no parece justo privar a aquéllos del precio que dieron de las fincas y que consta en las escrituras (en definitiva, la de los últimos adquirentes), ya que no puede atribuirseles mala fe (que de existir se compensaría con la del vendedor) en la adquisición de bienes que pudieron legítimamente llegar a ser suyos, aparte de que adquirirían conforme al Registro (sentencia de 18 de mayo de 1893 y resoluciones de 11 de agosto de 1933) y 10 de marzo de 1944, y artículo 107, 10 de la Ley Hipotecaria) y en él se inscribieron las transmisiones, quizá también debido a que cuando se hizo el inventario se adjudicó el usufructo a la viuda y madre, y al hijo y fiduciario la nuda propiedad, y por ello no hubo obstáculo—por parte de esas oficinas—al ver ampliadas las facultades, en verificar y autenticar aquellas operaciones translaticias de bienes fideicomitidos; doctrina—anulabilidad, resolución— que es la que sientan, por otra parte, las sentencias de 21 de diciembre de 1892, 26 de febrero de 1896 y 30 de abril de 1897.

CONSIDERANDO.—Que sentado esto, procede ahora examinar las excepciones esgrimidas por los diversos demandados, en cuanto no resulten desestimadas en las anteriores consideraciones.

CONSIDERANDO.—Que procediendo declarar resueltas aquellas enajenaciones (excepto las que quepan en las facultades dispositivas del fiduciario que se dirán), mediante la entrega de la cosa a cambio de precio escriturado, y pidiendo el actor la nulidad o resolución en la tercera parte por entender que la del fideicomisario fallecido, don J. A. S., acreció a los demás hermanos, procede ante todo declarar que designado éste también heredero fideicomisario y muerto después que el fiduciario, consumó su derecho expectante y, por consiguiente, no se da ese derecho de acrecer, sino el de sucesión testamentaria o abintestato en favor de las personas por él consignadas o por la Ley, que pueden serlo bien sus hermanos u otras personas distintas, sin que en este caso se acredite el derecho del actor a su sucesión, por lo cual procede desestimar en parte esa petición y declarar la resolución de las enajenaciones sólo por lo que a su cuarta parte respecta.

CONSIDERANDO.—Que en lo tocante a la aceptación y renuncia de la herencia del fiduciario por parte del fideicomisario actor es evidente que si traemos a colación la teoría del patrimonio, que admite la existencia de patrimonios separados y de destino, hay que considerar la herencia fideicomitida como uno de ellos y sentar que el fideicomisario sucede al abuelo, no al padre fiduciario, y así parece declarar y seguir ese criterio el Reglamento para la ejecución de la Ley del Impuesto de Derechos Reales al disponer en su artículo 33 que el fideicomisario pagará por el tipo que corresponda al grado de parentesco con el fideicomitente; pero si se estima la herencia como conjunto de bienes y obligaciones del difunto sin distinción de origen, es obvio que las contraídas por el fiduciario entroncadas en esta herencia no pueden dislocarse del activo, y si además se toma en consideración su comparecencia en el juicio seguido en 1933 como heredero de su padre y la fecha posterior al acto de conciliación en que suscribió la renuncia o repudiación, es justo y correcto declarar aceptada la herencia e inválida la renuncia por extemporánea y

sospechosa, habida cuenta de las siguientes razones: a) Por el carácter libre y voluntario de la aceptación (C. c., art. 988. b) Por el hecho—que denota aceptación tácita—de comparecer en un juicio como heredero de su padre, sin hacer reservas de ninguna clase. c) Hecho que reiteró y ratificó en el acto de conciliación previo a este juicio; y d) Porque la repudiación de la herencia, una vez aceptada, es inválida y nula, ya que la aceptación es irrevocable (art. 997, C. c.), no siendo aplicable, en esta ciudad de Igualada, el Privilegio concedido por Pedro III a la ciudad de Barcelona en el *Recognoverunt Proceres*, no obstante la concesión por el mismo Rey, a Igualada, de los honores de calle de Barcelona, ya que dicha asimilación a calle lo fué o era sólo a efectos militares o administrativos, nunca sustantivos civiles, y, además, porque, como tal privilegio, entra en la categoría de *ius singulare* o derecho excepcional, por separarse del Derecho romano, único—dice el autor—que se estimaba conforme al tenor de la razón, y apto sólo por ello para ser interpretado restrictivamente, excluida la analogía y aplicado de modo que se acercase lo más posible al derecho común (Cáncer, Var. Res.; Winscheid, Fontanella, Molino, Portolés; sentencia de 28 de enero de 1861, *Singularia non sunt extendenda*; sentencias de 2 de diciembre de 1878, 22 de diciembre de 1933, etc.), y en este sentido casi todos los autores catalanes, contrarios, no sólo a la extensión de este privilegio, sino propugnadores de su supresión, y a ese tenor se pronunciaba ya el artículo 353 del Proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil.

CONSIDERANDO.—Que con lo expuesto en el anterior, al tener por aceptada la herencia del fiduciario, se refuerza la obligación del actor de devolver—al resolverse las enajenaciones de las fincas—el precio que por ellas dieron los compradores y adquirentes demandados, por el principio de que el heredero ha de atenerse a los actos de su padre y sucedido, y en ese sentido, al revertir las fincas al fideicomiso, estar a las consecuencias de la ausencia de mala fe de los adquirentes, mala fe que no se desprende de los autos que exista, ya que, no obstante la condición resolutoria, los bienes pueden enajenarse y, por ende, es de aplicación el artículo 1.950 del Código civil, relativo a la buena fe del poseedor en relación con parejos fundamentos que después se harán al hablar de las mejoras o impensas.

CONSIDERANDO.—Que, al alegar casi todos los demandados la excepción de prescripción, conviene tener en cuenta los dos aspectos de ésta que al respecto interesan, sentando, en primer lugar, que la alegada prescripción de acciones en contra del actor no le afectan ni enerva su acción, si se considera que la prescripción en nuestro Derecho y tiempo para la misma, se cuenta a partir del momento en que el derecho pueda ejercitarse (*actio nata; ex quo ab initio competit et semel nata est*, Cód. 8.º, part. I, ley I, y sentencias de 12 de febrero de 1916 y 17 de marzo de 1903), y como aquí el actor ejercita su acción basada en su cualidad de heredero fideicomisario y tal cualidad y condición no se hizo efectiva hasta el año 1930, fecha de la muerte del fiduciario, y del cumplimiento de la condición en que por morir con hijos a éstos iría el fideicomiso en virtud del llamamiento del causante y designación paterna, es visto que no han transcurrido los treinta años que para tal prescripción señala el *Usatque Omnes Causae*, principio que, junto con sus complementarios, el de *actioni nondum natae non praescribitur*, ha hecho declarar al Tribunal Supre-

mo, en sentencia de 19 de enero de 1950, que es evidente su justicia, «ya que resultaría absurdo que el no ejercicio de un derecho por un tiempo determinado, fundamento de la prescripción, pudiera invocarse antes de que tal derecho hubiese nacido».

CONSIDERANDO.—Que igual destino desestimatorio debe seguir la excepción de usucapión o prescripción adquisitiva alegada al amparo del propio Usatge, porque si bien es cierto que, excepto una de las fincas, todas han sido poseídas por los primeros adquirentes y sucesores durante más de treinta años, también lo es que es reiterada la jurisprudencia que declara que no corre el tiempo de la prescripción hasta el momento en que las personas impedidas o con derechos inciertos adquieren en forma o pueden ejercitar su derecho, y así la de 13 de noviembre de 1883: «La prescripción no puede alegarse contra la persona cuyo derecho no ha nacido o que está impedida de ejercitarla»; la de 16 de noviembre de 1889: «No transcurre el tiempo necesario para la prescripción en las herencias sujetas a fideicomiso, sino desde el momento en que se defiere por muerte del sustituto»; cosa natural y justa e íntimamente relacionada con la doctrina jurisprudencial de la *actio nata* antes citada, y, en todo caso, congruente con la dogmática jurídica relativa a la usucapión de bienes resolubles o cosas sujetas a condición, cuyos adquirentes, a sabiendas de la misma, no comienzan su usucapión si no a partir de la purificación jurídica del bien (ya que *resolutio iure concedentis resolvitur et ius concessum*); no obstante su adquisición *secundum tabulas* y prescripción conforme al Registro, pues constando inscrita, como en este caso, la condición resolutoria, ésta perjudica al titular inscrito y causahabientes, en el sentido de haber adquirido un derecho sujeto a condición resolutoria registrada, ya que el Registro no puede ni debe conceder más de lo que en él consta, siendo, por otra parte, de aplicar al caso la ley III, título 43, libro 6.º del Código, párrafo III, que dispone no se dé contra el fideicomisario la usucapión ni prescripción *longui temporis* en caso de venta de bienes de fideicomisos que aquél pueda reivindicar, así como lo dispuesto en los artículos 34 y 37, primero, de la Ley Hipotecaria y declaraciones de las sentencias de 8 de julio de 1916, 8 de marzo de 1922, 13 febrero de 1911 y 12 de febrero de 1924.

CONSIDERANDO.—Que si esto es así con respecto a los bienes inmuebles fideicomitidos, no lo es con relación a los muebles vendidos dada la circunstancia de que, por haberse dislocado la unidad de la masa hereditaria, con esa serie de enajenaciones no se infringe el concepto de Ley única aplicable a esa masa en su conjunto, hoy en trámite de reconstitución, y, por consiguiente, los poseedores de dichos bienes muebles los han adquirido en firme por prescripción, si se tiene en cuenta que el *Usatges Omnes Causae* deja en pie las prescripciones menores y que las leyes catalanas marcan plazos más breves para la adquisición por prescripción de bienes muebles, conforme a la ley única de título 31, libro VII del Código, coincidente, en el aspecto activo y pasivo, del que adquiere y pierde, con los artículos 1.955 y 1.962 del Código civil.

CONSIDERANDO.—Que para todos los efectos que se determinan en esta resolución (excepción hecha de la devolución del precio) ~~habrá~~ de ajustarse en un todo a las valoraciones constantes en las escrituras de inventario y adicional aportadas por el actor, no sólo por ser las conocidas, sino por referirse al

tiempo próximo a la muerte del fideicomitente o primer causante, tiempo que es al que hay que estar para determinar el valor de los bienes (Frag. 2.º, tit. 22, lib. II, de la *Instituta*), tanto en beneficio como en perjuicio (*periculum ei commodum*, Digesto, Lib. 50, tit. 17, 10) y sin que pueda estimarse las valoraciones practicadas por los peritos a instancia de la parte actora, y no por haberse tenido en cuenta los diversos factores de una buena peritación, sino porque a las diversas acciones que se ejercitan no se ha acumulado la impugnación de aquellos precios o lesión en las ventas, por otra parte prescritas, y, por consiguiente, inoperante debe considerarse la valoración por no ser éste el momento procesal adecuado para ello; por consiguiente, la computación de legítima y trebeliánica ha de hacerse de acuerdo con los valores del inventario y sin que haya de elucidarse el problema de los aumentos del valor de los bienes (por otra parte determinado por la jurisprudencia y referido al tiempo de la muerte) si bien ello no quiere decir que el actor, por su obligación de devolver la parte del precio que abonaron los compradores, deba atenerse también a aquella valoración, sino a la de las escrituras de venta, no sólo por razones de equidad e ilicitud del enriquecimiento injusto, sino porque los aumentos de valor quedan compensados en su beneficio por el correspondiente al aumento de su mayor valor actual, todo ello por el efecto de las obligaciones resolubles; y es a ese valor del inventario al que habrá de ajustarse para—habida cuenta de lo que pudo disponer—determinar las fincas vendidas legalmente, sin consideración para esta operación a las valoraciones escrituradas y en la que si hubo aumento éste debe ceder en beneficio del fiduciario cuando con ello, como en este caso, no se perjudica a los fideicomisarios, debido al aumento de valor en la coyuntura económica actual, ni a los compradores que devuelvan, en atención al tiempo que han disfrutado de los bienes por contratos afectos a posible resolución, consecuente todo ello con el principio de que los aumentos y disminuciones no son de cuenta del fideicomisario, sino del fiduciario (de igual manera que los frutos corresponden a éste), según así resulta del párrafo de la *Instituta* antes citado (segundo, tit. 22, lib. II) y del Fra 33, tit. 1.º lib. 36 del Digesto.

CONSIDERANDO.—Que partiendo siempre de los valores del inventario, el de la herencia ascendía a la suma de ciento cuarenta mil ciento treinta y cuatro pesetas con cincuenta céntimos (140.134,50) de las que restadas el importe de deudas y gastos (17.370,16 pesetas) arroja la suma de 122.764,39 pesetas, de la cual ha de deducirse la legítima del fiduciario (12.ª parte: 10.230,36 pesetas) que restada a dicha cantidad nos da el caudal del cual ha de detraserse la trebeliánica, mediante dividir 112.534,03 pesetas por 4, cuyo cociente, la cantidad de 28.133,50 pesetas, constituye el importe de este derecho, lo que, sumados deudas y gastos, legítima, legados (21.000,00 pesetas) a los hermanos y cuarta trebeliánica (17.370,16 pesetas, más 10.230,36, más 21.000,00, más 28.133,50) nos da el importe de la cantidad de la que el fiduciario pudo disponer para esas atenciones y derechos, que no es otra que la de 76.734,02 (salvo error u omisión), debiéndose añadir que, pese a la objeción de algunos demandados, no se incluyeron en las deducciones anteriores el importe de las fincas señaladas en el testamento para los hijos M. y J. y para E. M. P., por no ser correcto ni justo, ya que dichas fincas incluídas en la herencia—cuerpos hereditarios—fueron adjudicadas en el inventario a dichos legitimarios y legatarios, quedando

sólo como obligación a cargo del heredero el pago de las cantidades en metálico que también se legan, a saber: 10.500,00 pesetas a cada hijo (en total 21.000,00), debiéndose excluir igualmente las sumas para redención del Servicio Militar, tanto por no acreditarse su importe como su gasto.

CONSIDERANDO.—Que de la cantidad anteriormente fijada como disponible por el fiduciario (76.734,02) hay que deducir el importe de la dote a R. A. (hijo premuerto) ya declarada válida (valorada la finca donada en 39.678,15 pesetas) y, por consiguiente, queda un resto libre de 37.055,87 pesetas para imputarlo a las enajenaciones por orden cronológico de antigüedad, conforme al criterio unánime de la doctrina de los autores, y como resulta que las ventas efectuadas hasta 1913 importan por el inventario 25.892,83 pesetas, queda todavía una suma libre de 11.163,04 pesetas, es decir, poquísimos menos de la mitad del importe de la venta de «Can Alemany» (demandada doña J. B. C.), enajenación que sigue en orden cronológico a la de 1913, por lo que todas las enajenaciones dichas más la cantidad de 11.163,04, colacionable a la finca «Can Alemany» citada, deben ser declaradas válidas, y únicamente resueltas las de la finca citada en la parte restante y la última verificada en 1926, casa de la Rambla, número 19, de esta ciudad (demandado don J. T. B.) en su totalidad (importe), si bien dicha resolución será forzosamente parcial en cuanto la *legitimitio ad causam* de la parte actora, comprende sólo la cuarta parte del derecho ejercitado, por lo que, habida cuenta que la cantidad todavía libre (11.163,04) es casi exactamente igual a la mitad de la finca «Can Alemany» enajenada (total: 22.370,00; mitad, 11.185,00), y no siendo exactamente aplicable el artículo 821 del Código civil en atención a todo lo antes considerado, dicha enajenación habrá de resolverse sólo en la cuarta parte de la mitad, es decir, en un octavo de su valor y extensión total, y la otra, casa 19 de la Rambla, en la cuarta parte de su totalidad, satisfaciendo el actor a los titulares actuales de dichas fincas la octava parte del precio que dieron por la primera y la cuarta del de la segunda, como condición de la entrega de las antedichas porciones, por aplicación de la acción resolutoria en combinación con la fideicomisaria restitutoria.

CONSIDERANDO.—Que es igualmente improcedente la reconvenición por evicción que algunos demandados formulan contra el actor, sin más que considerar y tener en cuenta que todos los compradores, al igual que los reconvenientes, conocían bien por el Registro de la Propiedad, bien por hacerse constar en la escritura, la existencia de la condición resolutoria inscrita, adquiriendo a sabiendas de la existencia de la posible acción ejercitable como dimanante de la condición dicha, razón por la cual no se dan los requisitos de los artículos 1.461 y 1.474 del Código civil; sin perjuicio, como antes se dijo, de la responsabilidad del actor, no como eviccionario final, sino por el efecto natural de los contratos resolubles.

CONSIDERANDO.—Que, en cuanto a la entrega de frutos, la Ley 18, título I, libro 36 del Digesto, dispone que «en la restitución de la herencia por fideicomiso no se comprenden los frutos a menos que se haya hecho con mora», cosa que ocurre desde que fuere contestada la demanda, según establecen las leyes primera y cuarta del título 47, libro sexto del Código, del mismo modo que para la trebuchánica lo señalan también los capítulos XVI y XVIII de las Decretales 3 y 26; y con respecto a las mejoras, menester es declarar, igualmen-

te, el perfecto derecho de los compradores a las mejoras e impensas, tal como se indica en los fragmentos 37 y 38, título 1.º, libro sexto del Digesto, añadiendo la Ley 16 del título 32 del libro III del Código que el que edifica de buena fe en terreno ajeno puede pretender los gastos mediante excepción de dolo malo, cosa que concuerda, por otra parte, con el Usatge «Si quis in alieno», del título I, libro 7.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, y con el principio de que el fiduciario no es simple detentador o poseedor de buena fe o mero usufructuario en Cataluña, sino verdadero propietario, como tal heredero que es, si bien en los fideicomisos condicionales, sujetos a la posible resolución de su dominio, por lo que sus sucesores o causahabientes deben seguir su condición; a más de que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1897, de acuerdo con lo que se dijo en uno de los anteriores considerando al hablar de la buena fe en los adquirentes, ya vino a reconocer que el fiduciario y quien de él lleve causa de poseer, no puede estimarse, en modo alguno, poseedor de mala fe, aun cuando los adquirentes del fiduciario sepan, a ciencia cierta, la condición o gravamen restitutorio bajo el cual el fiduciario poseyera.

CONSIDERANDO.—Que no es de apreciar en ninguno de los litigantes temeridad o mala fe a los efectos de una expresa condena de costas.

Vistos los preceptos y leyes citadas y los demás de aplicación general al caso, y el 23 y 173, párrafo último de I. H y Reg.

FALLO.—Que estimando sólo en parte, objetiva y subjetivamente, la demanda formulada por D. A. A. C. contra los citados en la cabecera de esta sentencia, debo declarar y declarar: 1.º Que D. F., don J. A. C. y don J. A. S. son los únicos herederos fideicomisarios de F. A. A. R.; 2.º Que resuelto parcialmente el contrato de compraventa otorgado por el heredero fiduciario don F. A. A. P. y don J. B. J., doña L. O. A. y don J. C. O. en 18 de mayo de 1916, ante el Notario don M. M., por lo que respecta a la octava parte de la finca enajenada; 3.º Resuelto igualmente el otorgado en 28 de junio de 1926, ante el Notario don B. V., entre el mismo fiduciario y don J. T. C. y T. S. P., por mitad y preindiviso, si bien sólo en lo que afecta a la cuarta parte de la finca enajenada, casa de la Rambla, número 19 de esta ciudad; y, en consecuencia, debo condenar y condeno a los actuales propietarios o titulares de tales fincas—cuyas inscripciones a su favor serán canceladas en la proporción antes establecida respectivamente—doña J. B. C., dueña de la primera citada o heredad «Can Alemany» (finca 539, inscripción 14, folio 42 vuelto, libro 35, Montbuy, tomo 846) y don J. T. B., titular de la casa antes citada (tomo 845, libro 93, inscripción 25, folio 189 vuelto) a restituir, respectivamente, la octava y cuarta parte de las fincas indicadas al actor, don A. A. C., más los frutos percibidos desde la fecha de la contestación a la demanda origen de estos autos, mediante la entrega, por parte del demandante, de la octava y cuarta parte respectiva de los precios que figuran en las correlativas escrituras de compraventa por las que adquirieron dichos demandados tales fincas. Desestimo el resto de las peticiones del actor, de las que absucivo a dichos demandados condenados, así como al resto de los mismos en la totalidad de las acciones ejercitadas. Todo ello sin expresa condena en costas. Una vez firme, dirijase mandamiento al Registro de la Propiedad para las cancelaciones ordenadas. No-

tifiquese a los demandados rebeldes por medio de edictos en el «B. O. de la Provincia y Estado», salvo si se pidiera notificación personal. En cuanto al posible error cometido en los cálculos, rectifiquese en periodo de ejecución.

* * *

Interpuesto recurso de apelación fué *confirmada íntegramente por la Sala Segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Barcelona*, en tres de mayo de 1955. Dicha sentencia «*acepta*» todos los considerandos de la de instancia, estimando «*innecesarias*» ulteriores consideraciones. Interpuesto recurso de casación, fué posteriormente desistido, siendo por consiguiente *firme*.

IV. NOTAS CRITICAS

1. - En torno a una versión española del Código civil alemán

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ

Notario

Como Apéndice a la conocida traducción del *Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus-Kipp-Wolff, vehículo a través del cual varias generaciones de juristas españoles se han familiarizado con el Derecho privado alemán, la Editorial Bosch ha tenido el acierto de publicar una traducción del Código civil alemán, debida a la pluma de un joven y entusiasta civilista, Carlos Melón Infante (1). La obra tiene una indiscutible utilidad como complemento del Tratado, ya que permite una más fructífera consulta del mismo al ofrecer, junto a la depurada doctrina del texto científico, la base jurídico-positiva sobre la que se halla construido. Pero aquí hemos de intentar enjuiciar la traducción en sí misma, aislada del Tratado al que complementa, tanto en sus intrínsecas características como en su significado dentro del actual momento de nuestra vida jurídica.

I. LA OBRA EN SÍ MISMA

En el Prologo a la traducción que nos ocupa, el Profesor Hernández Gil alude a los precedentes de la misma. «En 1897, cuando aún no había entrado en vigor—nos dice refiriéndose al BGB—, se llevó a cabo la que sólo puede considerarse como una versión aproximada. Otra más reciente ha aparecido en una revista. La empresa, sin embargo, no había tenido cumplido remate hasta que ahora ha logrado dárselo Carlos Melón Infante.» Se trata, pues, del intento más completo, ambicioso y profundo realizado hasta la fecha para verter al castellano el Código civil alemán. La labor, casi sin precedentes como hemos visto, implicaba una extraordinaria dificultad, debida, sobre todo, a las especiales características del texto traducido y a la distancia que media entre los idiomas y los sistemas jurídicos de los pueblos alemán y español.

Para tratar de remontar con éxito tan considerables obstáculos era preciso conceder el menor margen posible al azar o a la inspiración del momento en la resolución de cada problema concreto. Por el contrario, se imponía trazarse un plan y un sistema previos y mantenerlos a todo lo largo de la obra con ab-

(1) Código civil alemán (BGB), traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, por Carlos MELÓN INFANTE, Becario de la Sección de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y Profesor Ayudante de Derecho civil en la Universidad de Madrid. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955, XXVIII; 580 páginas.

soluta rigidez. Toda traducción seriamente realizada exige una especial adaptación a la naturaleza de la obra a verter (literaria, científica, texto legal, etcétera) y a sus características e intenciones particulares. En cualquier caso se puede pretender uno de estos dos objetivos: o recrear la obra en el nuevo idioma, como si en él se hubiese escrito originariamente, o conseguir en el lector la impresión de que la lee en su idioma original, entendiéndolo. En el primer caso, es preciso separar lo que en la obra traducida es aportación de la personalidad del autor y lo que viene condicionado por el idioma en que éste trabaja, manteniendo lo primero y sustituyendo lo segundo en atención a las necesidades impuestas por el espíritu y el mecanismo de la lengua a la que se traduce. Es decir, se trata de hallar en ésta un estilo que, dentro del espíritu de la misma, sea correlativo al que respecto de la lengua original supone el del autor traducido. Por el contrario, en el segundo caso hay que utilizar el idioma nuevo según la mecánica y el espíritu del idioma que se traduce, renunciando de antemano a toda pretensión estética e incluso de perfección gramatical, y respetando al máximo la terminología y el estilo de la obra original, aunque no se adapte a las especiales imposiciones del idioma al que se trata de verter.

En una traducción del Código civil alemán, dos razones básicas movían a escoger este segundo camino: de un lado, su propia naturaleza de texto legislativo; de otro, sus especiales características de estilo.

En cuanto al primer extremo, es evidente que lo que interesa a lector de un texto legal traducido no es meramente conocer el pensamiento del legislador adaptado al espíritu del idioma en que lee, sino, sobre todo, tener, a ser posible, los mismos elementos de juicio para comprender e interpretar la Ley que los que tiene quien la lee en su idioma de origen. Verter un texto de esta índole con la primera de las intenciones apuntadas implica no sólo traducir, sino también, en una cierta medida, interpretar la Ley. Y como es natural, ni el traductor ha de ser una autoridad en la interpretación de la Leyes normalmente extranjeras respecto de él, ni es esa la misión de una traducción de esta índole. El lector preferirá, por lo general, buscar su propia interpretación o acudir para hallarla a las obras doctrinales especializadas.

Pero es que además, y pasamos al segundo punto, parece difícil concebir, en el actual estado de nuestra técnica legislativa, que el BGB se hubiese escrito en castellano. Adaptarlo a alguno de los modos acogidos hasta ahora por nuestros legisladores hubiese supuesto una desnaturalización casi completa, no sólo de sus características idiomáticas o estilísticas, sino incluso de su técnica legislativa en cuanto al fondo. No se trata por nuestra parte de negar que el idioma castellano sea apto para una obra legislativa que alcance el rigor y la precisión de terminología y de concepto del BGB, compatibilizándolos con la corrección gramatical y la pureza de estilo necesarias; por el contrario, más adelante intentaremos destacar cómo hay puntos en que nuestros legisladores pueden aprender mucho de los autores del Código alemán. Pero sí parece posible afirmar que es precisa una previa labor de afinamiento y rigorización de nuestro lenguaje legislativo, hoy por hoy escasamente realizada, e incluso una intensa depuración técnica de los conceptos que el legislador utiliza. Esta labor es cuestión de tiempo, y debe exigirse a quienes redactan nuestras leyes, no al traductor de un Código extranjero.

Por las razones expresadas, parece plenamente acertado el criterio de Melón Infante al escoger, con envidiable rigidez, el segundo de los caminos apuntados. No resulta en todo caso fácil llevarlo a cabo, porque la traducción literal es sencilla cuando se practica a fin de evitarse complicaciones, o a causa de un dominio deficiente del idioma que se traduce; pero cuando se adopta como sistema a través de una severa autodisciplina, y por una persona que conoce perfectamente en cada momento el alcance y el significado de las expresiones que vierte, y que podría fácilmente dejarse llevar por un deseo de mayor lucimiento literario o de mayor brillantez conceptual, adaptando el texto traducido al espíritu y necesidades de nuestro idioma o interpretando sus normas a la luz de la mentalidad jurídica española, la traducción literal implica un riguroso dominio de sí mismo y un adecuado sentido del sacrificio. Claro está por otra parte, y según puede deducirse de lo expuesto, que nos hallamos ante una traducción literal inteligente y plenamente comprensiva, que se detiene ante lo absurdo o lo ininteligible. No se trata de verter palabra por palabra dejando al azar el resultado, sino de plegar, en todo caso, el idioma castellano a la más estricta fidelidad, no sólo al pensamiento del legislador alemán, sino también a su expresión, y a cada matiz, por fino que sea, de la técnica expositiva empleada. Cuando no hay posibilidad alguna de conciliar la corrección literaria y aun gramatical de la traducción con el citado afán de fidelidad, se sacrifica, por lo general, aquélla en beneficio de ésta. Y sólo cuando la incorrección degenera en disparate, o cuando puede eliminarse mediante una versión ligeramente libre que no implique peligro alguno de desvirtuar el sentido del texto original, ni conceda margen a las posibilidades interpretativas del propio traductor, se elude la estricta literalidad de la versión.

El respeto al espíritu de la obra traducida no se muestra sólo en dicha literalidad, sino también en otra serie de detalles: se trata, en conjunto, de realizar la labor de traducción con el mismo espíritu con que el legislador alemán llevó a cabo su tarea codificadora. En consecuencia, se mantiene el mismo respeto a la técnica jurídica, a la más exacta y precisa determinación de los conceptos, a la estricta correlación entre el pensamiento expresado y los términos en que se exterioriza. Se ha puesto un especial cuidado en utilizar siempre las mismas expresiones españolas cuando se trataba de traducir expresiones alemanas idénticas, y a la inversa, diferenciar los términos de la traducción cuando el texto alemán utilizaba términos distintos, aun cuando fueran sinónimos. Con ello se concede al lector español la posibilidad de obtener de esa identidad o no identidad de expresión consecuencias interpretativas que el traductor no debía prejuizar. También se ha evitado concienzudamente el prejuizar el carácter o el contenido de ciertos conceptos técnicos propios del Derecho alemán dejándose llevar de la fácil asimilación a conceptos españoles semejantes, aunque no rigurosamente idénticos. Así, el lector puede tratar de captar todo el sentido original del concepto alemán sin prejuicios derivados de la interferencia de la correspondiente figura jurídica española.

Claro está que una traducción con las características expuestas tiene numerosos inconvenientes: no serían los más graves los derivados de la imperfección estética o gramatical del texto, sino los que podían implicar una deficiente inteligencia del mismo por parte del lector español. Bien conocido es que el BGB resulta en muchas ocasiones oscuro incluso para los propios juristas

alemanes; semejante oscuridad había de reflejarse, al menos en la misma proporción, en el texto español, si éste había de ser fiel reflejo de las características idiomáticas de aquél. Pero además, si a las dificultades del texto original se añaden las procedentes de haber tenido en muchas ocasiones que forzar nuestro idioma, y las emanadas de la diversa mentalidad jurídica de los dos pueblos, se llegará a la conclusión de que la obra que se nos presenta es en una gran parte de difícil y laboriosa inteligencia.

Por otra parte, muchas de las virtudes anteriormente apuntadas no podrían en principio ser fácilmente apreciadas por el lector español, sobre todo si no domina a la vez la lengua alemana o, aunque la domine, si no dispone de un ejemplar del texto alemán del BGB para confrontarlo con la traducción; así sucedería, por ejemplo, con las posibilidades interpretativas que, según vimos, se trata de ofrecer al propio lector español, condicionadas muchas veces al conocimiento de las expresiones alemanas utilizadas por el Código.

Estos inconvenientes, y algunos otros más, han sido salvados en la mayor parte de las ocasiones mediante una recta utilización del sistema de Notas aclaratorias, abundantísimas y prácticamente exhaustivas (2). Estas notas cumplen a nuestro juicio una triple misión:

a) Salvar las oscuridades y deficiencias derivadas del rígido empleo del método literalista en la traducción, ayudando al recto entendimiento de las expresiones poco inteligibles, e incluso ofreciendo en ocasiones, junto a la versión literal, la versión libre, más gramatical, pero menos exacta. Hay que utilizar por consiguiente estas notas con la relativa reserva que supone el hecho de que a veces impliquen una interpretación personal del traductor, menos objetiva que el texto mismo.

b) Justificar cualquier desviación, por pequeña que sea, de la versión literal, presentando al lector el texto alemán original, indicando su sentido literal, aunque resulte ininteligible, y razonando el porqué de la desviación (3); así, no puede quedar en último término margen ninguno a una interpretación personal del traductor que pudiera diferir de la que con sus propios elementos de juicio se crea en condiciones de aportar el lector. Igualmente se justifica la versión escogida cuando se trata, no de apartarse de la literal sino simplemente de traducir expresiones alemanas oscuras o que se prestan a una diversidad de versiones en nuestro idioma; en tales casos, se procura siempre destacar, en el texto y en la nota, el matiz que parece más acorde con el riguroso sentido originario de la expresión alemana.

c) Completar la tarea de acercar al lector español, en la más amplia medida posible, al Derecho alemán; para ello se señala cuáles son las expresiones alemanas utilizadas por el Código, y aun en ocasiones por la doctrina o el uso común, para designar los diversos conceptos técnicos a que el texto se refiere; se indican las modificaciones introducidas en el Código, en su texto o en su contenido, por disposiciones legislativas posteriores; se llega incluso a explicar o interpretar, cuando se juzga adecuado, el propio texto alemán, no ya en cuanto a la traducción, sino en sí mismo, etc., etc.

(2) Son en total 1.568 al texto del BGB., más 66 a la Ley de Introducción.

(3) Resulta de especial interés en tal sentido la nota 1.353 al § 1.922 (págs. 393-94), en que se justifica la traducción de "Erball" por "muerte del causante", realizando un estudio exhaustivo del sentido y posibilidades de traducción de la referida expresión alemana.

En conjunto, si el texto tiende a conseguir en el lector español la impresión de que lee la obra original, comprendiéndola, las notas sirven para reforzar esta impresión y para tratar de colocar a ese lector en la posición mental que tendría el lector normal del texto alemán, esto es, el jurista de aquel país.

La obra va precedida de un Prólogo del Catedrático de la Universidad de Madrid don Antonio Hernández Gil y de un «Preliminar del traductor», en el que se justifica el método empleado, se señalan las características de conjunto del BGB, se apuntan las discrepancias más importantes entre la terminología utilizada en la traducción del Tratado y la empleada en la del Código, se ofrece un Índice de las más importantes disposiciones legislativas dictadas en Alemania, en orden al Derecho civil, desde comienzos del año 1950, fecha hasta la que abarcan las recogidas en las notas, hasta junio de 1954, y, finalmente, se analiza la situación actual del Derecho alemán en la debatida cuestión de la equiparación jurídica de marido y mujer.

A la traducción del BGB se añade íntegra la de la llamada Ley de Introducción del mismo; al final de la obra se incluye un Índice alfabético-analítico muy útil y completo.

* * *

Señalar defectos o discrepancias de criterio en cuestiones de detalle, dentro de una obra de la extensión y envergadura de la que nos ocupa, y merecedora en su conjunto de una concepción altamente favorable, puede parecer pedantería o deseo de obtener un fácil lucimiento. No obstante, creemos de interés apuntar algunos de los que nos ha sugerido una detenida lectura de la traducción recensionada, en primer lugar porque casi siempre se trata de cuestiones en las que cualquier aportación puede ser útil para esclarecer pequeños problemas doctrinales o terminológicos con vistas a un progresivo perfeccionamiento en el dominio del Derecho alemán en sus relaciones con el nuestro, y en segundo lugar, porque la misma pequeñez y aun futilidad de los extremos criticados sirve para hacer resaltar la bondad de la traducción en cuanto que no sugiere censuras de mayor entidad. Podemos, pues, indicar nuestro disentimiento respecto de los siguientes puntos:

1.º En ocasiones el literalismo se mantiene más allá de lo necesario, perjudicando inútilmente la recta comprensión del texto u obligando a notas aclaratorias que no hubiesen sido precisas; así, el traducir «Verfassung» por «constitución» en materia de personas jurídicas (§§ 25 y 85, por ej.) puede inducir a pensar que se trata del acto constitutivo de la entidad, siendo así que la expresión alemana se refiere a la norma o estatuto organizador del régimen de la misma (constitución en el mismo sentido de la Constitución política).

Igualmente resulta al menos extraña la expresión «embargo personal preventivo» para traducir «persönliche Sicherheitsarrest» (§ 230). Totalmente innecesario nos parece también el empleo de la expresión «cosas no sujetas a embargo», en vez de «cosas inembargables», permitiendo que el lector piense que se habla de cosas no embargadas. Parecidas objeciones cabe hacer a expresiones como «Si el en cada momento ejercicio...» (§ 1.023), o «superendeudación» (§ 1.980), o «incompletez» (§ 2.005), todas ellas tal vez fácilmente ehu-

dibles mediante giros o libertades que no perjudicaran en nada la exactitud y fidelidad de la versión.

Incorrecciones innecesarias son también a nuestro juicio expresiones como «lo mismo vale del...» por «la misma regla se aplica al...» u otra análoga; «mientras la duración» por «mientras dura»; «estar de buena fe» por «tener buena fe» o «ser de buena fe»; todas ellas muy usadas en la traducción. Igual cabe decir del comienzo del § 775, cuando traduce «Si el fiador ha afianzado en un mandato del deudor principal...», lo que resulta ininteligible, cuando en realidad quiere decir «Si el fiador ha afianzado en cumplimiento o ejecución de un mandato que le ha conferido el deudor principal».

En ocasiones, la sutileza desplegada en persecución del matiz más recóndito conduce asimismo al empleo de expresiones extrañas a nuestra habitual terminología jurídica, sin suficiente justificación al parecer; así, «institución de herencia» en vez de «institución de heredero», basada en que el texto alemán dice «Erbeinsetzung» y no «Erbeeinsetzung» (§ 2.087, por ej.).

2.º Inexacta o no suficientemente expresiva nos parece la traducción adoptada, al margen ya de todo problema de literalismo; en casos como los siguientes:

— Se vierte siempre «entsprechend» por «oportunamente», voz española que no revela suficientemente el sentido de la alemana. Es muy frecuente en el BGB que se disponga expresamente la aplicación a un caso de normas dictadas para otro diferente; entonces la aplicación se hace «entsprechend», esto es, según corresponde, o, más claramente, salvadas las diferencias que existen de un supuesto a otro; la traducción más literal sería «correspondientemente», pero como esta palabra, ni es usual, ni tampoco expresa del todo el sentido de la alemana, resultaría preferible recurrir a la expresión latina «mutatis mutandis», única que recoge exactamente el sentido de «entsprechend»; no cabe olvidar que en la propia traducción que nos ocupa se acude en otras ocasiones a voces latinas de uso corriente entre nosotros.

— Al traducir la voz «Verfügung» se debió usar la expresión «acto de disposición» en vez de «disposición» simplemente, con lo cual se hubiera evitado toda posibilidad de confusión con disposición en el sentido de precepto (Vorschrift, en alemán).

— Los términos alemanes «Vorkauf» y «Wiederkauf» se vierten por «anteo» y «retracto», respectivamente, a pesar del cuidado con que en otras ocasiones se evita el utilizar expresiones relativas a instituciones españolas parecidas, aunque no idénticas, a las alemanas significadas por los términos que se trata de traducir (4). En otro lugar hemos tratado de resaltar los inconvenientes de la traducción apuntada, que allí sustituimos por «compra preferente» y «retrocompra» (5).

(4) Por ej., cuando, acertadamente, se traduce «Nacherbfolge» por «sucesión sucesiva», «Vorerbe» por «heredero previo» y «Nacherbe» por «heredero sucesivo», en lugar de emplear las expresiones «sustitución fideicomisaria», «fiduciario» y «fideicomisario» (§§ 2.100 y siguientes).

(5) Vid. HEDELMANN, «Derechos reales», versión española y notas de J. L. Díez PASTOR y M. GONZÁLEZ ENRIQUETA, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, págs. 370-71, nota. Existen como es natural otras discrepancias de traducción entre la versión del BGB, de MILLÓN y la de la citada obra de HEDELMANN, pero que sólo suponen una lógica diver-

— Traducir «Hypothekenbrief» por «cédula hipotecaria» (§ 1.116 ss.) tiene el inconveniente de que entre nosotros se designa con este nombre a otro tipo de títulos, los que emite el Banco Hipotecario para procurarse el dinero con que atiende a los préstamos que realiza; esta cédula hipotecaria en sentido español es designada en Alemania como «Pfandbrief». Por ello sería preferible traducir «Hypothekenbrief» por «cédula de hipoteca», lo cual también sería más literal.

3.º Parecen errores de concepto y no meramente de traducción los siguientes:

— Al traducir el § 6, se vierte «Notstande» por «estado de necesidad, lo cual no deja de ser correcto desde un punto de vista literal; pero en nota se nos dice que «Notstande» es aquí «estado de necesidad» en el sentido civil, y esto no resulta tan exacto, ya que el texto alemán se refiere a situaciones de miseria, como las que pueden ser provocadas por la prodigalidad o la embriaguez habitual, al margen de si han inducido o no al sujeto a producir daños a otro de los que hubiera normalmente de responder, siendo así que el concepto de estado de necesidad en sentido civil parece referirse a este segundo supuesto, esto es, al correlativo del previsto con el mismo nombre por el Derecho Penal, y que se halla regulado en el Derecho alemán en los §§ 228 y 904 del propio BGB.

— En la nota 155 (pág. 38) parece intentar definirse la pretensión como «la facultad de ejercitar el contenido del derecho de que ella misma es consecuencia», definición no muy exacta, sobre todo teniendo en cuenta que el propio texto anotado (§ 194) dice: «El derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión)...»

— El § 516 alude al acuerdo de las partes en la donación acerca del carácter gratuito de la atribución. En nota se nos dice que la expresión «einig sind» (estén de acuerdo) quiere decir que exista entre ambas partes el contrato real o acuerdo llamado «Einigung». No juzgamos acertada la apreciación, ya que es característica del «Einigung» su naturaleza abstracta, y en el caso propuesto el BGB se refiere precisamente a un acuerdo sobre la causa de la atribución.

— Según el párrafo 2.º del § 794 BGB, «a la eficacia de una obligación al portador no le afecta la circunstancia de que el documento sea emitido después de que el emisor haya muerto o se haya hecho incapaz de celebrar negocios jurídicos». En nota se trata de explicar la aparente incongruencia que implica el texto transcrito diciendo que se debe entender por emisor no sólo al que emite por sí el documento, sino en un más amplio sentido, a la persona que en el documento figura como emisor. Parece, sin embargo, más adecuado pensar que lo que sucede es que en el precepto comentado se emplean las expresiones traducidas por emisor («Austeller») y emitido («Ausgegeben») en sentidos diferentes, refiriendo la primera al suscriptor del documento, y la segunda a la puesta en circulación del mismo.

— — — — —
 sidad de apreciación, sin que puedan servir de fundamento a un intento de crítica objetiva. Como ejemplo pueden servir las expresiones «Besitzdiener» (Μελών: «servidor de la posesión» nosotros: «instrumento de posesión»: § 855), «verbotene Eigenmacht» (Μελών: «fuerza propia prohibida»; nosotros: «poder arbitrario ilícito»: §§ 858 ss.), «Rentenschuld» (Μελών: «deuda de renta»; nosotros: «renta inmobiliaria»: §§ 1.109 ss.), «Einführungsgesetz zum BGB.» (Μελών: «Ley de introducción al Código civil alemán»; nosotros: «Ley de implantación del Código civil alemán»), etc.

Como atenuante a las censuras reseñadas es preciso indicar, no sólo que en gran parte suponen divergencias de criterio con el traductor, más que expresión de defectos objetivamente apreciados, sino que en una amplia medida, sobre todo en lo relativo a las recogidas en los apartados 1.º y 2.º, resultan salvados en las notas los inconvenientes derivados del criterio adoptado en el texto. Por lo demás, la selección realizada, con referencia a obra tan extensa, sólo sirve para destacar, como ya dijimos, la elevada calidad intrínseca de ésta.

Resumiendo nuestra posición, cabe decir que la versión del BGB que Carlos Melón Infante ha ofrecido a los juristas españoles es una muestra de cómo se debe trabajar en Derecho para conseguir la profundidad, la precisión y la solidez que son las mejores enseñanzas a deducir de un sereno estudio del Código civil alemán. Con ello, la traducción que comentamos se hace plenamente digna de las mejores y más perdurables virtudes de la impecable obra traducida.

II. SIGNIFICADO ACTUAL DE UNA TRADUCCIÓN DEL BGB.

Resulta curioso advertir que la traducción del BGB que podemos, por lo dicho, considerar fundamental entre las realizadas en España, haya surgido en un momento en que la estrella del Derecho alemán puede en cierto modo considerarse en declinación entre nosotros. Es conocido el desarrollo de la influencia alemana en nuestros juristas: iniciada en el último tercio del siglo XIX a través de la divulgación, por Durán y Bas, de las enseñanzas de la escuela de Savigny, se continúa en Sánchez Román, y adquiere plena consagración por medio de la obra de dos juristas de inolvidable recuerdo: don Felipe Clemente de Diego y don Jerónimo González. Llega entonces el momento—años 1920 a 1940 aproximadamente—en que quienes no sabían discriminar lo que de útil y provechoso pudiera haber en esa influencia piensan que cada solución concreta, o cada forma de plantear un problema, adoptadas por las leyes o la doctrina alemanas, eran poco menos que de Derecho Natural, y que nuestro ordenamiento indígena debía estudiarse sólo en función de su semejanza o alejamiento respecto del correlativo germánico, mereciendo el elogio o la censura según cual de esos signos prevaleciera. Se aprovechó entonces la falta de precisión técnica de nuestros Códigos fundamentales para forzar su espíritu en beneficio de una aproximación, la mayor parte de las veces inadmisibles, al sistema de las leyes alemanas, lanzando el conocido *slogan* de que la letra de nuestros textos, si no ayuda, tampoco estorba, claramente denunciador de una intención preconcebida poco respetuosa con el espíritu histórico y sistemático del ordenamiento español. Precisamente en esta línea metodológica supuso el más ambicioso intento la labor realizada por los anotadores iniciales del Tratado al que sirve de complemento la presente traducción del BGB, si bien es preciso reconocer que dicha labor se llevó a cabo con auténtica dignidad científica, y que no estuvo exenta de aportaciones positivas de innegable acierto.

Pasada nuestra guerra de Liberación, y posiblemente a causa del renacer que ella provocó en el sentido nacional de los españoles, comenzó a advertirse el exceso a que se había llegado en el germanismo jurídico. En 1942 se publicó, en primera edición, el primer volumen del «Derecho civil de España» del profesor De Castro, en el que se abogaba por una vuelta al espíritu tradicional de

nuestro Derecho, sin perjuicio de adoptar el utillaje técnico alemán en lo que fuera más perfecto que el propio, adopción que más bien suponía un punto de partida para una elaboración exenta de prejuicios y plegada al espíritu y las necesidades de la vida jurídica española. Según señaló el propio De Castro, esta orientación hacia nuestro sentido tradicional del Derecho fué, junto a la germanista, la preconizada por De Diego, que, sin embargo, no tuvo, en la generación siguiente, continuadores eficientes en cuanto al segundo aspecto.

El caballo de batalla en la lucha contra el germanismo imperante fué el problema de la transmisión del dominio por negocio jurídico, con sus consiguientes repercusiones en la cuestión, más general, de los negocios abstractos, y en la total concepción del significado del Registro inmobiliario. Por ello fueron los hipotecaristas los que más destacaron en la laboriosa búsqueda del sentido genuino de nuestro propio sistema, valorando rectamente la indudable influencia alemana, pero sin forzar los textos españoles (así Roca Sastre), o incluso resaltando con intención nacionalista las diferencias de nuestro sistema respecto de los germánicos (Sanz y Núñez Lagos). No hay que olvidar, como detalle significativo, que ya fué abierto el camino en 1943 por don Jerónimo González, cuando en la Conferencia inaugural de los Cursos de la Academia Matritense del Notariado mostró la inadmisibilidad, desde el punto de vista de la práctica española, de cualquier intento de sustituir la tradición por la inscripción (6).

Hoy día está a su vez de moda el condenar en bloque, como cosa pasada y pernicioso, toda influencia alemana, y el resaltar, con un ultranacionalismo rayano, a veces, en la fatuidad, las perfecciones de nuestro sistema. Pero voces autorizadas han señalado ya el peligro de sustituir la influencia alemana por otra que en parte puede no significar sino una degeneración de aquélla; nos referimos, como es fácil comprender, al italianismo imperante en la obra de algunos de nuestros jóvenes civilistas y mercantilistas. La doctrina italiana moderna, más próxima a nosotros por la facilidad del idioma y la semejanza de caracteres, está realizando una obra de enorme mérito por su tremenda agilidad conceptual y su prolífica abundancia, pero encierra el peligro, puesta en manos de personas de no muy amplio espíritu crítico, de colocar el culto al ingenio por encima del culto a la Justicia y al rigor científico. Sin olvidar por otra parte que, como exactamente se ha apuntado, la doctrina italiana ha heredado algunos de los defectos de la alemana a la que ha venido a sustituir.

Hay que tener en cuenta asimismo que tras el paréntesis forzado de la guerra mundial y de los primeros tiempos de la postguerra, Alemania vuelve a significar algo en el Mundo. Y lo que en el declinar de su influencia jurídica pudiera haber de injusta consecuencia de su derrota, puede ir cediendo al empuje del brioso renacer de todo lo alemán que hoy se anuncia.

Este es el ambiente en el que viene a incidir la traducción del BGB que acaba de ver la luz. Su misma intrínseca calidad, y el ir vinculada a un Tratado muy utilizado por los juristas españoles, puede otorgarle una influencia bastante considerable en nuestro pensamiento jurídico. Importa por ello indicar el sentido en el que sería deseable se orientara esa influencia, a fin de obtener de la

(6) "La tradición de firmas en los instrumentos públicos", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, I, págs. 11 ss.

labor realizada todo el provecho que por su elevado mérito es digna de producir.

Tal vez sea este el momento en que mejor puede asimilar nuestro mundo jurídico un estudio sereno y meditado del Código civil alemán; vencido el «sarampión» del germanismo deslumbrado, parece ya difícil que la obra pueda influir perniciosamente resucitando viejos excesos y cortando el paso a una recta comprensión de nuestro auténtico Derecho; puede, por el contrario, servir de estímulo para aceptar las enseñanzas que el Derecho alemán puede realmente brindarnos, y para vencer un olvido totalmente injusto. El BGB, producto y condensación de un siglo entero de brillante y profunda elaboración doctrinal, y base a su vez de otro tercio de siglo dignamente continuador de aquella fase previa, debe estimarse ya, a la distancia con que cronológicamente se nos ofrece, como una obra clásica que por su contenido y por su técnica legislativa representa cualidades perdurables y entraña virtudes que cabe perfectamente colocar al margen del paso de los tiempos y de las modas. La misma prueba de su permanencia como texto rector de la vida civil alemana, a través de todas las vicisitudes por las que el pueblo alemán ha pasado en los últimos cuarenta años, acredita una solidez nada corriente en obras de su índole. Pero es que el BGB ha alcanzado ya méritos suficientes para seguir significando algo en la Historia Universal del Derecho, aun después del momento en que pierda su vigencia, y ello, como hemos apuntado, no sólo por su intrínseco contenido, sino en gran parte por su inescindible vinculación a la inmortal doctrina que lo preparó y lo comentó. Es preciso, en efecto, llamar en España la atención de muchos acerca del hecho de que no todo en la doctrina alemana, ni en el BGB, es ese supuesto conceptualismo de laboratorio, bajo cuyo signo han sido tantas veces globalmente condenados. Aunque admitamos sus excesos, estamos ya en situación, por el tiempo transcurrido, y a la vista de doctrinas metodológicas que juzgamos más adecuadas, de apreciar rectamente lo que en la obra de la ciencia jurídica alemana de los siglos XIX y XX hay de aprovechable, que es mucho, aun en el terreno de las grandes construcciones conceptuales.

En dos sentidos cabe orientar la enseñanza a obtener del BGB, en el que podríamos llamar metodológico e histórico, y en el de las orientaciones y soluciones concretas.

A) En el primer aspecto, la primera lección es la de la formación histórica del BGB. La ocasión inmediata de este cuerpo legal fué la necesidad de unificar la legislación alemana a consecuencia de la propia unificación política llevada a cabo por Guillermo I. Pero la íntima razón de ser del Código se halla en la madurez de la obra científica de los civilistas alemanes, fundamentalmente iniciada a partir del nacimiento de la escuela histórica. Aquellos hombres sometieron a un análisis profundo y genial el Derecho entonces vigente en Alemania—el Derecho romano—elaborándolo y recreándolo a la vista de la realidad jurídica del país y del momento en que actuaban. A pesar de que se les ha imputado a veces lo contrario, trabajaban en alemán, y supieron construir un edificio que, sin perder las esencias más eternas de su fuente de origen, pudo servir, y sirve aún, vertido en el Código, a las necesidades de la vida jurídica de su pueblo. Lo que en el BGB hay de Derecho romano es lo que en la aportación romana al Derecho hay de impercedero e intemporal, y aun ello visto

a través de concepciones netamente germánicas; en aquellos aspectos del Derecho civil en que más fuerte es la influencia de las peculiares tradiciones, necesidades y sentimientos de cada pueblo, el BGB se orienta fuertemente, hacia un germanismo elaborado, sin embargo—y es un acierto—con el fino sentido técnico y la aguda preparación conceptual que los juristas alemanes habían aprendido de los romanos.

Pues bien, parece llegado el momento en España de consolidar los esfuerzos para el hallazgo de nuestro auténtico Derecho civil; y podrían sentirse felices las generaciones futuras si la labor que ahora se emprenda, y el futuro Código en que se plasme, representaran respecto de nuestra tradición y nuestra realidad algo análogo a lo que el BGB supuso respecto de la tradición y la realidad alemanas. Encontrar nuestro Derecho civil no quiere decir aislarse respecto de las influencias extranjeras, ni complacerse esterilmente en las perfecciones y virtudes de todo lo español, histórico o actual. Significa simplemente, como hemos visto que se hizo en Alemania, de una parte recreación y elaboración, a través de prismas netamente españoles y actuales, de todo lo que en la evolución universal del Derecho puede considerarse aportación consolidada e intemporal; la mayor parte de estos elementos proceden del Derecho romano y del fondo común de la civilización jurídica europea; pero tampoco cabe olvidar lo que, sobre la misma base de esas aportaciones, han construido las codificaciones fundamentales (sobre todo francesa y alemana) y la doctrina que pueda ya estimarse clásica. De otra parte, la fijación de lo que nuestra peculiar Historia, nuestras necesidades actuales y nuestro más íntimo modo de sentir y comprender la vida y el Derecho impongan para que la labor a realizar se adapte plenamente a la realidad social de nuestro pueblo en estos momentos, todo ello elaborado con la más precisa técnica conceptual, que habremos forzosamente de tomar, como punto de partida, de donde mejor la haya. Pero lo mismo que los alemanes supieron esperar casi un siglo, desde el auténtico renacimiento de su ciencia jurídica civilista, antes de crear «su» Código, debemos nosotros asimismo trabajar concienzudamente y sin prisas legislativas, para que cuando llegue el momento de edificar el gran Código civil español que todos deseamos, éste se desprenda casi solo, como una fruta madura, de la labor doctrinal y jurisprudencial realizada.

Es esencial trabajar sobre el Derecho positivo, bueno o malo, actualizado o anticuado, netamente nacional o claramente extranjerizante; un ordenamiento legislativo aisladamente considerado y visto al desnudo casi no es nada; será en definitiva lo que la doctrina y la jurisprudencia hagan de él; y como base de trabajo, tan bueno es nuestro Código, a pesar de sus indudables defectos, como lo fué para los alemanes un conjunto de textos, los romanos, que, pese a su valor intrínseco, estaban muy lejos del momento y del ambiente en que sus juristas trabajaban. Una elaboración sólida y profunda del Derecho vigente, realizada inteligentemente, con sentido nacional y actual, dará por sí sola, en su día, los frutos de revisión y de perfeccionamiento que sean necesarios.

Otro indudable valor ejemplar del Código civil alemán es el de su técnica legislativa. Ante todo, se halla estrechamente ligada a la técnica científica de los especialistas en Derecho civil. Es posible que el autor científico no sea el más apto para ver los caminos y las soluciones que desde un punto de vista

de política jurídica convenga adoptar; pero fijada la solución, su construcción técnica corresponde exclusivamente a esos especialistas, que dominan los términos y los conceptos, la estructura y el funcionamiento de los mecanismos utilizados o a utilizar. Un Derecho hecho exclusivamente por científicos sería tal vez una utopía; pero un Derecho hecho exclusivamente por políticos, o por juristas prácticos en el mal sentido de la palabra, o por técnicos no juristas, será siempre, se quiera o no, un Derecho defectuoso, difícilmente inteligible y aplicable. Se trata, no cabe duda, de una enseñanza muy útil en nuestra España actual.

Si la técnica consiste, como ha dicho González Palomino (7), en llamar a las cosas por su nombre... técnico, es indudable que prescindir de ella, o no exigir el más extremado rigor y refinamiento en su empleo, equivale a correr el riesgo de que no le entiendan a uno. Pero se trata de algo más que de eso; para llamar a las cosas por su nombre técnico es preciso: a) Concretar y delimitar exactamente de qué cosa se quiere hablar (formación y formulación de los conceptos, los cuales, no cabe olvidarlo, aunque no sirvan para crear sustancia jurídica, son los instrumentos de trabajo ineludibles del jurista, como de cualquier otra persona que se ocupe de materias cerca de las cuales recaiga una elaboración científica) (8); b) Buscar el nombre más adecuado para la cosa, lo cual quiere decir que no sea un nombre meramente vulgar, sin precisión suficiente, ni sea patrimonio exclusivo de determinadas tendencias o teorías, no plenamente consolidadas; c) Que ese nombre sólo sirva para designar esa cosa, previa y exactamente determinada. Es deseable también, aunque no tan imprescindible, que cada cosa sólo tenga un nombre, pues aunque con ello pueda padecer la estética, se beneficiaría la interpretación, al no existir posibilidad de atribuir a la diferencia de nombres una intención de diversificar los conceptos.

Además de todo esto, la técnica legislativa implica otras muchas cosas: la exacta visión de las instituciones en su conjunto, de forma que todos los preceptos a cada una referentes formen un conjunto armónico en el que nada sobre ni nada falte; la evitación de repeticiones, contradicciones y lagunas; la perfecta comprensión de la relación entre unas instituciones y otras, de modo que encajen entre sí adecuadamente en el engranaje total del ordenamiento jurídico; la adaptación a las intenciones de fondo del legislador, para que la sistemática y la exposición empleadas sean expresión de las concepciones que hayan de prevalecer en la obra legislativa; en conjunto, un extremado cuidado de que cada palabra, cada frase, la colocación de cada precepto y la obra en

(7) "Instituciones de Derecho Nacional", I. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948; página 488.

(8) La formación de conceptos en la Ley es en principio una operación previa que no ha de reflejarse necesariamente en el propio texto legal; basta que éste utilice los conceptos con un claro y exacto sentido de su contenido y alcance, aunque no contenga su definición expresa; no obstante, tampoco cabe atacar sistemáticamente las definiciones legales, al amparo del lugar común según el cual no es misión de la Ley, sino de la doctrina, al definir conceptos; la definición puede ser necesaria para delimitar el sentido de la utilización de ciertos términos por la Ley, y con tal alcance tiene un evidente valor normativo, según ya señaló НЕСК ("Jurisprudencia de intereses", trad. esp. M. GONZÁLEZ ENRIQUETA, Anales de la Academia Matritense del Notariado, IV; pág. 526). Al efecto puede servir casi siempre de ejemplo el recto uso de las definiciones por el BGB., e incluso su sistema de definir, partiendo de una exposición del contenido del concepto, señalando entre paréntesis el término usado para éste, y pasando finalmente a exponer la norma relativa al mismo.

su conjunto, respondan plenamente a las ideas jurídicas que han de reflejarse en ésta, y a la mayor dignidad científica e incluso perfección arquitectónica del todo.

Así concebida la técnica legislativa, no es preciso resaltar el grado elevadísimo que en tal aspecto alcanza el Código civil alemán, tal vez el cuerpo legal de mayor preocupación técnica de todos los tiempos. De una frialdad literaria casi absoluta, ha alcanzado tal rigor conceptual y terminológico que cualquier detalle, el empleo de una palabra determinada, un giro de expresión, una omisión, un insignificante matiz, la colocación de un precepto, etc., son en él asidero seguro para una interpretación indiscutible y exactamente ajustada al espíritu e intención de la norma.

Cabe discutir si este criterio es o no plenamente deseable. En todo caso, parece imposible que en España lleguemos alguna vez a tan extremado rigor, poco compatible con nuestro temperamento. Pero tampoco cabe duda de que debemos procurar aproximarnos a él, porque pecamos en general del defecto contrario. Nuestros Códigos se hallan plagados—no es ningún secreto—de incorrecciones técnicas, y no porque en ellos se empleen criterios técnicos diferentes a los de BGB o a los hoy en boga—lo cual no sería en sí un defecto—, sino porque la técnica en sí preocupó muy poco al legislador; con ello no hizo sino seguir la posición de la doctrina de su tiempo. Es cierto que la deficiencia técnica no es suficiente por sí sola para condenar a un cuerpo legal, acertado en sus soluciones de fondo. Pero si supone el fallo de un elemento auxiliar de gran valor, fallo que incluso puede conducir en ocasiones a la quiebra de valores sustanciales, como la Justicia y, sobre todo, la seguridad jurídica (9).

Más grave aun es el caso de leyes actuales con incorrecciones técnicas de mayor envergadura aún que las de nuestros viejos Códigos, y mucho más imperdonables en atención al ingente progreso técnico experimentado desde entonces por la doctrina española (10). También la jurisprudencia, siempre tan

(9) Es evidente que una gran parte de las deficiencias técnicas pueden subsanarse sin grave daño por obra de la doctrina: así por ej. la incorrecta definición de cosas fungibles y no fungibles que da nuestro C. c. en su art. 337; otras veces la deficiencia puede dar más que hacer, aunque no sea, ni mucho menos, insalvable, como por ej., el empleo con sentidos diferentes del concepto "anuidad" en los arts. 4 y 1.300 y ss. C. c.; pero hay ocasiones en que la falta de precisión técnica puede conducir a una inseguridad total en la aplicación del Derecho positivo, como sucede con la imprecisa utilización de las expresiones "título" y "privación ilegal" en el art. 464 C. c.

(10) En la legislación española moderna sobre materias de Derecho Privado es fácil advertir, junto a leyes de elevado rigor técnico, otras en que el descuido o la incorrección alcanzan límites que las hacen desmerecer del actual nivel de nuestra vida jurídica en tal aspecto. Como caso destacado de las primeras cabe citar la de arbitrajes de Derecho Privado de 23 de diciembre de 1953; entre las segundas queremos resaltar, por su carácter reciente, un ejemplo tomado de la Ley de 22 de diciembre de 1955 reformadora de la de Arrendamientos Urbanos: el ap. 7 de la base 6.ª de dicha Ley regula la facultad que en ciertos supuestos concede al inquilino de impugnar la transmisión verificada sobre su vivienda. No obstante, añade: "Caso de prosperar dicha acción, no podrá el adquirente, cuando se trate de viviendas, negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa o) del apartado uno de la Base octava" (esta causa es la de necesitar la vivienda para sí o para los ascendientes o descendientes). A primera vista, el precepto resulta desconcertante, porque hasta ahora veníamos llamando toda "impugnación" al acto en virtud del cual una persona determina la invalidez de un negocio jurídico hasta entonces válido; luego si la transmisión ha sido victoriosamente impugnada, y por consiguiente

atenta a los más delicados matices del valor «Justicia», empaña a veces sus rectas soluciones con un empleo deficiente de la técnica jurídica, que puede originar desconcierto en quienes han de manejar sus resoluciones.

Se impone, pues, a la doctrina científica, una doble tarea: hacia dentro, una rígida disciplina y un severo estudio para buscar, cada vez con mayor ahínco, la precisión técnica requerida como elemento auxiliar ineludible en la búsqueda de los valores jurídicos sustantivos. Y hacia fuera, una enérgica expansión que imponga sus conquistas técnicas al legislador, al juez, y, en general, a todo jurista práctico (11). En ambas puede constituir un estímulo y una ayuda de incalculable valor el estudio reposado del BGB y una recta asimilación de sus valores técnicos fundamentales.

B) En el plano de las orientaciones sustantivas y de las soluciones concretas, la influencia positiva del BGB ha de ser forzosamente muy inferior. En el terreno político, el sentido liberal y moderadamente individualista del Código alemán puede estimarse superado. En un aspecto más puramente jurídico, tampoco deben valorarse como ideales a lograr algunas de las concepciones básicas del BGB, como la tendencia a la abstracción causal, la exagerada protección de la seguridad dinámica o del tráfico, la fácil movilización de la tierra, etcétera. En otros aspectos, el Código acoge soluciones vinculadas a las peculiares necesidades y sentimientos del pueblo alemán, tan diversos de los nuestros que toda recepción sería forzada e improcedente. Así sucede, sobre todo, en el Derecho familiar patrimonial y en el Derecho sucesorio.

No debemos, sin embargo, por un mal entendido nacionalismo, desdeñar la enseñanza en todo aquello en que sea oportuna. Hay que advertir, sobre todo, —ya lo dijimos— que el BGB es en muchos aspectos producto de una elaboración realizada por los juristas alemanes del siglo XIX, del Derecho romano;

guiente invalidada, ¿qué fundamento puede haber para limitar al adquirente una facultad que sólo podía adquirir en base a una transmisión válida y, por tanto, eficaz? Si acudimos a la exposición de motivos para aclarar el enigma, hallamos la siguiente frase: "... se mitiga el derecho de impugnación, limitando sus efectos a la ineficacia de la transmisión tan sólo frente al inquilino o arrendatario." Casos de ineficacia relativa hay algunos en nuestras leyes, y se trata de una figura jurídica perfectamente normal y correcta técnicamente; pero si aquí estuviéramos realmente ante un supuesto de ineficacia relativa, nos encontraríamos con las siguientes consecuencias: 1.ª El inquilino habría de seguir pagando la renta al anterior propietario. 2.ª Sólo éste podría negarle la prórroga del contrato por cualquiera de las causas legales, o desahuciarle. 3.ª Con él habría de entenderse para todas las cuestiones relacionadas con obras, reparaciones, subarriendos, etc. 4.ª Todas las ulteriores transmisiones que realizaran el adquirente o sus causahabientes serían inexistentes para el inquilino, con la consecuencia de que no podría ejercitar el tanteo y retracto, etc. Como no cabe pensar que haya sido esto lo querido por el legislador, hay que concluir que ni existe impugnación ni ineficacia relativa, sino sólo una facultad del inquilino de obtener una declaración judicial en virtud de la cual se prive al adquirente de una de las facultades normalmente inherentes a su posición jurídica de arrendador; con ello, tanto el texto legal como la exposición de motivos han usado determinadas expresiones técnicas con notoria incorrección y con el consiguiente detrimento de la seguridad interpretativa e incluso del prestigio del legislador.

(11) También en los documentos de la vida jurídica práctica, notariales, administrativos, escritos forenses, simples documentos privados, etc., se impone un progresivo perfeccionamiento técnico del que se hallan muy necesitados; hay que señalar, desde luego, en honor de la verdad, y aunque parezca inmodestia corporativa, que es el documento notarial el que hoy por hoy ha logrado una mayor altura técnica e incluso literaria, aun superable, no obstante, en algunos aspectos.

siendo este mismo el trasfondo último de nuestro Derecho civil en la mayor parte de sus instituciones, existe un punto de coincidencia en el que las construcciones y soluciones del Código alemán pueden ser muy útiles para nosotros por quedar al margen de las peculiaridades de uno y otro pueblo. La utilidad deriva particularmente del hecho de que en ocasiones la doctrina alemana supo volver al sentido originario del Derecho romano, desvirtuado por la ciencia del Derecho común; y de que, en otros casos, aquella misma doctrina desarrolló dogmáticamente las posibilidades que el Derecho romano ofrecía con vistas a una evolución ulterior, adaptándolas a las concepciones y necesidades de los tiempos modernos.

Otras veces, la posibilidad de adaptar soluciones concretas del BGB procede de una previa influencia de las instituciones jurídicas alemanas en las españolas; así en cuanto al Registro de la Propiedad; sin olvidar el carácter autóctono del ulterior desarrollo de las semillas germánicas en nuestro suelo, no cabe duda de que un estudio concienzudo del más perfecto desenvolvimiento de la institución en su país de origen puede contribuir a una más recta comprensión de la misma en su adaptación española.

No obstante, y es preciso recalcarlo a fondo, no se trata en ningún caso de simple copia, ni, sobre todo, de tomar el Código alemán como modelo o patrón de lo que debe ser el nuestro; hay que evitar que la deslumbrante técnica del BGB nos haga parecer siempre sus soluciones como sustancialmente superiores a las nuestras; bajo el ropaje, técnicamente modesto, de nuestras leyes, puede estar, y estará casi siempre, envuelto el sentido del Derecho auténticamente nuestro, que es preciso descubrir, elaborar y perfeccionar; es necesario también, al comparar ambos Derechos, no dejarse envolver por el planteamiento inicial de las cuestiones que verifique el alemán; muchas veces este planteamiento determina la solución, justificada por el mismo, pero injustificada si se parte de un planteamiento diferente (12). Por eso, ante cualquier diferencia, y dentro siempre de un método comparativo, es preciso profundizar en ella y tratar de reconducirla a su raíz, dentro de problemas más generales, y de las concepciones jurídicas que imprimen a cada Derecho un sello característico. Casi siempre se acabará advirtiendo que ambas soluciones están justificadas en los puntos de partida respectivos.

Precisamente este método diferencial es uno de los que mayores provechos pueden reportar dentro del Derecho comparado; esta ciencia, hoy tan desarrollada, si se coloca en un plano supranacional y trata de obtener sus frutos de una contemplación conjunta, desde fuera, de los distintos ordenamientos positivos, puede encerrar grandes valores como disciplina independiente; pero como ele-

(12) Así, la omisión por parte del legislador español de determinadas soluciones a cuestiones resueltas por el BGB, no debe considerarse como equivalente a la existencia de lagunas, cuando tal omisión venga justificada por un planteamiento inicial que haga innecesaria la solución; por ejemplo: el no regular la distinción entre posesión mediata e inmediata no implica dejar sin regular la cuestión planteada en Derecho alemán, ya que, como ha demostrado VALLET DE COYTTINOLE ("La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, págs. 545 y ss.), tal distinción es innecesaria en Derecho español por cuanto que entre nosotros existe la posesión de derechos. Igualmente era innecesario en nuestro ordenamiento regular el carácter causal o abstracto de la tradición, porque ésta no es entre nosotros un negocio independiente de la compraventa, sino un simple acto no negocial de ejecución de ésta.

mento auxiliar en la interpretación y elaboración de los Derechos positivos no reportará, así concebida, gran utilidad; es preferible, en tal sentido, colocarse dentro de un ordenamiento concreto, el que se va a estudiar, y tratar de fijarlo y delimitarlo confrontando sus diferencias con otro u otros ordenamientos extraños y buscando las raíces más profundas de tales diferencias (o, en su caso, analogías). Esto contribuye de forma utilísima a comprender en sus más genuinas esencias el propio Derecho (13).

Y, al margen ya de este método diferencial, no se trata, antes lo dijimos, de copiar, sino más bien de conocer el Derecho alemán, como cualquier otro extranjero de tan alta perfección y significado, antes de ponerse a construir el propio; el ordenamiento extranjero será así como un poso que no determinará cada solución concreta, pero que aflorará y producirá sus frutos en el momento necesario, a través siempre de un fuerte espíritu jurídico y crítico. Será como esa cultura que, según frase muy conocida, queda después de haber olvidado mucho.

Esperemos en definitiva que dentro de las direcciones apuntadas, coincidentes por otra parte, según creemos, con las seguidas por nuestros mejores juristas de la hora actual, la traducción del BGB que nos ha ofrecido Carlos Melón constituya una aportación fundamental para esa reconstrucción de nuestro auténtico Derecho que parece hoy anunciarse.

(13) Por ejemplo: sólo a través de la defensa contra intentos de asimilación a sistemas extraños, se está llegando a caracterizar a fondo el auténtico sistema español en materia de Derecho sucesorio (adquisición de la herencia, concepto del heredero, legítimas, etc.).

2.- Sobre la causa de los actos jurídicos

(Carta al Director)

Mi admirado Director y querido amigo: Admirado, entre otras razones, por la buena marcha de su dignísima revista, que, a los pocos años de vida, se yergue ya poderosa y eclipsante entre las muchas del género—seguramente demasiadas—que se publican en España; querido, en primer lugar, porque no podemos menos de querer bien los españoles a quien tan acertadamente desempeña un alto magisterio como usted, pero también, particularmente, porque el interés crítico que vino a enfrentar nuestras respectivas posiciones científicas trabó entre nosotros un nexo que, en definitiva, es de afecto positivo. Hecho notable que, cuando llegué, por fuerza de las circunstancias, a desempeñar una docencia en derecho civil, cotidianamente tenía que tomar posición frente a las opiniones de usted, llevado por la congruencia de las mías, pero a pesar de ello—diría mejor, gracias a ello mismo—me encontraba cada día más vinculado por un lazo más y más amistoso. A los ojos profanos, aquella crítica de usted (1) a mis declaraciones sobre la jurisprudencia como fuente primaria del derecho y contra la calificación del derecho foral como privilegio (2) parecía una enconada disputa; no faltó quien arremetió contra mí a mayor abundamiento; no faltó quien azuzara a réplicas de represalia; no faltó tampoco quien olímpicamente juzgara oportuno silenciar una polémica que no parecía reducible a una de esas fichas que se pueden añadir a la nueva edición sin afectar para nada la estructura de un bello sistema de tópicos rudimentarios. De todo hubo en torno a nuestra discusión. Por lo que a mí respecta, nada más contrario a mis gustos y a mi sentido práctico que esas polémicas que podríamos llamar de «pica-píca», empeñadas en la tergiversación de las palabras, de las que no salen más que rencor y tinieblas. Por eso creí más conveniente proseguir—a modo de movimiento cordialmente envolvente—el desarrollo de mis propias ideas, lo que efectivamente he hecho en una serie de trabajos (3). Todavía quedaron inéditas unas Lecciones sobre el Título Preliminar del Código Civil, en las que quería dar una ordenación unitaria a mis proposiciones en la parte general del derecho civil, pero creo que de la lectura de aquellos otros escritos

(1) F. DE CASTRO: *La ciencia libre del Derecho (es fuente primaria del Derecho)*, en *ADC.* 1 (1948), 574; cfr. *Derecho Civil de España*, I, p. 509, n. 4.

(2) *De la "prudencia iuris" a la Jurisprudencia del T. S. y al derecho foral*, en *Información Jurídica*, 1947, p. 63 (éste fué el título originario, ligeramente alterado por la Redacción de la revista).

(3) Por orden cronológico: *De la "lex privata" al derecho privado y al derecho civil*, en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 25 (1949); *Prelección (sobre el dogma iuris)* de 1950-1951 (publicado en el Programa de Derecho Romano de ese curso); *Prelección (sobre el "empapelamiento de nuestro derecho")* de 1951-1952 (*Progr. de ese curso*); *Los romanistas ante la actual crisis de la ley ("O crece o muere"*, 1952) [una traducción italiana, en *Jus*, 2 (1951), 341; una redacción más amplia, con el título *Jus Europaeum!*, ha aparecido en *L'Europa e il Diritto Romano (Studi in memoria di Paolo Koschaker)*, 1949 (Milán, 1952)]; *Principios para una teoría realista del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1 (1953), 301; *Discurso inaugural* del curso 1955-1956 en la Universidad de Santiago (sobre el derecho como educación casuística).

sale suficientemente el sentido congruente de mis posiciones por usted inicialmente combatidas, así como sus fundamentos histórico-rationales.

¿Por qué vamos a ocultarlo? Si yo veo las cosas con ojos distintos a los de los civilistas en general, ello se debe, por un lado, a una deficiencia mía, que no es otra que la de nunca haberme visto en el trance de tener que estudiar derecho civil como opositor; por otro, a que toda la realidad jurídica actual se me aparece bajo la perspectiva relativizante y antidogmática del histórico. Esto hace que aquello que yo digo con buena fe y confianza de decir cosas sensatas choque contra los muros perplejos e imponentes de la dogmática civilista, como si fuera algo insólito y demoledor.

Esto ha vuelto a ocurrir en mi Relección (4) (del curso 52-53) sobre la causa (5). Contra ella ha dirigido sus amistosos dardos un valioso colaborador del ADC., el doctor Desantes (6), y yo agradezco muy sinceramente a mi crítico, no sólo el generoso elogio que hace del sentido general de aquel libro polémico en que aparece, casi inesperadamente, mi escrito sobre la causa, sino muy especialmente el interés prestado a mi toma de posición sobre el arduo tema jurídico sobre el que aquel escrito versa. Gracias a su bien intencionada crítica, he tenido que reflexionar de nuevo sobre el tema, y he podido rectificar en algo bastante importante, a saber, en el uso de la terminología filosófica para un discurso exclusivamente jurídico. En efecto, las atinadas observaciones que Desantes me hace, partiendo de la más pura Escolástica, me han convencido de que, quizá contra lo que él cree, resulta perturbador el hablar de causa eficiente, final, etc., en materia jurídica. Es verdad, yo huía ya un poco de esa terminología, y sustituía lo de «eficiente» por «determinante», pero tampoco ese término es suficientemente claro. Desantes, por su parte, se decide por entender la causa jurídica en el sentido de causa finalis (7). En esto no puedo seguir a mi apreciado crítico, pues si no me equivoco, la causa final implica una referencia a las intenciones subjetivas del que realiza el acto, y eso no interesa al derecho civil, sino a la moral (8). Un caso típico de esta confusión de los afectos morales en las categorías jurídicas es el de la «liberalidad» en la donación. La

(4) Tengo costumbre de leer en cátedra, cada año, una "prelección", el primer día de clase, y una "relección" en otro día indeterminado; la primera anuncia, en forma provisional, algunas ideas que han de ser objeto de mayor reflexión; la segunda anuncia los resultados de una reflexión especial sobre algún tema, no siempre en relación con el de la prelección.

(5) Publicada en el libro *De la Guerra y de la Paz* (BPA., 1954), p. 159. Un amable crítico (E. Sánchez Predote, en *España de Tánger* del 7-IV-1955) insinuaba que el giro "De la..." era una forma latina y no castellana. Nuestros clásicos no creo abonen esa censura. "De lo que sucedió a Sancho Panza rondando su insula" es un giro que no me parece censurable.

(6) José María DESANTES GUANTER: *Una relección sobre la causa*, en ADC. 8 (1955), 533.

(7) DESANTES, p. 526: "Es, por tanto natural que el jurista, al manejar el término causa, se refiera a la causa final"; p. 535: "la causa, la causa del contrato, es única como causa final que es", y *passim*.

(8) DESANTES, p. 526: "Y moralmente la causa relevante: de la bondad del fin, en primer lugar, y de que el acto sea consecutiva con su fin bueno y propio, en segunda instancia, depende la bondad del acto." Intenciones morales, por tanto. Sí, en cambio, tendemos a objetivizar la causa final de un acto jurídico, lo que no parece corresponder a la posición de Desantes, caemos en el fin económico-social; de hecho, muchos juristas han venido a reducir la causa a una tipificación económico-social del negocio.

donación, jurídicamente considerada, se caracteriza por la falta de contraprestación, además de la nota esencial de su resultado lucrativo, pero la intención liberal o no—la *hilaritas* que exige San Pablo (9) o la intención torcida del donante—es algo íntimo y puramente moral. La donación del hombre no liberal—por ejemplo, la del fariseo limosnero o la del buscaderencias—carece de valor moral en absoluto, pero sigue siendo, jurídicamente considerada, una perfecta donación. Cuando nuestra Ley de Partidas define la donación como «un bien fecho que nace de la nobleza e bondad de corazón», tenemos ahí la más clara confusión de lo moral con lo jurídico, pero la «liberalidad» de nuestro Código Civil (art. 618 y 1.274) ha salido de la misma confusión moralizante. Tan pronto atendemos al fin de los actos jurídicos, caemos en el recinto del moralista y nos alejamos de los puntos de vista estrictamente jurídicos.

En conjunto, la crítica del doctor Desantes me parece más drástica que clarificadora. Reconoce él mismo su propensión a moralizar en jurisprudencia, cuando afirma (p. 529) que «querer aislar ontológicamente lo jurídico de lo meta-jurídico tiene un resabio formalista muy kelseniano, pero poco acorde con la realidad de las cosas». Es verdad que yo, como todos los juristas de mi generación, recibí de estudiante el poderoso impacto de Kelsen, pero no creo que mi actual pensamiento «realista» pueda pasar por kelseniano. Con todo, el discernir lo jurídico de lo meta-jurídico me parece una exigencia mínima, renunciando a la cual nos encontramos inmersos en un confuso sociologismo. Para mí, el límite, aunque no determinable a priori, es muy claro. Todo depende del comportamiento real de los jueces: lo que los jueces aprueban, aquello es derecho; y sólo en el Juicio Final lo moral se identificará con lo jurídico (10).

Luego, hay otras pequeñas cosas en el razonamiento del doctor Desantes que no pasan. Por ejemplo, cuando dice (p. 530) que «la donación, la venta, etcétera, se agotan con la entrega». Que previenen una entrega, bien, pero no que se agotan con ella. No. La donación (convenio de donación), la venta (contrato de compraventa), son causas de la entrega que sigue (traditio donationis—, venditionis causa). Puede haber sí una donación o una venta manual, pero aún en ese caso, hay que distinguir, bajo la simultaneidad, un momento convencional y otro real. Por eso la traditio es siempre un acto secundario, que depende de una causa (11). Por el contrario, la ocupación de una res nullius es un acto primario. Esto me sigue pareciendo claro: ningún juez se meterá a indagar la causa del acto de ocupación; Ticio ocupó, la cosa podía ser ocupada, basta.

(9) San Pablo, II Cor. 9, 7: *hilarem enim datorem diligit Deus*. Sobre toda esta cuestión aconsejo a nuestros juristas que lean el estudio de E. F. BRUCK: *Paulus, die Kirchenväter und der "Fröhliche Geber" im röm. Recht: Liberalitas und animus donandi*, en su libro: *Ueber röm. Recht im Rahmen der Kulturgeschichte* (1954), p. 101 [ya edit. previamente en *Traditio*, 2 (1944), 97], y el artículo complementario: *Das Gespenst des fröhlichen Gebers im mittelalterlichen und modernen Zivilrecht*, *ibid.*, p. 137 [ya edit. prev. en *Seminar*, 4 (1946), 45]. Cfr. mi reseña en *Iura*, 6 (1955), 192 ss.

(10) Vid., sobre todo, mis *Principios*, cit.

(11) Los civilistas habrán oído hablar de una famosa antinomia que se quiere ver entre un texto de Ulpiano y otro de Juliano respecto a la *causa traditionis*. Esta antinomia, en mi opinión, no existe; en realidad, ninguno de los dos juristas romanos se refería a la *causa traditionis*, sino a la *causatio* de la cosa donada y aceptada con otra intención y a la posible *exceptio doli* que se podía oponer a tal repetición. Cfr. mi nota crítica en *Iura*, 6 (1955), 145.

Los jueces se preocupan por la causa *traditionis*, pero no por la causa *occupationis* (ya el mismo término resulta repelente!). La crítica de Desantes en este argumento (p. 530), siempre desde el punto de vista finalista (en el caso de ocupación no cabría otro), al decir que se entrega «para pagar» o se coge «para ocupar», me parece que embrolla más que aclara las cosas. Aunque el pago se realice mediante la entrega, también aquí hay que distinguir el convenio de pago (12) del momento instantáneo de su realización: aquel convenio funciona como causa de la entrega en pago (*traditio solutionis causa*). Si se prueba que no había obligación (*indebitum*), como aquella debía ser la causa del convenio de pago, éste viene a carecer de causa y lo mismo la entrega; entonces procede la repetición (13).

En fin, hay otros puntos en los que el razonamiento de mi distinguido y estimado contradictor me parece que no da en el blanco, ni refleja tampoco, al menos por lo que yo he podido captar, un pensamiento congruente y maduro sobre el tema. De ahí que resulte, en mi opinión, lo más conveniente el reconcentrar toda mi teoría de la causa, expuesta en aquella elección (que el lector interesado debe tener siempre presente), en un breve sumario de proposiciones, a fin de que todo el mundo, y especialmente el doctor Desantes, pueda concretar su crítica de una manera más ceñida y se haga posible una discusión articulada, evitando aquella polémica de «pica-pica» que me sigue pareciendo inútil y contraria a nuestra dignidad científica.

Los puntos pueden reducirse a los siguientes:

1. Causa jurídica es el hecho (eventualmente acto) (14) que el juez (o quien asume su función de declarar lo justo) aprueba (15) como fundamento directo, principal (16) y objetivo (17) del efecto jurídico de un acto jurídico.
2. Todos los actos respecto a los cuales el juez indaga la existencia de una causa se llaman secundarios; aquellos otros que no requieren para su efectividad la existencia de una causa jurídica se llaman actos primarios (18).

(12) Esto no quiere decir que, para mí, el pago sea un negocio jurídico, sino un acto complementario. Vid. *infra*.

(13) Si en el derecho romano esta repetición se hacía por una *conditio* y no por una *reivindicatio*, ello se debe, por un lado, al carácter de renuncia formal y abstracta que tenían los actos de enajenación de las cosas mancipables y, por otro, a la consumibilidad de los objetos pecuniarios, sobre los que no hay un verdadero dominio. Cfr. sobre esto mi *Discurso inaugural* cit., p. 19 s.

(14) Llamamos acto al hecho humano que implica una manifestación de voluntad. Los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos. Sólo respecto a los primeros vale inquirir la causa jurídica.

(15) DESANTES, p. 527: "Si es derecho lo que el juez aprueba, antes de la demanda el derecho no existe". Replíco: antes (no de la demanda, sino) de la sentencia, el derecho existe como expectativa racional. "Tengo derecho" quiere decir: tengo una fundada esperanza de que el juez falle a mi favor. El juez aplica unas normas generalmente previas (no las inventa para cada caso), pero es él el que crea el derecho al declarar lo que es justo (*is-dicat*). Sobre esta aporía esencial del derecho, vid. mis *Principios* cit., p. 309 s. Esto está en relación con el dinamismo del "ciclo de producción jurídica" que diseñé en *Los romanistas* cit., p. 8 n., y con el mismo dinamismo originario del concepto de *ius*; vid. mi contribución a *Studi Albertario*, II, 279: *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius"*.

(16) En esto se distingue la causa de los requisitos normativos o condiciones de derecho.

(17) Objetivo en sentido jurídico, no económico-social. Cfr. *supra*, n. 8.

(18) DESANTES, p. 529: "Las causas psicológicas, económicas, etc., son las mismas

3. Acto abstracto se dice del acto secundario cuya causa elidida se presume (incluso, eventualmente, con presunción *iuris et de iure*) (19).
4. Negocio jurídico se llama al acto lícito que implica una (o varias) declaración normativa (*lex privata*); los otros actos lícitos que implican declaraciones no-normativas se llaman actos complementarios (20).
5. Contrato es aquel negocio jurídico constituido por dos promesas vinculantes recíprocas e interdependientes (21).
6. En todo contrato, cada promesa funciona como causa de la otra (22).
7. Las promesas unilaterales (23) (no-contractuales) son actos o primarios o abstractos, pero no propiamente secundarios (24).
8. Los actos complementarios son siempre actos secundarios.

causas jurídicas en cuanto que el Derecho les concede relevancia." Conformes; pero precisamente entonces se convierten en hechos jurídicos. Cuando, en cambio, el Derecho, (en mi teoría, el juez) no les concede relevancia, aquellas causas no son causas jurídicas, y los actos que de ellas dependen carecen de causa jurídica: son mis actos "primarios". DESANTES, p. 259 s.: "Si todo acto para ser secundario necesita proceder causalmente de otro acto primario, o lo que es lo mismo, si todo acto para ser jurídico necesita una causa jurídica, ¿cuál fué el primer acto que comenzó a ser jurídico?" Dejo al mismo Dr. Desantes la retractación de este ilogismo.

(19) DESANTES, p. 532: "Los contratos abstractos tienen elidida su causa, pero el contrato puede estar patente y claro, conservar su apariencia bilateral." Si no se elide la contrapromesa, me parece difícil que se pueda elidir la causa. Espero que Desantes me aclare esto. De todos modos, es mucho más claro hablar de acto abstracto que de contrato abstracto.

(20) Quedan excluidos los actos—gestiones u operaciones—que no implican declaración, sino tan sólo manifestación de voluntad. Cfr. supra, n. 14.

(21) Los contratos llamados "reales", como ya expliqué, son antiguas causas crediticias, no-contractuales, que tienden a contractualizarse. En el Derecho Romano clásico, en mi opinión, tan sólo se llegaron a contractualizar la fiducia y el depósito; lo consecuente, hoy, es acabar de una vez ese proceso de contractualización considerándoles como consensuales, a lo que obliga nuestra misma tradición jurídica desde el Ordenamiento de Alcalá. Sobre esto no debe consultarse mi conferencia de 1947 que cita DESANTES, p. 532, n. 7, pues refleja posiciones ya superadas, sino mis *Observaciones sobre el "edictum de rebus creditis"*, en la conocida revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 19 (1953), 134-201, a las que alude Desantes como no consultadas. El matrimonio puede, desde luego, construirse como contrato (no-patrimonial).

(22) Esta reciprocidad causal fué, en mi opinión, la que motivó el error de la *causa finalis* en los contratos. Y que se tendiera a hablar de una causa única para cada contrato. Desantes está de lleno en esta línea. Si por este camino la doctrina no ha llegado a un concepto unívoco de causa, ello se debe, a mi entender, a que el camino está errado.

(23) Unilaterales en sentido funcional, no genético, pues se trata de actos convencionales, incluso cuando tienen un destinatario temporalmente indeterminado, como ocurre con la pública promesa; la publicación opera en este caso como aceptación indeterminada del público en general, y de ahí que obligue.

(24) La donación pura no tiene contrapromesa, luego no es contrato; y por eso el Código no incluye la donación entre los contratos (sobre el perturbador 1.274, vid. infra), sino que la coloca en el libro III. Como promesa unilateral, la donación, no teniendo tampoco carácter abstracto, es un acto primario. DESANTES, p. 531, protesta contra esta última afirmación mía, diciendo que es una "quiebra de la tesis". Pero me parece que un juez que se pusiera a indagar las causas de una donación pura se excedería de sus funciones; como no fuera para descubrir una simulación, pero esto es otro caso distinto. Ahora bien: si el juez no indaga las causas de una donación pura —que serían del orden de la liberalidad, generosidad, etc.—, se deduce que tales causas irrelevantes son no-jurídicas; ergo: la donación pura no tiene causa jurídica, es un acto primario. Algo distinto es el caso de la promesa unilateral del fiador. Tampoco aquí hay contrato. El CC. tiene buen cuidado de no llamarle contrato, aunque por conexión de materias trate de ella en el libro IV. Cfr., en relación con este miramiento nominal del Código, cómo se habla allí del depósito:

Expuestos a la consideración y crítica de todos los puntos que anteceden, yo pediría licencia a usted, abusando de su amable hospitalidad en el ANUARIO, para añadir un breve excursu sobre el artículo 1.274 de nuestro Código Civil. Este excursu pertenecía a mi relección leída en cátedra, pero fué emitido en la redacción de la misma destinada a publicarse en Alemania (25) y, por la índole del conjunto, también en el libro donde se publicó dicha relección; resulta así una pequeña novedad de esta carta.

El artículo 1.274 (26) no está tomado del *Code* (27). Como suele ocurrir cuando el legislador se aparta demasiado del *Code*, las interpolaciones no son afortunadas y producen contradicciones internas. Pero en este caso, la genealogía de la interpolación sigue siendo francesa. La cosa ocurrió así:

El *Code* (art. 1.108) exige, para la validez de las «convenciones», cuatro condiciones: consentimiento, capacidad (28), objeto cierto (29) y causa. Pero el *Code* no define la causa, sino que, en la sección correspondiente, en tres artículos (1.131-1.133), viene a decir, aproximadamente, lo mismo que los artículos 1.275-1.277 del Código Civil; en realidad, el 1.133 define lo que es la causa ilícita y no tiene correspondencia en esta sede de nuestro Código civil. No vamos a entrar en la comparación de estos artículos.

Al no definir el *Code* lo que debe entenderse por causa, nuestro meritorio García Goyena se encontró perplejo, pues creía conveniente disipar las oscilaciones que el término tenía entre los autores. Entonces buscó en los discursos que explican el *Code*, y encontró en el discurso 59, como él mismo dice en sus *Concordancias*, 3, pág. 32, una alusión aprovechable: «No hay obligación sin causa y ésta estriba en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas». Desafortunada frase, que había de tener malas consecuencias para nuestra legislación patria. Todavía García Goyena buscó

(artículo 1.759) “El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente”—(art. 1.760) “El depósito (propiamente dicho o extrajudicial) es un contrato gratuito...”—(1.785) “El depósito judicial o secuestro...”; es decir, sólo el depósito que es contractual aparece como contrato. Pero esta promesa unilateral del fiador frente al acreedor suele depender de una causa, que es una determinada promesa o comportamiento del deudor principal; esta causa se elide; ergo: la fianza es una promesa abstracta.

(25) La *Epirrhosis für Carl Schmitt*, para la que se destinó ese escrito, ha sido diferida *sine die*.

(26) Conviene tener presente los términos exactos del artículo 1.274: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

(27) Para la interpretación de nuestro CC. hay dos instrumentos de primera necesidad, que no deben faltar en la biblioteca —diría en la mesa— de ningún jurista español: el *Code de Napoléon* y las *Concordancias* de García Goyena.

(28) Nuestro correspondiente 1.261 omite lo de la capacidad, como si la falta de capacidad aniquilara el consentimiento (art. 1.263 y 1.264), pero lo mismo podría hacerse con el defecto de causa. Vid. infra este mismo resultado en boca de García Goyena (n. 32).

(29) No vamos a hablar aquí del “objeto”, pero debo advertir que buena parte de las confusiones en torno a la causa están en relación con otras en torno al objeto. Si nos atenemos simplemente a lo que dice el CC. art. 1.271, todo resulta más claro: objeto es la cosa material o el servicio debido (o sobre que versa el negocio). Si tendemos a ver en el objeto el “fin” y en la causa la causa “final”, acabaremos por identificar objeto y causa.

en las fuentes romanas que, naturalmente, no le dieron una definición clara, pero sí una que tomó como puntal: *causa est ratio propter quam aliquid datur aut fit*. A decir verdad, aunque Goyena cita la ley 52 del título de *conditione indebiti* (Dig. 12, 6), esa frase la tomó de Godofredo y no del texto mismo, que dice una cosa muy distinta y bastante más orientadora: *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, velut cum ideo do quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*. Esto dice el texto, en el fondo del cual no voy a entrar ahora; pero Goyena no entendió la distinción entre *ob causam* y *ob rem* (relación retrospectiva, propiamente causal, la primera; final, la segunda) (30) y abarcó ambas referencias en el término único de causa: «Si se refiere a lo pasado, se llama *causa praeterita*; si a lo futuro, *ut aliquid sequatur*, es causa futura» (31). Y concluye, después de su no muy feliz búsqueda: «Quede, pues, sentado que causa, bien se refiera a lo pasado o a lo futuro, *est ratio propter quam aliquid datur, aut fit*, sin la que no habría habido consentimiento ni contrato» (32). Quedando esto así sentado, Goyena redactó su artículo 997 del que nuestro 1.274 es una literal copia. Que el discurso 59 fué el que se lo inspiró, lo dice expresa y lealmente.

La clasificación de contratos onerosos, remuneratorios y de pura beneficencia aparece como un esfuerzo para adaptar la donación a la categoría de los contratos, y está en relación con el desgraciado 622 de nuestro Código Civil. De este engendro, en relación con el artículo 943 de García Goyena, ya tuvimos ocasión de ocuparnos hace algún tiempo (33). Goyena, al comentar su art. 997 (*Concordancias* 3, p. 32), se remite expresamente a ese artículo 943 de su proyecto. También se remite al 976, donde los contratos aparecen divididos en dos clases: gratuitos y onerosos, de donde deduce que los remuneratorios deben quedar comprendidos en los onerosos. En realidad, lo de «remuneratorios» se refiere a las donaciones remuneratorias, las cuales, según el 943 de Goyena, se regirán por las reglas de los contratos, precisamente de los contratos onerosos. Todo esto, como es sabido, ha quedado más confuso por la redacción torcida del artículo 622 del Código Civil. Que Goyena, en su artículo 997, estaba pensando en las donaciones, resulta claro de su

(30) Sobre la contraposición de los juristas clásicos entre *datio ob causam* y *datio ob rem*, me permito recomendar la lectura de Fritz Schwarz: *Die Grundlage der conductio in klassischen röm. Recht* (Münster-Köln, 1952), sobre todo el cap. segundo. Cfr. mi reseña en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* III ser. 1 (1954) 55 [*Bol. Univ. de Santiago*, 1954].

(31) En mi Relección decía que la causa era un *prius*, en tanto la causa final es un *posterius*. DESANTES p. 525 c. objeta que la causa, incluso la final, es siempre un *prius*, y probablemente tiene razón; quizá mi manera de expresarme, como la de Goyena aquí, era más intuitiva que filosófica: quería decir que la causa jurídica mira siempre hacia atrás, en tanto la causa final mira siempre hacia adelante. ¿Se podría decir que lo de la prioridad o posterioridad está en el hecho causante y no en la causa? Quizá Desantes, que ha pensado sobre esta terminología filosófica, pudiera aclarar esto mejor que yo.

(32) Este tipo de causa bifronte es la que no me puede inspirar mucha confianza de claridad.—Sobre la falta de consentimiento por falta de causa vid. supra n. 28.

(33) En *Información Jurídica* 1951 p. 490 s. (en colab. con J. Bonet Correa).

observación final (p. 33): «Serán, pues, raras las donaciones que tengan por sola causa la mera o pura liberalidad del bienhechor» (34).

Este esfuerzo por incorporar la donación a los contratos, en un sistema en el que la donación se reconoce como negocio no contractual (35), me parece totalmente desacertado. De ahí resulta que nuestro artículo 1.274, al hablar de la «causa de los contratos», se encuentre con dificultades. En efecto, la donación (no la entrega *donationis causa*, sino el convenio de donación) es un acto primario que no tiene causa jurídica. La «mera liberalidad del bienhechor» es una disposición anímica, es aquella *hilaritas* a la que nos referíamos antes (36), pero carece de valor jurídico. Lo que un juez aprecia en la donación es la falta de una contrapromesa, y, en la medida en que aprecia una correspondencia entre la promesa unilateral y otro acto anterior al que se quiere remunerar con aquella promesa de donación, en esa misma medida se causaliza la donación; lo que ocurre igualmente en el caso de donación con carga: en la medida en que el lucro queda compensado por la carga prometida por el donatario aceptante, la donación se contractualiza.

Quedan todavía aquellos verdaderos contratos que sin ser lucrativos sí son gratuitos (comodato, mandato, etc.) (37). En estos casos hay, precisamente porque hay contrato (38), dos promesas y cada una de ellas funciona como causa de la otra; ésta es la causa «jurídica», aunque el móvil psicológico del contrato todo haya sido la bondad del que prometió sin interés económico (por ejemplo, el mandatario que asume el mandato sin esperar ninguna remuneración).

Que en los contratos cada promesa es causa de la recíproca, se dice, pero mal dicho, en la primera parte del artículo 1.274, al tratar de la causa de los contratos onerosos: «Se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.» Si suprimimos la referencia a la prestación, las cosas quedan más claras, y vienen a decir lo que nosotros defendemos respecto a la causa: que no hay una causa única del contrato considerado en su conjunto, sino una causa para cada promesa, que es la recíproca. Pero prestación y promesa son dos momentos distintos: aquélla es el cumplimiento de ésta y resulta confuso barajar ambos momentos. La causa de cada prestación es la correspondiente promesa; la causa de cada promesa, la recíproca.

En realidad, la dimensión finalista que se ha entrometido desde antiguo en la consideración de la causa ha producido una confusión entre el análisis de estructura jurídica y el de interés económico; de ahí que se hable de contrato oneroso para designar simplemente al contrato y que no se hable de causa de un acto jurídico (de la promesa), sino de causa «para cada parte contratante».

(34) Afirmación sorprendente, a la que conduce una consideración de la causa no-jurídica. Eso se llama pesimismo moral.

(35) Vid. supra n. 24.

(36) Vid. supra n. 9.

(37) Esta distinción—entre “gratuito” y “lucrativo”—fue formulada en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 20 (1950), 778 s., sin resultados, ni positivos ni negativos.

(38) Vid. supra n. 21, por lo que toca a la contractualización de los contratos llamados “reales”.

Pero no seamos injustos con nuestros legisladores. La confusión sobre el concepto de causa que refleja el Proyecto del 51 y nuestro Código Civil se debe a la falta de rigor mental de los juristas. Sería vano pretender que los legisladores fueran más clarividentes que los jurisconsultos cuya sabiduría codifican. Nuestro desgraciado artículo 1.274, interpolado (ya desde Goyena) en el *Code* recibido, demuestra la falta de una verdadera tradición jurisprudencial que preparara el acto legislativo; pero es que, si la hubiera habido, no habríamos tenido necesidad de recibir el *Code*... ¡con casi un siglo de retraso! (39).

Mi querido y admirado Director: Le agradezco muy sinceramente la hospitalidad que dispensa usted a esta carta, cuya causa es la crítica del doctor Desantes y cuya causa finalis no es otra que la de favorecer desinteresadamente que las discusiones entre nosotros sean cada día más rigurosas y más ceñidas al argumento discutido, pero también más entrañablemente cordiales. Muy amistosamente suyo,

ALVARO D'ORS

Santiago, Festividad de la Traslación, 1955.

(39) Algo parecido hubiera ocurrido en Alemania de no haberse interferido Savigny, que retrasó la codificación también casi un siglo, pero el siglo de la Pandectística.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO Y ANTONIO PEREZ VEGA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. **DERECHO DE LA PERSONA:** *Se declara tráfico ilícito el ejercicio de la prostitución y se prohíben en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia cualesquiera que fueren su denominación y fines aparentemente lícitos.* (Decreto-ley 3 marzo 1956; B. O. del 10.)

2. **REGISTRO CIVIL:** *Queda establecido en el Africa Occidental Española.* (O. de la Presidencia de 6 enero 1956; B. O. del 18 de febrero.)

EXPOSICIÓN: a) **Denominación.**—Registro Civil del Africa Occidental Española (núm. 1.º).

b) **Régimen jurídico.**—Disposiciones legales vigentes en la metrópoli con las modificaciones que en esta Orden se establecen (núm. 1.º).

c) **Organización:**

1. Una sola oficina radicada en el Juzgado Territorial de Sidi Ifni.
2. **Fucionarios.**—A cargo del Juez territorial (1).
3. **Secciones:** 1.ª, de Nacimientos; 2.ª, de Matrimonios; 3.ª, de Defunciones, y 4.ª, de Ciudadanía (núm. 3.º).
4. **Libros.**—Las Secciones se llevarán en cuatro libros: Territorio Ifni y Zonas Septentrional, Central y Meridional del Sáhara Español. Los libros serán duplicados para indígenas y para no indígenas (núm. 3.º).

d) **Inscripciones:**

1. **Carácter.**—Serán voluntarias para los españoles indígenas (2) (núm. 2.º).

(1) Con arreglo al D. 23 enero 1953, orgánico de la Administración de Justicia en el Africa Occidental Española, existirá un solo Juzgado Territorial (artículo 4.º) con las funciones que las leyes atribuyen a los Juzgados Municipales, Comarcales y de Primera Instancia (art. 6.º); radicará en Sidi Ifni (art. 12) y en él se llevará el Registro Civil (disp. adicional. 1.ª). Este último precepto se desarrolla en la disposición adicional 2.ª de la presente Orden, la cual dispone que, a partir de los seis meses de su promulgación, los Juzgados Locales de Villa Bens, Aaitm y Villa Cisneros se harán cargo y llevarán en lo sucesivo los libros del Registro Civil correspondientes a sus respectivas Zonas.

(2) Pero el Gobierno del Africa Occidental Española podrá, en casos determinados, exigir a los indígenas certificaciones que acrediten la inscripción de algún acto relativo al estado civil en el Registro correspondiente (disp. adicional 1.ª).

2. Actos inscribibles.—Los relativos al estado civil (núm. 2.º en rel. con núm. 1.º y Ley del Registro Civil de 30 junio 1870).
 3. Registración.—Mediante una declaración formulada en acta duplicada, que se extenderá por el Jefe de la Oficina de la Administración de que dependa el lugar del hecho. Será firmada por el declarante (si no sabe lo hará un testigo a su ruego), por dos testigos (intervendrá un intérprete si el declarante a los testigos no conocieren el idioma español y por el Jefe de la Oficina administrativa, el cual procurará asegurarse de la veracidad de la misma (núm. 4.º). Una de estas actas será remitida con la mayor brevedad al Juzgado Territorial para su inscripción (núm. 5.º).
- e) Régimen específico de los matrimonios en relación con el Registro:
1. Los matrimonios mixtos de indígenas con no indígenas se registrarán por las disposiciones metropolitanas (núm. 6.º).
 2. Los matrimonios entre indígenas que *voluntariamente* se inscriban no producirán efecto especial alguno para los contrayentes, que seguirán sometidos a su propio fuero. Se inscribirán mediante transcripción del documento otorgado por los Adules, previamente traducido al español. Se consignarán los anteriores matrimonios que hubieran podido contraer los cónyuges. El divorcio se transcribirá mediante nota marginal (núm. 7.º)
- f) Particularidades de las defunciones de indígenas.—Se enterrará con arreglo a los ritos y costumbres locales. Los herederos podrán hacer la correspondiente inscripción en el Registro Civil en el plazo de tres días después de practicada la inhumación. En caso de muerte violenta, cualquiera que sea la condición del difunto, no podrá enterrarse sin previa autorización del Juzgado correspondiente. (J. A.)

4. PERSONAL JUDICIAL: *Se aprueba el Reglamento orgánico de la Carrera Judicial*. (Justicia. Decreto de 10 febrero 1956; B. O. del 29.)

La regulación vigente anteriormente era el Decreto orgánico de la Carrera Judicial de 28 septiembre 1951. La reforma actual tiene por objeto la adaptación a la Ley de situaciones de los funcionarios de 15 julio 1954. Sigue la misma sistemática y sólo contiene modificaciones de detalle.

II. Derechos reales.

LIMITACIONES DEL DOMINIO: LIMITACIONES EN DEFENSA DEL TESORO ARTISTICO: DERECHO DE ADQUISICIÓN EN FAVOR DEL ESTADO: *Se modifican los artículos 10 y 11 del D. 12 junio 1953 («B. O.» del 2 julio) (1), precisando las condiciones del justiprecio de las obras que el Estado vaya a adquirir por haberse solicitado su exportación.* (Educación Nacional, D. 27 enero 1956; B. O. del 15 de febrero.)

(1) Vid. la exposición y comentario a este Decreto en ADC, t. VI, f. III, págs. 688 y sig.

A) **EXPOSICIÓN:** Posición del Estado en cuanto a los objetos de interés histórico o artístico, cuya exportación sea solicitada. Puede adoptar las siguientes medidas:

a) Ejercitar el derecho de tanteo para adquirirlos con destino a los Museos Nacionales:

1. Por el valor declarado en la solicitud de exportación (art. 10, párrafo primero).
2. Por el valor justipreciado por la Administración, cuando entienda que el declarado no corresponde al verdadero. El organismo encargado de efectuar la tasación es la Comisión de Valorizaciones y Exportaciones. Contra su resolución se concede alzada ante el Ministro de Educación Nacional (2). Si el vendedor no se conforma con el justiprecio quedará sin efecto el tanteo y prohibida la exportación, sin perjuicio del derecho del vendedor para enajenar el objeto dentro de España (art. 10, párrafo segundo y tercero).
3. Normas comunes.—El tanteo será ejercido «por el Estado en virtud de notificación a los interesados en el plazo de un mes desde la fecha de solicitud de la licencia de exportación. El plazo para la formalización del compromiso e incoación del oportuno expediente será de tres meses, sin que el solicitante pueda modificar el precio declarado» (art. 10, párrafo quinto).

b) «Denegar el permiso de exportación sin hacer uso del derecho de tanteo, en cuyo caso quedará igualmente expedito el derecho del vendedor para la enajenación dentro de España» (art. 10, párrafo cuarto).

c) Ejercitar el derecho de tanteo en cuanto a objetos de arte antiguo adquiridos en venta pública, subasta o liquidación, siendo aplicable el derecho de justipreciar cuando los adjudicatarios se propongan la exportación (art. 11).

d) Expropiar con arreglo a la legislación vigente (art. 10, párrafo tercero) (3).

B) **OBSERVACIONES:** 1. Sólo se ha hecho referencia en la Exposición a las modificaciones introducidas por el presente Decreto a los artículos 10 y 11 del Decreto 12 junio 1953.

2. En cuanto a la orientación de la presente disposición, sólo cabe decir que sigue la iniciada por la Ley de 13 mayo 1933 y Reglamento aprobado por D. 16 abril 1936 y seguido por D. 22 abril 1938 y disposiciones complementarias hasta el D. 12 junio 1953, que queda modificado por el presente en sus artículos 10 y 11.

3. Pero si es criticable que se hayan reiterado los mismos errores técnicos del D. de 1953. Pueden verse las críticas en el A. D. C. citado.

4. Es lógico que el Estado pueda denegar la solicitud de exportación sin necesidad de ejercitar el tanteo.

5. No era necesario señalar la aplicación de la Ley de Expropiación forzosa. (J. A.)

(2) En el plazo de quince días.

(3) Ley Expropiación forzosa 16 diciembre 1954, arts. 76 y sig.

III. Otras disposiciones.

1. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: ÓRGANOS: *Se organiza el Servicio de Concentración parcelaria.* (Agricultura, Decreto de 9 diciembre 1955; B. O. del 1 enero 1956.)

A) EXPOSICIÓN: El artículo 1.º establece que «el Servicio de Concentración parcelaria es, conforme a la Ley de 20 de julio de 1955, un Organismo autónomo de la Administración del Estado, dependiente del Ministerio de Agricultura, con personalidad jurídica y plena capacidad para poseer y administrar bienes, así como para el ejercicio de cualquier clase de derechos y acciones». El artículo 2.º le reconoce «competencia para realizar la concentración parcelaria de toda clase de terrenos con las atribuciones que le señala la Ley de Concentración parcelaria», «correspondiéndole el ejercicio de cuantas facultades relacionadas con la concentración no se hallen expresamente encomendadas a otros organismos o autoridades». Asimismo, establece que su concentración en juicio corresponde a los Abogados del Estado y que «se le aplicarán las normas que regulan el especial enjuiciamiento del Estado».

B) OBSERVACIONES: En el título primero de la Ley de Concentración parcelaria de 10 de agosto de 1955 (texto refundido) dedicado a los órganos de la misma, el artículo 7.º determinaba de modo general la personalidad jurídica y competencia del Servicio de Concentración parcelaria que ahora queda organizado por el presente Decreto.

2. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: ÓRGANOS: *Se dictan normas de organización y régimen interior del Servicio de Concentración parcelaria.* (Agricultura. Orden de 11 febrero 1956; B. O. del 20.)

Desarrolla esta Orden las normas referentes a organización, régimen interior y personal, según lo señalado en el Decreto anteriormente anotado.

3. CONCENTRACIÓN PARCELARIA: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Se dictan normas relativas a los recursos que se establecen contra acuerdos de la Comisión Central de Concentración parcelaria.* (Agricultura. Orden de 22 diciembre 1955; B. O. del 6 enero 1956.)

Desarrolla esta disposición el artículo 51 de la Ley de Concentración parcelaria, texto refundido de 10 de agosto de 1955, para aplicar la doctrina del silencio administrativo que este precepto establece.

DECRETOS DE COMPETENCIA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGU

MINAS: DISTRIBUCIÓN DE CUESTIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA ADMINISTRACIÓN: ARRENDAMIENTO DE MINAS: *Se declara la competencia de la Jurisdicción ordinaria respecto a: 1.º, elevación a escritura pública del contrato del arrendamiento; 2.º, abono de indemnizaciones al arrendatario por labores e instalaciones no desmontables, y 3.º, prórroga indefinida del contrato. Se reconoce a la Administración lo relativo a: 1.º, mantenimiento de arrendatario en la posesión de las instalaciones interiores vinculadas al sistema de transporte que éste tiene instalado en terrenos del exterior, y 2.º, constitución de servidumbres de pasos mineros.* (D. 9 febrero 1956; B. O. del 15.)

A) EXPOSICIÓN: a) Ante el Juzgado de Primera Instancia de V. se formuló demanda en juicio de mayor cuantía en que se acumulaban las siguientes pretensiones: 1.ª, elevación a escritura pública del contrato de arrendamiento de minas; 2.ª, declaración sobre los derechos del arrendatario al terminar el arriendo en el sentido de que: 1') las labores pasen al arrendador previa indemnización; 2') las instalaciones interiores queden en la posesión del arrendatario por estar vinculadas al sistema de transportes del mineral que tiene instalado en terrenos del exterior, y 3') que el arrendatario seguirá en el uso y disfrute de pasos, galerías y pozos de transporte en cuanto estén al servicio de minas colindantes cuya explotación lleve a cabo por título legítimo, y 3.ª, prórroga indefinida del arrendamiento obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario.

Estando el "juicio en terminación" ("sic"), se formuló por el Gobernador civil de L. requerimiento de inhibición al Juzgado "para que se abstenga de conocer en los autos del juicio declarativo ordinario". No obstante, el requerimiento sólo hacía referencia al pedimento segundo de la demanda, y decía que la pretensión de elevar a escritura pública el contrato no era objeto de la cuestión de competencia.

El Fiscal dictaminó distinguiendo las distintas pretensiones acumuladas en la demanda y atribuyendo competencia a la Administración en lo relativo a mantenimiento de la posesión en las instalaciones interiores y petición de establecimiento de servidumbres de pasos mineros; manteniendo la de la jurisdicción ordinaria sobre elevación a escritura pública, indemnización por materiales e instalaciones no desmontables y prórroga del arriendo.

El Juez dictó auto (confirmado en apelación por la Audiencia) no accediendo al requerimiento total de inhibición, pero admitiendo la competencia de la Administración respecto a la constitución y reconocimiento de servidumbres, manteniendo la de jurisdicción ordinaria en cuanto a la elevación a escritura pública, interpretación de cláusulas del contrato y prórroga del mismo.

b) En el primer "Considerando" se entiende planteada la cuestión de competencia de la siguiente manera: El requirente (Gobernador civil) reclamaba su

competencia en cuanto al pedimento segundo de la demanda, o sea, respecto a las labores e instalaciones que deban quedar en poder del arrendador o del arrendatario y respecto al establecimiento de servidumbres mineras; y el requerido reconocía esta competencia en cuanto a las servidumbres mineras, pero no en cuanto a lo demás.

Considerando segundo: "Que esta cuestión de competencia tiene sólo un *aspecto formal* en cuanto existe un requerimiento que puede interpretarse que es de inhibición total, puesto que en él se pide por el Gobernador al Juez la abstención de su conocimiento en el juicio declarativo y el envío de las actuaciones; pero que en el *fondo*, en cuanto a su contenido material, no existe verdadera cuestión de competencia, puesto que no hay una materia sobre la que pretendan entender los dos organismos directivos, ya que la competencia sobre lo relativo a la constitución o reconocimiento de pasos mineros es lo único que la Administración defiende que le corresponde... y esa competencia aparece expresamente reconocida a la Administración por el Juzgado requerido..."

Tercero: "Que... la única *apariciencia de conflicto* jurisdiccional se da en cuanto a esos otros extremos del "suplico" de la demanda, que si bien se muestra como objeto de la fórmula final, general y amplia del requerimiento de inhibición, no están incluidas en el razonamiento y fundamento de dicho escrito..."

De acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado y con el Consejo de Ministros, se decide "en favor del Juez de 1.ª Instancia de V."

B) OBSERVACIONES:

1. Conforme a la legislación vigente en materia de minas (1) es preciso delimitar con claridad las cuestiones civiles, reservadas a la jurisdicción ordinaria, y las administrativas que competen a la Administración en vía gubernativa y, agotada ésta, a la jurisdicción especial contencioso administrativa. Los artículos 64 y 62 de la Ley de Minas se ocupan del problema atribuyendo el primero a los Tribunales ordinarios las cuestiones entre partes sobre propiedad, participaciones, deudas y demás incidentes civiles; y reservando el segundo a la Administración los expedientes tramitados conforme a la Ley de Minas y lo relativo a deslindes, superposiciones y rectificación de concesiones mineras. Con arreglo al artículo 37 uno de estos expedientes administrativos es el que tiene por objeto el reconocimiento y concesión de servidumbres de desagüe, ventilación y paso. Por todo ello es conveniente, independientemente de que si en el fondo existe o no conflicto, que se resuelva acerca de la distribución de competencias de este caso concreto.

2. La segunda cuestión radica en determinar si en el presente supuesto hubo o no conflicto en cuanto al fondo. Lo cierto es que se observan reiteradas contradicciones u omisiones entre Resultandos y Considerandos, que pueden claramente apreciarse en la exposición más arriba efectuada. Pero, sobre todo, entre el primero y segundo Considerandos. Con arreglo al primero aparece claramente un conflicto *en cuanto al fondo*; pero está en desacuerdo con las peticiones del Gobernador y resistencias del Ministerio Fiscal que son inequívocas. En el segundo, en cambio se declara no haber verdadero conflicto por existir conformidad

(1) Ley de Minas de 19 de julio de 1944 y Reglamento de 9 de agosto de 1946.

material (ya que no formal) entre el Gobernador y el Juez, y concuerda perfectamente con lo que se deduce de los Resultandos.

3. Por último el problema de distinguir cuestiones de competencia en la forma y en el fondo, se resuelve entendiendo que basta el conflicto aparente para su planteamiento y decisión. Por tratarse de un procedimiento administrativo interesa sólo secundariamente al civilista.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AGUINAGA TELLERIA, Antonio de: «Condiciones más beneficiosas». Gráficas González. Miguel Servet, 15. Madrid.

Antonio de Aguinaga, es fundamentalmente un Inspector Técnico de Trabajo, con formación empírica, adquirida de primera mano, por contacto directo y diario con los problemas laborales y con los textos positivos; no quiere esto decir que desconozca la parte doctrinal del derecho del trabajo ni que su formación no sea la de un jurista (es Doctor en Derecho y Profesor de la Escuela Social de Madrid), mas sí, que en su producción, ya considerable por su cantidad y calidad, aborda con singular precisión, brillantez y conocimiento de causa, las cuestiones que se presentan en la aplicación de las normas laborales a la realidad social, y cuanto trata de otro género de problemas, vgr. cuando investiga acerca de la naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo en obra editada en 1954, su discurrir, siempre interesante, es mucho menos profundo.

Su Derecho de Trabajo (obra de cuya aparición dimos cuenta en el Anuario) le abrió la puerta grande como publicista, posteriormente en 1954 escribe una Teoría del Derecho Español de Trabajo, en la que a pesar de contradecirse en alguna ocasión—observamos en ella que pese a considerar al derecho de trabajo como una parte del derecho social define aquél con amplitud quizá excesiva y estrecha mucho el concepto de éste—se encuentran páginas escritas con galanura y garbo y hoy da a la imprenta su «Condición más beneficiosa» la obra, a nuestro juicio, más lograda de las salidas de su pluma.

Aborda en ella un problema sobre el que no existía literatura jurídica especializada y tan sólo era tratado en las exposiciones generales del Derecho de Trabajo; por ello su labor más que de contraste de opiniones y crítica de doctrinas (en el índice de autores sólo aparecen 18 nombres), es producto de una meditación profunda y acertada sobre lo que la «condición más beneficiosa» viene a suponer, tanto respecto a situaciones anteriores a una norma (ex-ante), como a las posteriores a la misma (ex-post), demostrando un conocimiento nada común del contenido de las diversas Reglamentaciones de Trabajo y disposiciones positivas, y de la Jurisprudencia laboral, tanto la propiamente tal del Tribunal Supremo y del Central de Trabajo, como de las Resoluciones de los Centros Directivos del Departamento, y Sentencias de Magistratura de Trabajo, y asimismo apuntando y sugiriendo construcciones conceptuales que si no tienen la solidez y brillantez de lo definitivamente logrado y decantado (quizá pueda advertirse en ellas cierto confusionalismo y poca claridad en la expresión) si tienen el mérito de ser profundamente originales, abriendo surco en terreno hasta ahora baldío; en lo suce-

sivo quien escriba sobre la «condición más beneficiosa» habrá de contar decisivamente con la obra de Aguinaga.

Tras un prólogo, en que da cuenta de sus propósitos, se refiere en un primer apartado «Introducción» a los antecedentes de la cuestión tanto legislativos como doctrinales, abordando en un segundo apartado, «Planteamiento» los términos del problema que desdobra en dos a saber, consideración de situaciones o estados más beneficiosos «ex ante» y «ex post» de una norma, y desarrollando las cuestiones planteadas con minuciosidad y precisión en un tercer apartado «Análisis» que forma por su extensión y profundidad el nervio de la obra, recogiénose en él las principales incógnitas que el mantenimiento de la condición más beneficiosa plantea, tanto respecto a las formas bajo las que se manifiesta, como respecto a su tratamiento jurídico adecuado, como respecto a las limitaciones a la condición más beneficiosa y su posibilidad de redención; en los dos últimos apartados «Síntesis» y «Conclusión» obtiene las consecuencias de su exposición.

En definitiva se trata de una obra de investigación jurídica de verdadera importancia de la que el autor puede sentirse orgulloso.

Magníficamente presentada la edición en su aspecto tipográfico.

José M.^a L. de MIRANDA
Magistrado de Trabajo

ALBALADEJO, Manuel: «Sustituciones hereditarias». Ed. Gráficas Summa, Oviedo, 1956; 252 págs.

Abarca esta obra el estudio de tres de las formas de sustitución hereditaria aceptadas por nuestro Código civil; vulgar, pupilar y ejemplar. Se trata de un análisis muy completo; el mejor, sin duda, que sobre la materia ha producido la moderna ciencia jurídica española. El trabajo se inicia con el estudio de la sustitución vulgar, que aparece estructurado de la manera siguiente: Concepto y consideraciones preliminares (capítulo I), casos en que opera (c. II), nombramiento de sustituto al llamado abintestato (c. III), naturaleza jurídica (c. IV), consecuencias de la misma (c. V), formas de sustitución (c. VI), repetición para la sustitución de los elementos accidentales de la institución (c. VII), efectos y extinción (c. VIII), y, finalmente, sustitución y figuras concurrentes (c. IX). Son de hacer notar, como aspectos más destacados de esta primera parte de la obra, el problema de la posibilidad de nombramiento de sustituto al llamado abintestato, que el autor soluciona en sentido afirmativo; la defensa de la tesis tradicional de que el llamamiento del sustituto está sujeto a condición y el análisis de la sustitución recíproca.

A continuación aborda el autor el estudio de las sustituciones pupilar y ejemplar (estudio que acertadamente unifica) con arreglo al siguiente **sumario:** Introducción, justificación—histórica y actual— de la sustitución (c. I), alcance de la sustitución en el Código civil (c. II), el testamento sustitutorio (c. III), naturaleza de la sustitución y sus consecuen-

cias (c. IV), sujetos (c. V), extinción (c. VI), sustitución y legítima (capítulo VII), y, relación entre sustituciones (c. VIII). Es de hacer notar, ante todo, que el autor acoge la opinión que entiende que se trata de una sustitución en el poder de disponer «mortis causa», con lo que se rompe todo parentesco, salvo en el nombre, con las sustituciones vulgar y fideicomisaria. El trabajo de Albaladejo constituye el esfuerzo más importante de nuestra doctrina en pro de esta tesis. Dice también que hay dos testamentos (en sentido material, por lo menos), y que el del sustituido lo otorga el sustituyente representándolo. Consecuencia de ello es que se dispone de toda la herencia del sustituido. Otros aspectos importantes de esta parte de la obra son, por ejemplo, el que se refiere a la concurrencia de varias sustituciones ordenadas por distintos sustituyentes, problema que soluciona sosteniendo la validez de todas ellas si son compatibles, y estableciendo en otro caso como sistema de preferencia el orden de llamamientos a la patria potestad o a la tutela, en el cual pasarán a ocupar los últimos puestos quienes, en el caso concreto, hayan sufrido pérdida de tipo sancionatorio o precautorio de la patria potestad o de la posibilidad de ser nombrado tutor.

No es posible, ni constituye el objeto de esta recensión, señalar exhaustivamente todos los puntos de la obra que reseñamos que merecen especial mención; por ello nos hemos limitado a unos pocos como ejemplo entre los más importantes. Señalemos, además, algunas características generales del libro. Destacan el método cómo han sido utilizados los antecedentes históricos (el autor se limita a referirse a ellos cuando sirven para ilustrar e interpretar las normas vigentes); los problemas son tratados abiertamente, en toda su complejidad y dificultades, y siempre se razonan las soluciones propuestas; la doctrina extranjera se utiliza parcamente y con sumo acierto, pues se hacen solamente las referencias esenciales a la misma, a la par que la española se expone con toda la amplitud posible. En suma, la lectura y estudio de esta obra es indispensable para todo el que se ocupe de los temas tratados en ella, tanto para el que desee profundizar en su estudio como para el que busque soluciones prácticas, porque, y ello es un nuevo mérito, teoría y práctica aparecen armónica y extensamente tratadas, descendiendo, en su caso, a una ejemplificación completísima, iluminada a la luz de las proposiciones teóricas que en la misma se mantienen.

La presentación del libro es excelente, y las erratas que se han deslizado aparecen salvadas cuando alteran el sentido del texto.

Parece que con lo dicho debiera bastar para producir la idea de que nos encontramos ante un estudio bien realizado y de alto nivel científico. Sin embargo, el abuso de adjetivos encomiásticos desmesurados, que constituye desdichadamente la norma general en las recensiones que en la actualidad se publican, exige que insistamos en ello, para destacarlo muy por encima del nivel general de la producción jurídica patria.

ALONSO OLEA, Manual: «Pactos colectivos y contratos de grupo». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

En el Instituto de Estudios Políticos trabaja un grupo de juristas jóvenes (García de Enterría, Villar Palasí, Garrido Falla, etc., etc.) que han marcado huella profunda en los estudios españoles, principalmente en torno al derecho político y administrativo, cuyos problemas abordan y airean con singular profundidad y competencia. Dentro de este grupo se ha especializado en el derecho laboral Manuel Alonso Olea, Letrado del Consejo de Estado y Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo, autor de la obra que comentamos en estas líneas.

Aborda en ella un problema, sobre el que existe mucha literatura de muy variable valor y que, si, a primera vista, dada la legalidad positiva española sobre el Contrato de Trabajo, pudiera parecer inactual, es lo cierto, que dada la importancia del pacto colectivo de trabajo en el derecho comparado, y el que ha sido antecedente de la vigente normativa jurídica española de Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, y asimismo que juntamente con el pacto colectivo estudia el contrato de grupo (forma de contratación muy común en el trabajo industrial y agrícola) no cabe dudar de la oportunidad de haber traído el tema a colación.

Tras un prólogo, en el que nos da cuenta de sus propósitos, viene una Introducción, de planteamiento y justificación del tema a tratar, que consiste, en distinguir netamente los conceptos de pacto colectivo y contrato de grupo conceptos confundidos muchas veces por la doctrina, y en los que ni siquiera existe una terminología pacífica. En una segunda parte «Confusión y Distinción entre Pactos Colectivos y Contratos de Grupo» analiza con finura y profundidad ambas figuras señalando los motivos de confusión entre ellas tanto en cuanto a los sujetos (distinción entre Sindicato y Grupo) como en cuanto al objeto (dificultad de distinguir muchas veces entre efectos reguladores y constitutivos de la contratación), como asimismo la confusión terminológica existente, y perfila neta y claramente la distinción entre las mismas, situando al pacto colectivo en la teoría de las fuentes del derecho de trabajo y al contrato de grupo entre las distintas modalidades del contrato de trabajo; como final de esta parte plantea y resuelve con razones sólidas y brillantes, el problema de si la persona jurídica puede o no ser trabajador, concluyendo que puede serlo en los contratos de ejecución de obra y en los contratos de grupo, y en tal sentido interpreta el artículo 4 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo.

En un tercer apartado, estudia los Pactos Colectivos, haciendo notar que constituyen una fuente de derecho laboral típica, que no suele estudiarse en la teoría de las fuentes del derecho civil, y que presenta facetas específicas sumamente interesantes; trata luego de la naturaleza jurídica del pacto colectivo, distinguiendo varios estadios y modalidades del mismo (acuerdo entre caballeros, ley del grupo, ley de la profesión o de la industria) que finalmente desembocan en la reglamentación de trabajo, y hace atinadas y certeras observaciones sobre cada una de estas figuras, patentizando cómo el pacto colectivo va adquiriendo cada vez mayor trascendencia y densidad normativa;

por último estudia el pacto colectivo en la legislación española, tratando casi exhaustivamente la cuestión, y concluyendo la imposibilidad de que en la actualidad se concierten tales pactos en España dada la legalidad vigente que reserva tales cuestiones al Estado; sin embargo no trata el problema de la posible vigencia actual de pactos colectivos, concertados con sujeción a la legalidad anterior que los permitía, y si bien dadas las subidas reglamentarias de salarios (materia sobre la que principalmente se concertaban los pactos colectivos) la mayoría de estos habrán sido sustituidos por las Reglamentaciones de Trabajo y en todo caso por los salarios fijados para actividades no reglamentadas, hay que tener en cuenta, más que la posibilidad de que en pacto colectivo se concertarán salarios no superados por los actuales, el que en tales pactos pueden reglarse otras materias aparte la puramente salarial, y puede resultar de aplicación actual lo convenido en los mismos, vgr., sobre distribución de la jornada o vacaciones.

En la cuarta parte, estudia Alonso Olea el contrato de grupo, distinguiéndolo, neta, clara e insuperablemente, de figuras afines de las que en ocasiones resulta complicado el separarlo (contrato de empresa, destajo, contratos individuales de trabajo yuxtapuestos).

Por último, un capítulo de «Conclusiones» (de carácter filosófico), recoge jugosas y acertadas ideas del autor, acerca de las relaciones entre el derecho civil y el laboral, y la sustantividad de éste, que postula tratamiento e instituciones específicas.

En definitiva, la obra de Manuel Alonso Olea por los problemas abordados, finura de su análisis, profundidad de sus razonamientos y claridad meridiana en la exposición, constituye una de las más brillantes y logradas aportaciones últimas a la literatura jurídico-laboral española, que tan necesitada se halla de obras de altura científica. Magníficas la tipografía y presentación.

José M.^a L. de MIRANDA
Magistrado de Trabajo

BORRELL y SOLER (Antonio M.): «Derecho civil español», vol. I, parte general, 615 págs.; vol. II, «Derechos reales», 696 págs.; vol. III, «Obligaciones y contratos»; vol. IV, «Derecho de familia», 569 págs.; vol. V, «Sucesiones», 547 págs. Casa editorial Bosch, Barcelona, 1955.

No es acontecimiento jurídico de todos los días la publicación de una obra de conjunto sobre el Derecho civil español; se da, además, la circunstancia de haber aparecido *de una vez* los cinco tomos que la componen; y ello es tanto más de notar si observamos que, aparte el *Derecho Civil de España*, de Castro y Bravo, no son menos de tres las obras generales acerca del Derecho civil español que están en curso de publicación el *Manual*, de Espín Cánovas; el *Tratado*, de Puig Peña, y los *Fundamentos*, de Puig Brutau).

Concurre otra particularidad relevante: el autor A. M. Borrell y Soler es un acreditado tratadista del Derecho foral catalán; su *Derecho civil vigente en Cataluña* es obra clásica en la materia. En este momento his-

tórico en que comienza a formarse un clima propicio para la solución del problema foral, parece de suma conveniencia la amplia intercomunicación entre los especialistas de ambas disciplinas, así como la concurrencia en una sola persona de ambas especialidades. Porque, en efecto, el señor Borrell y Soler venía cultivando, desde algún tiempo, el Derecho Civil común; los lectores del ANUARIO tienen ya noticia de las siguientes monografías: «Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español», 1948, ADC. I-1.º, pág. 164; «El dominio según el Código Civil español», 1948, ADC. I-2.º, pág. 584; «El contrato de compraventa según el Código Civil español», 1952, ADC. VI-2.º, pág. 525; «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles», 1954, A. D. C. VII-3.º, pág. 898.

Naturalmente, no ofrece idénticos problemas un trabajo monográfico sobre cualquier tema del Derecho Civil, que una exposición de conjunto del mismo, y a la vista de los cinco tomos del *Derecho Civil español*, de Borrell y Soler, podemos preguntarnos si el acierto ha acompañado a su empeño. Pero antes veamos el contenido de la obra.

La obra.—El plan seguido en la exposición de las materias es el alemán, tan corriente en la doctrina española.

El volumen primero, dedicado a la Parte general, consta de tres amplios títulos; el primero trata de la ley con la siguiente división de capítulos: fuerza obligatoria de las leyes, eficacia de las leyes en cuanto al tiempo, derogación de las leyes, la costumbre, jurisprudencia, deficiencias de la legislación, derecho general y derecho especial, actos contrarios a la Ley, renuncia de los derechos principios generales del derecho, interpretación de las leyes, eficacia de la ley en cuanto al lugar; el título segundo expone la teoría del acto jurídico, ocupándose de la persona, de la forma de los actos, de la representación, de las cosas, de la causa, de los elementos accidentales del acto jurídico, de su interpretación y transgresiones, de los efectos del acto jurídico, de sus fines y de la relación jurídica; el título tercero trata de la protección de los derechos, y en él, aparte de unas consideraciones sobre el derecho de retención, se trata ampliamente de la protección judicial de los derechos, con extensas consideraciones sobre la acción y la excepción, la *litis contestata*, la prescripción, las pruebas, la sentencia y la cosa juzgada, materias todas ellas que están en la línea divisoria entre el Derecho civil y el procesal.

El volumen segundo está dedicado a los derechos reales, y sucesivamente se ocupa el autor de la posesión, del dominio (noción y efectos, adquisición, propiedades especiales, protección), de las servidumbres, de los derechos reales de utilidad (usufructo, censos) y de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca y anticresis).

El volumen tercero trata de las obligaciones y contratos, y en él, en un título inicial, se ocupa de las obligaciones en general (noción y requisitos, cumplimiento o pago, incumplimiento, clasificación, extinción y causa); en el título segundo expone los contratos en particular (promesa de contratar, contrato de opción, mandato, corretaje o comisión, compromiso, sociedad, contratos innominados, mutuo, compraventa, cesión de derechos

y acciones, contratos aleatorios onerosos, donación, arrendamiento y contratos similares, comodato, contrato de servicios, contrato de obras y similares, depósito, fianza, contratos de garantía real, contratos abstractos múltiples y mixtos); y en el tercero los cuasicontratos (gestión de negocios, cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto; finalizando con un cuarto título sobre obligaciones no contractuales (derivadas de hechos punibles y la culpa extracontractual o aquiliana).

El volumen cuarto se dedica al Derecho de familia, estando dividida la materia en cuatro títulos: en el primero, dedicado a los elementos personales de la familia, se estudia el matrimonio, la paternidad y la filiación, la adopción y los alimentos entre parientes; en el segundo, la naturaleza, elementos personales y efectos de la patria potestad; en el tercero, la institución de la tutela, y en el cuarto, la organización económica de la familia (sistema contractual, dote, parafernales, gananciales y régimen de separación).

Por último, el quinto volumen distribuye así la materia de las sucesiones: un primer título está dedicado a la sucesión testamentaria, en donde se estudia el testamento en general, las formas testamentarias, el heredero, legados, albaceas y Registro de últimas voluntades; el título segundo trata de la sucesión forzosa (derechos legitimarios, reservas y reversión); el tercero está dedicado a la sucesión intestada (disposiciones generales, derecho de representación y órdenes de suceder), y el cuarto se refiere a las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias e intestada (precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, derecho de acrecer, aceptación y repudiación de la herencia, colación y división).

Juicio crítico.—Dentro de la sistemática alemana que adopta, sigue bastante el orden de exposición de materias del Código civil; esta fidelidad al Código—en sí misma elogiabile— es, por otra parte, índice de falta de preocupación por simples problemas dogmáticos; ello no significa absoluta despreocupación por los mismos, pues cita con regularidad las opiniones de Enneccerus, lo que es garantía de modernidad; sin embargo, se advierte cierto retraso doctrinal, que resalta en determinadas materias (por ejemplo, inclusión de las llamadas propiedades especiales en el derecho de dominio, considerar el arrendamiento de servicios como «similar» al de cosas, estudiando ambos bajo el epígrafe «contratos de transmisión de cosas a título oneroso»).

A la Parte general es a la que cabe poner más reparos de índole doctrinal por la sistemática adoptada como consecuencia de su preocupación por el derecho positivo y la práctica jurídica, tal ocurre con la persona que la estudia simplemente como un elemento de acto jurídico.

Consideramos insuficiente la información bibliográfica, ya que fundamentalmente el autor sirve de la traducción española de Enneccerus y de las notas de Pérez, Aguer, Castán y Roca, de los Comentarios de Manresa y del *Derecho Civil español, común y foral* de Castán.

Los reparos indicados no significa que el autor haya fracasado en su propósito; Borrell y Soler se había hecho notar anteriormente por su

sólida formación romanista y por la gran importancia otorgada a la doctrina del Tribunal Supremo; ambas cualidades resplandecen, asimismo, en el presente *Derecho Civil español*. No podemos dejar de destacar el alto significado que el señor Borrell tiene para el Derecho español, al que ha contribuido con tanta intensidad y extensión.

En resumen: una obra que sin excesivas preocupaciones dogmáticas y que por seguir muy de cerca el derecho positivo y la jurisprudencia está orientada hacia la práctica y que, por todo ello, habrá que contar con ella en el futuro. En ediciones sucesivas sería muy oportuna una puesta al día de la bibliografía.

Gabriel GARCIA CANTERO
Dr. en Derecho. Juez de 1.ª Instancia.

BOSCHAN, Siegfried: «Europäisches Familienrecht», 2.ª völlig neuarbeitete Auflage, 1954. Berlin und Frankfurt a M., 377 págs.

Sobre tema tan sugestivo como «El derecho de familia en la legislación comparada», publicó Fernández Clérigo en 1947 una obra en la capital mexicana; en ella, y siguiendo un orden de materias prefijado (matrimonio, paternidad y filiación, patria potestad, curatela, mayor edad y emancipación, patrimonio familiar, deuda alimenticia entre parientes), se expone el derecho vigente en cierto número de países europeos y americanos. No cabe negar al libro de Fernández Clérigo valor informativo en algunos puntos, pero en conjunto el libro decepciona porque hubiéramos esperado más de él.

De aquí la expectación con que acogimos la obra más reciente de Boschan sobre «El derecho de familia europeo», cuya segunda edición ha llegado a nuestras manos. A simple vista, el método que aquí se utiliza es más riguroso y preciso que en la obra de Fernández Clérigo. Según ya se indica en el título, la exposición se limita a los países del viejo continente: una rápida consulta al índice nos enseña que no falta ninguno, ni siquiera los del otro lado del telón de acero: siguiendo un orden meramente alfabético, el autor se ocupa de Albania. Bélgica. Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Islandia, Italia, Yugoslavia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Austria, Polonia, Portugal, Rumania. Suecia, Suiza, Rusia, España, Checoslovaquia y Hungría, finalizando con un complemento o apéndice sobre Islandia; por su nulo interés jurídico-privado, no cuentan las ausencias de Mónaco y Andorra.

Para cada país el método expositivo es sencillamente paralelo; se comienza con una breve indicación bibliográfica, casi siempre reciente, y con preferencia alemana; siguen unas líneas sobre la estructura política del Estado en cuestión (régimen de gobierno, constitución, órganos legislativos); se enumeran los textos legales vigentes en la materia del derecho de familia; se exponen los presupuestos del matrimonio (capacidad, impedimentos, causas de nulidad, normas de Derecho Internacional Privado); la forma, efectos y disolución; posición o situación jurídica de los hijos naci-

dos dentro y fuera del matrimonio, adopción, tutela y curatela, y emancipación.

Para muchos de los países tratados, carecemos de medios de comprobar la exactitud de las citas que se hacen de los textos positivos, y hemos de hacer constar que para las Repúblicas populares de Europa Oriental se tienen en cuenta leyes muy recientes. Algún país (Rumania, pág. 251) está tratado con extrema concisión. En cuanto a Portugal, notamos la falta de cita del Concordato de 1940 por el que se reconoció efectos civiles al matrimonio canónico. Respecto de nuestra Patria, si bien se recogen en la obra de Boschan las leyes de 1938 y 1939, derogatorias de las de Matrimonio civil y Divorcio de la República, no se cita la Orden de 10 de marzo de 1941, ni tampoco el Concordato con la Santa Sede de 1953; en la traducción alemana del artículo 42, falta el matiz del verbo «profesar».

Podemos concluir que con la presente, se mejora la mencionada obra de Fernández Clérigo, por lo que a Europa hace referencia; pero, aun presentando indudable utilidad, no llega a ser la obra que los especialistas del derecho de familia pueden manejar con absoluta seguridad.

Gabriel GARCÍA CANTERO

DURKES. Werner: «Wertsicherungsklausen (Ein Überblick über den derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Schrifttum)». 2.^a edición. Heidelberg, 1955. Cuadernos del «Betriebs-Berater» de la Sociedad editorial «Recht und Wirtschaft». Un volumen de 56 páginas.

Uno de los principales méritos de esta pequeña, pero sustancial obra, sobre las cláusulas de estabilización es que reúne la serie de criterios legislativos, doctrinales y jurisprudenciales que hasta ahora se han dictado y expuesto en Alemania occidental. La literatura en torno a esta materia, que cabalga sobre las vertientes política, económica y jurídica, es muy abundante y fundamental, aunque aparece dispersa en estudios monográficos o de comentario publicados en revistas de diversas especialidades (1).

(1) El problema económico del "valor" tiene un alcance civilista a través del capítulo referente a las "deudas pecuniarias" y de las demás "deudas de valor". La literatura jurídica alemana desde este punto de vista cuenta con la clásica obra de NESSBACH: *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen, 1925, y ahora con otras dos fundamentales: *Money in the Law*, Chicago, 1939 y *Money in the Law National and International (A comparative study in the borderline of Law and Economics)*, Brooklyn, 1950.

Otro de los especialistas más destacados en esta materia es el profesor DUDEN. Desde el aspecto más general de la reforma monetaria y el Derecho de obligaciones hasta el particular de las cláusulas de estabilización hay que mencionar sus fundamentales estudios: *Zum Mark-Gleich-Mark-Gesetz der Militärregierung*, en "Deutsche Rechts-Zeitschrift" (= DRZ), 1948, 165; *Die Währungskrise in der Rechtsprechung*, en DRZ (1947), 287; *Die Westdeutsche Währungsreform*, en DRZ (1948), 265; *Das Rechtsproblem der Kommenden Schuldenordnung*, en "Süddeutsche Juristenzeitung" (1948), 178; *Allgemeine privatrechtliche Wirkungen der Geldreform*, en DRZ (1948), 330; *Vor der Währungsreform vereinbarte Wertsicherungsklauseln*, en "Der Betriebs-Berater" (= BB), 1949, 669; *Schulden in entwerteter Währung*, en "Beiträge zum Bürgerlichen Recht", Berlin, 1950: *Die "Nicht-Umstellung" der*

Desde el aspecto jurídico de la cuestión, esta obra del abogado, Doctor Dürkes, recoge y plantea sistemáticamente la serie de problemas que se presentan cuando los particulares, a través de sus diversas relaciones obligatorias, se previenen con cláusulas de estabilización para garantizar la permanencia del valor de sus recíprocas prestaciones a largo plazo.

Su estudio comprende varios capítulos: después de una introducción al problema general de las cláusulas estabilizadoras se pasa al desarrollo y la evolución que alcanzaron en el tiempo, especialmente desde comienzos de siglo hasta la actualidad; se analizan, las materias referentes a las cláusulas llamadas de coste o precio, las deudas dinerarias y las de valor, así como la posibilidad actual de acogerse a una seguridad del valor. La obra se concluye con el análisis de diversos ejemplos y situaciones en que dichas cláusulas son o no válidas y eficaces y la consideración general que ofrece la Ley monetaria.

La doble experiencia que tuvo Alemania en la catástrofe de su economía y moneda, tan sólo en un plazo de veinticinco años, hace comprensible la postura adoptada por los acreedores para lograr una seguridad del valor mediante la implantación y acogida de las cláusulas de estabilización.

Originariamente—nos dice Dürkes—, el principio de libertad contractual establecido por el BGB actuaba en el sentido de que no hubiere restricciones para estas cláusulas. Tal cosa sucedió en los años de la inflación de 1919 y 1920 en que se empleaban para las hipotecas, poniendo como base o índice de la estabilidad del valor, el oro fino, el carbón, el trigo, el centeno y la potasa.

Pero, desde 1934 y 1938 se restringió el empleo de estas cláusulas, al creerse que ellas suponían una desconfianza y un descrédito que originaban la debilitación de la moneda.

Una nueva etapa se inicia después del año 1945, al concluirse la guerra, cuando la moneda tiene cada vez menos valor, existe una gran inflación y aparece el mercado negro. La consecuencia es que el Gobierno Militar de ocupación prohíbe casi totalmente las cláusulas de estabilización (art. 2 de la Ley 51 del Gobierno Militar).

Otra etapa es la que comienza con la reforma monetaria de 1948 que prohíbe, igualmente, en general (aunque con ciertas excepciones) dichas cláusulas. Su fundamento legal es el § 3 de la «Ley monetaria» (Währungsgesetz-

Reichsmarkverbindlichkeiten des Deutschen Reiches, en "Festschrift für M. Wolf". Tübingen, 1952.

Respecto de las cláusulas de estabilización destacan los estudios de ZWICKERT: *Gültigkeit und Unwert von Wertsicherungsklauseln*, en DRZ (1947), 169; BRUNS: *Westausprüche und Wertklauseln nach dem Umstellungsgesetz*, en *Monatsschrift für Deutsche Recht* (= MDR) (1948), 400; SKAUPF: *Wertsicherungsklauseln vor und nach der Währungsinstellung*, en *Juristische Rundschau* (= JR) (1949), 343; ID.: *Neue Wertsicherungsklauseln*, en JR (1949), 345; y *Alte Wertsicherungsklauseln, Umstellung und DM-Eröffnungsbilanz*, en BB (1950), 570; MUXEL: *Das Schicksal der Währungsklauseln*, en JR (1949), 341; BÜTTNER: *Valutaschulden und Wertsicherungsklauseln—unterschiedliche Behandlung in der Währungsinstellung*, en *Der Betrieb* (1950), 23; RANNIGER: *Die Zulässigkeit neuer Wertsicherungsklauseln (§ 3 Währ. Ges.)*, en *Deutsche Notarzeitung* (1951), 366; WILMANN: *Neue Wertsicherungsklauseln*, en BB (1951), 907; REINICKE y REINICKE: *Wertsicherungsklauseln*, en MDR (1953), 385.

zes), que se complementa con el párrafo 3.º del § 13 de la «Ley de adaptación» (Umstellungsgesetzes) y los §§ 11 y 12 de la «Ley de balance del marco alemán» (D-Markbilanzgesetzes), las cuales contienen también prescripciones sobre las cláusulas de estabilización.

El § de la Ley monetaria comienza por establecer la prohibición de contraer deudas que hagan referencia solamente a divisas en oro o moneda extranjera. El segundo enunciado de este párrafo se refiere concretamente a las cláusulas de estabilización del valor monetario: se restringen de tal modo que deben ser concretamente especificadas y determinadas. De aquí que el Banco de Alemania (Bank deutscher Länder) haya interpretado el § 3, párrafo 2.º, muy restringidamente, y, aunque en muchos casos particulares haya ampliado y dado licencias y autorizaciones reconociendo la validez de su imposición, siempre lo decide caso por caso. Por esto, no se puede deducir una norma general de admisión de las cláusulas de estabilización en Alemania y sí, tan sólo, su eficacia en casos excepcionales. El Bank deutscher Länder es el que señala las posibilidades concretas de su aceptación y validez.

Dürkes recoge la opinión de Fögen (2), según el cual, las cláusulas de estabilización reunirán las siguientes condiciones: a) Estas cláusulas han de ser establecidas necesariamente en deudas a largo plazo; b) Las cláusulas han de tener carácter bilateral, y no solamente ser establecidas en beneficio de una de las partes; c) En dichas cláusulas, el índice que se escoja ha de hacer referencia y ser congruente con el objeto o materia del contrato. Cree que, en general, los índices medios de vida no son suficientes porque debe hacerse siempre una individual y concreta adaptación conforme con la escala de valores de la específica deuda. A su juicio, para cualquier caso particular es necesario señalar y explicar el fundamento y las causas de necesidad de una cláusula de estabilización.

La cuestión de la legalidad y finalidad de las cláusulas de estabilización fué tema de mucha importancia en la «Cuarenta Asamblea de los Juristas alemanes» (40. Deutschen Juristentages), cuya ponencia general fué reallizada por el profesor Duden (3) y donde se encargaron de los informes y contestación concreta, el profesor von Caemmerer y el Dr. Mann, seguida por una discusión de ilustres juristas (4).

Otro de los problemas centrales que trata Dürkes en su obra es la diferencia que existe entre las llamadas cláusulas de coste y las cláusulas de estabilización. Según este autor, las cláusulas de coste no atienden a la inseguridad del valor y no crean problema de valor: solamente deben eliminar la inseguridad sobre los factores de coste en el futuro. De aquí que la diferencia que tienen frente a las cláusulas de estabilización es que estas tienen por

(2) FÖGEN, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1953), 1.321.

(3) Cfr. DUDEN: *Empfehlen sich unter Berücksichtigung der rechtlichen Regelung in anderen europäischen Staaten gesetzliche Bestimmungen über die Wertsicherung? Soll unter diesem Gesichtspunkt § 3 des Währungsgesetzes aufgehoben oder geändert werden?* Tübingen, 1953.

(4) Cfr. CAEMMERER y MANN: *Empfehlen sich gesetzliche Bestimmungen über die Wertsicherung? Soll unter diesem Gesichtspunkt § 3 des Währungsgesetzes aufgehoben oder geändert werden?* Tübingen, 1954.

objeto ir contra el riesgo de la disminución del valor de la moneda, mientras que aquéllas solo pretenden eliminar la inseguridad de los factores de coste. Sin embargo, el Bank deutscher Länder no está conforme con este criterio y las sanciona prohibidas dentro de la interpretación del § 3 de la Ley monetaria, necesiándose su autorización para implantarlas.

En el capítulo cuarto de su obra, el autor aborda la cuestión de las cláusulas estabilizadoras en las deudas pecuniarias y en las deudas de valor. Después de darnos un concepto de ambas, concluye que en las deudas de valor, referidas en el § 11 de la D-Markbilanzgesetzes, es necesario ponerse de acuerdo sobre el índice (de oro, plata o mercancías) que se acepta para tener un fundamento concreto. En las deudas dinerarias, señaladas en el § 12 de la citada Ley, es obligación el determinar la suma concreta de dinero, conforme a las prescripciones de las leyes monetarias, sin que se tomen en cuenta las cláusulas de estabilización. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) adopta posiciones contradictorias en sus sentencias, respecto de las cláusulas de estabilización, al interpretar el § 3 de la Ley monetaria, concluyendo afirmativa o negativamente, según los casos, su aceptación y validez.

De aquí que la cuestión abordada en el capítulo quinto sea la de la posibilidad y licitud actual del establecimiento de cláusulas de estabilización.

Finalmente la obra de Dürkes viene enriquecida por una copiosa casuística donde se acogen los diferentes criterios del Tribunal Supremo, en sus sentencias, y del Banco alemán.

José BONET CORREA

GALLONI, Giovanni: «La interpretazione della legge». Milán, 1955. 7 + 220 páginas.

Entre los varios libros italianos publicados en 1955 sobre el tema de la interpretación, este de Galloni destaca si no por una construcción unitaria de la teoría de la interpretación, sí por determinadas observaciones útiles sobre las materias que el autor ha creído oportuno tratar para acercarse al núcleo de su libro.

Tal vez la falta observada de una fragua deficiente del tema central se deba precisamente a la excesiva atención concedida a materias sólo remotamente relacionadas con la interpretación. Así, el autor comienza en la Introducción por estudiar dos tendencias filosófico-jurídicas: la teoría normativista y la teoría de la institución. La primera es rechazada desde un punto de vista crítico. La segunda, acogida con ciertos condicionamientos.

En base a ella, Galloni comienza en el primer capítulo de su obra por determinar el que pudiéramos llamar objeto pasivo de la interpretación: el ordenamiento jurídico. Y dentro de él los elementos real o aparentemente normativos sobre los que la tarea interpretativa ha de recaer: derecho escrito, derecho consuetudinario, autonomía privada, lagunas del ordenamiento. Aquí se encuentra uno de los aciertos del autor al diferenciar los preceptos que pueden y los que no pueden ser sometidos a interpretación.

Ello da lugar a la caracterización de diferentes tipos de disposiciones no siempre discriminadas en la teoría y en la práctica con nitidez: disposiciones que contienen definiciones dogmáticas; las que contienen definiciones normativas; las que manifiestan normas no preceptivas (normas programáticas, por ejemplo); las que contienen normas preceptivas sin sancionar su incumplimiento. Por otra parte, plantea cuestiones interesantes, como la posibilidad de interpretación de las mismas normas interpretativas. Todo ello con ejemplos sacados de la legislación italiana, que hacen más comprensible el razonamiento del autor y dan al lector la seguridad de que no se está perdiendo en inútiles abstracciones.

Menos interesante resulta el capítulo dedicado al estudio de los elementos de la interpretación en donde la influencia institucional da un aspecto brumoso al desarrollo. La conclusión es que el valor de la ciencia jurídica no reside en su función de preceder al ordenamiento jurídico elaborando para el legislador los materiales que éste convertirá en normas. Su función es más modesta: aclarar y reconstruir en cada momento el ordenamiento jurídico. Análogas características ofrecen los capítulos dedicados a exponer el concepto de la interpretación, la analogía y la *ratio legis*. Esta última no es la que justifica, sino la que tipifica la norma: es a la norma, en la opinión del autor, lo que la causa al negocio jurídico.

Finalmente, Galloni aclara en el último capítulo algunas posiciones sobre la interpretación. Niega que la interpretación auténtica sea auténtica interpretación, es decir, interpretación en sentido propio. Más bien, dotada como está la norma interpretativa de retroactividad, viene a ser una norma derogatoria o modificativa. La interpretación jurisprudencial ni tiene la fuerza de la auténtica, al no poder modificar la norma, ni la amplitud de la doctrinal. Y esto último por dos razones: porque se refiere a normas concretas y no al ordenamiento jurídico en general, y porque no versa sobre una norma concreta en toda su amplitud, sino sólo en cuanto sea necesario para la aplicación a los hechos sometidos al juez.

J. M. DESANTES

GARCIA VALDECASAS, Alfonso: «El problema de las fuentes del Derecho». Conferencia pronunciada en la Universidad de Deusto el día 25 de abril de 1955 (Patronato de la Universidad de Deusto); 22 págs.

Siguiendo a De Diego, comienza diciendo el ilustre profesor de la Universidad madrileña que el artículo 6.º del C. c. plantea el problema fundamental de la función del Derecho en la sociedad, de su significación para la sociedad y el Estado. La expresión «fuentes del Derecho» es una imagen: cuando ciertos juristas han querido definir y expresar mejor qué entenderán por fuente, más que facilitarnos la tarea, se diría que la han dificultado. El Derecho está enlazado con el lenguaje, con el lenguaje vivo de una sociedad como ninguna otra disciplina; del propio modo que el jurista entiende la noción de «voluntad», «causa», o «fruto», así debe entender la noción de fuente del Derecho. En los entresijos de la sociedad se va segura-

mente forjando y fraguando ese Derecho que luego sale a la luz. La fuente del Derecho es «donde» sale a la luz o se manifiesta el Derecho.

Esta intuición nos sirve ya para rechazar un argumento que se ha hecho sobre el problema de las fuentes del Derecho, pretendiendo que es un problema anterior al Derecho o prejurídico. Para que una fuente lo sea del Derecho será preciso que lo que mane sea Derecho, y entonces será la presencia del Derecho lo que la hace efectivamente fuente suya. El problema de las fuentes del Derecho es esencialmente un problema jurídico. Ahora bien, ¿en qué plano del Derecho se plantea?

De hecho, nosotros lo encontramos planteado y en algún modo, no diremos resuelto, pero sí decidido en una fuente, en el Código civil español. En el artículo 6.º—a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico anglosajón en que el juez se siente en algún modo fuente del derecho—se dice al Juez español: Tú tienes que atenerte a unas fuentes del derecho que existen, tienes que fallar conforme a ellas, y jerárquicamente se enumeran la ley, la costumbre y los principios generales del derecho; el artículo 5.º, por su parte, establece una prevalencia a favor de la ley.

Pero, ¿qué es el Código civil? El Código civil es una ley; por lo pronto, la sensación que tiene el jurista es que hay, diríamos, como una petición de principio. Aunque no podemos sin más admitir que el procedimiento por virtud del cual el Código decide que la ley es lo primero, valga formalmente, es posible que por razones jurídicas superiores, lo que el Código establece, sea efectivamente válido.

El Sr. García Valdecasas analiza detalladamente las tres fuentes que aparecen mencionadas en el Código, comenzando por la última; y se pregunta, al hablar de principios generales del Derecho ¿de qué Derecho se tratará? Bien podría ser una norma de remisión la del artículo 6.º, pero ¿podría remitir a unos principios generales de un Derecho que no fuera el español? Opta por la negativa porque el juez no puede sentenciar en contra del Derecho vigente en la comunidad. Por consiguiente, los principios generales del Derecho podrán ser o más extensos o más altos que los de nuestro Derecho, pero serán también principios de nuestro Derecho. A continuación hace algunas observaciones a la concepción de De Castro (Cfr. su «Derecho Civil de España», 2.ª ed., I, pág. 423) sobre los principios que nos ocupan: concluyendo este punto con la afirmación de que los principios generales del Derecho no son una fuente, diríamos, autónoma y aparte, sino que están en toda fuente del Derecho, y, por tanto, no habrá propiamente una superioridad de la ley sobre ellos. El problema de la jerarquía se plantea entre la ley y la costumbre. ¿Cómo se produce este planteamiento?

Sobre la costumbre, véase la conferencia del propio autor «Las creencias sociales y el Derecho» (especialmente, págs. 20 y ss.); aquí se limita a recordar su integración por los clásicos elementos: el «usus» y la llamada «*opinio iuris*» u «*opinio necessitatis*». Hay una comunidad entre el Derecho judicial y el consuetudinario; el Derecho se iba haciendo caso por caso, y de la reiteración surgía la generalidad del Derecho. Pero hay una forma más directa de ir a la generalidad del Derecho, y ésta fué la ley. En la sucesión del tiempo, la ley va a aparecer como aquella forma de definir

lo que es el Derecho, asumida por la organización del Estado que mantiene la paz dentro de la comunidad, monopolizando el ejercicio de la coacción. Este poder soberano cuando empieza a formarse, a actuar y a dar leyes, se encuentra con la vigencia de un Derecho que rige la vida jurídica de la sociedad. Hay mucho Derecho que ha tomado la forma de ley, pero que ya era Derecho antes de tomar la forma de ley. Hay que reconocer que en el Estado moderno la ley tiene una jerarquía prevalente sobre la costumbre; pero si analizamos más detenidamente las cosas, veremos que esa prevalencia es más formal que real, pues el contenido del Derecho sigue en gran parte formándose al margen de los órganos legislativos. Por otro lado, no sabemos si mañana seguirá imponiéndose aquella prevalencia. Justiniano prohibió que se revisara o modificara la legislación que él había codificado, y Napoleón pensó en prohibir los comentarios sobre su Código, temiendo quedara destruido. Lo que queda destruido, naturalmente, es la soberbia de una voluntad que quiere atar para siempre el porvenir. El Derecho vive permanentemente en tensión hacia el futuro, como vive en permanente herencia del pasado, y lo que es evidente es que, en ningún caso, una fuente del Derecho puede determinar de por sí, ni la jerarquía de otras fuentes, ni cómo va a poder ser sustituida por otras.

Hay una constitución «de papel» y una constitución real: hay una especie de poder constituyente en la sociedad como un todo, que determina y rige, tanto el nacimiento del Derecho como sus fuentes.

Una versión del sentido originario de la Lex lo relaciona con «legere», leer; así las Partidas dicen: «Ley, tanto quiere decir como leyenda». Pero, a juicio de García Valdecasas, hay aquí un curioso y milenarismo error. La ley no es ley porque haya de ser leída, sino porque ella es una lectura de lo que es Derecho. Las leyes en su texto pueden tener contradicciones; pero sabemos que en el Derecho no puede haber contradicción, como en la justicia no hay contradicción. Por eso la interpretación me debe llevar desde la versión que la ley me da en su texto a la significación profunda del Derecho que esa ley ha vertido.

¿La ley es solamente la formulación legal de ley? ¿O la ley vive ciertamente en la comunidad? Sin duda, lo último. La ley vive ciertamente en la comunidad. Realmente, el hecho de que la ley tenga hoy consideración superior a la costumbre, se debe a que en la vida de la comunidad nosotros vivimos y aceptamos la ley como la forma de expresión del Derecho, que debe prevalecer sobre cualquier otra. Pero por eso mismo la ley no vive por sí sola. Si hay ley es gracias a que la comunidad vive el lenguaje en que la ley se expresa, gracias a que hay unas conductas sociales que la observan, unos jueces que la aplican y una Ciencia del Derecho que la estudia y desenvuelve en conexión con las relaciones sociales en que el Derecho se entrafía y con las tendencias, necesidades y aspiraciones que se abren paso en la transformación de la sociedad.

El profesor don Alfonso García Valdecasas terminó así su bella y magistral lección: «El supuesto de un Derecho realmente eficaz, de una legislación que verdaderamente responda a sus fines, de unas fuentes del De-

recho que confluyan armónicamente al servicio de la sociedad, es la existencia de un cimiento moral de todas ellas. Es una antigua verdad y una verdad permanente que sin ese cimiento moral todas las leyes son vanas.»

Gabriel GARCIA CANTERO

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: «Teoría de la tutela y formularios de su práctica». Edit. «Lucha». Teruel, 1956. 200 páginas.

Estamos ante un libro fácil, preciso, breve (doscientas páginas escasas). El autor de «Los procedimientos judiciales de la Ley hipotecaria» nos brinda esta vez una excelente monografía sobre una materia áspere, de numerosas lagunas legales, y necesitada, quizá, de una reforma positiva, como reconoce Blas Piñar en el jugoso prólogo que la precede.

La estructura del trabajo que comentamos es ya muy prometedora. Cuatro capítulos tratan de manera completísima, y desde todos sus puntos de vista, a la institución tutelar. El primero se refiere a la tutela en general; el segundo, al consejo de familia; el tercero, al tutor y al protutor, y el cuarto, a la intervención judicial y a la conclusión de la tutela.

El enfoque es total. La tutela es examinada desde el ángulo sustantivo y desde el procesal, y, para que nada falte, una colección de formularios, utilísimos, completan la monografía.

El autor trata y expone con sistemática clara el derecho positivo vigente y los problemas que suscita. Es imposible que nosotros recojamos aquí todos ellos; pero sí citaremos, como especialmente interesantes en el orden procesal: los procedimientos para declarar la incapacidad y prodigalidad (apenas aludidos en los artículos 218 y 221 del Código civil), así como el de reintegración de la plena capacidad; procedimiento de los recursos contra los acuerdos del consejo de familia (art. 310 Código civil), etcétera, etc. En el aspecto o enfoque sustantivo son numerosísimas las cuestiones de latente actualidad planteadas y resueltas. Baste citar, sin ánimo exhaustivo: declaración de prodigalidad de la mujer casada; pluralidad de tutores testamentarios; tutela de menores emancipados; tutelas de hecho; tutela fiduciaria; «vicepresidente» del consejo de familia; remoción conjunta de todo el organismo tutelar; necesidad de autorización judicial para ciertos actos, además de la del consejo de familia; rendición de cuentas cuando hay asignación de frutos para alimentos, etc., etc.

Y todo ello tratado de una manera sencilla, con argumentación clara y solución precisa: citando jurisprudencia y doctrina con moderación, sin fárrago. La forma secunda poderosamente al fondo. El estilo del autor, moderno, fácil, directo, sirve al fin de una manera plena. No hay galas literarias, porque no se necesitan. No falta ni sobra una página; quizá, ni un párrafo.

En suma, una monografía acertada, breve y precisa, que revela en todo momento la pluma fácil del jurista, que, desde su alta tribuna, vive y siente el Derecho.

Francisco ESCRIBA de ROMANI

IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio: «El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos». Barcelona, 1955; 249 págs.

Siempre hay que saludar con alborozo una tesis doctoral convertida en libro. En este caso concreto hay que señalar también el acierto en la elección de un tema vivo, de los planteados por la legislación especial—mucho más especial si se trata de la legislación arrendaticia—, uno de estos temas que pueden considerarse científicamente «extravagantes» en las obras sistemáticas. El libro de Izquierdo ha aparecido en vísperas de la promulgación de la nueva Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos. Quizá el mejor elogio de conjunto puede obtenerse de la afirmación de que, no sólo no ha dejado de tener actualidad, sino que sirve de útil contraste para comprender el alcance de las innovaciones. Ocurre lo de siempre: los únicos libros prácticos son los libros con planteamiento doctrinal serio. Otra cosa es desintegrar las leyes so pretexto de sistematizarlas.

No quiere esto decir que se pueda aceptar todo lo que el autor acepta, muchas veces sólo por ser la opinión dominante, o todo lo que por sí propio opina. Hay partes muy discutibles en esta obra. Y hay otras ya superadas o que, dada la fecha en que el libro se publica—no en la que se escribió—resultan incompletas. A veces se nota la falta de referencias a experiencias legales extranjeras muy interesantes. Otras se concede poca importancia a disposiciones nacionales. Así ocurre con las normas de fomento de la propiedad de la vivienda que regulan la concesión de créditos a los inquilinos. Su naturaleza administrativa no impide su incidencia sobre esta relación civil de retracto del arrendatario. Su mera exégesis requería algo más de unas escasas líneas «a modo de apéndice».

Característica del libro es la concreción. El autor entra en materia prescindiendo de antecedentes históricos, cuya importancia afirma, pero que no existen para la institución que estudia. Responde a un doble fenómeno social y jurídico de hoy y el esfuerzo de buscar antecedentes no compensa el resultado. Es necesario, sin embargo, un planteamiento teórico ajustado que hace inevitable, como siempre que se quiere llevar una investigación a sus últimas consecuencias, el planteamiento de la naturaleza jurídica del retracto, previa discusión de las teorías vertidas anteriormente. La peculiaridad de la institución hace necesaria, sin embargo, la adaptación del concepto obtenido al retracto arrendaticio. Lo mismo ocurrirá con el fundamento. En el caso, por ejemplo, del derecho de preferencia del párrafo 5.º del artículo 396 nos encontramos una finalidad precisamente opuesta a la que pretende—con carácter más evidentemente social—el retracto concedido al inquilino de vivienda por la Ley de 1946.

El examen de las normas legales tienen también esa tendencia a concretar. Enunciado de la problemática y solución directa, con solas las adquisiciones indispensables para darla. El libro lleva el sello del jurista que está familiarizado con la práctica.

Habría que hacer todavía una leve observación tipográfica. La división en capítulos y los saltos a página impar no obedecen realmente a la di-

visión del fondo y a la categoría sistemática de las rúbricas. Por lo demás, como es corriente en la Editorial Bosch, la edición está muy cuidada.

J. M. DESANTES

JEMOLO: «El matrimonio». Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, traducción española al cuidado de Santiago Sentís Melendo; 571 págs.

Posee Italia un espléndido plantel de especialistas en Derecho Matrimonial, resultado alcanzado por la conjunción de diversos factores: florecimiento de los estudios sobre Derecho eclesiástico en general, y asimismo sobre la institución matrimonial desde el punto de vista canónico y civil, unido todo ello a una permanente atención a los problemas suscitados por el Concordato con la Santa Sede. No es raro encontrar a canonistas ilustres que tratan con idéntica competencia temas del matrimonio civil, y, a su vez, a civilistas prestigiosos especialistas también del matrimonio canónico. Un preclaro representante de los últimos es el profesor Carlos Augusto Jemolo, autor del libro que reseñamos.

Hojeando «El Matrimonio», el lector tiene la impresión, posteriormente confirmada, de encontrarse ante una obra bien meditada, maciza, largamente elaborada, en la que casi siempre se exponen opiniones propias sólidamente argumentadas; se demuestra, además, un completo conocimiento de la bibliografía, manifestado por ejemplo, cosa no demasiado frecuente, en ofrecer selecciones bibliográficas con indicaciones críticas (Cfr. la que se inserta en la pág. 213, nota, sobre matrimonio canónico, o la de la página 277, nota, sobre derecho matrimonial concordatario. Registramos también, por su novedad, el hecho desacostumbrado de que se citan trabajos de autores españoles). En resumen: nos hallamos ante un estudio completísimo sobre la institución matrimonial en el Derecho italiano.

En unas páginas introductorias, densas de concepto, se nos ofrece el del autor sobre el matrimonio en general, planteándose la cuestión de la unidad del instituto matrimonial en Italia, después de los Pactos Lateranenses que introdujeron el matrimonio canónico en pie de igualdad con el civil: Jemolo estima que «parece que no se puede hablar ya de unidad del instituto matrimonial en lo que toca a su formación, sino solamente en lo que respecta a su régimen una vez constituido».

El Título primero trata de la formación del vínculo, con tres capítulos respectivamente dedicados al matrimonio civil, al canónico, y al celebrado ante los ministros de los cultos admitidos. El Título segundo se ocupa de los efectos, separación y disolución del matrimonio, que, como es sabido, son comunes en Italia a todas las formas de Matrimonio.

Pueden destacarse muchos aspectos en esta obra de Jemolo. El excelente estudio sobre el matrimonio canónico y el denominado concordatario no son, seguramente, los menos notables. Añadamos, también, las páginas dedicadas a la supuesta pertenencia del matrimonio civil al Derecho

Público, el estudio completísimo de la promesa de matrimonio—que en Italia posee rica bibliografía—, el análisis del consentimiento matrimonial, etcétera.

En su propio país (Cfr. recensión de Salvi, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura*, 1953; pág. 823 y ss.) ha suscitado discrepancia la postura del autor en problemas como la transcripción del matrimonio, la posición especial que adota el párroco, que, o no se plantean entre nosotros, o que se plantean bajo ángulo diverso. En todo caso, el lector español debe tener presente que el sistema concordatario italiano se basa en el llamado matrimonio civil facultativo, diverso, por tanto, del instaurado en España por el Concordato de 1953; y que cuestiones como la de la llamada autonomía de la voluntad de los cónyuges sobre la producción o no producción de efectos civiles de su matrimonio religioso, ni siquiera han llegado a insinuarse aquí; tampoco, creemos, se llegaría entre nosotros a erigir en impedimento para la celebración de matrimonio canónico, el hecho de que «entre los mismos» cónyuges exista ya matrimonio civil válido.

Se ha hecho notar en la obra de Jemolo «un raro equilibrio, no afectado por las pasiones del tiempo, una objetividad que no ensombrece, de un lado, la firme convicción religiosa del autor, de otro, su posición espiritual de extrema independencia, aunque no heterodoxa» (Salvi, loc. cit., página 823). Nosotros, sin identificarnos plenamente con las oposiciones de Jemolo, no vacilamos en calificar el presente estudio sobre el Matrimonio—institución tan descuidada en España en su aspecto civil—de verdaderamente fundamental.

La traducción, buena, en general, se resiente en ocasiones de cierta dureza; «ammenda» no creemos que pueda traducirse por «enmienda», aunque se le adicione entre paréntesis «pena económica».

Gabriel GARCIA CANTERO

MANZANO, Gabriele: «L'interpretazione della legge». Milán, 1955. XIV + 249 páginas.

Aun cuando la división sistemática de la obra sea otra, podemos considerar que el propósito del autor encuentra su desenvolvimiento en dos partes acusadas, como introductoria una y como fundamental la segunda.

La parte fundamental se centra en el estudio de la interpretación auténtica y la jurisprudencial y en el hallazgo de las relaciones entre ambas. La parte preliminar da nociones, fija posiciones, define y se define para desbrozar el camino al objeto principal del libro.

A este efecto se comienza en un radio bastante alejado del centro del estudio para ir concentrándose en él. Y así es la noción misma del Derecho y de la ley, sus presupuestos, origen y significado, el punto de arranque para acercarse a la consideración de la insuficiencia del derecho positivo, incluyendo en él fuentes distintas de las legales. Es necesaria, por tanto, la actividad interpretativa.

Si la ley es un signo sensible de una voluntad normativa que, a su vez, refleja un pensamiento, la interpretación tiene que representar un proceso investigador de los momentos de producción del mandato legal. Proceso que ha de dar, sin embargo, un resultado único como único fruto de la actividad intelectual que supone.

De aquí el ataque a las clásicas divisiones de la interpretación. Por un lado las llamadas gramatical y lógica según el procedimiento investigador utilizado. Por otro las llamadas extensiva y restrictiva según sus efectos. Sólo interesa saber el contenido de la norma, sin reparar en los procedimientos y sin pretender obtener de ella más o menos de lo que dice. Se salva, sin embargo, la interpretación analógica a la que en un extenso estudio se le considera, especialmente cuando se trata de *analogia iuris* como una integración sistemática del ordenamiento vigente, considerado en su totalidad, como algo armónico en el que nada disiente. Las normas, junto al valor de su disposición propia, tienen una *plus-valía* que les da el encuadramiento en el sistema y que excede el ámbito de su estricta eficacia. En esta eficacia marginal se desenvuelve el concepto de los principios generales del Derecho que se obtienen de la «valoración actual de la virtud normativa general del sistema, considerado en su complejo de normas.»

La única clasificación justificada de la interpretación es la que se funda en los poderes distintos de los sujetos que la realizan: la interpretación auténtica y la jurisprudencial.

La segunda se mueve en el amplio cauce del *judicium* en el que no es posible ver la separación escolástica de cuestiones de hecho y derecho. En él prevalece sobre el elemento racional o intelectual puro el sentido común del juez, que es más bien un ingrediente intuitivo. Y en él la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*, adquiere inusitado vigor que el autor explica por la fuerza normativa de las costumbres calando en la conciencia de los ciudadanos y preferentemente en la de los jueces. No obstante estos caracteres, el juez queda siempre sujeto a la ley y a sus términos se atiene la interpretación judicial.

No ocurre así con la interpretación auténtica. La labor del legislador no consiste en replantearse el proceso intelectual previo a la emisión de voluntad contenida en la norma preexistente. En realidad, el legislador cuando auto-interpreta, innova. Su proceder es rectilíneo, sigue la línea del mínimo esfuerzo que le evita la investigación del mandato normativo anterior. Esta conclusión lleva a un dilema—tanto más grave si se tiene en cuenta el efecto retroactivo de las leyes interpretativas—que el autor plantea sin gran preocupación: la interpretación auténtica o no diverge de la ley interpretada o diverge. En el primer caso resulta inútil. En el segundo caso resulta ilegítima porque impide la interpretación judicial y, además, deja los derechos adquiridos en la mayor inseguridad. En el Derecho italiano es, además, ilegal según el concepto de Marzano.

No obstante, existió. Y esto permite establecer el sistema de fuerzas que se articula entre estos dos tipos posibles de interpretación.

En manos del legislador la interpretación auténtica puede servir para

convertir en norma la interpretación judicial correcta a una ley oscura o deficiente. O para corregir autoritariamente con una ley interpretativa una tendencia interpretativa jurisprudencial que considere errónea o peligrosa.

En manos del juez, la interpretación es un arma defensiva más débil en su fase actual, si bien cobrará fuerza cuando funcione la *Corte Costituzionale* o tribunal de garantías, en nuestra terminología.

Como puede verse a través de esta exposición sumaria, la obra de Marzano es un continuo clarooscuro de aciertos y errores. Pero que sus conclusiones sean discutibles no le resta el valor de ser una obra seria, muy pensada, ordenada y clara. De la que se obtiene más fruto del que puede aparecer a través de esta enumeración rápida de tesis.

J. M. DESANTES

TAMAYO, Alberto: «El derecho real de servidumbre». Barcelona, 1956. 152 páginas.

El libro, tesis doctoral del autor galardonada con la máxima calificación, tiene dos partes distintas en su propósito.

La primera explora el concepto de servidumbre con el fin principalmente de encontrar la diferencia entre servidumbre real y personal. La búsqueda recorre los Derechos romano y germánico: la doctrina y la legislación alemana, francesa e italiana, y el Derecho español: histórico, doctrinal, en la jurisprudencia anterior y posterior al Código civil y en los Proyectos, Ley de Bases y propio Código.

En la segunda, o «análisis crítico y posibilidad de una revisión de nuestro Código en materia de servidumbres», se plantean y resuelven tres problemas.

Si el usufructo, uso y habitación son servidumbres o derechos reales independientes. Concluye que, instituciones afines entre sí con caracteres diferenciales, lo que es indudable es que son distintos de las servidumbres, con las que sólo tienen en común ser «iura in re aliena».

Si las llamadas «servidumbres personales» en el artículo 531 del Código civil son auténticas servidumbres. Se inclina por la negativa y, en consecuencia, por su exclusión del título de las servidumbres en una futura revisión del Código.

Si todas las que nuestro Código considera servidumbres reales han de incluirse en tal concepto o, en realidad, no son tales. Esta, que es sin duda la parte más interesante del libro, se desdobra a su vez en dos temas: El primero consiste en estudiar si el Código deja paso a las servidumbres de propietario, que contesta afirmativamente. El segundo discrimina lo que en el Código son verdaderas servidumbres y lo que son meras limitaciones de dominio.

Todo este recorrido proporciona los datos suficientes al autor para dar

una definición de servidumbre y articular en consecuencia con él un esquema al que someter una revisión de los artículos 530 al 604 del Código civil español.

J. M. DESANTES

VERDIER, Jean-Maurice: «Les droits éventuels». Paris, 1955; 353 págs.

Entre la bibliografía francesa del año pasado, destaca por la ambición de su intento este buen libro editado por la casa Rousseau. A la stirpe doctrinal francesa de su tema, responde un método de desarrollo claro y sugestivo, también muy de acuerdo con la nacionalidad de su autor.

Desde las ideas faltas de sistemática de Saleilles y, sobre todo, desde el intento frustrado de Demogue a principios de siglo por configurar esta situación jurídica de los llamados derechos eventuales, apenas existe otro intento poco conocido y no demasiado afortunado de Titulesco, en una tesis doctoral leída en la Universidad de París. La fecha de 1907, en que fué aprobada, situaba a Titulesco demasiado próximo a Demogue para hacer algo que no fuese glosar al autor que en 1905 y 1906 había intentado definir la naturaleza y los efectos de los derechos eventuales en la «Revue trimestrelle de Droit civil». Verdier, partiendo de la crítica de sus antecesores, tanto en lo que se refiere al concepto por ellos obtenido, cuanto al método de investigación, pretende dejar definitivamente sentado lo que sean derechos eventuales y una serie de conclusiones, no menos interesantes, en temas que ha tenido que afrontar para delimitar el campo de su estudio. En este sentido puede estarse de acuerdo con las palabras del profesor Mazeaud en el Prólogo: «marca una etapa en el progreso de la técnica jurídica».

No se puede asentir, en cambio, a esta otra afirmación: «es el primero en decantar una noción del derecho eventual que, en el estado actual de la ciencia jurídica, debe reputarse exacto». El esfuerzo de Verdier es notable y sus puntos de vista le permiten advertir unos detalles en las estructuras de las relaciones jurídicas, realmente útiles. Pero muchas de sus conclusiones no son exactas porque Verdier cae en la tentación audaz de querer generalizar demasiado su investigación.

El punto de partida es acertado. El autor cree que en las relaciones jurídicas bien estructuradas puede emplearse el método deductivo, a partir de su definición, para dibujar sus elementos y efectos. Esto no es lícito, en cambio, cuando se trata precisamente de configurar lo que sean unas determinadas situaciones jurídicas en cuya noción usual no se está de acuerdo. El procedimiento ha de consistir, por el contrario, en hacer un muestreo de situaciones que, ya por la naturaleza misma de su objeto, por la norma aplicable, por determinados hechos jurídicos o por la voluntad de los sujetos, se pueda considerar *a priori* que forman parte de los que la doctrina conoce por derechos eventuales. Esto da lugar a un nutrido desfile de instituciones extraídas de todos los sectores del Derecho privado. Meritoria exposición si se piensa que la mayor parte de ellas

son casos que se apartan del esquema normal, a los que la doctrina rehuye o trata de pasada, sin darse cuenta de que, a veces, históricamente han representado los primeros balbuceos de la relación tal como hoy la conocemos; y sin darse cuenta de que, a veces, son cuantitativamente el camino más frecuente para llegar a las relaciones que creemos ya perfectas. Así, todos los negocios jurídicos que versan sobre las cosas futuras, o sobre las cosas de otro, los llamados derechos accesorios, los sometidos a una homologación o aprobación, los meramente anulables, los derechos sucesorios antes de fallecer el causante o antes de la aceptación de la herencia, el derecho a la indemnización por perjuicios futuros o inciertos, los derechos nacidos del precontrato o de los pactos de preferencia, las promesas de contrato real o de contrato solemne. Todo ello, desmenuzando los casos concretos más frecuentes, ofrece un conjunto pródigo en sugerencias.

En efecto, este desfile panorámico descubre a Verdier una nota común que le sirve de introducción al análisis estructural del derecho eventual: todas estas situaciones sólo pueden explicarse en cuanto están en continua transformación. Hasta tal punto considera fundamental esta conclusión, que el subtítulo de su obra es «Contribución al estudio de la formación sucesiva de los derechos». Estamos ante situaciones de procedencia diferente a las definitivas y cuyo fin es ser sustituidas por ellas. Pero esta sustitución no se da generalmente de modo radical: hay una especie de evolución preparatoria que sólo puede seguirse mediante la observación de todos los momentos de su vida tal como se reflejan en el ordenamiento positivo.

De aquí dos afirmaciones fundamentales. No puede verse en este período de transformación la gestación de un derecho definitivo, sino la sucesión de unos derechos subjetivos con todos los elementos para considerarlos perfectos. Estamos, por tanto, muy lejos de las llamadas expectativas que, aun cuando preceden al nacimiento de un derecho, carecen de importancia jurídica en cuanto que no son derechos ni gozan de protección. El llamado derecho eventual es, sin embargo, un derecho pleno, configurado y protegido, autónomo y sometido al poder de disposición de su titular. En un nuevo paso adelante nos dirá Verdier que la denominación es equívoca porque en realidad el derecho eventual es el derecho futuro, que no siempre llegará a realizarse. Y de aquí al salto definitivo en que el autor deja ya de pisar firme: la negación de la diferencia entre el derecho eventual y el derecho sometido a condición. Dos argumentos principales sostienen su teoría: negación del efecto retroactivo de la condición y afirmación de que la situación *pendente conditione* tiene existencia propia, distinta a la que existirá más tarde. La enunciación de los casos en que ve Verdier situaciones caracterizadas por la existencia de derechos eventuales nos ofrece ejemplos elocuentes para hacer notar que ha incurrido en un exceso de generalización. Pensemos en el precontrato, o en las situaciones hereditarias previas a la adquisición de la herencia o en la apertura de crédito, etc.

Salvado este bache, que ocupa la parte más extensa del libro, el autor

lo desmiente al concretar en sus últimas cuarenta páginas la noción del derecho eventual, sus caracteres distintivos, sus elementos, su distinción de los derechos a término, la relación entre los derechos sucesivos y el régimen de los derechos eventuales.

Los dos principales méritos de la obra de Verdier, salvados sus excesos, son indudablemente el estudio del desenvolvimiento de las situaciones jurídicas que son camino para una relación definitiva y el realizar ese estudio aferrado a la mecánica del derecho positivo. Cuando se evade de él, zozobra fácilmente. Y es que, a pesar de su punto de partida, Demogue sigue siendo en muchos puntos su fuente de inspiración y las expectativas de derecho quedan demasiado próximas para no contaminarse de su doctrina. No obstante, predomina la tónica general del sentido común. Por eso Verdier, en su conclusión final, intenta limitar el alcance de sus afirmaciones advirtiendo que su investigación da una «noción» del derecho eventual, pero no estructura una «categoría» de derechos para la que falta una homogeneidad que sólo podrían dar la ley y la jurisprudencia.

J. M. DESANTES

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *El Código civil chileno*.—IJ, núms. 150-151, noviembre-diciembre 1955; págs. 657-670.

Principios del ordenamiento civil chileno de 1955 en el derecho familiar. Individualismo y deshumanización de sus normas.

BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal: *Bases para la restauración y el progreso de los seminarios de Derecho*.—BS, año XX, núms. 53-56; págs. 9-19.

Propone reemplazar la conferencia magistral por la metodología activa del seminario, más formativo que informativo, complementado por el pre-seminario donde se practique la técnica de la investigación científica.

BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal: *Notas sobre el Proyecto Egaña*.—BS, año XX, números 53-56; págs. 73-78.

Examina diversos aspectos contenidos en el manuscrito en que don Mariano Egaña (fallecido en 1836) redactó un proyecto inacabado de Código civil para Chile.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *Espíritu y direcciones del Derecho civil español moderno*.—AUM, vol. XIII, núm. 2, curso 1954-55; págs. 458-477.

Panorama del Derecho civil español a partir del siglo XIX hasta los autores contemporáneos ya fallecidos.

BELMONTE, G.: *L'attività del Circolo Giuridico Napoletano*.—DG, año VII, número 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 434-438.

Reseña de la sesión inaugural del Círculo en el Aula de Sanctis de la Universidad de Nápoles, con la ponencia del profesor Jaccarino y las intervenciones de Caravita y Guadagno.

BETTI, Emilio: *Fulvio Maroi*.—NRD, vol. VIII, fas. 5-8; págs. 112-121.

Reproducción de una conferencia del autor, en febrero 1955, en la sede del «Centro di Comparazione e Sintesi». En ella se esboza la personalidad humana y universitaria del profesor Maroi († 1954) y su relación profesional y personal con el autor.

(*) Vid. la clave de abreviaturas al final de la sección.

BELLEFONDS, Linant de: *Immutabilité du Droit Musulman et reformes législatives en Egypte*.—RIDCP, año VII, núm. 1, enero-marzo 1955; páginas 5-34.

El Derecho musulmán propiamente dicho es inmutable y ello obliga a veces a hacer compatible este principio con las necesarias reformas legislativas impuestas por las nuevas realidades. El autor alude a las distintas formas de hacer frente a este problema en Egipto: a), acudir a otros ritos «ortodoxos»; b), fijación de la competencia del juez (para indirectamente alterar el Derecho material). Teniendo en cuenta las dificultades, los resultados obtenidos son satisfactorios.

BURDESE, Alberto: *Il concetto di «ius naturale» nel pensiero della giurisprudenza classica*.—RISG, año LXI, 1954; págs. 407-422.

Razona con textos que el *ius naturale*, en el Derecho clásico romano, no es un conjunto inmutable de preceptos, sino un complejo de principios racionales y morales, traducibles al ordenamiento jurídico.

CARNELUTTI, Francesco: *Il valore della sanzione del diritto*.—RPR, año X, número 4, octubre-diciembre 1955, parte I; págs. 237-248.

La existencia efectiva del Derecho depende de la efectiva existencia de la sanción.

CARNELUTTI, Francesco: *La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani*.—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre, 1955, parte I; págs. 284-292.

Contesta al profesor Guido Fassò que advierte a los juristas cristianos que no se salgan de los límites de su ciencia utilizando conceptos como justicia y caridad, en los que están expuestos a error.

CASTBERG, Frede: *Philosophy of Law in the Scandinavian Countries*.—RJCL, vol. IV, 1955, núm. 3; págs. 388-400.

Estado de la Ciencia del Derecho y de la Metodología jurídica en los países escandinavos.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A.: *Reforma del Derecho para un mundo mejor*.—RJC, año LIV, vol. LXXII, septiembre-octubre 1955, págs. 407-415.

Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Barcelona en el curso 1954-55. Critica la falta de atención al individuo que se observa a veces en la Legislación, aunque, con frecuencia, se crea lo contrario. He aquí el camino de posibles reformas.

CORONAS, Juan Enrique: *Uniformidad de la jurisprudencia*.—RN, año LVIII, número 621, mayo-junio, 1935; págs. 191-208.

Medios para obtener que los fallos de la jurisprudencia—que no pueden crear leyes, pero sí derecho—sean uniformes.

CORREIA, Alexandre Augusto de Castro: *O Direito romano vivo*.—RFDSP, volumen XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 297-308.

Importancia del estudio del Derecho romano como elemento de formación del jurista y como forma de comprensión de las instituciones actuales, en que perdura su espíritu.

CRISCI, N.: *Convengno di studiosi di diritto agrario*.—DG, año VII, número 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 430-433.

Exposición de los trabajos realizados en la reunión de Florencia de 28 de marzo al 2 de abril de 1954 para examinar los resultados del I Congreso Internacional de Derecho agrario.

DE LUCA, Luigi: *La teoria di Francesco Sarmiento relativamente ai diritti dell' investito sui beni e sui redditi beneficiari*.—RISG, año LXI, 1954; páginas 363-406.

Exposición de la polémica en torno a la posesión de los bienes que constituyen la dote de un beneficio eclesiástico habida en el siglo XVI entre los españoles Martín de Azpilcueta y Francisco Sarmiento de Mendoza.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Giustizia divina e giustizia umana*.—IM, año VI, fascículo IV, diciembre 1955; págs. 465-471.

La idea de justicia va ingénita en el ánimo humano (*per naturam impressa mentibus*), pero entre los hombres, en el sector del Derecho positivo, no puede desarrollarse sino gradualmente, de una manera imperfecta. Sus imperfecciones deben subsanarse con la justicia divina, lo mismo que el Derecho debe completarse con la moral, la caridad, la misericordia, etc.

Se trata de la conferencia leída en el XIII Curso de Estudios Cristianos, en Assisi, en septiembre de 1955.

DE PINA, Rafael: *Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho*.—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955, págs. 261-275.

Considera el autor como base de la enseñanza del Derecho: la lección de cátedra y el seminario. Una adecuada combinación de la enseñanza teórica con la práctica.

DERRET, J. DUNCAN M.: *Hindu Law: the Dharmasatra and the anglo-hindu law. Scope for further comparative study*.—ZRV, tomo LVIII, cuaderno 2, 1956; págs. 199-245.

El autor difunde ciertos aspectos del Derecho hindú en materia de religión primitiva, magia, derecho primitivo, instituciones legales, función del Estado, ética comparada, etc.

EKELÖF, Per Olof: *Il concetto di Diritto soggettivo.*—IM, año VI, fasc. IV, diciembre 1955; págs. 470-501.

El profesor sueco de Upsala trata de difundir, entre los países a los que su lengua impide el contacto directo con los juristas nórdicos, las modernas concepciones sustentadas por éstos en torno al Derecho subjetivo. En toda proposición jurídica que entrañe un derecho subjetivo, considera el autor fundamental el análisis de su «función» y «significado» y el «complejo de efectos jurídicos» que aquélla puede entrañar.

FEENSTRA, R.: *Bibliographie des travaux historiques de E. M. Meijers.*—RHD, tomo XXIII, fasc. IV, 1955; págs. 426-451.

Con una introducción acerca de las ideas del profesor holandés, fallecido en 1954, se exponen sus obras de Historia del Derecho, principalmente de Derecho privado, entre las que se encuentra un apartado dedicado a obras de Historia del Derecho español.

FLORIS MARGADANT, Guillermo: *El Derecho social holandés.*—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955; págs. 149-178.

Visión de conjunto sobre la evolución y esencia del «Derecho Social en Holanda», impregnado todo él de un espíritu corporativista y de la coordinación política obrera a la política económica general.

FREZZA, Paolo: *Carlo Fadda.*—NRD, vol. VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 109-112.

Consideraciones sobre la significación de los maestros fundadores del moderno pensamiento jurídico italiano, al ponerle en contacto directo con las creaciones de la Escuela Histórica y de la Pandectística: Fadda, Scialoja, Ferrini.

GAMILLSCHEG, FRANZ: *Zu einigen Fragen des internationalen Arbeitsrechts.*—ACP, tomo CLV, cuaderno 1, 1956; págs. 49-72.

Comienza el autor indicando la poca atención que se dedica al Derecho laboral en el ámbito del Derecho internacional privado. Va tomando en cuenta y apreciando críticamente los puntos de vista sustentados en la materia por Schnorr von Carolsfeld: doctrinas generales, calificación, orden público, capacidad, estatuto del trabajo, etc.

GASPERONI, Nicola: *Collegamento e connessione tra negozi.*—RDC, año LIII, números 7-8, julio-agosto 1955, parte I; págs. 357-388.

El fenómeno de la conexión en el campo jurídico puede referirse a los sujetos, a los objetos y a los actos. Dentro de éstos, la conexión entre negocios jurídicos es la más interesante y la que mayores problemas plantea. La mera pluralidad de negocios es indispensable, pero no es siempre indicio de conexión. El índice de conexión del negocio lo da la causa, que el autor entiende en el sentido objetivo de fin económico-social. Por eso no puede darse una formulación general de los efectos de la conexión; se presenta en forma de interdepen-

dencia o de subordinación. La valoración de los efectos de la conexión puede hacerse *a posteriori*, como la de los efectos de los negocios mismos que se realizan. No obstante, puede hacerse una tipología de conexiones cada una de ellas con rasgos peculiares. Incluso aquella que pretende evadirse de la ley: la combinación negocial *in fraudem legis*.

GHISALBERTI, Carlo: *La giurisprudenza romana nel pensiero di Melchiorre Delfico*.—RISG, 1954; págs. 423-456.

Conjunto de ideas sobre el Derecho romano de este escritor italiano del siglo XVIII.

GIANNINI, Massimo Severo: *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*.—RISG, año LXI, 1954; págs. 39-72.

Pueden existir varios vicios de los actos normativos o vicios de ilegitimidad formal, todos ellos formas distintas de violación del procedimiento a que han de sujetarse los actos normativos. Hay, en cambio, un solo vicio de la norma o vicio de ilegitimidad sustancial aun cuando puede presentarse en dos formas: vicio del fin y defecto de competencia.

GIULIANI, Alessandro: *Studio storico del Diritto e studio dell' esperienza giuridica*.—IM, año VI, fasc. IV, diciembre 1955; págs. 472-489.

Sobre la base de un curso universitario de R. Orestano el autor hace un resumen de las consideraciones de aquél sobre la forma en que puede y debe contribuir al progreso de la Ciencia jurídica la más estrecha colaboración entre teóricos e historiadores del Derecho, partiendo de un replanteamiento en cuestiones de método y de que la Ciencia del Derecho es un hecho de experiencia.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Joaquín: *El futuro del Derecho laboral*.—RGD, año XII, número 135, diciembre 1955; págs. 861-865.

Domineada la técnica, una de las causas de aparición del Derecho laboral, el hombre habrá conseguido su libertad: el espíritu dominará el mundo. Entonces el Derecho laboral, creado bajo el imperio técnico, quedará reducido a principios básicos y permanentes, desapareciendo de su esfera todo cuanto de contingente y oportunista tiene en la actualidad.

INTERSIMONE, Giuseppe: *La obra de G. B. Curti Pasini*.—RIN, año VII, número 26, abril-junio 1955; págs. 145-147.

Nota necrológica del notario Curti Pasini: vida, obras, formación e ideario.

JUNIOR, Cesarino: *O Ensino do Direito*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 180-189.

Propuesta de reorganización de las Facultades jurídicas, de su régimen escolar, de la distribución de sus estudios, principalmente en lo que se refiere al Doctorado y del cuadro de materias a enseñar.

KRITSCHMER, Charlotte y PALACIOS, Jaime: *Organización jurídica y social de los Fueguinos*.—BS, año XX, núms. 53-56; págs. 20-62.

Estudia la familia, la propiedad, la sucesión y el régimen penal en las costumbres de los pueblos onas y yamanas, habitantes en la Tierra de Fuego.

LIMPENS, J.: *Eduard Maurits Meijers*.—RDC, año LIII, núms. 9-19, septiembre-octubre 1955; págs. 492-494.

Nota necrológica del profesor holandés fallecido en 1954, biografía y pequeño resumen de sus obras.

LOUSSOUARM, Yvon: *Le projet de Code de Droit international privé et le colloque relatif à la codification du droit international privé*.—RTC, año VIII, fasc. 4, octubre-diciembre 1955; págs. 800-806.

En el Anteproyecto de Código civil elaborado en Francia por la Comisión de Reforma del Code civil, y publicado el año pasado, se contiene en el Libro Preliminar un «Código completo» de Derecho internacional privado. El autor da a conocer las soluciones del mismo en materia de personas jurídicas, conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones.

MAIA, Paulo Carneiro: *Da Dogmática jurídica*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 445-465.

A través de las ideas de Pedro Lessa, el krausismo, Kant y Heiring, se llega a la conclusión de que la dogmática jurídica no puede quedar reducida a un simple arte, antes bien representa el ápice de la juridicidad normativa.

MANTZOUFAS, Giorgios: *Questioni del diritto del lavoro en Grecia*.—NRD, volumen VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 157-163.

El nuevo Código civil griego de 1946 impone el replanteamiento de ciertas cuestiones de Derecho laboral. El autor alude a tres, ligadas íntimamente al Código civil: derecho de retención del trabajador, abuso del derecho en la resolución del contrato de trabajo e igualdad de trato de los trabajadores.

MIRLE, Giovanni: *Esperienze e prospettive giuridiche della pianificazione*.—IR, año VIII, núms. 2-3, marzo-junio 1955; págs. 271-283.

La planificación es tiranía si carece de juridicidad. Solamente inserta en un ordenamiento jurídico que defina precisamente las relaciones entre la administración y los individuos puede justificarse, aun cuando haya que prescindir de figuras jurídicas tradicionales.

MORELLI, Gaetano: *Controllo della costituzionalità di norme straniere*.—RISG, año LXI, 1954; págs. 27-38.

El problema se reduce a comprobar si la norma extranjera es contraria al orden público para poder o no aplicarla por un juez italiano e incluso para insertarla en el ordenamiento jurídico.

NETO, J. J. Cardoso de Melo: *Uma Escola de civismo*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 353-357.

La Facultad de Derecho no puede ser únicamente una escuela de formación técnica o profesional. Por encima de esta finalidad está la de formar juristas que sean ejemplarmente los mejores ciudadanos.

PIANO MORTARI, Vincenzo: *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*.—RISG, año LXI, 1954; págs. 457-468.

El autor ve varias causas que explican el uso y abuso del argumento de autoridad entre los autores del Derecho común, algunos de tipo práctico como, por ejemplo, la de ponerse a salvo de responsabilidad cuando habían de ejercer funciones jurisprudenciales. Cree, sin embargo, que se debe fundamentalmente al modo de proceder en la investigación. El jurista medieval antepone a cualquier cuestión de método el hallazgo de la verdad y ante argumentos contrarios está siempre dispuesto a declinar su propia opinión.

PÍO XII: *La preghiera del giurista*.—IR, año VIII, núm. 4, julio-agosto, 1955; págs. 352-353.

Se inserta la oración compuesta por el Papa como «plegaria del jurista» a petición de los juristas católicos.

PIZANI, Rafael: *Reparos a la teoría egológica del Derecho*.—BS, año XX, números 53-56; págs. 81-96.

Crítica del elemento intuitivo y de los ingredientes existenciales en la teoría egológica del profesor Cossio.

REALE, Miguel: *Concreção de fato, valor e norma no Direito romano classico*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 190-220.

Introducción sobre el origen del Derecho y estudio sobre las relaciones, diferencias y evolución de las ideas *jus civile*, *jus naturale*, *jus gentium*.

RECASENS SICHES, LUIS: *¿Oficio noble o diabólico?: Las antinomias de la profesión jurídica*.—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955; páginas 59-95.

La profesión de jurista y el Derecho mismo han sido conceptuadas de dos formas opuestas: como lo más noble o como lo más diabólico y abominable. El autor ve el motivo de los sarcasmos contra «lo jurídico» en las antítesis o antinomias que lleva en su misma entraña: conflicto entre legalidad y justicia; antinomia entre la generalidad de la norma y las exigencias del caso; la colisión entre la lógica teórica y el interés; la oposición entre la urgencia de estabilidad y las necesidades de cambio; la paradoja entre derecho y fuerza.

REZENDE FILHO, Gabriel de: *Discurso de Parainfo aos Bacharelados de 1952*.—RFDSF, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 357-372.

Evolución de las ideas jurídicas fundamentales en el último medio siglo, impresión de desajuste en las ideas y superación de este pesimismo.

RODRÍGUEZ BUSTAMANTE, Lino: *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*.—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955; páginas 11-35.

Es la conclusión de un trabajo ya iniciado en otro número de la misma revista. En el presente, el autor alude a la relación de la teoría del abuso del derecho con otras instituciones jurídicas (Derecho y Moral, fraude a la ley, conflictos de derechos), a las categorías de actos (ilegales, ilícitos y excesivos) y al Derecho español. Entiende el autor, en sus conclusiones, que no debe ya seguirse invocando la teoría del abuso del derecho para dirimir ciertas cuestiones; tal doctrina nace como reacción contra los principios individualistas actualmente impregnados de tendencia socializadora en todas las legislaciones. La teoría del abuso del derecho debe suplirse por otros elementos que incluso sugiere la sentencia de 14 de febrero de 1944: infracción de la buena fe, daño moral o material a un tercero, antinormatividad del acto.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *El abuso del derecho en la Historia y en la legislación comparada*.—RJPR, vol. XXIV, núm. 4, marzo-abril, 1955; págs. 305-330.

Los precedentes históricos se reducen al Derecho romano, derecho intermedio, canónico y musulmán. La legislación comparada abarca los ordenamientos francés, alemán, suizo, italiano, ruso, polaco, mejicano, uruguayo, panameño y la jurisprudencia anglosajona.

ROMANO, Salvatore: *Ordinamenti giuridici privati*.—RTDPO, año V, números 2-3, abril-septiembre 1955; págs. 249-330.

El trabajo formará parte de los «Scritti Giuridici», dedicados a la memoria de Vasalli. El autor ofrece una serie de consideraciones sobre la esencia del Derecho privado según distintas concepciones y especialmente sobre su relación con el poder estatal en la esfera del mismo.

ROSSI, Guido: *Una recente pubblicazione intorno alla Università di Bologna*.—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1196-1211.

Influencia de la Universidad de Bolonia en la penetración del Derecho romano y germánico en Suiza durante los siglos XIII y XIV, glosando la obra reciente del profesor S. Stelling-Michaud.

SANTA PINTER, José Julio: *Síntesis de la enseñanza del Derecho en Canadá*.—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955; págs. 51-57.

Comparándolo con la cuestión de Argentina, se ofrecen unas notas orientadoras sobre la enseñanza del Derecho y su mecanismo en Canadá.

SILVEIRA, Alípio: *La justicia inglesa de hoy*.—RFDME, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955, págs. 197-221.

Se indican las esenciales características de la administración de justicia en Inglaterra: independencia e integridad del juez, separación de poderes, onerosidad de la justicia británica, legalismo y discrecionalidad, el jurado, etc.

SPANNER, Hans: *Die Rolle der Verfassung im gegenwärtigen politischen und sozialen Leben*.—OZOR, nueva serie, tomo VII, cuaderno 1, 1955; páginas 9-32.

Se analiza el papel a desempeñar por las Constituciones en la vida social y política contemporánea de los pueblos en base a las últimas redacciones constitucionales. El autor examina los diversos aspectos del contenido de las mismas. Desde nuestro punto de vista interesa lo relativo a los derechos fundamentales de la persona.

VIGNOCCHI, Gustavo: *Violazione di norme regolamentari edilizie e diritti dei privati*.—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte II; páginas 291-299.

De una ordenanza municipal de higiene que reglamenta las construcciones privadas no nacen derechos subjetivos a favor de los particulares, por lo que la violación ha de perseguirse por vía administrativa, no por vía judicial.

VRIES, Henry P. de: *Universalisme et unification du droit aux Etats-Unis d'Amerique*. RIDCO, año VII, núm. 3, julio-septiembre 1955; páginas 542-547.

La extensión del comercio internacional, las inversiones americanas en el exterior y las extranjeras en los Estados Unidos obligan a adoptar medidas positivas para unificar las legislaciones internas y ponerlas de acuerdo con la legislación comparada.

WENGLER, Wilhelm: *Martin Wolff und das internationalen Privatrecht*.—OZOR, nueva serie, año VII, cuaderno 1, 1955; págs. 33-42.

Fallecido el ilustre maestro en Oxford en 20 de julio de 1953, el autor hace su semblanza y destaca su significación en el Derecho internacional privado: tendencias, método, carácter de sus escritos.

2. Derecho de la persona.

ANSELMO, Manuel: *Da capacidade e da responsabilidade civil dos menores*.—RDES, año VIII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 219-240.

Casos en los que el menor tiene por excepción capacidad para obligarse y casos en los que responde civil y criminalmente, según el Derecho portugués. Extensión de esta capacidad y responsabilidad.

BARATTA, V.: *L'egualianza degli uomini in materia di lavoro*.—DG, año VII, número 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 417-421.

Examen de la Declaración Universal y de la Convención Europea de los derechos del hombre y su reflejo en las Constituciones de algunos países y en la legislación laboral italiana.

CAPOGRASSI, Giuseppe: *Persona e pianificazione*.—IR, año VIII, núms. 2-3, marzo-junio 1955; págs. 158-199.

La necesidad de acometer empresas que superan las fuerzas de la actividad privada trae un fenómeno de socialización. Las fuerzas políticas se sirven de él para concentrar el poder en sus manos y borran la personalidad del hombre con el mito de la igualdad, con la ocupación permanente, ya en el trabajo, ya en la frivolidad. Es necesaria la intimidad para el hombre de hoy, su vuelta a Dios, para darse cuenta que está hecho a su imagen y semejanza.

CARNELUTTI, Francesco: *Inesistenza dell'atto giuridico?*—RFR, año X, número 3, julio-septiembre 1955; págs. 208-211.

Ascarelli ha mantenido recientemente que la nulidad del acto jurídico es «expresión de una normatividad», mientras que la inexistencia afecta a una «tipología de la realidad social». El profesor Carnelutti disiente de esta afirmación.

FERRER CORREIA, A.: *Unidade do estatuto pessoal*—BFDC, vol. XXX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 101-130.

El espinoso tema de la unidad del estatuto personal tiene que obtenerse conciliando los dos principios opuestos por la doctrina y las leyes: el del domicilio y el de la nacionalidad. El autor propone dos soluciones intermedias: el domicilio cualificado por una firme intención de residencia efectiva y permanente o el respeto a los derechos adquiridos por aplicación de la *lex patriae* o la *lex domicilii*.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás: *Adquisición de la nacionalidad y de la regionalidad*.—RJC, año LIV, vol. LXXII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; páginas 519-538.

Señalado que nacionalidad y regionalidad son circunstancias y estados que influyen en la condición jurídica de la persona, se estudia exhaustivamente la adquisición de uno y otra en nuestro Derecho, en base a la nueva regulación contenida en la Ley de 15 de julio de 1954 que reforma los artículos 17-24 del Código civil. Se compara la regulación actual con la derogada.

PERE RALUY, José: *Procedimiento gubernativo de rectificación provisional del Registro Civil*.—RGD, año XII, núm. 135, diciembre 1955; páginas 866-873.

Cuando proceda la vía judicial del Registro civil, se admite una rectificación provisional del mismo por vía gubernativa. A este procedimiento de rectificación provisional se refiere el autor, exponiendo su mecanismo y haciendo la crítica del mismo.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *La capacidad y el poder en el Derecho.*—RGLJ, año CIII, núm. 5, noviembre de 1955; págs. 511-530.

En la escala de las manifestaciones jurídicas subjetivas del poder muchas veces aparece como un momento intermedio entre la capacidad y el derecho subjetivo. En otras palabras, la capacidad es presupuesto del poder como éste lo es del derecho subjetivo.

3. Derechos reales.

BAERMANN, Johannes: *Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums.*—ACP, tomo 155, cuaderno 1, 1956; págs. 1-27.

Por la ley de 15 de marzo de 1951, llamada «Ley de Propiedad de la vivienda» (WEG), Alemania queda incorporada al abrumador grupo de legislaciones que admiten la «propiedad horizontal». Se enumeran éstas, se pasa revista a las distintas construcciones doctrinales del concepto (se citan hasta 14, con abundante bibliografía) y el autor nos ofrece la suya: la propiedad que nos ocupa es una «propiedad común de local» que se integra en una trinidad, dentro de la propia unidad del concepto: propiedad exclusiva, copropiedad y derecho real de cualidad de miembro en la institución.

La estructura interna de la propiedad sufre una profunda modificación en la «propiedad de apartamentos» y da lugar a la concepción indicada: trinidad dentro de la unidad conceptual.

El autor examina las consecuencias de su construcción.

BELFORT DE MATOS, José Dalmo Fairbanks: *Liberdade de Radiodifusão.*—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 259-284.

Problemas jurídicos internacionales y privados que plantea la radiodifusión. Proyectos de regulación de los derechos de emisión, derecho de antena, régimen jurídico del aire y estatuto del éter.

BEYERLE, FRANZ: *La partecipazione agli utili come diritto reale.*—NRD, volumen VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 121-127.

La participación en las utilidades y «provechos» de una empresa agrícola puede someterse a construcciones diversas con distinta eficacia práctica. El autor defiende su naturaleza de derecho real: carga real, usufructo.

BRASIELLO, Ugo: *Sulla natura delle servitù.*—RISG, año LXI, 1954; páginas 249-274.

El concepto de la servidumbre es uno de los que se perfilan tanto mejor cuanto más se ahonda en su estudio histórico en el Derecho romano. El nos demuestra que la servidumbre no debe menospreciarse como un gravamen molesto, sino valorarse en su lado activo de ventaja para el fundo dominante.

CAMPOS COSTA, Américo de: *Se o direito de preferência dos prédios enclavados pressupõe a existência de servidão de passagem (art. 2.309, § 1.º do Código civil)*.—RDES, año VIII, núm. 3, julio-septiembre 1955; páginas 259-274.

Según el Tribunal Supremo portugués basta con que el predio esté enclavado entre otros para que exista recíprocamente un derecho de preferencia en la adquisición. Según el autor es necesario que exista una servidumbre forzosa de paso para que se dé esta preferencia entre los predios dominantes y sirviente o sirvientes.

CICU, Antonio: *Usufrutto di patrimonio*.—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1249-1251.

Se dan argumentos contrarios a la opinión dominante de que el usufructuario de un patrimonio hereditario—ya comprenda toda la herencia, ya parte de ella—sea un legatario.

CRISCI, Nicola: *Per un statuto della piccola proprietà contadina*.—DG, serie III, año XII, núm. 1, enero 1956; págs. 16-17.

Sugerencias del autor para mejorar la actual legislación italiana en materia de pequeña propiedad agrícola: inenajenabilidad e inembargabilidad, sucesión hereditaria especial, consorcios y cooperativas, crédito agrario, extensión de la previsión social a los cultivadores directos.

DE BOOR, Hans Otto: *I Problemi fondamentali del diritto d'autore*.—NRD, volumen VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 137-147.

Sobre la base del Proyecto de Reforma de la Legislación alemana sobre derecho de autor, y en comparación con las normas vigentes, el profesor De Boor hace unas indicaciones sobre algunos aspectos: derechos protegidos, derecho moral de los autores, derecho de utilización, transmisibilidad, protección de la obra, obras cinematográficas, etc. El Proyecto constituye una mejora, pero está lejos de ser la regulación ideal.

DESANTES, José María: *Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales*.—BFDC, vol. XXX, 1954 (aparecido en 1955); páginas 32-100.

Desde el Derecho romano hasta los Códigos actuales se estudia el origen y evolución de la clasificación de las servidumbres y su reflejo práctico en la prescripción adquisitiva de cada una de las clases.

DESBOIS, H.: *Mise en vigueur de la Convention Universelle du droit d'auteur conclue a Genève en septembre 1952*.—RTC, año VIII, fasc. 4, octubre-diciembre 1955; pág. 799.

Información sobre la entrada en vigor, el 16 de septiembre de 1955, de la Convención Universal sobre el derecho de autor, concluida en Ginebra en 1952. Entra en vigor entre los doce Estados que la habían ratificado: Alemania

Occidental, Andorra, Camboya, Chile, Costa Rica, España, Estados Unidos, Haití, Israel, Laos, Mónaco y Pakistán. Después del 16 de septiembre de 1955 se ha ratificado por la Santa Sede, Luxemburgo y Filipinas.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán: *El derecho de traducción en la convención universal sobre derecho de autor.*—BIM, año VIII, núm. 23, mayo-agosto 1955; págs. 9-30.

Exposición sucinta del contenido y mecanismo del derecho de traducción en la Convención Universal sobre derechos de autor, que dedica al indicado derecho de traducción el artículo V.

GONZÁLEZ PARACUELLOS, Juan: *La expropiación forzosa.*—PC, núm. 11, julio-agosto-septiembre 1955; págs. 11-20.

Breves comentarios sobre la nueva Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, precedidas de una comparación con la anterior Legislación y de unas ideas sobre el concepto, orientaciones y antecedentes de la institución en España.

HARGREAVES, A. D.: *Modern real Property.*—MLR, vol. XIX, núm. 1, enero 1956; págs. 14-25.

Extenso comentario a la séptima edición del libro del mismo título publicado por primera vez en 1925 por G. C. Cheshire. En realidad, constituye una obra diferente a las ediciones anteriores, tanto por el nuevo material recogido cuanto por las nuevas ideas expuestas.

LOBO DA COSTA, Moacir: *A propriedade na doutrina de Duguit.*—RFDSF, volumen XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 373-394.

La expresión propiedad, como la de dominio, es un concepto vacío de sentido, sin correspondencia con la realidad de la vida jurídica. Crítica de esta idea de Duguit en base a las ideas jurídicas católicas.

PIETRI, Alejandro: *Construcciones en fundo ajeno.*—RDLC, año XLIV, números 530-531; págs. 251-260.

Concepto de posesión de buena fe y efectos de la construcción de buena fe en suelo ajeno, según la legislación venezolana.

PUGLIATTI, Salvatore: *Riflessioni in tema di «universitas».*—RTDC, año IX, número 4, diciembre 1955; págs. 955-1008.

Valor social y jurídico y evolución del concepto de *universitas*. El patrimonio y la herencia como casos específicos de *universitates*.

ROMANO, Salvatore: *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose.*—RTDC, año IX, número 4, diciembre 1955; págs. 1009-1030.

El concepto de cosa y su reflejo en los de poder, derecho subjetivo, interés legítimo y situación jurídica. Insuficiencia doctrinal en el estudio del poder jurídico sobre las cosas. Datos útiles para la formación del concepto de cosa, clasificación de las cosas y bienes.

ROSSI, Guido: *Il diritto al brevetto e la natura della concessione amministrativa.*—RDC, año LIII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; páginas 317-348.

El derecho a la patente es un verdadero derecho subjetivo, pero su concesión y la de su prórroga son actos administrativos no impugnables en casación.

4. Obligaciones y contratos.

ANDREOLI, Giuseppe: *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore.* RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1098-1127.

Estudia la cuestión de si la subrogación del asegurado en los derechos del asegurado frente al tercero responsable tiene lugar de modo automático o no, resolviéndolo en el segundo sentido, a pesar de la tendencia dominante, cuyos argumentos refuta.

ASQUINI, Alberto: *Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore.*—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte II; páginas 257-265.

La determinación de la cantidad de dinero debida al deudor, cuando se ha estipulado valorarla con referencia al precio corriente de una mercancía, no debe hacerse con arreglo al precio del día en que se verifica la liquidación judicial o convencional, sino al del día del vencimiento de la obligación.

AURICCHIO, Alberto: *Considerazioni sull'eccesso di mandato.*—DG, serie III, año XII, núm. 1, enero 1956; págs 1-6.

El autor, en la jurisprudencia y legislación italianas, estudia la calificación jurídica de actividad del mandatario más allá de los límites del mandato. Distingue entre actividad debida por el mandatario y actividad desvirtuada por propia iniciativa.

BALLERSTEDT, Kurt: *Haftung des Ehegatten als Stellvertreters für culpa in contrahendo.*—EF, año II, cuaderno 7, julio 1955; págs. 200-203.

En una sentencia de 17 de septiembre de 1954 el BGH (Tribunal Supremo de Alemania Occidental) ha mantenido la obligación de indemnizar de un conyuge que actúa como representante del otro en la conclusión de un contrato, si por su conducta, aun ausente de culpa, se causa daño al otro contratante. El autor critica este punto de vista que obedece, a su juicio, a una equivocada extensión de la institución de la culpa *in contrahendo* en relación con los postulados de la «equiparación» de marido y mujer.

BUTTARO, Luca: *Diminuzione del rischio e diminuzione del valore delle cose assicurate.*—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte II; páginas 244-256.

Interpretación amplia del art. 1.897 del C. c. italiano, en el sentido de que, por disminución del riesgo, se ha de entender cualquier fenómeno que modifique la relación entre la prestación y contraprestación de asegurado y asegurador, incluso el menor valor de la cosa asegurada o el aseguramiento parcial del mismo riesgo.

CARDAHI, Choucri: *Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique.*—RIDCP, año VII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 499-541.

Distingue la usura *stricto sensu* o préstamo usurario en el que, no obstante antinomias aparentes de forma, el Derecho canónico, el Derecho comparado moderno y el islámico llegan a iguales medidas condenatorias. Y la usura *lato sensu* o desequilibrio entre las prestaciones contractuales en que sorprende la identidad de soluciones, concordadas con los dictados de la moral católica.

CARNELUTTI, Francesco: *Transazione e eccessiva onerosità.*—RPR, año X, número 2, abril-junio 1955, parte I, págs. 85-89.

Plantea el problema de si a la transacción, ya sea simple, ya compleja, se aplica el remedio de la excesiva onerosidad. Lo niega para la simple por considerarla un negocio aleatorio, y para la compleja, porque el negocio instrumental, al depender de la transacción, adquiere su aleatoriedad.

CICALA, Raffaele: *Sulla revoca dell'alto fraudolento del debitore solidale e in generale sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva.*—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte I; págs. 389-407.

Plantea y resuelve afirmativamente la cuestión de si es ejercitable la acción revocatoria—y también la subrogatoria—cuando uno de los deudores solidarios es insolvente y los otros codeudores son, por el contrario, solventes.

CICU, Antonio: *Donazione remuneratoria.*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1246-1247.

Exigencia de la forma pública en los negocios complejos de donación liberal y remuneratoria cuando la remuneración sea elemento accesorio, por virtud del principio de absorción.

CUETO RÚA, Julio: *Conceptos básicos sobre el régimen jurídico de las llamadas «condiciones» en el Derecho norteamericano de los contratos y observaciones comparativas en relación a los Derechos argentino y mexicano.*—RDLC, año XLIV, núms. 530-531; págs. 270-300.

Entre el derecho contractual del *Common Law* y el derecho de origen romano hay más similitud de la que aparece, tan sólo por las diferencias ter-

minológicas. Así ocurre con la condición, si bien en el Derecho sajón tiene una mayor amplitud: determina el momento en que surge para el deudor la obligación de cumplir su deber contractual.

DE MARTINI, Angelo: *Recesso unilaterale dal contratto concluso col rappresentante senza potere*.—RDC, año LIII, núm. 7-8, julio-agosto 1955, parte II: págs. 266-280.

El tercero contratante no puede rescindir unilateralmente el contrato, aun en el caso de que ignorase que lo acordaba con un representante sin poder.

EHRENZWEIG, A.: *La responsabilidad por daños causados por automóviles*.—BIM, año VIII, núm. 23, mayo-agosto 1955; págs. 31-62.

Comparándolo con la Legislación mexicana, el autor hace un estudio de la regulación actual en Estados Unidos en torno al problema de la responsabilidad por daños causados por automóviles. Se muestra contrario al seguro obligatorio de responsabilidad y propugna un sistema de seguro de daños.

EICHLER, Heman: *Fondamenti giuridici dell'assicurazione individuale*.—NRD, vol. VIII, fasc. 5-8, 1955; págs. 128-137.

Consideraciones generales sobre la Legislación alemana de seguros: fuentes jurídicas de los seguros privados y fuentes jurídicas de los seguros de Derecho público.

ELICES Y GASSET, Eugenio: *Acreeedores «voluntarios»*.—RGLJ, año CIII, número 5, noviembre de 1955; págs. 531-547.

Estudia el concepto de «crédito» y el de «derecho» en el Libro IV del Código civil y los diversos casos de transmisión de créditos que, mencionados o no por el Código, pueden darse.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: *Disciplina giuridica del giuoco e della scommessa: fondamento e distinzione*.—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; páginas 1031-1056.

Analogías y diferencias del juego y apuesta obtenidas a través de la diferente función de la causa. Aplicación al estudio del régimen jurídico de la lotería.

FUNAIOLI, G. B.: *La disciplina dei miglioramenti fondiari sotto il profilo del credito di miglioramento*.—NRD, vol. VIII, fasc. 5-8, 1955; págs. 97-109.

Se trata de un trabajo que forma parte de los «Studi del Convegno di Diritto Agrario», en Florencia en octubre de 1955. El autor sugiere algunas posibles reformas en la legislación italiana en relación con los créditos derivados de «mejoras en las fincas»: mecanismo, garantías, etc.

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Seguro obligatorio de vehículos a motor.*—BI, año IX, núm. 323, 15 diciembre 1955: págs. 3-5.

Breve nota informativa sobre los distintos sistemas vigentes en la materia en los Derechos extranjeros, en virtud a una posible regulación del problema en España.

HERNAINZ, Miguel: *Ante un caso de despido impuesto por la Ley.*—RDP, diciembre 1955; págs. 1130-1133.

Indicación de las posibles soluciones ante el supuesto de despido por «*factum principis*»: cese de una entidad por disposición de la ley y situación laboral de sus empleados.

LANGROD, Georges: *Administrative Contracts.*—AJCL, vol. IV, 1955, núm. 3; páginas 325-364.

Estudio de Derecho comparado acerca de las características especiales de los contratos administrativos con respecto a los demás tipos de contratos, teniendo en cuenta la especialidad de la actuación administrativa con respecto a las demás actividades jurídicas.

LEVY, Denis: *La responsabilité contractuelle de la Couronne en Droit Anglais.*—RIDCP, año VII, núm. 1, enero-marzo 1955; págs. 55-73.

El Derecho inglés en materia de responsabilidad de la Corona ha sido modificado por una Ley de 1947, la «*Crown Proceeding Act.*». Se expone el estado de la cuestión antes y después de la reforma.

DE MARINI, Carlos María: *Prescrizione breve e querela.*—RTDC, año IX, número 4, diciembre 1955; págs. 1287-1293.

La acción de resarcimiento de daño causado por un delito tiene su plazo de prescripción a contar desde el día en que se renuncia a la querela o decae el derecho del querellante, no desde el día en que se produjo el daño.

MAZEAUD, Henri: *La responsabilité civile du vendeur-fabricant.*—RTDC, año LIII, octubre-diciembre 1954; págs. 611-621.

Distingue entre daños causados por la cosa vendida, que son causa de verdadera responsabilidad del vendedor respecto al comprador y respecto a un tercero, y el perjuicio que supone el que la cosa vendida no sea de la cualidad contratada, que queda en el campo de la responsabilidad contractual.

MELVILLE, L. W.: *The Core of a Contract.*—MLR, vol. XIX, núm. 1, enero 1956: págs. 26-38.

En base a numerosas resoluciones examina las cláusulas que pueden considerarse fundamentales en los contratos y los distintos efectos que producen las variaciones de las condiciones, según afectan o no a ellas.

MEYER, K. E.: *Der Ehegatte als Verrichtungsgehilfe*.—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; págs. 156-158.

El § 831 BGB determina, en síntesis, que quien se sirve de otra persona para la ejecución de un asunto ha de responder de los daños que ésta cause antijurídicamente a un tercero en la ejecución del mismo. El «Reichsgericht» entendía aplicable esta norma al caso de que la relación «dominus-ayudante» se diese entre conyuges. El autor entiende que tal postulado puede seguir manteniéndose después de la «equiparación» o «Gleichberechtigung».

ROMAGUERA MARÍA, Luis Arturo: *El plazo para formular el retracto en la venta de un piso*.—NR, año XXV, núm. 929, 15 febrero 1956; págs. 2-6.

Defiende que la fecha clave para contar el plazo es la de la notificación notarial, ya en la Ley de 1946, lo que confirma la Base 7.^a de la actual Ley de Bases.

ROTONDI, Mario: *Per un diritto uniforme italo-francese delle obbligazione*.—RDC, año LII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 415-425.

Historia de los intentos de unificación, trascendencia que han tenido los sucesivos proyectos, crítica de los mismos y conclusiones en las que se hace patente la utilidad de la unificación, que sólo puede ser eficaz si se consigue gradualmente.

SALVADOR RUIZ, Joaquín: *La oferta al público y el contrato de pública promesa*.—BI, año IX, núm. 324, 25 diciembre 1955; págs. 3-5.

Efectos vinculatorios de la oferta unilateral y contenido del contrato de pública promesa desconocido y no reglamentado por nuestro Código civil.

SANTOS, Moacir Amaral: *Da Fiança e de alguns dos beneficios do Fiançador*.—RFDSF, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 309-330.

Estudio de la fianza como especie del género *cautio*, de sus clases y del derecho de regreso.

SERICK, Rolf: *La responsabilité civile en droit allemand*.—RIDCO, año VII, número 3, julio-septiembre 1955; págs. 560-571.

Reseña comparativa de la legislación alemana con la francesa, que da un balance doctrinal favorable en la mayor parte de los puntos a esta última.

TAPIES MESTRE, José: *Naturaleza jurídico-contractual de la asistencia hospitalaria*.—RJC, noviembre-diciembre 1955; págs. 539-546.

Después de descartar otras hipótesis (arrendamiento de servicios, contrato de hospedaje, contrato atípico), cree que la asistencia hospitalaria implica un mandato *sui generis*, al que son aplicables todas las normas contenidas en el Código civil sobre este contrato.

TORRENTE, Andrea: *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità.*—RDC, año LIII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 376-382.

El contrato de opción, como contrato preliminar, no puede resolverse por excesiva onerosidad. Hay que esperar al contrato definitivo para fijar esta posibilidad, sus causas, requisitos y efectos.

TUNC, André: *Le recours de la sécurité sociale et des collectivités publiques contre le responsable du dommage qui a entraîné leur intervention.*—RTDC, año LIII, núm. 4, octubre-diciembre 1955; págs. 583-610.

Estudia y defiende afirmativamente dos puntos: si el asegurado puede reclamar el montante del daño que la seguridad social no indemniza al autor del perjuicio, y si los órganos de seguridad social pueden dirigirse contra este autor responsable para reembolsarse de su indemnización.

USSING, Henry: *Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile.*—RIDCO, año VII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 485-498.

Se plantea el problema de si la responsabilidad civil se disolverá en la nueva institución de la seguridad social. Cree, por el contrario, que los nuevos sistemas de seguridad abrirán nuevos horizontes a la responsabilidad extracontractual.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Cessão de créditos ou de outros direitos.*—BFDC, vol. XXX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 169-190.

Es el mismo trabajo reseñado en ADC, tomo IX, fascículo I, pág. 268, publicado en BMI, núm. especial I, 1955, págs. 5-374.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Tempo da prestação. Denúncia.*—BMI, número 50, septiembre 1955; págs. 49-211.

Modos de determinar legalmente el tiempo en que la obligación es exigible si no se dice expresamente en su fuente; cómputos de tiempo; plazos; prórrogas; casos en que el vencimiento del crédito dependa de la denuncia de una de las partes.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Lugar de prestação.*—BMI, núm. 50, septiembre 1955; págs. 5-48.

La regla general a adoptar en la reforma del Código civil portugués debe ser el domicilio del deudor, supletoria de la determinación por las partes. La excepción es la deuda de dinero, que debe ser satisfecha en principio en el domicilio del acreedor. En caso de que de una misma relación resulten varios créditos, cada uno de ellos seguirá su propia regla. Debe regularse la imposibilidad de la prestación en el lugar designado y la obligación de enviar cuando la entrega sea en lugar distinto de donde el deudor se encuentra.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Contratos a favor de terceiro. Contratos de prestação por terceiro*.—BMI, núm. 51, noviembre 1955; págs. 29-229.

Completo estudio de estas figuras jurídicas, orientado hacia la redacción de los artículos del nuevo Código civil portugués.

5. Derecho de familia

ACUÑA ANZORENA, Arturo: *El divorcio en la Ley 2393*.—L, tomo LXXXVIII, 19 mayo 1955; págs. 1-6.

Estudiando exhaustivamente el divorcio en la Legislación argentina de 1888, que sólo admitía una separación de mesa y lecho, el autor pretende demostrar que actualmente la «conciencia nacional» es favorable al divorcio vincular. Se estudian: generalidades, causas, juicios de divorcio y efectos del mismo. El trabajo no termina en este número de L.

ARNOLD, Egón: *¿Wird die Familienrechtsreform gelingen?*.—EF, año II, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; pág. 225.

El autor afirma que la nueva regulación del Derecho matrimonial de bienes en Alemania, adaptada al principio de «equiparación» de marido y mujer, sólo podrá conseguirse si antes se han sentado bien las bases sobre las que debe apoyarse el matrimonio y la familia en general.

BARTHE PORCEL, Julio: *La negativa de alimentos por los hijos como causa de su desheredación*.—AUM, vol. XIII, núm. 2, curso 1954-55; págs. 529-534.

En contra de lo que creen los comentaristas del Código civil, descubre antecedentes históricos a esta causa de desheredación.

BECKER, Hans-Joachim: *Eheschliessung in Portugal*.—EF, año II, cuaderno 7, julio 1955; págs. 204-206

Con vistas a la reforma del Derecho de familia alemán, el autor indica el estado de la Legislación portuguesa en el problema «matrimonio civil-matrimonio religioso». Portugal ha pasado por tres etapas: Código civil de 1867, Ley de matrimonio civil de 1910 y Concordato con la Santa Sede de 1940, que deroga el matrimonio civil obligatorio para los católicos e instaura para ellos un matrimonio religioso facultativo. Se insertan textos del Concordato.

BERRI, Mario: *Osservazioni critiche alla proposta di legge sul piccolo divorzio*.—IR, año XIII, núm. 4, julio-agosto 1955; págs. 341-351.

En octubre de 1954 ha sido anunciado en la Cámara de Diputados italiana un Proyecto de ley que pretende introducir, en algunos casos concretos, el divorcio en la Legislación italiana. Procede de la iniciativa de Sansone; es el décimo intento en tal sentido, a partir del primero, de Morelli, en 1873. El autor estudia el Proyecto y se muestra disconforme con el mismo.

BREITZKE, Dr.: *Die Frist zur Ehelichkeitsanfechtung*.—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; págs. 159-160.

El tercer Proyecto del Gobierno federal alemán para la modificación del Derecho de familia (de 19-1-1955), modificado por el Bundesrat el 4-III-1955, prevé plazos mayores que los señalados por el BGB para las acciones de impugnación de la legitimidad por el padre. Se señalan dos años (el BGB marca un año).

CORONAS, Juan Enrique: *Filiación extramatrimonial: Ley 14.367*.—RFDBA, año X, núm. 43, mayo-junio 1955; págs. 317-344.

Glosa de la Ley equiparando los efectos de la filiación legítima e ilegítima, elogiando su sentido de justicia social.

CORONAS, Juan Enrique: *Filiación extramatrimonial. Ley 14.367*.—RN, año LVIII, núm. 619, enero-febrero 1955; págs. 7-28.

Es el mismo artículo reseñado en la nota anterior.

DASSEN, Julio: *Necesidad de implantar el divorcio vincular por mutuo consentimiento*.—L, tomo LXXIX, 30 julio 1955; págs. 1-2.

Propugna el autor la admisión del divorcio por mutuo consentimiento de los casados, que en la realidad se produce siempre que éstos quieren: basta con fingir una de las causas de divorcio admitidas por la Ley. Señala las ventajas de la admisión propugnada.

FAUS ESTEVE, Ramón: *El Derecho de Familia en la compilación de nuestras instituciones forales*.—RJC, año LIV, vol. LXXII, septiembre-octubre 1955; págs. 439-451.

Después del obligado canto a las excelencias del Derecho foral, el autor, en la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Barcelona en el curso 1954-55, dedica algunas palabras a algunos problemas de la familia, tal como se proyectan en la Compilación catalana: separación de hecho, «turpitud», segundas nupcias, licencia marital.

FEDSE, Pio: *L'ordinatio ad prolem» nel matrimonio in Diritto canonico*.—RISG, año LXI, 1954; págs. 275-362.

Estudio del fin primario del matrimonio y del conocimiento del mismo por los contrayentes para la validez del vínculo.

FERRARA, A.: *Matrimonio concordatario e celebrazione all'estero*.—DG, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 447-454.

Se estudian los efectos civiles en Italia del matrimonio canónico de italianos contraído en el extranjero.

FINKE, Dr.: *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Aenderung familienrechtlicher Vorschriften.*—EF, año II, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; pág. 238.

Indicación de las propuestas de reforma del Bundesrat al Proyecto de Ley de reforma de las disposiciones del Derecho de familia alemán de 19-I-1955. Se refieren principalmente a la cuestión de la impugnación de la legitimidad.

GARBER, Carlos A.: *El divorcio en el Derecho Internacional Privado.*—L, tomo 78, 1 junio 1955; págs. 1-6.

Con la nueva Ley argentina 14.394, promulgada el 22-XII-1954, se implanta el divorcio vincular. Tomando por base la Legislación norteamericana, el autor alude a los nuevos problemas de Derecho internacional privado que la nueva realidad legislativa va a plantear. El trabajo no termina.

GERNHUBER, Joachim: *Die Schwägerschaft als Quelle gesetzlicher Unterhaltspflichten.*—EF, año II, cuad. 7, julio 1955; págs. 193-200.

En general, en el Derecho alemán, no es el parentesco por afinidad fuente de pretensiones alimenticias. El autor examina el principio y sus posibles excepciones en el Derecho de familia anterior a la entrada en vigor del principio de equiparación y en los proyectos de adaptación al mismo del Derecho civil alemán. Le distingue entre pretensiones de alimentos mediatas e inmediatas.

GOLDSTEIN, Mateo: *Antecedentes de la implantación del divorcio absoluto en la legislación nacional.*—L, tomo 78, 16 abril 1955; págs. 1-6.

La Ley 14.394, sancionada en diciembre de 1954, introduce el divorcio en la Legislación argentina. El autor se refiere a otros Proyectos de Ley que la han precedido.

GONZÁLEZ-ALEGRE, Manuel: *Cuestiones sobre tutela.*—RGD, año XII, número 135, diciembre 1955; págs. 850-860.

Indica el autor que, a su juicio, la regulación que el C. c. ofrece de la tutela no es tan deficiente como suele afirmarse, y después, tomadas de su obra *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, hace unas consideraciones de tipo práctico sobre las personas sujetas a tutela y sobre el Consejo de familia.

GROSS, Werner: *Das Ende des Besatzungsregimes und die Gleichberechtigung der Geschlechter.*—EF, año II, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; pág. 226.

Indica el autor algunas cuestiones en relación con la Ley alemana de Matrimonio de 1946 y con el principio de «equiparación» pueden surgir a consecuencia de la terminación del régimen de ocupación en 5 de mayo de 1955.

HABSCHIED, Walther J.: *Das Familiengericht. Ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtspflege.*—EF, año II, cuad. 6, junio 1955; págs 153-156.

Ciertos autores han propugnado recientemente en Alemania y fuera de ella la división de los Tribunales, de forma que todos los asuntos referentes a un mismo sector básico de la vida jurídica sean conocidos por el mismo organismo: tribunal de familia, de la sucesión, económico, etc.

El autor encomia las ventajas del sistema en el ramo del Derecho de Familia en orden a la futura regulación de ésta en Alemania.

HAEGELE: *Allgemeine Gütegemeinschaft und Schenkungsteuer.*—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; pág. 165.

Breves consideraciones de tipo fiscal en torno a los supuestos de comunidad universal de bienes, y según que en el matrimonio, en relación con la imposición sobre las herencias haya o no haya hijos.

HEDEMANN, J. W.: *Die Nichtehelichen.*—EF, año II, cuaderno 89, agosto-septiembre 1955; págs. 226-231.

El profesor Hedemann analiza e indica las diversas cuestiones con las que debe enfrentarse, como fundamentales, el legislador de la República Federal Alemana en la planteada reforma sobre la posición jurídica de los hijos ilegítimos: tiempo de concepción, pruebas de sangre, cohabitación por la madre con varios varones, alimentos, etc., etc.

KREMER, B.: *Erlangt das uneheliche Kind der Ehefrau bei Adoption durch ihren Ehemann die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichem ehelichen Kindes?*—EF, año II, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; páginas 239-239.

Determina el § 1.757 BGB que si un cónyuge adopta a un hijo común del otro, el adoptado adquiere la posición jurídica de un hijo legítimo común de ambos cónyuges. Comentarios sobre si tal disposición debe aplicarse cuando el adoptado sea un hijo ilegítimo de la madre.

LEME, Lino de Moraes: *As Transformações do Direito de Família.*—RFDSP, volumen XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 166-180.

Esquema de la evolución social de la familia y consecuente evolución jurídica del matrimonio, patria potestad, filiación legítima, natural y adoptiva. Actitud de jurista frente a las modernas tendencias disgregadoras de la familia.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *La adopción y el Registro civil.*—P, núms. 41-42, enero-febrero 1956; págs. 5-43.

Concepto y naturaleza jurídica de la adopción. Sus requisitos formales con especial detenimiento en la registración: órganos registrales, procedimiento,

calificación, asiento, efectos y anulación de la nota, aspectos internacionales de la registración.

MARLOH, F.: *Probleme der «formalen» Ehe.*—EF, año 2, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; págs. 236-237.

Consideraciones sobre los matrimonios que sólo existen «formalmente» (podarse una separación de hecho) en relación con el § 1.353 BGB que impone a los cónyuges la comunidad matrimonial de vida.

MATERN, G.: *Familie und Steuergeheimnis.*—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; págs. 164-165.

Supuestos diversos de secreto u ocultación fiscal en materia de familia.

MONTEL, Alberto: *Recognition of Foreign Annulment and Divorce Decrees.*—RJCL, vol. IV, 1955, núm. 3; págs. 439-442.

Breve exposición del Derecho italiano acerca del divorcio y examen de las últimas tendencias de la jurisprudencia desde 1950.

PIEGLER, Josef: *Die «Wilde Ehe» im österreichischen Zivilrecht.*—EF, año 2, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; págs. 243-246.

Consideraciones sobre los efectos del concubinato en la legislación y jurisprudencia austriacas.

POPF, Richard: *¿Verzethung durch ehelichen Verkehr?*—EF, año 2, cuaderno 6, junio 1955; págs. 160-161.

En base a un caso fallado de distinta manera en las diversas instancias, y en relación con el § 42 de la Ley Alemana de Matrimonio, hace el autor breves comentarios sobre si entraña o no perdón la continuación de la vida marital una vez conocido el adulterio por el marido.

RAMMOS, G.: *Die Eheschliessung nach geltendem griechischem Recht.*—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; págs. 166-168; cuaderno 7, julio 1955; página 206.

El profesor de Atenas indica los rasgos generales que adornan al Código civil griego en materia de conclusión de matrimonio. El Código lo mismo que el Derecho anterior, representa el sistema de matrimonio religioso. El autor distingue supuestos diversos: contrayentes de religión griega ortodoxa, uno cristiano y otro de religión distinta, ambos no cristianos. Se contempla también el supuesto de que uno o ambos cónyuges sean ateos.

ROTH-STIELOW, Klaus: *Der einmalige Sonderbedarf des unehelichen Kindes.*—EF, año II, cuaderno 8-9, agosto-septiembre 1955; págs. 231-232.

Consideraciones sobre las pretensiones alimenticias del hijo legítimo en el supuesto de necesidades extraordinarias, con vistas a la reforma del Derecho de Familia alemán.

SPIRIGUS, Herbert: *Obligatorische oder fakultative Wahl des ehelichen Güterstandes.*—EF, año II, cuaderno 7, julio 1955; págs. 203-204.

En relación con la posición mantenida por Schreiber, respecto a si el estado matrimonial de bienes debe ser electivo u obligatorio, el autor disiente de algunos de sus puntos de vista, mostrándose contrario a que los novios «tengan que elegir» necesariamente, antes del matrimonio, un estado de bienes.

VAN DER VEN, J. J. M.: *Die Ehe als Rechtsinstitut und als Liebesverhältnis.* EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; pág. 166.

El profesor de Utrecht destaca la doble significación del matrimonio para el perfecto cumplimiento de sus finalidades: como institución jurídica y como relación de amor.

WEIMAR, Wilhelm: *Die Dienstleistungspflicht der Kinder im elterlichen Haushalt und Betrieb.*—EF, año II, cuaderno 6, junio 1955; págs. 158-159.

Conforme al § 1.617 BGB, el hijo, en tanto viva en la casa paterna, está obligado a prestar servicios a sus padres en el hogar o negocio. Se estudian los presupuestos, naturaleza y efectos de esta obligación de carácter necesario y emanada de la idea de la comunidad doméstica familiar.

ZAJTAY, Imre: *Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne.*—RIDCO, año VII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 572-586.

Se advierte una tendencia en las legislaciones estudiadas hacia el establecimiento del llamado «régimen de participación» entre los patrimonios de los esposos, orientado no solamente con vistas al matrimonio, sino también al régimen del eventual divorcio.

6. Derecho de sucesiones

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: *Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario.*—RDP, diciembre 1955; págs. 1101-1129.

En tres partes divide el autor su exposición. En la primera alude a la esencia de la institución en el Derecho romano y en la evolución posterior, entendiéndose que el acrecimiento «por conjunción» en el Derecho romano que es el que ha perdurado, no era sino una excepción y modificación al acrecimiento general basado en los principios sucesorios propios de aquel Derecho. En la segunda alude a las diversas doctrinas en torno al acrecimiento y expone su con-

ceptuación crítica. En la tercera, el autor nos da su posición en torno a la naturaleza del derecho de acrecer, viendo en él una consecuencia inmediata de una particular estructuración de la vocación (conjunción o vocación solidaria) a la que la Ley determina el verificarse del efecto acrecional.

BERTOL, Rodrigue: *La loi americaine en matière de successions*.—LRN, volumen 58, núm. 5, diciembre 1955; págs. 227-241.

Influencia del Código francés en la Codificación civil sucesoria del Estado de Nueva York.

FERRARA, A.: *Sulla costituzione di dote per testamento*.—DG, año VII, número 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 455-459.

Rebate la tesis de que la constitución de dote por testamento sea nula.

FRIDIEFF, Michel: *Les héritiers dans le droit soviétique actuel*.—RIDCP, año VII, núm. 1, enero-marzo 1955; págs. 74-92.

El Decreto del Presídium del Soviet Supremo de 14 de marzo de 1945 relativo a los «herederos legales y testamentarios» reforma la Legislación soviética en este punto. Dos características ofrece el Derecho ruso en materia sucesoria: su brevedad y la protección de los intereses de la familia del *de cuius*. El autor expone las orientaciones del Decreto en materia de «herederos legítimos», «herederos testamentarios» y de «testamento» en sí mismo: forma: contenido, revocación, anulación, etc. En la sucesión legítima quedan ya excluidos los parientes de tercer grado. Se muestra el autor partidario de este sistema mejor que del «occidental» de suprimir prácticamente la sucesión a través de los impuestos sucesorios.

GERCKENS, F. J.: *Zum Missbrauch der Testierfreiheit im Landwirtschaftsrecht*.—EF, año II, cuad. 6, junio 1955; págs. 163-164.

Sobre la misma sentencia de 16 de febrero de 1954, comentada por Krause (vid. en esta Sección de este ANUARIO), el autor indica lo perjudicial que puede resultar para la economía agrícola el abuso de la excesiva libertad testamentaria, sobre todo en lo relativo a la sucesión de un «Erbhof».

KRAUSE, R.: *Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein?*—EF, año II, cuad. 6, junio 1955; págs. 161-163.

Se comenta una sentencia del BGH (Tribunal Supremo de Alemania Occidental) de la que parece deducirse la posibilidad de que tenga validez jurídica una disposición *mortis causa* afectada de vicios de forma.

LAJE, Eduardo Jorge: *Enajenación a título oneroso de causante o legitimario*.—RN, año LVIII, núm. 623, septiembre-octubre 1955; págs. 385-406.

Las enajenaciones onerosas hechas por el causante al legitimario, que plantean el problema de si existe realmente la onerosidad, son contempladas por el artículo 3.604 del Código civil argentino: «Si el testador ha entregado por con-

trato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la posesión disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubieren consentido la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por Ley una porción legítima.» Tomado este artículo del 918 del Code Napoléon, plantea difíciles cuestiones interpretativas que el autor aborda juntamente con una completa exégesis del precepto.

LANDO BASAVILBASO, Fernando D.: *La ley 14.367 y el artículo 3.584 del Código Civil.*—L, tomo 79, 1 julio 1955: págs. 1-2.

Contrastación de la opinión del autor en cuanto a las modificaciones que en el Código civil argentino ha supuesto, en materia de vocación hereditaria de padres extramatrimoniales.

MIRABELLI, Giuseppe.—*Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 C. C.*—RIDC, año XI, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1057-1097.

Problemas exegéticos que plantea la no concesión de acción declarativa de que el testamento hace una designación aparente de heredero, pero es voluntad del testador que los bienes vayan a otra persona.

REYES MONTERREAL, José María: *Declaración de herederos en caso de testamento.*—RP, año XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre 1955; páginas 619-645.

Consideraciones de tipo exegético-práctico sobre la procedencia o improcedencia, en nuestro Derecho, de declaración de herederos a favor de los preteridos sin previa nulidad del testamento.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Sobre el principio de la proximidad de grado en el orden de los colaterales ordinarios en el Código Civil panameño y en la Legislación comparada.*—BIM, año VIII, núm. 23, mayo-agosto 1955; págs. 63-77.

Mantiene el autor que el artículo 683 del C. c. panameño (igual en lo esencial a los arts. 954-955 del C. c. español) debe interpretarse en función del 652 (igual al 921 del C. c. español).

En la sucesión entre colaterales rige la proximidad de grado: la voz «línea» no abarca los grados.

VANDEBOSSCHE, A.: *Contribution a l'étude des privilèges: Quelques problèmes posés par l'exemption du droit d'aubaine en Flandre maritime au dix-huitième siècle.*—AFB, año VI, núm. 2, 1955; págs. 117-150.

Nacionalidad y extranjería, derecho de aubana, privilegio de exención de tal derecho en los países costeros de Flandes (Dunkerque) y generalización al estudio del privilegio en el Derecho histórico francés.

VILLARES PICÓ, Manuel: *Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código Civil*.—RCDI, año XXXII, núms. 322-333, enero-febrero 1956; páginas 60-80.

Ayuda el autor a estos problemas: a) ¿Se extingue siempre la reserva por muerte del reservista? b) Por la renuncia de éste a la herencia del descendiente ¿dejan de pasar exclusivamente a los reservatarios los bienes reservables? ¿Se extingue la reserva por la renuncia de los presuntos reservatarios? c) Sentencia de 8 de junio de 1954. d) Naturaleza de los derechos de reservista y reservatario. Pactos.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ARANGO Y CANGA, Ladislao G.: *Derecho Hipotecario minero*.—RCDI, año XXXII, núms. 332-333, enero-febrero 1956; págs. 42-59.

Notas sobre la transmisión y gravamen de la propiedad minera en lo referente a: permiso de investigación, tráfico de concesiones, transmisión de inmuebles e instalaciones, y transmisión y gravamen de concesiones.

GÓMEZ TAVARES, LUIS: *La importancia en el saneamiento de una mensura correcta*.—RJD, año XVI, núms. 52-53, enero-junio 1955; págs. 40-45.

El Registro de Tierras dominicano, basado en el sistema de Torrens, requiere exactitud entre las medidas reales y los planos catastrales. Efectos que produce la medición irregular de las tierras.

MAZUELOS, José María: *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas*.—RCDI, año XXXII, núms. 332-333, enero-febrero 1956; páginas 1-41.

Continúa el trabajo comenzado en otro número de RCDI. En el presente el autor estudia la relación de las anotaciones de embargo con los principios hipotecarios (prioridad, legitimación, fe pública). Refiérese después a la cuestión de si en el procedimiento de apremio ordinario se puede prescindir del trámite de liquidación de cargas establecido en el artículo 1.511 LEC; distingue según que en el anuncio de la subasta se haya insertado o no la regla 8.ª del artículo 131 LH. En el primer caso no rige el artículo 1.511 LEC; en el segundo, sí. Estudia a continuación la constitución y efectos de las anotaciones de embargo. El trabajo no termina.

MOUTAS MERAS, Rafael: *De la legitimación registral*.—RCDI, año XXXII, números 332-333, enero-febrero 1956; págs. 81-102.

Consideraciones diversas y divagaciones sobre la legitimación registral. Entiende el autor que el principio de legitimación es adoptado en la reforma de 1944, pues aunque ya era tratado doctrinalmente y se pretendió obtener algunos efectos de la legitimación que resulta de la titularidad del Registro, no podía considerarse existente con verdadera base o elemento esencial mientras la Ley no atribuyese al aspecto formal del mismo los efectos que son su lógica expresión material.

SILVA TELLERÍA, Ernesto: *Las justificaciones para perpetua memoria.*—RDLC, año XLIV, núms. 532-533, septiembre-octubre 1955; págs. 301-309.

Interpreta el artículo 77 de la Ley de Registro Público venezolana en el sentido de que cualquier título supletorio—y, por tanto, las justificaciones *ad perpetuam*—desde el momento mismo de ser protocolado, se convierte en título mediante el cual se adquiere definitivamente el derecho de propiedad.

YORIO, Aquiles: *Autorización judicial para firmar escrituras. Su validez. Diferencia con el mandato.*—RN, año LVIII, núm. 619, enero-febrero 1955; páginas 29-36.

La autorización judicial—que constituye un mandato *sui generis* dada la mayor amplitud en la capacidad requerida para ser autorizado—es suficiente para transferir derechos sobre bienes inmuebles e inscribirlos.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

ASQUINI, Alberto: *Ricordo di Cesare Vivante.*—RISG, año LXI, 1954; páginas 237-248.

Discurso pronunciado en la Universidad de Roma para conmemorar el décimo aniversario de la muerte de Vivante. En él se exponen las ideas capitales de su obra y la influencia de estas ideas en el Derecho italiano vigente promulgado estos últimos años.

FERRANTE, Umberto: *In materia di concorrenza sleale.*—NRD, vol. VIII, fascículos 5-8, 1955; págs. 49-54.

Determinar cuándo un acto es o no es constitutivo de concurrencia desleal es cuestión difícil. El acto puede ser de naturaleza diversa: entraña un comportamiento contrario a la corrección profesional. El autor cita algunas sentencias italianas que pueden delimitar los confines de la ilícita concurrencia.

FONTANARROSA, Rodolfo O.: *Apuntes para una teoría general de la representación con especial referencia a la materia comercial.*—L, tomo LXXIX, 12 julio 1955; págs. 1-6.

Esbozo de unos lineamientos generales de la institución de la representación proyectada especialmente al campo comercial: concepto, fundamento, clases, fuentes, figuras afines, efectos, exceso y abuso de poder, fin, etc., etc.

GIRÓN, Miguel G.: *Publicidad requerida en caso de disolución social con transferencia del fondo de comercio.*—RN, año LVIII, núm. 623, septiembre-octubre 1955; págs. 417-419.

Si al disolverse una sociedad se aporta un fondo de comercio para constitución de otra sociedad o por cualquier otra causa, la legislación argentina, a juicio del autor, exige una doble publicidad: la del artículo 420 del Código de Comercio y del artículo 2 de la Ley 11.867, referente a la transmisión de establecimientos comerciales e industriales.

HARDING, Arthur L., y CUETO-RÚA, Julio: *Teaching Comparative Commercial Law*.—RJCL, vol. IV, 1955, núm. 3; págs. 401-403.

Reseña de los cursos de Derecho mercantil comparado organizados por *The Law Institute of the Americas*, que estudia todos los derechos hispano-americano, el yanqui y el canadiense.

MACHADO, Basilio: *Curso de Direito Comercial*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954, (aparecido en 1955); págs. 51-150.

Prelecciones taquigrafiadas expuestas por el autor en el curso 1906-1907 que, a pesar del transcurso del tiempo, no han perdido actualidad. Se refieren a la teoría general de los actos de comercio.

2. Comerciantes y sociedades.

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *La nueva Legislación de Sociedades y el Registro Mercantil*.—ROP, diciembre 1955; págs. 1083-1100.

Indicada la relación del Registro mercantil con los llamados principios hipotecarios, se refiere a las nuevas leyes de Socs. As. y Socs. R. L. en orden al aludido Registro, a los problemas de adaptación de las Sociedades a las nuevas leyes (estudiando casos concretos) y a la titulación inscribible. En cuanto al futuro Reglamento del Registro Mercantil, propugna no separarse demasiado del vigente.

FERREIRA, Waldemar: *A administração de Sociedades por quotas constituídas ou de que outras Sociedades participem*.—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 151-165.

Exégesis de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada brasileñas y del derecho subsidiario aplicable en cuanto se refiere al tema de administración. Comparación con sus antecedentes, ley alemana y ley portuguesa.

GIORDANO, Alessandro: *Concorso fra una causa di esclusione ed una causa di recesso da una società personale*.—RDC, año LIII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 349-358.

La exclusión de un socio no tiene siempre carácter de sanción; solamente cuando se funda en incumplimiento de obligaciones contractuales. Por esto, cuando en un mismo socio concurren una causa de exclusión y otra de resolución parcial del contrato de sociedad, hay que dar preferencia a la que tenga prioridad en el tiempo, no a la de exclusión. El interés social lesionado puede obtenerse independientemente, a través de una acción de resarcimiento de daños.

HERZOG, Jacques-Bernard: *Le régime juridique des sociétés de commerce en Amérique latine*.—RTC, año VII, núm. 4, octubre-diciembre 1955; páginas 777-797.

No obstante las diversidades existentes entre las distintas legislaciones de la América latina puede encontrarse en ellas un fundamento común derivado de su

estirpe franco-hispano-portuguesa. Una característica común es la abundancia de sociedades extranjeras. Separadamente, el autor alude a las afinidades indicadas en cuanto a sociedades nacionales y a sociedades extranjeras: clases, control, capacidad, nacionalidad, etc.

LAURIOL, Marc: *Le rapport special des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes.*—RTC, año VIII, núm. 4, octubre-diciembre 1955; páginas 723-776.

Estudio exhaustivo del artículo 40 de la Ley de 24 de julio de 1867 en su redacción de la Ley de 4 de marzo de 1943. Plantea en Francia esta disposición grandes dificultades en torno a la relación especial que han de redactar los comisarios de cuentas y enviarla a la junta general para su aprobación e informe. El autor se refiere al objeto y misión de los comisarios de cuentas en las sociedades anónimas, a la relación especial que han de redactar y al contenido de ésta.

MENCONI, Luigi: *Interesse sociale ad esclusione del diritto di opzione.*—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte II; págs. 281-290.

El juez, en el juicio impugnatorio de una deliberación de la junta general de la sociedad anónima debe averiguar qué particular interés social motivó el acuerdo: la exclusión o limitación del derecho de opción en un aumento de capital. Es decir, si el interés puesto en juego es realmente el de la sociedad o el de un accionista o grupo de accionistas.

MIGNOLI, Ariberto: *Reintegrazione del capitale azionario per perdita totale e diritti individuali degli azionisti.*—RDC, año LIII, núms. 7-8, julio-agosto 1955, parte II; págs. 221-243.

Cuando la junta general de una sociedad anónima constata la pérdida total del capital social puede, en lugar de decidir la disolución de la sociedad, anular el valor nominal de las acciones y adoptar el acuerdo de aumentar el capital.

MOSSA, Lorenzo: *Obbligazioni e obbligazionisti nella società per azione.*—NRD, vol. VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 77-83.

Breves consideraciones sobre la posición de las obligaciones y los obligacionistas en la sociedad por acciones, tanto desde el punto de vista económico como jurídico.

PÉREZ FONTANA, Segundo F.: *Anteproyecto de Ley sobre sociedades anónimas.*—SA, año X, núms. 110-112, julio-septiembre 1955; págs. 291-402.

Exposición por el propio autor del anteproyecto de las líneas generales del mismo, que se reducen a una adaptación al Uruguay de la ley española de 1951.

SCHULING, Wolfgang: *Sedi secondari e società figlie nel diritto tedesco.*—RND, vol. VIII, fascs. 5-8, 1955.

Como orientación para el empresario extranjero en Alemania, el autor, en el aspecto mercantil, en el aspecto de las divisas y en el fiscal, traza las diferencias de tratamiento jurídico de la «sede secundaria» y de la «sociedad filial», esta última independiente.

3. Cosas mercantiles.

DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín: *La aceptación de las letras de cambio.*—RJC, año LIV, vol. LXXII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; páginas 507-518.

En cuanto a la fórmula de la aceptación, el autor se muestra partidario del principio de libertad (no se requieren las palabras «acepto» o «aceptamos»). Fundamenta esta opinión. A continuación alude a los efectos de la aceptación en orden a la existencia de la provisión de fondos en poder del librado, refiriéndose sobre todo a la prueba de la provisión: por la aceptación y por el artículo 1.277 del C. c.

D'ORSI, L.: *Conseguenze della cessione di azienda sul contratto di locazione soggetto a proroga legale.*—DG, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 476-481.

La jurisprudencia italiana considera prorrogado el contrato en favor del adquirente de la empresa. El autor cree que esto solamente debe ocurrir cuando en el contrato de arrendamiento se hace constar expresamente que el local se arrienda «para el establecimiento de la empresa».

GARCÍA-COVI, Raúl R.: *Régimen de protestos.*—RN, año LVIII, núm. 623, septiembre-octubre 1955; págs. 407-416.

Crítica de tipo práctico sobre el modo de realizar los protestos en la práctica notarial argentina.

PINTO-COELHO, José Gabriel: *O problema da protecção da marca quando es usada por terceiro para produtos nao identificados nem similares.*—BFDC, vol. XXX, 1954 (aparecida en 1955); págs. 1-31.

Comentario dogmático a la nota presentada por el profesor P. J. Pointet a la Comisión para la Protección Internacional de la Propiedad Industrial a fin de que en el Congreso de Bruselas de 1954 se modificase el artículo 6.º bis de la Convención internacional y se añadiese un artículo 6.º *sexies*, extendiendo la protección de las marcas de reputación excepcional a los casos en que exista tan sólo una posibilidad remota de confusión aun no habiendo identidad ni similitud.

ROSSI, Guido: *Problemi sulla protezione dei marchi negli Stati Uniti.*—RDC, año LIII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 476-490.

Teorías sustentadas en Norteamérica por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la protección de las marcas y a la competencia desleal. Estudio de los requisitos de registro y uso de las marcas como condiciones para su protección.

4. Obligaciones y contratos.

GARCÍA GODOY, Cristián: *Aspectos de nuestro actual Derecho bursátil.* RFDBA, año X, núm. 43, mayo-junio 1955; págs. 363-410.

Noción doctrinal y noción legal de Bolsa de comercio en el Derecho argentino. Organización y régimen de la Bolsa de Buenos Aires.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

AMBROSINI, Antonio: *Dolo e colpa grave nella elaborazione delle Convenzioni Internazionali aviatorie.*—NRD, vol. VIII, fascs. 5-8, 1955; págs. 83-97

El artículo 25 de la Convención de Varsovia de 1929 impone al transportista aéreo, siguiendo la tradición romana, la obligación de resarcimiento integral en el caso de dolo o culpa grave asimilable a éste. En el Proyecto de Protocolo de Río de Janeiro de 1953 se propone la reforma en el sentido de obligar sólo al resarcimiento en el caso de delito (penal) doloso.

El autor estudia la reforma analizando la evolución de los conceptos de dolo y culpa en materia de transporte aéreo internacional.

RULL, Baltasar: *En torno a los acuerdos de la última conferencia de Madrid sobre Derecho marítimo.*—RGLJ, año CIII, núm. 5, noviembre 1955; páginas 548-555.

Labor que realiza el Comité Marítimo Internacional, desarrollo de la Conferencia Internacional de Madrid de septiembre de 1955, Proyectos de Convenio que en ella se discutieron y conclusiones.

6. Derecho de quiebras.

DE FERRA, Giampaolo: *Concordato fallimentare con l'intervento di un terzo garante o assuntore.*—RDC, año LIII, núms. 9-10, septiembre-octubre 1955; páginas 304-316.

El principio general sentado es el de que, liberado el incurrido en quiebra por el acuerdo del incumplimiento del garante, no puede seguirse la reanudación del proceso de quiebra. Sentado éste se resuelven los casos especiales que la práctica puede plantear.

DE MARTINI, Angelo: *Accertamento in sede di verifica dello stato passivo e accertamento fuori fallimento di crediti verso il fallito.*—RDC, año LIII, números 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 363-375.

Requisitos para computar en el pasivo de una quiebra un crédito pendiente de fijación judicial cuantitativa.

FLORES GARCÍA, Fernando: *Concepciones de la doctrina italiana sobre la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra.*—RFDMC, tomo V, núms. 17-18, enero-junio 1955; págs. 223-259.

Como antecedente el autor alude a la distinción entre administración y jurisdicción, a las clases de resoluciones judiciales y a la separación entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. A continuación y, sobre la base de la doctrina italiana, pasa a ocuparse de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra. Distingue tres grupos de doctrinas: a) «proveimiento» de naturaleza mixta, jurisdiccional y administrativo; b) puramente administrativo; c) puramente jurisdiccional.

El autor, siguiendo a Azzolina, considera la sentencia declarativa de quiebra como un acto procesal de pura ejecución.

PIRET, René: *Il fallimento nel vigente diritto belga.*—RDC, año LIII, números 9-10, septiembre-octubre 1955; págs. 426-447.

Evolución legislativa del derecho belga de quiebras desde 1807. Requisitos para la declaración de la quiebra y sus efectos sustantivos y procesales.

PROVINCIALI, Renzo: *L'amministrazione controllata negli scritti recenti.*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1128-1150.

Puntualiza los conceptos de administración controlada como procedimiento cautelar en obras recientes de Ferrara, junior; Candian y Gatta para encontrar una noción más definida y consistente.

VACAS MEDINA, Luis: *Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra.*—RP, año XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre 1955; págs. 551-571.

Continuando el autor su estudio sobre las resoluciones fundamentales de la quiebra, en el presente número de RP. alude a las resoluciones de la Sección Cuarta (reconocimiento, graduación y pago de créditos) y a las resoluciones de la Sección Quinta (calificación de la quiebra). Termina su trabajo proponiendo necesarias reformas.

VENNITTI, A.: *Brevi osservazioni in tema di fallimento di un'associazione non riconosciuta e di revoca del fallimento per incompetenza del tribunale che l'ha dichiarato.*—DC, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; páginas 484-487.

La legitimación para impugnar sentencias hay que extraerla de los acuerdos sociales aun cuando la asociación no esté reconocida.

IV. DERECHO NOTARIAL

BERNARD, Tomás Diego: *La notaría Huller de París y la familia San Martín.*—RN, año LVIII, núm. 621, mayo-junio 1955; págs. 233-242.

Estudio de los instrumentos públicos otorgados por San Martín ante el notario Huller durante los años 1812-1822.

BIENZOBAS, Jesús: *Acercas del libre ejercicio de la notaría.*—RN, año LVIII, número 619, enero-febrero 1955; págs. 37-42.

Postula la supresión de la carrera de escribano, que debe ser tan sólo una especialidad de la carrera de Derecho.

CARAMBULA, Adhémar H.: *Responsabilidad profesional.*—RN, año LVIII número 621, mayo-junio 1955; págs. 209-232.

La legislación tributaria presenta un conjunto de normas expresas que permiten individualizar, delimitar y sistematizar el campo de la responsabilidad patrimonial del notario por su actuación profesional.

E. D.: *Posibilidades de un Derecho Notarial.*—Año X, núm. 43, mayo-junio 1955; págs. 478-479.

Glosa de la memoria presentada por don Rafael Núñez-Lagos al III Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París en 1954.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Manuel: *El problema de la delegación de funciones notariales en España.*—RN, año LVIII, núm. 622, julio-agosto 1955; páginas 326-327.

Aboga por la creación de un cuerpo técnico auxiliar de notarías para evitar que los notarios tengan que intervenir personalmente en actuaciones secundarias.

LÁZARO, Francisco: *Sobre demarcación.*—NR, año XXV, núm. 929, 15 febrero 1956; págs. 6-8.

Se opone el llamado «criterio objetivo» en la demarcación notarial.

MARNIERRE, Edmundo de la: *La práctica notarial y la formación del Derecho positivo francés.*—RIN, año VII, núm. 26, abril-junio 1955; páginas 119-134.

Importancia que en la estructuración del Derecho francés actual tienen las cláusulas de estilo insertas en las fórmulas notariales.

PELOSI, Carlos A.: *Las notas en el protocolo.*—RN, año LVIII núm. 622, julio-agosto 1955; págs. 287-325.

Historia, régimen actual, problemas y sugerencias de reforma en la legislación sobre notas marginales en los protocolos del Notariado argentino.

SATTA, Salvatore: *Poesia e verità nella vita del notaio.*—RPR, año X, número 4, octubre-diciembre 1955, parte I; págs. 264-273.

Disquisiciones anecdóticas acerca de la función notarial para demostrar que el *ius dicere* no es exclusivo del juez. Judicatura y notariado, en su origen, no eran actividades distintas.

VITORIA BURGOA, Ursino: *El nuevo Estatuto de la Mutualidad notarial.*
RIN, año VII, núm. 26, abril-junio 1955; págs. 135-144.

Reseña histórica, estudio económico y problemas derivados de la mutualidad notarial española que hicieron necesaria su reforma. Sentido y alcance de ésta.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ASCARELLI, Tullio: *Litigiosità e ricchezza.*—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte I; págs. 249-263.

Un estudio estadístico que muestra una disminución de los litigios correspondiente a un aumento de la riqueza nacional.

CALAMANDREI, Piero: *Verità e verosimiglianza nel processo civile.*—RPR, año X, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 164-192.

Se trata de un ensayo destinado a formar parte de los Studi in onore di Giuseppe Valeri, en el que se hacen consideraciones filosófico-jurídicas sobre esta afirmación: todas las pruebas no son más que pruebas de verosimilitud.

GABALDÓN LÓPEZ, José: *La dotación de los jueces.*—RP, año XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre 1955; págs. 647-657.

Se propugna la mejor dotación de los funcionarios judiciales problema íntimamente relacionado con el de su independencia.

ORTEGA, Luis Manuel: *Para la historia judicial de Venezuela.*—RDLC, año XLIV, núms. 532-533, septiembre-octubre 1955; págs. 327-329.

Defensa del general Gómez estudiando el proceso de Antonio Bello en el que no se advierte intromisión alguna del dictador.

PINHO, Rui Rebelo: *A organização da Justiça, o processo penal e o Direito penal no Brasil holandês.*—FRDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); páginas 395-445.

Estudia, sobre todas estas materias, el régimen jurídico peculiar de Pernambuco, antes, durante y después del gobierno del Conde holandés de Nassau.

Rocco, Ugo: *La Facoltà Giuridica Napoletana per la riforma del Codice di Procedura civile.*—DG, serie III, año XII, núm. 1, enero 1956; páginas 7-16.

El ministro de Gracia y Justicia italiano solicita a la Facultad de Derecho de Nápoles informe sobre la modificación de ciertos puntos concretos del Codice de Procedura Civile. Se indican las reformas propuestas, que afectan a los artículos 164, 171, 178, 180, 184, 189, 222, 341, 350, 372 bis, 380, 395, 429, 513, 508, 615, 624 y 668 bis.

SCHIMA, Hans: *Aufgaben und Grenzen einer allgemeinen Verfahrenslehre.*—OZOR, nueva serie, tomo VII, cuad. 1, 1955; págs. 73-89.

Después de referirse a la diversidad de leyes procesales y de procesos se propugna la perfecta elaboración de una doctrina general del proceso; se señalan sus límites y su esencial temática.

SEgni, Antonio: *L'unità del processo.*—RISG, año LXI, 1954; págs. 217-236.

La unidad del proceso viene dada por su mismo fin: la unificación de las actividades y de las voluntades del juez y de las partes en una posición de equilibrio reflejada en la sentencia.

SIEGERT, Karl: *Allgemein anerkannte und regionale Grundsätze im Zivilprozess.* ACP, tomo CLV, cuad. 1, 1956; págs. 28-49.

Se examina el valor que los principios generales del Derecho pueden y deben tener en la regulación y configuración del proceso civil y del Derecho procesal según que el ámbito de los mismos sea general o «regional».

TORO GARLAND, Fernando: *Trabajos de seminario sobre procesos judiciales indianos.*—BS, año XX, núms. 53-56; págs. 63-65.

Reseña de los trabajos realizados durante el curso 1951 en el Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

TORRES AGUILAR, Juan de: *Algunas nociones doctrinales y legales sobre los cambios de partes en el proceso.*—RP, año XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre 1955; págs. 659-678.

Estudio de conjunto de los cambios de partes de orden subjetivo y objetivo. Especial referencia al Derecho especial y a nuestra dispersa legislación.

VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno: *Os mestres de Direito judiciario civil na Faculdade de Direito de São Paulo.*—RFDSP, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); págs. 331-348.

Evolución de las ideas procesales en los catedráticos de Derecho procesal civil de São Paulo desde 1854. De 1828 a esta fecha no quedan restos de las lecciones profesadas.

VON SAUER, Emil: *Konzentration der Rechtspflege*.—MDR, año IX, cuad. 7, julio 1955; págs. 383-385.

El Congreso de Abogados alemanes, celebrado en Mannheim en 1955, propugna la supresión de la diversidad de procesos especiales y la concentración de la tutela jurídica. El Congreso toma como puntos de partida la unidad y la posibilidad de apreciación conjunta del Derecho procesal alemán, metas que hoy, como consecuencia de los acontecimientos por que ha atravesado el país, no se consiguen.

2. Parte general.

AMADEO, Santos P.: *Los poderes de los Tribunales para castigar por desacato*.—RJPR, vol. XXIV, núm. 4, marzo-abril 1955; págs. 331-352.

El concepto puertorriqueño de desacato es el angioamericano: toda obstrucción a los procesos judiciales extensiva a algunos procesos administrativos. Los poderes de los Tribunales de Puerto Rico emanan de dos fuentes: Constitución y leyes penales y procesales.

AZEVEDO, Vicente de: *Prova*.—RFDSF, vol. XLIX, 1954 (aparecido en 1955); páginas 285-296.

Analogías y diferencias entre la prueba en el proceso civil y en el proceso penal.

BALZANO, Nicola: *Dei poteri del giudice d'appello*.—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 249-264.

Los poderes del juez de apelación se ven claros cuando se toma en cuenta que su función no es censurar la sentencia de primera instancia, sino reexaminar *ex novo* la causa.

BERRI, Mario: *Qualche rimedio per migliorare il funzionamento del processo civile*.—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1212-1216.

Algunas ideas sobre organización judicial y reclutamiento de jueces en Italia.

BIANCHI D'ESPINOSA, Luigi: *Termini di costituzione, cancellazione dal ruolo, riassunzione del processo*.—RPR, año X, núm. 2, abril-junio, 1955, parte II; págs. 85-127.

Comentario a las innovaciones que sobre las materias del título ha introducido la ley de 1950.

CAMPOS COSTA, Américo de: *Da acção penal: seu conceito e determinação do momento em que se inicia*.—RDES, año VIII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 241-257.

Paralelo, analogías y diferencias de las acciones civiles y las penales. Posibilidad de construir una teoría general de la acción.

CARNELUTTI, Francesco: *Storia e natura del giudice istruttore.*—RPR, año X, número 3, julio-septiembre 1955; págs. 157-163.

Consideraciones breves a vuela pluma en defensa de la institución del «giudice istruttore» en el sistema procesal civil italiano. El trabajo irá en los Estudios en memoria del profesor Antonio Coniglio.

CARNELUTTI, Francesco: *Nullità della consulenza di parte.*—RPR, año X, número 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 291-295.

El juez puede tomar en cuenta directamente los dictámenes de los peritos nombrados por las partes sin que se vea obligado a seguir el del perito nombrado por él.

CARNELUTTI, Francesco: *Nullità della citazione per inosservanza del termine a comparire.*—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; páginas 296-300.

La citación que no observa el término legal de comparecencia no es nula; se entiende hecha con el término correcto.

CAPELLETTI, Mauro: *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile.*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1151-1195.

Aun cuando presente inconvenientes prácticos hay que negar que en el caso de litis consorcio necesario el juramento sea deferible o referible solamente a parte de los litis consortes. Argumentos del Derecho alemán e italiano imponen esta solución que será la contraria cuando el litis consorcio no sea necesario.

CARNACINI, Tito: *Per l'ingresso della donna nella magistratura.*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1217-1218.

En aras de la tendencia a la equiparación de los sexos aboga por la posibilidad de acceso de la mujer a la judicatura.

DENTI, Vittorio: *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione.*—RPR, año X, núm. 2, abril-junio 1955, parte I; págs. 104-139.

Contesta a las objeciones que Mandrioli ha opuesto al trabajo del autor. *Esecuzione forzata in forma specifica.*

F. C.: *Comunicazione per biglietto di cancelleria.*—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 270-273.

La «comunicación», al ser un medio de información menos riguroso que la «notificación», no es nula aun cuando falte la fecha en que fué hecha.

FENECH, Miguel: *La cosa giudicata e la elasticità della pena.*—RPR, año X, número 2, abril-junio 1955, parte I; págs. 90-100.

Propone la creación de jueces de ejecución para el proceso penal que apliquen la pena declarada en la sentencia y entiendan de otras cuestiones: libertad condicional, redención de penas por el trabajo y todo lo que suponga adecuación de la pena al individuo. Así se armonizaría la elasticidad de la pena con el principio de la cosa juzgada.

GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: *La cosa juzgada.*—RGD, año XII, número 134, noviembre 1955; págs. 770-782.

La cosa juzgada se funda en la consideración de evitar que los Tribunales tengan que fallar indefinidamente sobre un mismo asunto. Su regulación debe llevarse, tanto en su aspecto material como en el formal, a la Ley de Enjuiciamiento civil. En ella se debe regular la oposición a la cosa juzgada del tercero sobre la base de ordenar que en las sentencias declarativas se extiendan sus efectos de cosa juzgada, incluso a los terceros que no hayan litigado.

MANDRIOLI, Crisanto: *Le impugnazioni.*—RPR, año X, núm. 2, abril-junio 1955, parte II; págs. 152-169.

Resumen de la jurisprudencia italiana de los últimos años en torno a los distintos recursos del proceso civil.

MEDRANO, Samuel W.: *Las ideas sobre el poder judicial en el Congreso Constituyente de 1826.*—RFDBA, año X, núm. 43, mayo-junio 1955; páginas 345-362.

Desde el Proyecto de Constitución de 1813 se va acentuando, según el autor la influencia del sistema norteamericano en las ideas sobre el poder judicial, con el consiguiente apartamiento del sistema español. En 1919 y 1926 se puede ver la culminación de esta evolución.

MINOLI, Eugenio: *Questioni rilevabili d'ufficio et acquiescenza.*—RPR, año X, número 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 274-277.

El Tribunal de Casación debe examinar de oficio la excepción de falta de jurisdicción, aunque el juez de apelación no la haya advertido y el recurrente no la haya motivado.

PAGANO, F.: *Sul valore del principio «quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum».*—DG, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; páginas 442-445.

Orígenes y ámbito de aplicación de la máxima que el autor reduce a lo siguiente: la excepción es imprescriptible porque dura lo que la posibilidad de la acción a la que tiene que neutralizar.

PERETTI GRIVA, Domenico Riccardo: *Un'elegante questione sulla competenza per valore nelle controversie per responsabilità civile.*—RTDC, año IX, número 4, diciembre 1955; págs. 1252-1256.

La condena a la prestación atrae la competencia del proceso de responsabilidad civil por incumplimiento aun cuando el valor calculado de los daños sea, "por su cuantía, propio de la competencia de otro órgano judicial.

PIERANDREI, Franco: *Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale».*—RISG, año LXI, 1954; págs. 101-216.

«La «justicia constitucional» como autoridad jurisdiccional; poderes atribuidos a sus órganos; decisiones emanadas de ellos: sentencias «declarativas», «constitutivas», de «condena» y «dispositivas»; ejecución de estas sentencias.

PROFETA, Emilio: *Assunzione di nuovi testimoni.*—RPR, año X, núm. 2, abril-junio 1955, parte I; págs. 140-144.

Salvo que se aduzcan hechos nuevos, no es posible en apelación interrogar a testigos nuevos. Pero el juez puede volver a interrogar a los testigos que depusieron en primera instancia.

ROBERG DE LAURENTIIS, Elena: *Un giudice non laureato.*—RPR, año X, número 4, diciembre 1955, parte I; págs. 293-299.

Comentario de la vida y la obra de Robert H. Jackson, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos y juez en el proceso de Nuremberg, que murió sin tener ninguna graduación académica en Derecho.

SALIS, Lino: *Violazione di legge in Cassazione (quis custodiet...?).*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1269-1277.

En un caso de error reconocido de la Casación italiana se ha resuelto que, no obstante, la sentencia errónea al ser ya firme ha creado derecho y es irrevocable. El autor critica esta solución y los argumentos que la apoyan. Cree que se ha excedido el Tribunal de casación en los poderes que la ley le concede.

SILVA MELERO, Valentín: *Las garantías de la independencia judicial.*—RDLC, año XLIV, núms. 532-533, septiembre-octubre 1955; págs. 310-326.

Resume en doce puntos los principios que ha de tomar en cuenta la legislación para rodear la actuación del juez de una absoluta independencia. Pueden resumirse en tres: régimen apolítico, amplios poderes de impulso procesal y dependencia de la ley a través de las propias concepciones jurídicas.

SOTO NIETO, Francisco: *Necesidad del acto de conciliación.*—BI, año X, número 327, 25 enero 1956; págs. 3-13.

Indicada su naturaleza, las doctrinas en torno al mismo, su crítica y su defensa, el autor se muestra partidario del acto de conciliación. Termina con unas ligeras referencias al Derecho español, indicando algunos supuestos dudosos en cuanto a su exigencia: arrendamientos, proceso ex art. 41. L. H.

STEFANO, Giuseppe di: *Effetti secondari della domanda nuova*.—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1256-1268.

Más que hablar de la admisión de la nueva demanda hay que referirse a los efectos que el cambio de demanda produce en la tramitación de la demanda antigua, ya que el *novum* no tiene virtualidad para abrir un nuevo procedimiento.

WEBER, Reinhold: *Der Umfang der Rechtskraft bei Abänderungs- und Nachforderungsklagen*.—EF, año II, cuadernos 8-9, agosto-septiembre 1955; págs. 232-236.

En relación con las pretensiones alimenticias del hijo ilegítimo, y tomando como punto de partida un escrito de Brox, el autor alude al problema de las excepciones y objeciones que pueden oponerse a la acción contra el progenitor, según se lleven por la vía de la «pretensión de modificación» (323 ZPO) o por la de la «pretensión de pago complementario».

3. Procesos especiales.

ALBINI, Aldo: *L'introduzione del processo dinanzi al giudice amministrativo ordinario*.—RPR, año X, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 193-207.

En el trabajo presente se completa otro aparecido en un número anterior de la misma revista. Alude el autor, exegéticamente, al problema de la notificación en el proceso administrativo, a los posibles interesados en tal notificación.

ALBINI, Aldo: *Nullità e sanatoria del ricorso al Consiglio di Stato per notificazione presso l'Abbocatura dello Stato*.—RPR, año X, núm. 2, abril-junio 1955, parte II; págs. 132-139.

Defiende la nulidad absoluta e insubsanable de esta notificación.

ALBINI, Aldo: *Intervento del legittimato a ricorrere e conversione in ricorso principale nel processo amministrativo*.—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 278-287.

Es inadmisibles la intervención *ad adiuvandum* de aquel que teniendo un interés personal y directo idéntico al del recurrente puede interponer un recurso independiente.

BIELSA, Rafael: *Demandas contenciosas y recursos jurisdiccionales contra actos administrativos*.—L, tomo LXXIX, 2 agosto 1955; págs. 1-6.

Divagaciones de tipo general en torno a las demandas ordinarias y contencioso-administrativas y en torno a las llamadas «excepciones de ilegalidad» en la legislación argentina.

BOCANEGRA F. LAVANDERA, JUAN J.: *¿Qué artículo del Arancel se aplica a los arbitrajes de Derecho privado?*—RDG, año XII, núm. 134, noviembre 1955; págs. 788-790.

Aunque el autor se inclina por la aplicación del artículo 1.º del Arancel judicial en vez del 116, como opinan otros autores, cree que se debe dar una norma que aclare de una vez esta duda.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *Processo per nullità di brevetto e intervento del pubblico ministero.*—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 288-290.

La intervención del ministerio público debe tener lugar incluso cuando la alegación de nulidad de patente sea hecha *ope exceptionis* o en juicio incidental, no sólo cuando lo sea en demanda principal o reconvenición.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *Revoca o conversione del sequestro conservativo?*—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 301-305.

La prestación de caución por parte del deudor no impide con posterioridad la convalidación del embargo.

CICU, ANTONIO: *Azione individuale in liquidazione concursuale.*—RTDC, año IX, núm. 4, diciembre 1955; págs. 1248-1249.

Diferencia procesal entre la quiebra y la liquidación de herencia aceptada con beneficio de inventario.

FERNÁNDEZ VIAGAS, PLÁCIDO: *Problema que plantea en Marruecos el cumplimiento de comisiones rogatorias en relación con las especialidades de la propiedad inmobiliaria.*—BT, año X, núm. 328, 5 febrero 1956; páginas 3-7.

Los Tribunales españoles de Marruecos no deben cumplimentar comisiones de Tribunales extranjeros o españoles de otra jurisdicción en las que se interese la adjudicación, en procedimiento de apremio, de bienes inmuebles pertenecientes a marroquíes en favor de personas o entidades de otra nacionalidad.

MARZIANO, CORTADO: *Sequestro conservativo civile a garanzia della parte civile.*—RPR, año X, núm. 2, abril-junio 1955, parte II; págs. 140-151.

Es admisible la acción cautelar propuesta ante el juez civil por el perjudicado por el delito.

MENÉNDEZ PIDAL, JUAN: *El proceso social y las disposiciones de las Reglamentaciones Nacionales del Trabajo.*—RP, año XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre 1955; págs. 531-550.

Se estudian: I) Los expedientes preceptivos y previos al despido. II) Las normas procesales a seguir por las Magistraturas de Trabajo.

SAENZ-LÓPEZ GONZÁLEZ, José Antonio: *La audiencia de las corporaciones recurridas ante el Tribunal Económico Administrativo*.—RDG, año XII, número 134, noviembre 1955; págs. 783-787.

Estudia cuándo y cómo debe cumplirse el trámite de audiencia a las Corporaciones locales en el recurso de un contribuyente ante el Tribunal Económico-administrativo contra la efectividad de una exacción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 239 del Reglamento de Haciendas locales.

SECO VILLALVA, José Armando: *El embargo y secuestro de bienes de los reos de Barranca Yaco*.—RFDBA, año X, núm. 43, mayo-junio 1955; páginas 552-560.

Estudio histórico-jurídico del procedimiento conservativo en los expedientes judiciales de los reos de este célebre crimen, tramitado entre 1836 y 1838.

SPARANO, V.: *Efficacia esecutiva del provvedimento di assegnazione di crediti nella espropriazione presso terzi*.—DG, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1955; págs. 422-429.

Observaciones favorables a la tesis que enuncia el título del trabajo rebatiendo las objeciones doctrinales opuestas.

TULLIO LIEBMAN, Enrico: *Rimedi alla costituzione irregolare del difensore*.—RPR, año X, núm. 4, octubre-diciembre 1955, parte II; págs. 265-269.

Es irregular y no nula, y en su consecuencia subsanable, la actuación del administrador de la quiebra como defensor de la misma.

VIGOTTI, Roberto: *Questioni in tema di provisorio esecutorietà in appello*.—RPR, año X, octubre-diciembre 1955, parte I; págs. 274-283.

Plantea el problema de si se puede apelar contra la falta de decisión judicial concediendo la ejecución provisional sin apelar el contenido de la sentencia. Lo resuelve afirmativamente para el Derecho italiano.

4. Jurisdicción voluntaria.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro A.: *El inventario de bienes en general*.—RIN, año VII, núm. 26, abril-junio 1955; págs. 105-118.

Intenta esbozar una teoría jurídica general del inventario generalizada de los casos en que las legislaciones argentina y comparadas lo exigen.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv. für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
 BMI = Boletim do Ministerio de Justicia (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IR = Justitia (Roma).
 IM = Jus (Milán).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NIW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciali, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RC = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale (Milán).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).

- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit
 (Bruselas, La Haya).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue International de Droit Comparé (Paris).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense (Nicaragua).
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).
 RTDC = Ruve Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Publico (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svansti Juristtdning (Estocolmo).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES COMENTADAS

Registro mercantil: Documentos necesarios para inscribir el nombramiento de consejeros de sociedades anónimas

*Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de
29 de noviembre de 1955 («B. O. del Estado» 12 enero 1956).*

Presentado en el Registro Mercantil para su inscripción testimonio librado por Notario de una certificación expedida por el Secretario de una Sociedad Anónima, con el visto bueno del Presidente, de un Acta de Junta General Ordinaria de Accionistas, en la que consta el acuerdo de reelegir a uno de los Consejeros de la Sociedad, el Registrador suspendió la inscripción, sin practicar anotación de suspensión por no haber sido solicitada, tomando como base de su calificación dos causas: el no haberse acreditado la aprobación del Acta de la Junta con arreglo al art. 62 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y el no haberse otorgado escritura pública que, en el criterio del Registrador, viene exigida para este acto en el art. 72, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los arts. 112 y 116 del Reglamento del Registro Mercantil.

Interpuesto recurso gubernativo, acompañando testimonio notarial, en que consta la aprobación por la Junta del Acta, el Registrador mantiene la calificación por seguir estimando que la Ley exige escritura pública para inscribir el nombramiento de Consejero.

La Dirección General acuerda confirmar la nota de suspensión, pero en base de un razonamiento diferente al del Registrador, estableciendo la siguiente doctrina:

A. El nombramiento y consiguiente aceptación del cargo de Administrador de una Sociedad Anónima—dejando aparte la cuestión acerca de su naturaleza contractual o no—no se encuentra incluido en la lista de actos y contratos, que deberán constar necesariamente en escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, enumerados en el art. 116, en relación con el 112 del Reglamento de dicho Registro, ya que ni se menciona expresamente en ellos ni, contra el parecer del Registrador, puede estimarse como:

a) Acto, acuerdo o contrato que influya propiamente sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito- (número 4.º del art. 112).

b) Alteración o modificación del acto constitutivo de la Sociedad en que se nombraron los primeros Consejeros (número 4.º del art. 112), pues más bien es una manifestación típica de la actividad social, no modificativa, sino complementadora de la escritura de fundación y sus Estatutos.

c) Tampoco puede, en fin, asimilarse exactamente el cargo de Administrador al de Apoderado (número 7.º del art. 112).

B. Por lo tanto, si por mandato del párrafo 2.º del art. 72 de la Ley de

Sociedades Anónimas, debe inscribirse en el Registro el nombramiento de Administrador o Consejero, la titulación necesaria, excluida la escritura pública y excluido también el simple testimonio por exhibición del Acta expedida por el Secretario con el visto bueno del Presidente, que es el caso objeto del recurso, puesto que no es bastante la garantía de veracidad o, mejor dicho, de autenticidad, prestada por la intervención notarial en forma de simple testimonio por exhibición para producir el asiento pretendido, hay que acudir a una doble modalidad de documentación para lograr tal efecto, modalidades que pueden elegirse indistintamente:

a) Testimonio notarial del «Acta por exhibición del libro correspondiente»—es de notar que se habla del acta misma y no de certificación expedida por el Secretario—por las garantías que ofrece por su intermediación dicho libro, previsto en el art. 33 del Código de Comercio.

b) Certificación del Acta expedida por el Secretario con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación que incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien expide dicha certificación.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1955 («B. O. del Estado» 27 diciembre 1955).

En Junta General de una Sociedad Anónima y con las debidas formalidades, se nombraron varios Consejeros. Los designados aceptaron en la misma Junta, salvo dos de ellos, que lo hicieron posteriormente, mediante una carta dirigida a la Sociedad.

Presentándose en el Registro Mercantil para la inscripción de los cargos, testimonio notarial por exhibición, de una certificación del Acta de la Junta, expedida por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, y de las dos cartas de aceptación reseñadas, el Registrador suspendió la inscripción, sin practicar anotación de suspensión por no haberse solicitado, partiendo para ello de las siguientes consideraciones: El no haberse acreditado que el Acta de la Junta estaba aprobada con arreglo al art. 62 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el que con arreglo al art. 72, párrafo 2.º, de dicha Ley, en relación con los arts. 112 y 116 del Reglamento del Registro Mercantil, tanto el nombramiento de Consejeros como su aceptación deben constar en escritura pública.

Subsanado el defecto de la falta de constancia de la aprobación del Acta, el Registrador mantuvo su postura en la base de la expresada necesidad de escritura pública.

La Dirección General acordó confirmar la nota de suspensión, pero modificando el razonamiento del funcionario, estableciendo la siguiente doctrina:

A. En cuanto al título inscribible en la designación de Consejeros que aceptan en la Junta que los nombra: Idéntica a la doctrina sentada en la resolución de 29 de febrero de 1955 (véase).

B. Con referencia al caso de aceptación posterior al nombramiento por los designados :

a) El nombramiento debe acreditarse igualmente mediante testimonio notarial por exhibición del libro de Actas, o por certificación del Acta expedida por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación que incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien la haya expedido.

b) La aceptación : mediante documento expedido por el aceptante, adornado con el testimonio de legitimación de firmas, imprescindible registralmente cuando no se adopta la forma, aquí no obligatoria, de escritura pública.

COMENTARIO

Las presentes Resoluciones se refieren a un supuesto concreto : titulación necesaria para inscribir el nombramiento de un Consejero o Administrador de Sociedad Anónima. Las posibilidades que el caso puede presentar son dos : aceptación del cargo por el designado en la misma Junta General que le nombró, y aceptación posterior.

Este comentario nos da pie para realizar el examen de ambas cuestiones.

I. Si el administrador o Consejero designado aceptan el nombramiento en la misma Junta General :

A. Titulación excluida :

a) Por insuficiente : simple testimonio notarial por exhibición de certificación del Acta expedida por el Secretario, con el visto bueno del Presidente. El fundamento es, a nuestro juicio, indudable, ya que el simple testimonio notarial por exhibición no garantiza ni que la certificación del Libro de Actas sea auténtica, ni que esté expedida por quien tiene facultad de certificar, pues en tales documentos la fe dada por el Notario se extiende tan sólo a la afirmación de que se le ha presentado un documento cuyas características y texto se transcriben, pero nada más.

b) Por innecesaria : escritura pública de nombramiento y aceptación. No es que se afirme que tal escritura no pueda producir el efecto inscriptorio, sino que no es preciso recurrir a ella. Las Resoluciones fundamentan, desde un punto de vista legislativo, este criterio con un conjunto de convincentes razones a las que nos remitimos.

B. Titulación admitida :

a) Testimonio notarial del Acta por exhibición del Libro correspondiente. Al referirse la fe pública al mismo Libro de Actas de la Sociedad y no a un certificado que se presenta, desaparece la posibilidad de que tal Acta no exista, y las exigencias registrales quedan plenamente cubiertas.

b) Certificación del Acta expedida por el Secretario con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación de firma que incluya la consideración del ejercicio legítimo del

cargo por quien expide dicha certificación. La duplicidad de la fe notarial corresponde a una doble consideración:

1. Se precisa la legitimación notarial de las firmas como garantía de la paternidad del documento (sobre este punto, el Notario de Granada señor Dávila García ha publicado en la «Revista de Derecho Notarial», núm. 7.º, enero-marzo 1955, págs. 233 a 250, un interesantísimo trabajo con el título «El testimonio notarial de legitimidad de firmas»).

2. Se precisa también que el Notario incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien expide la certificación, para garantizar que ésta emana precisamente de las personas que tienen facultad de certificar en la Sociedad.

Ambos extremos completan la exigencia registral de que sea veraz todo lo que al Registro tenga acceso, naturalmente dentro de los límites a que dicha pretensión puede extenderse, sin paralizar, con un excesivo rigor de seguridad, el tráfico jurídico.

La documentación referida sustituye con ventaja a la escritura pública por su sencillez y economía. Los riesgos a que está sujeta—falsificación del Libro de Actas testimoniado por el Notario, falsedad de la certificación expedida por el Secretario—se corresponden, en su gravedad, con los que también lleva aparejada la escritura pública, puesto que quien la otorgase podría declarar al Notario falsamente un nombramiento que no ha tenido lugar.

II. Si el Administrador o Consejeros designados aceptan el nombramiento con posterioridad y fuera de la Junta General.

A. Este caso, poco frecuente en la práctica, requiere una especial atención. Primero, porque no lo he visto examinado en ningún autor (únicamente, y con referencia a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, don Felipe Solá Cañizares, en su obra «Las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el nuevo Derecho español», editorial de «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1954, dice en la pág. 141: «El Registrador mercantil debe exigir la prueba de la aceptación del Administrador. Generalmente resultará del Acta de su nombramiento que lo mencione como presente y contenga su firma. Pero puede hacerse constar en documento aparte, que no es necesario que sea escritura pública»). Segundo, porque el problema se complica, ya que la aceptación del designado puede ser expresa o tácita (en este sentido, Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria, en su «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág. 50, tomo II: «Ahora bien, esta aceptación no necesita ser expresa (v. supra, pág. 23). Puede ser tácita, es decir, manifestada por hechos que serían inconciliables con la voluntad de rehusar el cargo de Administrador. Estos hechos pueden ser muy variados (asistencia a las reuniones del Consejo si éste existe, participación en las funciones administrativas, etc...). No basta, para reputar existente la aceptación, con el puro silencio de la persona designada, con la mera conducta pasiva, que no se traduce ni en palabras ni en actos.»)

Vamos a examinar ambos casos—aceptación expresa y tácita—separadamente en relación con el problema registral que nos ocupa, pero antes debemos afirmar que, de conformidad con la doctrina y la práctica de Registro, es absolutamente preciso para inscribir el acreditar la aceptación y ello porque

asi lo dispone implícitamente la Ley de Sociedades Anónimas en el párrafo segundo del art. 72, «El nombramiento de los Administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla...», y porque, cualquiera que sea la teoría que se mantenga en orden a la naturaleza del cargo de Administrador—mandato, órgano...—que dejamos aparte—sólo de pasada diré que, a mi juicio, es imposible tratar de reducir lo que es irreductible o de tipificar lo que en sí es un tipo, y así como la compraventa es la compraventa, el Administrador de una Sociedad Anónima es simplemente un Administrador—, y cualquiera que sea la postura que se mantenga sobre la naturaleza del nombramiento y de la aceptación—contrato, negocios jurídicos unilaterales o independientes...—, el Administrador no nace hasta que el designado acepta, y lo que no existe todavía mal puede tener acceso a un Registro que busca la seguridad, la cual no debe ponerse en manos de declaraciones del mismo Registro que pueden producir interpretaciones «justamente» erróneas. En este punto podemos transcribir literalmente las palabras del Registrador en su escrito contestando al recurso que motivó la resolución de 30 de noviembre de 1955: «A los Administradores, cuando forman Consejo, corresponde preceptivamente la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él y contra los cuales se pueden ejercer acciones por la Junta General, por los accionistas y por terceros, por lo que el art. 72 de la Ley centra en la aceptación de los cargos la perfección y eficacia del nombramiento.» Resumiendo: mientras no se acepte, el nombramiento simple por la Junta, no puede ser inscrito.

B. Aceptación expresa: Ni es necesaria una escritura pública, ni basta simple testimonio notarial por exhibición de un documento privado de aceptación. Bastará con dicho documento privado, que puede ser una carta dirigida a la Sociedad, si la firma del aceptante está legitimada por testimonio notarial específico de legitimación de firmas.

C. Aceptación tácita:

a) La primera cuestión a discutir es la de si el Secretario puede, interpretando los actos realizados por el Administrador designado, certificar, con los requisitos antes expresados a efectos registrales, que tales actos suponen una aceptación. A mi juicio, la solución debe ser negativa, porque tal afirmación por el Secretario de la Sociedad implicaría una calificación jurídica de los hechos que excede de sus propias facultades.

b) En segundo lugar, conviene examinar la procedencia del Acta notarial para acreditar el extremo de la aceptación tácita. Tampoco creo que debe admitirse porque el Acta sólo podrá recoger los hechos que implican la aceptación—si el Notario buscase la declaración de voluntad implícita en ellos, el documento pertinente sería la escritura pública, lo cual nos trasladaría al campo de la aceptación expresa (a estas conclusiones se llega en una recta interpretación de los tres primeros párrafos del art. 144 del Reglamento Notarial)—y al presentar el Acta en el Registro Mercantil, tampoco puede el funcionario encargado del mismo, entrar en su calificación jurídica de aceptación, pues, en el orden calificador, el Registrador tiene delimitadas (según el art. 59 del Re-

giamiento de 20 de septiembre de 1919) sus facultades a la apreciación de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones que contraigan».

c) Así, pues, sólo es posible, para la constancia registral de la aceptación tácita, el exigir del designado que en documento bastante a efectos del Registro—por ejemplo, una carta con firma legitimada por testimonio notarial—reconozca que ha aceptado el cargo, y, en este supuesto, nos encontraríamos, en realidad, desde el punto de vista de la inscripción, con una verdadera aceptación expresa.

No es que se niegue la validez y eficacia de este tipo de aceptaciones, lo que afirmamos es que sólo con ella no podrá obtenerse la inscripción del Administrador salvo en un supuesto anormal: si requerido el nombrado a los efectos de que otorgue el documento de reconocimiento, se negase a ello, y, acudiéndose por la Sociedad al Juez, se obtuviese de éste Sentencia declarando que existe la aceptación tácita, en cuyo caso ésta se acreditaría acompañando testimonio de dicha resolución judicial.

Rafael RUIZ GALLARDÓN.

Notario.

RESOLUCIONES

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 10 DE FEBRERO DE 1956

Previa inscripción

Instada la inmatriculación de determinada finca urbana, es denegada por aparecer inscrita a favor de persona distinta de la causante de los solicitantes, coincidiendo absolutamente la situación, superficie, distribución y linderos del inmueble descrito en el título con los del asiento anteriormente practicado.

Interpuesto recurso contra la calificación del Registrador, con base en los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298, 300 y 306 de su Reglamento, el Presidente la confirma y la Dirección General ratifica el auto presidencial en virtud de las siguientes consideraciones:

A) *El procedimiento regulado en el artículo 306, en relación con el 300, del vigente Reglamento Hipotecario, inspirado en un recto sentido de utilidad y economía procesal, es aplicable cuando entre el inmueble inscrito en el Registro y aquel que se describe en el título exista coincidencia "en algunos detalles"; pero no cuando del examen comparativo entre ambas descripciones aparezca una identidad casi absoluta por ser iguales situación, linderos, medida superficial, distribución interna del edificio, etc., criterio que informan diversas Resoluciones de este centro directivo y en especial la de 19 de diciembre de 1946, en la que se declara que cuando el Registrador tuviere dudas sobre si la finca está o no inscrita, suspenderá la inscripción hasta que el Juez la resuelva.*

B) *El régimen hipotecario español, que no obtiene los datos físicos de los inmuebles de un eficaz sistema catastral, impone al Registrador el deber de determinar discrecionalmente, con arreglo a los datos que figuran en la oficina, la identidad de los predios, y en consecuencia, siempre que apareciese inscrito el inmueble, denegará la inmatriculación, sin perjuicio del derecho que corresponda a los interesados para esclarecer en el procedimiento adecuado si se trata de una misma finca.*

Vid. Resoluciones de 19 de diciembre de 1946 y 29 de julio de 1949, que se citan, y las de 25 de marzo de 1910, 8 de julio del mismo año, 23 de marzo de 1911, 7 de mayo de 1913, 12 de mayo de 1915, 19 de diciembre de 1917, 22 de septiembre de 1924, 26 de marzo de 1927, 14 de febrero de 1929, 9 de marzo de 1945 y 16 de septiembre de 1947.

A. G. R.

RESOLUCION DEL 11 DE FEBRERO DE 1956

Exceso de cabida

Planteadas la cuestión de si es inscribible un exceso de cabida justificado en un expediente de dominio que se tramitó para reanudar el tracto de un titular registral anterior, y también el problema de la diferencia entre la cabida peri-

cial y la inscrita, la Dirección General, con revocación y confirmación parciales de la nota calificadora y el auto presidencial, resuelve:

A) *En cuanto al primer extremo, que no hay en ello obstáculo insuperable, después de acceder el Juzgado a la petición formulada, y porque lo contrario obligaría a los solicitantes, con detrimento de la economía procesal, a seguir dos expedientes sin ninguna ventaja práctica.*

B) *En cuanto al segundo, dado que en el caso planteado resulta probable el error aritmético entre las dos cabidas, el defecto puede ser subsanado si el Juzgado, advertido y explicado el error, accediese a ello.*

Vid. Resoluciones de 30 de noviembre de 1910 y 23 de mayo de 1944, que se citan, y además las de 22 de diciembre de 1949 y 6 de febrero de 1953.

A. G. R.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Acción de declaración negativa

¿Una regresión en su admisibilidad por la jurisprudencia del T. S.?

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1954

GABRIEL GARCIA CANTERO

ANTECEDENTES.—El arrendatario de un local de negocio demandó al arrendador suplicando se dictara sentencia declarando que el demandado no está facultado para oponerse a la prórroga del contrato de arrendamiento, por no concurrir los supuestos legales establecidos por la vigente LAU. en sus artículos 76, causa 1.ª, y siguientes, y demás concordantes, condenando al demandado a estar y pasar por la anterior declaración y al pago de las costas. El arrendador demandado reconoció en su contestación que tenía el propósito de oponerse a la prórroga del contrato, al amparo de la causa 1.ª del artículo 76 de LAU., y que habiendo instado la constitución de la Junta de Estimación que previene la misma ley, ejercitaría su acción una vez que por ésta se fijase la cuantía de la indemnización que debía abonar al inquilino. Terminó suplicando «que se desestimase la demanda y se declarase el derecho del demandado a oponerse a la prórroga del contrato del local que ocupa el actor y en el que tiene una academia de baile, por precisarlo para instalar en el mismo su vivienda familiar, con imposición de costas al actor».

El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda en todas sus partes y declarando que no concurre en el local objeto de la litis el conjunto de condiciones que, con arreglo a la disposición transitoria 17 bis de LAU. y sus preceptos concordantes, facultarían al arrendador demandado para oponerse a la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y al pago de las costas.

La Audiencia revocó en todas sus partes la anterior sentencia y, desestimando la demanda formulada por el arrendatario, declara que el arrendador tiene derecho a oponerse a la prórroga del contrato de arrendamiento siempre que lo ejercite conforme a la ley, debiendo estar y pasar por esta declaración el actor, imponiéndole a éste las costas de primera instancia.

El actor interpuso recurso de injusticia notoria al amparo de la causa tercera del artículo 173 de LAU., por los siguientes motivos: 1.º Infracción por inaplicación del artículo 524 de LEC. y doctrina de las sentencias de 21 de febrero de 1941 y 22 de septiembre de 1944. 2.º Infracción por inaplicación del artículo 359 de LEC. 3.º Infracción por inaplicación de la causa primera de los artículos 76, 77, 79, 82 y 93, disposición transitoria 17 LAU.

La parte demandada se opuso a todos los motivos del recurso.

El T. S. en ponencia del Magistrado Excmo. Sr. don Manuel Ruiz Gómez, *desestima* el recurso con base en los siguientes considerandos:

«Que la sentencia recurrida ni rechaza la demanda por defecto en la formulación de lo que en ello se pide, sino por estimar que «no descansa en precepto alguno de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni de ninguna otra que autorice a declarar que el demandado no está facultado para oponerse a la prórroga del contrato», ni niega la posibilidad de ejercitar acciones declarativas negativas, por lo que faltan los supuestos de infracciones alegadas como causa del recurso.

Que entre la negación y la afirmación actuales y terminantes de un derecho, cabe la negación limitada en el tiempo y la afirmación condicional, y así desestimar la acción negatoria de un derecho, no equivale a afirmar la existencia perfecta y actual del mismo, lo que demuestra la congruencia del fallo de la Audiencia con las peticiones de ambas partes y la consiguiente improcedencia del recurso por su causa segunda.

Que la sentencia recurrida, al declarar que don E. A. (demandado-arrendador) «tiene derecho a oponerse a la prórroga del contrato de arrendamiento... siempre que lo ejercite conforme a la ley», hace una declaración meramente abstracta, equivalente a la de la propia ley, y así no ha podido infringir con ella ningún precepto legal, puesto que con tal declaración no ha quedado juzgado nada en concreto respecto a la oposición de don E. A. a la prórroga del arrendamiento con don J. H. del C. (arrendatario-actor), ni a las consecuencias de dicha oposición en relación con el contrato y con la situación de este último como arrendatario en el local arrendado.»

COMENTARIO

SUMARIO: I. La existencia de la acción declarativa en el Derecho español.—II. Los requisitos de la acción declarativa: objeto e interés.—III. La congruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.—IV. Acción de declaración negativa y acción de jactancia.—V. Conclusiones.

I. Puede darse por comúnmente recibida en la doctrina procesal española la acción de mera declaración (1).

Dentro de las acciones que exigen una *cognitio* judicial previa, la doctrina distingue: acciones de condena, acciones constitutivas y acciones meramente

(1) BECEÑA, "Magistratura y Justicia", Madrid, 1928; PRIETO CASTRO, "La acción declarativa", *R. G. L. J.*, 1931, tomo CLXI; LUNA, "La sentencia declarativa", *R. T.*, 1931, págs. 69 y ss.; FRAGA IRIBARNE, "La acción declarativa", *R. G. L. J.*, años 1944 y 1945, tomos CLXXVI y CLXXVII; MAYNAR BARNOLAS, "Acción de jactancia", *R. G. L. J.*, tomo CLXXV, año 1944, pág. 413; FRANCO MOLINA, "Sentencia meramente declarativa", *Pretor*, núm. 5, enero 1953, págs. 32 y ss.

Estos trabajos monográficos, sobre todo los debidos a Beceña y Prieto Castro, y últimamente a Fraga, han determinado que en todos los Manuales españoles de Derecho procesal se recoja y acepte la doctrina de la acción meramente declarativa. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, "Derecho Procesal Civil", 3.ª ed., pág. 71; DE LA PLAZA, "Derecho Procesal Civil español", 3.ª ed., I, pág. 112; PRIETO CASTRO, "Derecho Procesal Civil", I, págs. 60 y ss.; GUASP, "Comentarios", I, págs. 337 y ss.

Para la doctrina extranjera, vide las obras citadas en Prieto Castro, Guasp y De La Plaza.

declarativas. Nos hallamos en presencia de estas últimas—dice Guasp (2)—«cuando lo que se solicita del órgano jurisdiccional es la simple declaración de una situación jurídica que existe con anterioridad a la decisión, buscando la sola certeza de aquélla».

El concepto de acción de mera declaración se cuenta entre los que más eficazmente han contribuido a la elaboración de un concepto autónomo de acción procesal (3). Por otro lado, como dice Carnelutti (4), la actividad desarrollada en un proceso de mera declaración representa «la máxima evolución y, a la vez, la máxima simplificación de la función jurisdiccional»; dijérase, en efecto, que constituye la actividad más pura y elevada de la administración de justicia.

Las acciones de mera o pura declaración pueden ser positivas o negativas, según que lo pedido sea la declaración de la existencia o la inexistencia de una relación jurídica; ejemplos de estas últimas tenemos en la acción negatoria de servidumbre y la acción del propietario encaminada a obtener que se declare la inexistencia de un contrato de arrendamiento, porque fallecido el titular arrendatario, no existen personas con derecho a continuarlo (art. 71 LAU en relación con el 5.º del Decreto de 6 de marzo de 1953).

En nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, dice Prieto Castro (5), no hay un precepto especial que reconozca, para cualquier caso, la acción declarativa, pero tampoco existe ninguno que la excluya; a su juicio, lo que se requiere es que los Tribunales interpreten ampliamente los artículos 524 y 359 de la LEC., no limitando el término «condena» a «prestación», sino incluyendo en él la «condena a respetar» la mera declaración que pueda contener una sentencia.

Ha sido, en efecto, la jurisprudencia la que, generosamente, ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción de mera declaración. A partir de 1941 se ha producido una doctrina legal, si no muy abundante, sí, al menos, con la suficiente reiteración para poder a su amparo fundar un recurso de casación; como corrobora De la Plaza (6), el Tribunal Supremo «ha echado los cimientos de una evolución favorable a la admisibilidad de la acción de que ahora nos ocupamos, aunque quede todavía mucho camino por recorrer».

El punto de partida lo constituye la sentencia de 21 de febrero de 1941, que establece la distinción a base de las acciones que competen al propietario: «La tutela del derecho de propiedad—se nos dice—se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones, muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria... y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que

(2) Obra cit., pág. 337.

(3) Pues, como dice Gómez Orbaneja (obra cit., pág. 36), «tampoco las acciones positivas de mera declaración presuponen la existencia de un derecho subjetivo material que aspire a su actuación. Si el propietario, en vez de pedir la entrega de la cosa que otro posee, se limita a pedir al juez que declare su derecho de propiedad, no hace valer una pretensión en sentido material... La acción en sentido procesal es entonces completamente independiente de este último derecho, aunque siga teniendo... una base en el ordenamiento jurídico sustantivo; la existencia del derecho absoluto más el interés jurídico a su declaración jurisdiccional».

(4) «Sistema de Derecho Procesal Civil», trad. esp., I, pág. 173.

(5) «Derecho Procesal Civil», pág. 61.

(6) Obra cit., pág. 117.

no exige que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga.»

Si bien el Supremo razona aquí en torno a la acción meramente declarativa de la propiedad no había impedimento alguno para configurar este nuevo tipo de acción con alcance general. Así llegamos a la sentencia de 25 de junio de 1943, de interés para nosotros, pues presenta analogías con la que aquí comentamos, pero en la que el Supremo se limitó a resolver una cuestión de competencia sentando que la demanda que pide «se declare que como inquilino no le perjudican las situaciones de hecho o de derecho acaecidas al demandado antes de ser propietario y arrendador, teniendo derecho a la prórroga del arriendo al ser adquirida la finca», «dados los términos en que se concreta la súplica, es visto que no se ejercita una simple acción declarativa, positiva o negativa, sino que se parte de la base de la existencia de un arrendamiento de finca urbana con la finalidad de enervar anticipadamente la acción que el propietario pueda entablar, y, por tanto, ha de estimarse a los efectos competenciales íntimamente ligada a la acción con la de desahucio». Se trataba de una entidad que adquirió un inmueble con el propósito de ejercitar alguna de las excepciones a la prórroga, y el inquilino se apresuró a solicitar del Juzgado una declaración en el sentido de que no le perjudicaban los hechos anteriores a la compra de la finca; es decir, que frente al nuevo arrendador estaba protegido por la prórroga forzosa del contrato. El Supremo dice que a *efectos competenciales* se trata de una acción semejante a la de desahucio; hubiera sido muy interesante conocer su parecer si hubiera tenido que entender del fondo.

Importante es la sentencia de 3 de mayo de 1944 en la que nuevamente se discurre a propósito de las diferencias entre la reivindicatoria y la acción declarativa, sentándose que ésta debe incluirse «en el grupo de las (acciones) personales, sólo utilizable contra determinada persona que sea sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende hacer valer»—se trataba de una acción de declaración positiva—y que, en cuanto a sus efectos «se detiene en los límites de una declaración o expresión jurídica del pretendido derecho, y sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso». Notemos que parece circunscribirse la acción declarativa a las que tienen por objeto una relación jurídica.

En la sentencia de 22 de septiembre de 1944 nuestro más Alto Tribunal parece recapitular todo el camino recorrido en la materia, y después de diferenciar cuidadosamente la acción declarativa de la jactancia, dice: «Que la pretensión de que en estos autos se trata... se encamina a obtener una mera declaración de derecho al amparo de una relación contractual, encajando, por ende, en el grupo de las que la doctrina moderna llama «acciones puramente declarativas», categoría que fué ya vislumbrada con independencia del principio de la provocación por los juristas patrios de siglo XVI y que en la actualidad, aparte de contar con singulares aplicaciones, ya que no con una construcción sistemática en nuestro vigente ordenamiento procesal, está plenamente admitida por la doctrina, científica y jurisprudencial, a condición, claro es, de que en los particulares casos esté su utilización justificada por una necesidad

de protección jurídica». Observamos, igualmente, que aquí también se hace referencia a una relación contractual como objeto de la acción, y la exigencia de lo que la doctrina denomina «interés jurídico en obtener la declaración por medio del órgano jurisdiccional» (7).

De nuevo tiene el Supremo ocasión de insistir acerca de las diferencias entre la reivindicatoria y la declarativa en la sentencia de 18 de diciembre de 1951, en la que se declara la irrelevancia de la fórmula que a veces se utiliza en las sentencias del último tipo, de que se «condene a la parte contraria a estar y pasar por lo que se resuelva en el fallo».

Como declarativa se define la acción confesoria en la sentencia de 31 de octubre de 1952.

Finalmente, en la sentencia de 10 de abril de 1954 se reconoce al subarrendatario «la posibilidad de intentar esta acción de tipo meramente declarativo» de la existencia del subarriendo, pues «se halla expresamente reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal... siempre que exista por parte del accionante o pueda existir un interés legítimo en obtener dicha declaración».

Nos encontramos, pues, con una inequívoca doctrina jurisprudencial que a partir de 1941 admite la posibilidad de ejercitar acciones de mera declaración, positivas o negativas, de relaciones jurídicas reales o personales. Ahora bien, en el primer Considerando de la sentencia que estamos comentando se dice que en la sentencia de la Audiencia no se «niega la posibilidad de ejercitar acciones declarativas negativas» y a ello nada tenemos que oponer; pero se dice que se rechaza la demanda porque «no descansa en precepto alguno de la Ley de Arrendamientos urbanos, ni de ninguna otra que autorice a declarar que el demandado no está facultado para oponerse a la prórroga del contrato», y esta declaración sí que estimamos que precisa alguna acotación.

En la demanda parece que el actor-arrendatario ejecuta una acción de declaración negativa; pero acabamos de comprobar que este tipo de acciones —aparte los casos particulares en que sin darla tal denominación la admite nuestro Derecho positivo (8)—no descansan en precepto alguno, sino en la doctrina legal creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello parece excesivo desestimar una acción de esta clase declarando «que no descansa en precepto alguna de la LAU, ni de ninguna otra». Con la misma argumentación pudo muy bien el Supremo declarar en la sentencia de 10 de abril de 1954 últimamente citada, que el subarrendatario no tiene posibilidad de pedir se declare la existencia del contrato de subarriendo, pues no hay precepto alguno en el Código civil, en la LAU, o en la LEC, que lo autorice.

II. En el caso resuelto por la sentencia que comentamos podía, quizá, discutirse el problema del objeto de la acción.

Hay una acusada corriente doctrinal orientada en el sentido de restringir el objeto de la acción declarativa. En este punto la doctrina procesalista acostumbra a reproducir la relación que Kisch hizo al Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en La Haya el año 1932, y que según lo recoge Chiovenda (9) dice así: «Es una relación jurídica (un matrimonio, la

(7) En la doctrina esp., cfr. por todos, ORRANEJA, obra cit., pág. 70.

(8) Cfr. la enumeración que hace PRIETO CASTRO, art. cit., pág. 223.

(9) "Estudios", trad. esp., I, págs. 201-202.

paternidad), la pertenencia a una sociedad, la existencia de una locación o de un contrato de trabajo, la propiedad u otro derecho real (como una hipoteca, un usufructo), o bien un derecho de obligación (contra quien pretende que mi deuda respecto de él no haya sido pagada todavía, acciono para la declaración de certeza de que la deuda ya no existe), o bien un derecho potestativo (por ejemplo, un derecho de desalojo). Objeto puede ser la completa relación jurídica (existencia de una locación) o de una modalidad singular (la duración). Normalmente una relación jurídica presente. Pero, a veces, también una relación pasada, cuando de su eventual precedente existencia puedan todavía derivar consecuencias jurídicas actuales (por ejemplo, contra una sociedad que pretende de mí el pago de la aportación social, acciono para la declaración de que yo no he sido nunca socio). A veces también una relación futura (como cuando se discute la validez de un contrato de seguro que debería entrar en vigor al año próximo). La relación cuya certeza se ha de declarar, por lo general, se referirá a las partes; pero puede también referirse a un tercero (como cuando entre cedente y cesionario se discute sobre la validez de la cesión). En todo caso, relación concreta; no se puede, por ejemplo, accionar para la declaración de certeza de la ley en abstracto aplicable a una sucesión; se debe accionar, por el contrario, pidiendo que se declare si Ticio o Cayo es heredero y la cuestión de la Ley aplicable constituirá una premisa, no el objeto de la declaración de certeza.»

Quedan, pues, eliminados los simples hechos; como dice el propio Chiovenda (10), objeto de la sentencia de declaración no puede ser un simple hecho, aunque jurídicamente sea importante. En el Derecho comparado nos encontramos con la excepción del § 256 de la Z. P. O. que permite ejercitar la acción declarativa «para el reconocimiento de un documento o para la declaración de la falsedad del mismo», es decir, para simples hechos jurídicos, lícitos o ilícitos; pero la tendencia es contraria al mantenimiento de esa excepción (11).

En el presente caso, el actor suplicaba en su demanda que se declarase que el demandado no estaba facultado para oponerse a la prórroga del contrato de arrendamiento por no concurrir los supuestos legales del art. 76, 1.º, de la LAU. Aunque a primera vista pudiera pensarse que se trataba de una declaración sobre simples hechos—existencia o inexistencia de necesidad en el arrendador—en realidad se trataba de un aspecto, y no de escasa trascendencia, de la misma relación jurídica de arrendamiento, a saber: la posibilidad o imposibilidad de ejercitar en el futuro una acción de desahucio. Eran, pues, viables, si se atiende al objeto de la acción, tanto la ejercitada por el actor de inexistencia de una causa de desalojo, como la hecha valer por el demandado-arrendador por vía de reconvencción.

Del propio modo son viables por razón de su objeto gran número de acciones de mera declaración basadas en la propia LAU: así, la de ser o no un contrato regulado por la ley especial, la de tener por objeto una vivienda o un local de negocio, la de haberse realizado una cesión válida, la de la existencia o inexistencia de subarriendo, la de legalidad o ilegalidad de un traspaso, etcétera.

(10) "Instituciones", trad. esp. de la RDP, pág. 239 del vol. I.

(11) Loc. cit., pág. 240.

Tampoco puede alegarse que el arrendatario haya forzado con una conducta anormal el curso ordinario del proceso en esta clase de litigios; es cierto que, usualmente, el arrendatario espera a que el propietario ejercite la acción negatoria de la prórroga del contrato para oponerse a ella; pero no existe obstáculo alguno legal para que el inquilino se adelante solicitando una declaración de inexistencia de la causa de necesidad que presume va a ser alegada de contrario; declaración de inexistencia que, de ser pronunciada por el órgano jurisdiccional, no produce cosa juzgada en el sentido de que, alteradas las circunstancias de hecho, puede muy bien producirse la necesidad a favor del arrendador, pero que si se mantiene el *statu quo* que sirvió de base a aquella declaración ofrece al inquilino una estimable seguridad en la relación arrendaticia.

Otro tanto puede decirse desde el punto de vista del propietario. La obtención de un desahucio por causa de necesidad es cosa laboriosa, pues, a más de la existencia de la necesidad misma, es menester cumplir buen número de requisitos y formalidades, cuya inobservancia determina el fracaso de la demanda; por ello, si previamente ha obtenido una declaración de la necesidad de ocupar el piso, no cabe duda de que es más fácil conseguir, en su día, la sentencia de desalojo.

En resumen: tanto en atención a su objeto, como en lo referente al interés en la declaración, eran procedentes, respectivamente, la acción de declaración negativa ejercitada por el inquilino, y la positiva ejercitada, por vía reconvenzional, por el arrendador.

III. Además, la incongruencia de la sentencia de segunda instancia con las peticiones de las partes, concretamente, con la reconvección, parece evidente. El actor, había pedido que se declarase que el demandado no estaba facultado para oponerse a la prórroga forzosa por no concurrir los requisitos del artículo 76, causa primera, de la LAU., y concordantes; el demandado, además de solicitar la desestimación de la demanda, había pedido se declarase su derecho a negar la prórroga por necesitarlo para sí; la Audiencia desestima la demanda y declara que el demandado tiene derecho a negar la prórroga del contrato de arrendamiento «siempre que lo ejercite conforme a la ley».

Como dice De la Plaza (12), el término congruencia es equivalente al de conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones deducidas en forma y sazón adecuadas; para inferir esa conformidad es preciso atenerse al contenido de las pretensiones, por razón de las personas, del bien y de los fundamentos de la pretensión misma. El mismo autor se ocupa luego del «exceso de poder» y del «defecto de poder». «En este vicio—nos dice (13)—se incurre siempre que la sentencia omite pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones que se dedujeren; puesto que, en el orden del Derecho positivo, el art. 359 de la Ley procesal... dice, al final de su primer párrafo, que el juez ha de decidir todos los puntos litigiosos; y aún añade, en el segundo de ellos, que cuando los mismos hubiesen sido varios deberá hacerse, con la debida separación, pronunciamiento respecto a cada uno. En armonía con este principio

(12) "La casación civil", pág. 323.

(13) Loc. cit., pág. 333.

tundamental, el inciso segundo, número tercero, artículo 1.692 de dicha ley, declara procedente el recurso cuando el fallo no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito».

El actor, en el recurso de casación, hacía notar, acertadamente, que «la sentencia nada resuelve con referencia a la pretensión del demandado». Tal como estaba planteada la *litis*, podía esperarse que se declarase si el demandado, podía, en efecto, oponerse a la prórroga del contrato por necesitar la vivienda para sí. Pero el Supremo puede hacer esta declaración, y confirmando la sentencia de la Audiencia dice que «desestimar la acción negatoria de un derecho no equivale a afirmar la existencia perfecta y actual del mismo, lo que demuestra la congruencia del fallo de la Audiencia con las peticiones de ambas partes». Con todos los respetos que nos merece la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, seguimos creyendo existente la incongruencia de la sentencia con la petición del demandado, pues esa declaración de poder oponerse a la prórroga, siempre que se ejercite este derecho conforme a la ley si bien no infringe precepto alguno por ser una declaración abstracta, como las de la misma ley, no decide sobre la pretensión del demandado actuada en forma de reconvencción; ni siquiera puede pensarse que se trata de una resolución que otorga «menos de lo pedido» y, como tal, no incongruente.

IV. No puede negarse el parentesco entre la acción de declaración negativa y la acción de jactancia de nuestro antiguo Derecho, basada en la ley 40, título 2.º de la Partida III, recogida por la jurisprudencia con anterioridad a la vigencia del Código civil (sentencias de 14 de mayo de 1861, 15 de abril de 1871, 29 de marzo de 1881, 5 de junio de 1882, 8 de marzo de 1884, 6 de julio de 1888) y aun—inexplicablemente—con posterioridad (sentencias de 14 de junio de 1890 y 27 de septiembre de 1912).

Como se dice en la sentencia de 22 de septiembre de 1944, la acción de jactancia estaba integrada por un doble elemento: a) El supuesto de hecho constituido por la jactancia o difamación, que naturalmente ha de ir revestido de un cierto matiz de publicidad: «quando alguno se va alabando o diciendo contra otro, que es su siervo, o lo enfamando, diciendo del otro mal entre los omes»; y b) El mecanismo y finalidad procesal, basados en el principio de la provocación a accionar: «ca en tales cosas como estas, o en otras semejantes dellas, aquel contra quien son dichas, puede yr al juez del logar, e pedir que costringa a aquel que las dixo, que le faga demanda sobre ellos en juyzio, e que las pruebe, e quel faga otra enmienda, qual el judgador entendiere que será guisado».

Pues bien; no parece sino que, en el presente caso, bajo el ropaje de una institución procesal moderna, se quiso encubrir el ejercicio de una auténtica acción de jactancia, pues el demandado, con suficiente publicidad, había exteriorizado su propósito de negar la prórroga al actor, realizando, incluso, los actos preparatorios pertinentes, con bastante antelación a la fecha de la demanda; el arrendatario, ante la amenaza que se cernía sobre él, quiso adelantarse, provocándole a ejercitar esa acción que decía tener a su favor.

Ahora bien, el hecho de que en algún caso la acción de mera declaración venga a cubrir el campo de actuación de la antigua acción de jactancia, no autoriza para dejar de pronunciarse, en sentido positivo o negativo, sobre

la petición que, procesalmente, reúne los requisitos debidos, con el resultado de que, después de un pleito que ha durado casi cuatro años, las cosas han quedado con la misma incertidumbre que a su comienzo, pues el arrendador vencedor en el pleito promovido por el arrendatario, no sabe si su situación de necesidad será así estimada en el proceso que ulteriormente deberá seguir. Certidumbre que cabalmente aspiraba a lograrse con el ejercicio de la acción de declarativa.

V. El Tribunal Supremo, recogiendo la argumentación de la sentencia de la Audiencia, dice que no se niega en ella la posibilidad de ejercitar acciones de declaración negativa; pero tal afirmación pugna un tanto con la anterior de que no existe ningún precepto en la LAU, ni en ninguna otra que autorice la acción ejercitada por el actor, pues es sabido—como anteriormente explicamos—que la admisión general de este tipo de acciones no descansa, en nuestro Derecho, en ningún precepto legal, sino en una ya reiterada jurisprudencia. Por lo mismo, no creemos que esta sentencia—que por ahora es única—signifique un grave retroceso respecto del futuro desenvolvimiento de la acción declarativa en nuestro Derecho.

Es lástima, sin embargo, que no se haya aprovechado la ocasión que se ofrecía para perfilar los requisitos de dicha acción y declarar claramente su admisibilidad en el campo de los derechos de obligación siguiendo el camino ya iniciado en las sentencias de 25 de junio de 1943 y 10 de abril de 1954.

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, Sebastián MORO SERRANO, Antonio PEREZ VEGA, Rafael RUIZ GALLARDON y Enrique SECO, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PESA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. PRINCIPIOS DE DERECHO: *La causa tercera de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940 sólo acepta la infracción de un precepto legal, no la de un principio de Derecho, aunque esté recogido y sancionado por la doctrina jurisprudencial.* [S. 20 enero 1956.]

2. PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA» Véase Sentencia de 7 de diciembre de 1955. (III, 86).

3. DERECHO INTERREGIONAL: BIENES INMUEBLES: LLAMAMIENTO FORAL VIZCAINO: *Con arreglo a la Ley 15, tit. 20 del Fuero de Vizcaya, la determinación del carácter troncal de los bienes depende de su situación, y no de la condición de sus dueños. Y según la Ley 16 del mismo título los inmuebles comprados son de la misma condición que los heredados.* [Sentencia 4 julio 1955; ha lugar.]

3 bis. DOMICILIO: EMPADRONAMIENTO: *Aunque aparezca inscrita una persona en los padrones de un pueblo como vecino, su domicilio verdadero es aquél en que consta matriculada, tiene casa abierta, reside habitualmente con su familia y disfrute de los derechos electorales.*

ULTIMO DOMICILIO: *El último domicilio de una persona c. los efectos jurídicos no es aquél en que hubiere acaecido su fallecimiento, aunque en él estuviere viviendo, sino aquél donde hubiera habitado largo espacio de tiempo, con casa abierta donde tuviese familia y bienes y ejerciese industria o comercio.* [Sentencia 3 diciembre 1955.]

4. PERSONA JURÍDICA: «AUXILIO SOCIAL»: *Al establecer el artículo 4.º del Decreto de 17 de mayo de 1940, que la entidad «Auxilio Social» tiene personalidad jurídica en el orden patrimonial independiente de la del Estado y con capacidad para poseer y administrar bienes de todas clases adquiridos por acto «inter vivos» y «mortis causa» es evidente que su patrimonio es independiente del Estado, y que al ser demandada no se demanda a la Hacienda Pública ni es necesario apurar la vía gubernativa.* [Sentencia 28 noviembre 1955; no ha lugar.]

5. NEGOCIO FIDUCIARIO: PRÉSTAMO: Véase Sentencia 2º diciembre 1956 (III, 76).

6. NEGOCIO FIDUCIARIO: NATURALEZA: *Es un negocio mixto que requiere la concurrencia de un vínculo real juntamente con otros vínculos meramente obligacionales que restringen y desvirtúan el vínculo real.*

PRUEBA: DOCUMENTOS PRIVADOS: CORRESPONDENCIA: *Los documentos privados, legalmente reconocidos, tienen entre los que los han suscrito fuerza probatoria similar a la del documento público. [Sentencia 4 enero 1956.]*

7. NEGOCIO SIMULADO: SIMULACIÓN RELATIVA: *A tenor del art. 1.276 del Código civil, cabe admitir la nulidad relativa de un contrato cuando en él se hace expresión de una causa falsa, pero, en realidad se funda en otra verdadera y lícita, en cuyo contrato el negocio simulado es nulo por falta de causa verdadera, pero el disimulado será válido si es lícito y si, además, concurren los requisitos que su naturaleza requiera. [Sentencia 7 junio 1955; no ha lugar.]*

OBSERVACIONES: Recoge esta sentencia el concepto de simulación relativa, ya aceptado con generalidad en nuestra doctrina y jurisprudencia (véase Castán, «Derecho Civil», tomo I, volumen II, página 507, octava edición), pero erróneamente la califica de nulidad relativa, denominación que con más propiedad es aplicada a la anulabilidad como oposición a la nulidad absoluta o radical (inexistencia y nulidad de pleno derecho).

8. NULIDAD: ILICITUD DE LA CAUSA O DEL OBJETO: *El deber de discernir si la ilicitud de la causa o del objeto a que se refiere el artículo 1.305 del Código civil, implica también la posible existencia de delito o falta, corresponde a los Tribunales de lo Criminal, incumbiendo a los de lo Civil, solamente la facultad discrecional, no susceptible de casación, de apreciar si los hechos enjuiciados en la esfera civil, pudieran a la vez ser constitutivos de delito o falta, a efectos meramente de ponerlos en conocimiento de la jurisdicción competente. [Sentencia 26 noviembre 1955; no ha lugar.]*

9. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: Véase Sentencia de 17 de enero de 1956 (II, 1).

10. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: CARÁCTER: *Tiene en nuestro ordenamiento jurídico no sólo la significación de un principio general del derecho aplicable como fuente subsidiaria, sino también el de institución jurídica recogida en preceptos legales, siquiera sea en forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización.*

PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO: REQUISITOS: *No basta invocar el principio a modo de regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso concreto la procedencia de la acción en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir*

PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO: PRESUPUESTOS: *Son los siguientes: 1.º, un enriquecimiento por parte del demandado; 2.º, un empobrecimiento por parte del actor; 3.º, falta de causa que justifique el enriquecimiento; 4.º, inexistencia de un precepto legal que excluya su aplicación [Sentencia 28 enero 1956.]*

11. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURIDICOS: TÉRMINOS CLAROS: Véase Sentencia de 7 diciembre 1955 (III, 86).

12. ESCRITURA PÚBLICA: VALOR PROBATORIO: *No es posible conceder preferencia ni privilegiado valor a la escritura pública cuando es presentada con otras pruebas de clases diferentes.*

CONFESIÓN: VALOR PROBATORIO: *No constituye por sí la confesión prueba independiente entre las demás, ni goza de preferencia en la clasificación de las que admite la ley.*

TESTIGOS: VALOR PROBATORIO: *La norma sobre apreciación de la prueba testifical no tiene carácter preceptivo y si tan sólo admonitivo, siendo prudencial el criterio del Tribunal para la estimación de las declaraciones.* [Sentencia 7 enero 1956; desestimatoria.]

13. MEDIOS DE PRUEBA: DOCUMENTOS PUBLICOS: ACTA NOTARIAL: SU VALOR: *El valor de las actas notariales, conforme a su propia naturaleza extrajudicial, se circunscribe a lo que pasa ante el Notario, pero no a la verdad de las manifestaciones hechas ante el mismo.* [Sentencia 21 diciembre 1955.]

14. PRUEBA DOCUMENTAL: VALOR PROBATORIO DE FOTOCOPIAS: *A las fotocopias no puede darse más valor que el que mereciera una copia del documento y cuando no se reconoce como legítimo por la parte adversa, hay que justificar la realidad del original y que es una fotocopia exacta del escrito de que se trata; la falta de reconocimiento no puede subsanarse por las manifestaciones de un tercero en el juicio, las que sólo tienen carácter de prueba testifical* [Sentencia 21 diciembre 1955; desestimatoria.]

Señalamos la importancia de que—a lo que creemos, por vez primera—se haya ocupado el Tribunal Supremo de la reproducción fotográfica de documentos, tan frecuente en la vida actual. (G. G. 2.)

15. PRUEBA: DOCUMENTOS PRIVADOS: CORRESPONDENCIA: Véase Sentencia 4 enero 1956 (b).

16. CONFESIÓN: ERROR DE HECHO: RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *La fuerza probatoria de la confesión no es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con todos ellos.* [Sentencia 14 febrero 1956.]

17. LA CONFESIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA: SU VALOR: APRECIACIÓN: *La confesión judicial carece de preferencia sobre los restantes medios de prueba y su apreciación corresponde, en combinación con los demás, al Tribunal de instancia.*

LA CONFESIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA: *La confesión judicial del demandado no puede perjudicar a sus colitigantes, ni aun al declarado rebelde.*

PRUEBA TESTIFICAL: APRECIACIÓN: ARTÍCULO 659 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *La supuesta infracción del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es susceptible de servir la base a la casación.* [Sentencia 21 diciembre 1955.]

CONCORDANCIAS: Que la confesión judicial del demandado no puede perjudicar a sus colitigantes es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias 29 abril y 14 mayo 1904, 10 noviembre 1931 y 12 febrero 1944), así como que tampoco afecta al declarado rebelde (en las de 28 mayo 1914 y 18 mayo y 26 junio 1946). La doctrina acerca del artículo 659 es también concordante con la de otras muchas sentencias, entre ellas, como más recientes, las de 3 de mayo de 1944, 4 y 17 junio y 22 de noviembre, todas de 1947, y la de 26 junio 1949.

18. PRUEBA: TESTIGOS: PERITOS: Véase Sentencia de 10 febrero 1956 (III, 6).

19. PRUEBA: PRESUNCIONES: *No es obligatorio para el Tribunal de instancia fundarse en las presunciones forjadas por los interesados y, por ello, su omisión en la sentencia no da lugar a la casación de la misma.*

CUESTIONES LITIGIOSAS: MOMENTO DE SU FIJACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *Las cuestiones litigiosas no pueden fijarse fuera de los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica, o, en su caso, de sus ampliaciones [Sentencia 25 febrero 1956.]*

20. PRUEBA: PRESUNCIONES: *Puede impugnarse en casación la sentencia de instancia cuando en ella no se hizo apreciación alguna respecto de una prueba de presunciones alegada en el pleito por alguna de las partes.*

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: CUANTÍA INDETERMINADA: INTERESES: *Cuando se reclama en juicio una cantidad, cuya cuantía hay que determinar en el mismo, no se puede estimar moroso al deudor que no la ha satisfecho anteriormente, ni considerársele obligado al pago de intereses.*

MORA DEL DEUDOR: RECLAMACIÓN CONJUNTA: PAGO DE INTERESES: *Cuando se reclaman conjuntamente diferentes cantidades, adeudadas por distintos conceptos, y aquéllas a cuyo abono se condena al demandado, no han sido objeto de rectificación en su cuantía por estar debidamente determinadas, existe mora por no haberlas satisfecho a su debido tiempo y debe imponerse la sanción del pago de intereses en la forma prevenida en el artículo 1.108 del C. c. [Sentencia 26 noviembre 1955.]*

21. COSA JUZGADA FORMAL: *No está registrada en nuestro derecho por los artículos 1.251 y 1.252 del C. c., sino por el art. 408 de la L. E. C.*

COSA JUZGADA: FORMAL Y MATERIAL: DISTINCIÓN: *Hay que distinguir las sentencias firmes y no susceptibles de impugnaciones de aquellas otras que no tienen fuerza vinculante para impedir un proceso futuro, bien porque se la niega la ley misma, bien porque faltan las identidades fundamentales exigidas por el artículo 1.252 del C. c.*

NULIDAD DE ACTOS PROCESALES: *El artículo 4.º del C. c. no es aplicable a los supuestos en que la validez o nulidad de los actos procesales resulte de la aplicación o inaplicación de normas extrañas al cuerpo de derecho material de que aquél forma parte.*

NULIDAD DE PROCESO Y RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: *La única posibilidad de impugnar un proceso por la existencia de una maquinación fraudulenta es el recurso de revisión.* [Sentencia 28 diciembre 1955.]

22. **NULIDAD Y ANULABILIDAD EN DERECHO PÚBLICO:** *Las figuras de inexistencia, nulidad radical y anulabilidad son comunes a todos los ámbitos jurídicos y tan propios del Derecho público como del privado, y si bien cuando se trata de actos o acuerdos radicalmente nulos, no tienen las corporaciones públicas, ni los particulares que demandar la declaración de nulidad, sino que es invocable «ope exceptionis», cuando se trata de actos anulables deben ejercitar oportunamente las acciones de impugnación.* [Sentencia 14 enero 1956; no ha lugar.]

23. **PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: INTERRUPCIÓN:** Véase Sentencia 15 diciembre 1955 (D. m., 10).

24. **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE ACCIONES: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.968 DEL CÓDIGO CIVIL:** *El precepto del párrafo segundo del artículo 1.968 del Código Civil no debe entenderse literalmente como aplicable sólo al supuesto del artículo 1.902, sino también a otras situaciones análogas, como la del artículo siguiente y las del artículo 1.905.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE ACCIONES: ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD SURGIDA DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS ANIMALES: *Al supuesto del artículo 1.905 no es aplicable la norma general sobre prescripción de acciones personales contenida en el artículo 1.964, sino la del artículo 1.698, pues la prescripción anual permite comprobar mejor los perjuicios y las circunstancias concurrentes en la prueba.* [Sentencia 23 febrero 1956.]

«...que nuestro Código carece de disposición expresa para la prescripción específica sobre el plazo para instar la acción noxal y la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el particular por no habersele sometido la cuestión que ahora se debate; y, ante esa falta de normas, la doctrina se inclina a admitir que el plazo prescriptivo debe ser el señalado en el número segundo del artículo 1.978 del Código civil, pues en caso contrario sería el de quince años señalado, en general, por el artículo 1.964, según el cual las acciones personales que no tengan término especial en otros preceptos, y la del artículo 1.905 debe tener un plazo corto de duración». (Considerando 3.º)

II. Derechos reales.

1. **EDIFICACIÓN EN TERRENO AJENO:** *El que edifica de buena fe en terreno ajeno tiene derecho a ser indemnizado.*

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: *Cuando se produce un perjuicio a una persona y paralelamente otra obtiene un beneficio, procede la aplicación de aquel principio.*

CONTRATO: CONFIRMACIÓN TÁCITA: *Aun celebrado el contrato sin que aparezca demostrada la manifestación de voluntad de una de las partes, es válido cuando existen actos inequívocos que suponen una confirmación tácita del mismo. [Sentencia 17 enero 1956.]*

Don M. G. demandó al Ayuntamiento de S. alegando que había convenido con él el derribo y la construcción de la Casa Consistorial. El Ayuntamiento demandado, al contestar, opuso que no existía ningún acuerdo del mismo en tal sentido. El Juzgado y la Audiencia lo condenaron de acuerdo con las pretensiones del demandante.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso porque, aun reconociendo «que no aparece adoptado acuerdo del Ayuntamiento, para que se realizara el derribo y construcción de un nuevo edificio para ser ocupado por el mismo, se parte de una realidad no discutida, cual es que la obra se ha ejecutado a presencia y con conocimiento de la corporación municipal, que incluso la hizo posible por un traslado a otro local hasta que se terminó, en cuyo momento la ocupó, actos que implican una confirmación del contrato, aun celebrado en forma inadecuada, pues no cabe atribuir al referido Ayuntamiento, obrando, como se dice por la recurrente, como persona jurídica, situación tan privilegiada que desconociera como entidad administrativa lo que como persona jurídica hubiera convenido, perjudicando legítimos derechos de los particulares, principio que sirve de base al enriquecimiento sin causa, en que, apreciado acertadamente por la Sala, principalmente se funda la sentencia recurrida, así como en el reconocimiento del derecho que atribuye al que edifica de buena fe en terreno ajeno el artículo 361 del C. c.»

OBSERVACIONES: No está claro el sentido en que se habla de la «confirmación del contrato», que ha sido «celebrado en forma inadecuada». Parece que la terminología no se emplea en el sentido que la técnica civil le atribuye. De confirmación de contrato se habla para designar aquel acto en virtud del cual se subsana el contrato mediante la renuncia a la acción de nulidad hecha por quien podría invocar el vicio o defecto de aquél (CASTÁN). Y en el caso de la sentencia no existía un negocio anulable. Ocurría que no aparecía adoptado acuerdo del Ayuntamiento. Y esta falta de acuerdo del Ayuntamiento no supone un contrato con un vicio de nulidad, sino falta de *declaración de la voluntad* del Ayuntamiento en la forma debida («forma inadecuada», dice la sentencia). Por eso sus actos posteriores, más que de «confirmación» en sentido técnico, deberían denominarse de «ratificación» en el sentido que a este término da el artículo 1.259 del C. c. (L. D. P.)

2. COMUNIDAD: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: *La división de la cosa común puede ser practicada extrajudicialmente, de común acuerdo con los interesados mismos, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes, o judicialmente, ejercitando la acción «communi dividundo».*

COMUNIDAD: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: SUS EFECTOS CON RELACIÓN A LOS COMUNEROS: *Los principales efectos de la división con relación a los comuneros, son: 1.º, propiedad individual; 2.º, que por ministerio de ley se entiende que cada comunero ha poseído exclusivamente, durante la proindivisión, la parte que al disolverse le correspondiere; 3.º, reclamación*

de pagos y rendición de cuentas, y 4.ª, mutua evicción y saneamiento. [Sentencia 7 febrero 1956.]

3. COMUNIDAD DE BIENES; DIVISION DE COSA COMUN: *No enerva la división el litigio existente entre otros comuneros sobre parte de la cosa común* [Sentencia 22 diciembre 1955.]

4. PRECARIO; DESAHUCIO; POSESIÓN DEL NUDO PROPIETARIO: *Si la actora usufructuaria convivió durante mucho tiempo con su hijo nudo propietario de la casa, en cuanto aquella recabe el uso exclusivo del inmueble, debe cesar tal convivencia.*

PRECARIO; DESAHUCIO; CUESTIONES COMPLEJAS: *No existe relación alguna que por complejidad no pueda ser discutida ni resuelta en un juicio de desahucio por precario.* [Sentencia 9 enero 1956.]

Nos parece ajustada a derecho la presente sentencia; el usufructuario tiene la posesión de la cosa, pudiendo «aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo» (artículo 480 C. c.); el nudo propietario está totalmente desprovisto de la facultad de poseer la cosa (art. 489) y a efectos del precario es como si fuera un extraño (G. G. C.).

5. PRECARIO; EXTINCIÓN DE RELACIÓN LABORAL: *Procede el desahucio por precario si, por mutua conformidad de las partes, dejó de existir un contrato de custodia o guardería, dando lugar a una «situación o estado indeterminado» en que el dueño del inmueble cedía o consentía el uso gratuito de la vivienda de guarda y la familia de éste ejercía una vigilancia implícita.*

PRECARIO; EXTINCIÓN DE RELACIÓN LABORAL; INEXISTENCIA DE NOVACION: *No puede conjunirse la extinción de la relación laboral de guardería con la transformación del contrato mediante novación, aunque quedara por efecto de aquella una situación puramente de hecho consistente en la ocupación material de la casa por el demandado.* [Sentencia 28 noviembre 1955; desestimatoria.]

Impecable el razonamiento de esta sentencia; sólo debe señalarse lo vago de la expresión «situación o estado indeterminado» que se recoge de los considerandos del Juzgado aceptados por la Audiencia, pareciéndonos más preciso hablar de «situación puramente de hecho consistente en la ocupación material de la casa» (G. G. C.).

6. CENSO ENFITÉUTICO; CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN: *Aunque el censo se establece normalmente por escritura pública, hay que admitir también como medio de adquirirlo la prescripción extraordinaria, sin buena fe ni justo título.*

CENSO ENFITÉUTICO; CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN «CONTRA TABULAS»: *No obsta a la usucapión del establecimiento o enfiteusis el hecho de que en el Registro de la Propiedad figure mencionado el predio como enclave y parte integrante de otra heredad, porque se está en presencia de prescripción extraordinaria «contra tabulas» que pone de manifiesto la dis-*

cordancias entre la inscripción y la realidad extrarregistral, prescripción que ha de ser respetada de acuerdo con los artículos 35, párrafo último, y 36 de la Ley Hipotecaria.

CENSO ENFITÉUTICO: POSESIÓN EN CONCEPTO DE ENFITÉUTA: SU PRUEBA: Está completamente demostrada por los recibos de la merced pagada, suscritos por el actor y antepasados, haciendo constar en ellos que la cantidad recibida obedecía a tenencia de la finca dada precisamente a censo, figura jurídica inconfundible aun para labradores y propietarios, con el arrendamiento o masovería.

CENSO ENFITÉUTICO: CONTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN: LA DETERMINACIÓN EN LA SENTENCIA DE LAS CONDICIONES DEL ESTABLECIMIENTO NO IMPLICA INCONGRUENCIA: ECONOMÍA PROCESAL: El hecho de que en el pleito no se hayan discutido las condiciones en que habría de entenderse constituido el censo no determina incongruencia en el fallo que las señala, porque partiendo del nacimiento del censo a la vida del Derecho, era obligado hasta por razones de economía procesal fijar sus condiciones, como en efecto fueron especificadas las que se consideran corrientes (laudemio, amortización, retracto, firma, cabrevación y redención) y son admitidas como inherentes al censo en la generalidad de los casos de establecimiento o enfiteusis en Cataluña.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM» DE POSESIÓN: En materia posesoria el Registro de la Propiedad ampara el derecho inscrito con presunción «iuris tantum» que se desvirtúa mediante prueba en contrario apreciada por el Tribunal de instancia. [Sentencia 23 febrero 1956.]

7. CENSOS EN CATALUÑA: COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: La jurisdicción ordinaria es fuente o raíz de toda jurisdicción, y por ello goza de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de casos que se ofrezcan dudosos. [Sentencia 15 de febrero 1956.] (Ha lugar).

A. Se trataba de redimir un censo declarado como tal por el Tribunal Supremo antes de la promulgación de la Ley de Censos para Cataluña de 31 de diciembre de 1945. El censatario tras de intentar infructuosamente la redención, llevando a efecto lo resuelto por la Sala, mediante la valoración de las obligaciones censuales, promovió juicio declarativo con esta finalidad, al que se opuso la censalista, alegando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, por estimar que el conocimiento correspondía al Tribunal Arbitral creado por aquélla ley.

B. El Tribunal Supremo da lugar al recurso sentando la doctrina expuesta, que ya tenía su antecedente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 17 de junio de 1955 al resolver un caso bastante análogo. En efecto, en la esfera civil, la administración de justicia está reservada, en principio a Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, pues queda limitada la función jurisdiccional de Jueces y Tribunales especiales a las cuestiones que determinadamente les atribuye la Ley, y a las que se suscitan después de estar promulgada, salvo que tengan carácter retroactivo. Es indudable que en este caso el Tribunal Arbitral carecía de jurisdicción, ya que sus atribuciones se limitan a la aplicación de la Ley de 1945, que regula la valoración de las obligaciones en cuestión en forma dis-

tinta a como las regula el Código civil, que era el previsto por el título; en este caso la Sentencia en que se reconocía la redimibilidad. (A. I.)

8. TITULARIDAD APARENTE Y TITULARIDAD REAL; COMUNIDAD OCULTA: *El pacto por virtud del cual una persona consiente de buena fe en favor de otra que ésta ostente la titularidad externa y única de una comunidad, no impide que, al quebrantar las bases de aquélla, que son la confianza y la buena fe, sea declarada y reconocida, con plenitud de efectos la comunidad existente.* [Sentencia de 23 de diciembre de 1955.]

El causante de los demandantes y el demandado habían convenido que este último adquiriera por cuenta de ambos una determinada finca. Adquirida ésta, queda su titularidad a favor del demandado que, incluso, la inscribió a su nombre en el registro, también por acuerdo de las partes.

Los demandantes promovieron el pleito suplicando que se declarase la existencia de la comunidad y que esta declaración surtiera sus debidos efectos en el Registro de la Propiedad, condenando al demandado a rendir cuentas del condominio. El demandado formalizó reconvencción suplicando se estimase resuelta su obligación y se declarase la obligación de los demandantes de indemnizarle daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera instancia, estimó parcialmente lo mismo la demanda que la reconvencción. Declaró que la comunidad en cuestión debía entenderse subsistente; que, por su carácter privado, había de estarse en cuanto a su continuación o conclusión a lo convenido; que se tenían por rendidas y aprobadas las cuentas presentadas por el demandado cuya liquidación habría de hacerse en la forma que se indicaba. Desestimó los restantes pedimentos de la demanda y de la reconvencción.

La Audiencia Territorial modificó la sentencia de Primera instancia sólo en lo relativo a la rendición de cuentas.

Interpuesto recurso de casación por el demandante —alegando violación de los artículos 1.281 y 1.284 del C. c., interpretación errónea del artículo 1.280 y violación de los artículos 1.216 del C. c. y 2, 6 y 40 de la L. H., e incongruencia de la sentencia recurrida, violación de los artículos 1.258, 399 y 400 del C. c.— el T. S. declaró haber lugar al recurso revocando parcialmente la sentencia recurrida para dar acceso a la comunidad declarada al Registro de la Propiedad. Para ello rectifica la errónea interpretación del contrato llevada a cabo por el juzgador de instancia que había entendido que la mencionada comunidad se pactó con carácter particular, con efectos únicamente entre los contratantes. El T. S. lo rechaza: «pues, aunque así se pactare, cosa que no es evidente ni mucho menos, como luego se verá, siempre sería un pacto accesorio, de mutua confianza, un pacto de honor, por el cual una de las partes consentía de buena fe en favor de la otra la titularidad externa y única de la comunidad, con finalidad desconocida y que ni siquiera trataron de descubrir las partes, que por su carácter no arrastra, destruyéndole, el contrato principal, sino que, por el contrario, lo accesorio ha de estarle supeditado y ceder ante él, cuando al exteriorizar por faltar al mismo y quebrar las bases de su otorgación, como lo son la confianza y la buena fe aludidas, es necesario acudir a los Tribunales para ser declarada y reconocida una comunidad oculta, pero real, por el incorrecto

proceder de quien pretendió aprovecharse haciéndola suya y negando el derecho que corresponde al copartícipe y cuyo respeto hay que imponerle coactivamente».

Y continúa diciendo el T. S.: «queda indiscutiblemente al descubierto un negocio jurídico de confianza, cual era aquél por virtud del que se autorizaba al demandado para adquirir a su nombre e inscribir en el Registro una cosa que no era suya exclusivamente, sino en comunidad con los otros litigantes o su causante, y aquel fallo que se pronuncie entre las propias partes que tal negocio de confianza realizaron, que no contradice la Ley, ni la moral, ni el orden público, no puede menos de producir entre ellos todas las consecuencias legales, que se derivan de lo pactado y fallado y que están conformes con lo que en uno y otro acto quisieron: dar realidad a una comunidad, que, al plasmarse en una sentencia, la proclama «erga omnes», con la salvedad de los terceros hipotecarios y, en su caso, de los meramente civiles en el sentido que el C. c. los protege, descubre una desconformidad entre la realidad y el Registro que debe desaparecer y para lo que es medio legal procedente la declaración y condena contenida en sentencia pronunciada por los Tribunales de Justicia dentro de los límites de su competencia.

OBSERVACIONES: La Sentencia anotada plantea algunos problemas realmente interesantes. Es el primero de ellos el de la naturaleza del negocio por virtud del cual una de las partes autoriza a la otra para que adquiera e inscriba a su nombre la cosa que en realidad pertenecía a la comunidad. La sentencia habla de un «pacto de mutua confianza», de un «pacto de honor» y, líneas después, de un «negocio jurídico de confianza», con lo cual parece aludir, aunque expresamente no lo haga, al concepto técnico de negocio fiduciario y, más concretamente, al de pacto de fiducia, respecto del cual dice que es un «pacto accesorio» supeditado al contrato principal de tal manera que debe ceder ante él.

El segundo extremo que tampoco trata con absoluta claridad la Sentencia es el de la naturaleza de la situación jurídica que aquel negocio crea entre las partes. Nos hallamos, dice, en presencia de una «comunidad oculta, pero real» en la cual uno de los comuneros asume la «titularidad externa y única». Con estas palabras parece estar haciendo referencia, aunque tampoco lo diga expresamente, a los conceptos de titularidad aparente y de titularidad fiduciaria, creadas en favor de uno de los condóminos como consecuencia del pacto de confianza.

Por último, al referirse a los efectos de aquellos negocios y titularidades, los hace descansar en la buena fe y en la confianza, de tal manera que al quebrar la base que los fundamenta debe declararse y una vez puesta de manifiesto, producir plenos efectos jurídicos, no sólo entre las partes, sino también frente a terceros, la situación subyacente.

De todas maneras parece que, dados sus términos —el recurso se fundó y la sentencia de instancia fué casada fundamentalmente por errónea interpretación del contrato— la doctrina establecida es muy difícil generalización. (L. D. P.)

9. TITULARIDAD APARENTE: TERCER ADQUIRENTE: MALA FE: Existe mala fe en el adquirente cuando conocía que la propiedad de los bienes no pertenecía a su titular aparente—ni a sus herederos, con quienes contrató—, sino a una comunidad de personas. [Sentencia 26 noviembre 1955.]

OBSERVACIONES: El supuesto de hecho de que se parte es muy semejante al de la Sentencia de 22 de diciembre de 1955, anotada en estas mismas líneas. Determinadas cosas, pertenecientes en realidad a una comunidad de personas, se hallan inscritas a nombre solamente de una de ellas (titular aparte). Pero el problema no se plantea aquí entre las mismas partes, como en el caso anterior, sino entre las partes y un tercero que había adquirido del titular aparente. Por ello el problema es más fácil de resolver. En trance de determinar la legitimidad de la adquisición, aplica el T. S. el principio de buena fe y desestima el recurso por haber quedado demostrado que el adquirente, que había contratado solo con el titular aparente, conocía la existencia de la situación subyacente, esto es, la existencia de la comunidad.

III. Derecho de obligaciones.

1. EL ARTÍCULO 1.124 C. C. Y EL PRÉSTAMO: *Incumple el contrato el prestatario que ofrece una garantía ficticia para responder del pago y es aplicable en tal supuesto el artículo 1.124 C. c.*

SUSTITUCIÓN DE ACREEDOR: *Si fué el mismo demandado el que la realizó, no puede escudarse en ella para eludir la responsabilidad que se le exige.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: VALOR: *La confesión en juicio, prestado bajo juramento indecisorio, es un elemento probatorio de igual entidad y eficacia que las demás pruebas y debe ser examinada en concurrencia con ellas.*

INDIVISIBILIDAD: *No es lícito en casación dividir la confesión aceptando la parte que pueda convenir al recurrente y haciendo caso omiso de la que no le conviene.*

INCONGRUENCIA: *No existe cuando hay adecuación entre la petición subsidiaria de la demanda y el fallo. [Sentencia 26 noviembre 1955; no ha lugar.]*

2. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: *En una obligación alternativa en que la elección corresponde al acreedor, no puede decirse que el deudor haya incumplido la obligación ni incurrido en mora mientras no se haya producido la concentración y haya sido notificada fehacientemente al obligado.*

CONTRATO DE RENTA VITALICIA: LA CLÁUSULA REVOCATORIA DE LA TRANSMISIÓN PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO, DESNATURALIZA EL CONTRATO: *El contrato de renta vitalicia, según el artículo 1.802 del Código civil, no permite otra carga que el pago de la pensión. Al ser condicionado en cuanto a su subsistencia por una cláusula de revocación de la transmisión para caso de incumplimiento, queda privado de su especial característica y surge una figura de unión de contratos de dependencia bilateral o unilateral, o un contrato combinado. [Sentencia 2 marzo 1956.]*

«... que en el primer motivo del recurso, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se supone que el fallo recurrido viola por interpretación errónea los artículos 1.802 y 1.805 del Código civil en cuanto niega que «la estipulación primera de la escritura del pleito (sic), sea constitutiva de un contrato de renta vitalicia y declara que es un concierto *sui generis* de naturaleza sinalagmática e innominada, regida por la teoría general de las obligaciones»; que es lo cierto que si

bien de los términos literales de esta estipulación primera de la escritura pública de 10 de febrero de 1947, pudiera deducirse que las partes se propusieron crear un contrato de renta vitalicia, esta estipulación está desnaturalizada por la segunda en la que el recurrente acepta la transmisión de los bienes, pero sin poder enajenarlo en vida del transmitente y de su esposa y quedar sin efecto si no se cumple la obligación contraída en los términos consignados, es decir, que esta cláusula no autoriza a admitir que se haya operado en firma la transmisión del dominio, requisito indispensable para que exista el contrato de renta vitalicia a tenor del artículo 1.802 del Código civil, que no permite otra carga que el pago de la pensión y con el cual guarda una perfecta concordancia al artículo 1.805 del mismo Cuerpo legal, derivada de la relación pura y simple creada por este contrato, que al ser condicionado en cuanto a su subsistencia en los términos en que lo ha sido, con expresa revocación de la transmisión, le priva de su especial característica y hace surgir una figura de unión de contratos con dependencia bilateral o unilateral, en lo que querido es un todo en reciproca dependencia y en el cual aparece clara la voluntad de las partes de que la revocación de uno de estos pactos lleve consigo la del otro, contrato combinado, hoy sobrepasado por la técnica moderna y que nuestro Código sustantivo admite dado el contenido del artículo 1.255 y del que hace aplicación concreta a determinadas relaciones contractuales, razones que hacen desestimable este primer motivo». (Considerando 1.º)

3. PLURALIDAD DE ACREEDORES: MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD: REGLA GENERAL: *La regla general en nuestro derecho es la mancomunidad y la solidaridad la excepción.*

PLURALIDAD DE ACREEDORES: EXPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD: *El artículo 1.137 del C. c. no exige que se emplee expresamente la palabra solidaridad; basta que los términos empleados por su significación gramatical y lógica evidencien que fué aquella la intención de las partes.*

PRÉSTAMO: PACTO DE GARANTÍA: *El contrato de préstamo otorgado con el expreso fin de adquirir una cosa, pactándose, como garantía en caso de incumplimiento, que el acreedor se haría cargo de la cosa adquirida, es válido y eficaz.*

PRÉSTAMO: USURA: *Cuando la ley decidiera nulos los préstamos en que se estipule un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, ambos elementos deben conjugarse y condicionarse entre sí.*

PRÉSTAMO: USURA: *Revela su falta el hecho de que la suma prestada quedará sometida al riesgo de un negocio industrial, del cual no queda el prestamista garantizado, ni por solvencia del prestatario ni por la permanencia de las cosas en su poder. [Sentencia 12 noviembre 1955.]*

4. CLÁUSULA PENAL; INTERPRETACIÓN: *Es perfectamente compatible el pago de la sanción y el cumplimiento de la obligación principal. [Sentencia 10 enero 1956.]*

5. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: MORA DEL DEUDOR: Véase Sentencia 26 noviembre 1955 (I, 20).

6. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: FUERZA MAYOR: *Si bien la existencia de fuerza mayor constituye una deducción jurídica, no lo es el examen y valoración de los hechos que han servido al Juzgador de premisa para aquella deducción.*

PRUEBA: ERROR DE HECHO: *El recurso de casación no puede fundarse en la infracción del artículo 1.243 del C. c., que es una norma formal ni en la del 1.248, que es un precepto simplemente admonitivo.* [Sentencia 10 febrero 1956.]

7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUISITOS: *Son la realidad del daño, la culpabilidad del demandado en el cumplimiento de sus obligaciones y la relación causal directa entre el daño producido y la imprevision o negligencia de su autor.* [Sentencia 9 febrero 1956.]

8. DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA: *La existencia de los mismos no se deduce fatal y necesariamente de que haya sido privado un sujeto del disfrute de una cosa, pues hay que acreditar que si la hubiera tenido en su poder habría logrado determinado beneficio* [Sentencia 21 diciembre 1955; no ha lugar.]

9. PAGO POR MANDATO JUDICIAL CON RESERVA DE ACCIONES EN EL FALLO: *No es condicional, sino puro y definitivo, el pago hecho acatando lo dispuesto en el fallo de un Tribunal laboral, en el que se hacia constar como reserva o admonición que quedaban a salvo las acciones que pudieran corresponder al condenado, para ejercitarlas en la jurisdicción ordinaria.*

PAGO POR UN TERCERO Y PAGO DE LO INDEBIDO: ARTICULOS 1.158 Y 1.895 DEL CÓDIGO CIVIL: *El que pagó por otro una deuda existente y real, no puede reclamar al que cobró lo que se debía, sino a aquel por quien pagó, pues no hubo pago de lo indebido, sino pago por otro sin obligación de hacerlo.*

PAGO POR ERROR: *No puede alegarse el error cuando el pago se hizo en cumplimiento de un mandato judicial.* [Sentencia 7 febrero 1953.]

A. Después de caducada la póliza de seguro que cubría riesgos de accidentes de trabajo y que vinculaba a un patrono con una Mutualidad de Seguros, sobreviene un accidente y el accidentado demanda ante la Magistratura del Trabajo al patrono y a la Mutualidad. Alegada por ésta la insubsistencia de la póliza, la Magistratura del Trabajo dictó sentencia condenando a la Mutualidad a que constituyese en la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo el capital suficiente para asegurar al reclamante una renta vitalicia equivalente al 75 por 100 de su jornal, considerando que «las relaciones jurídicas entre patrono y Compañía de Seguros, en lo que se refiere a subsistencia de la póliza o contenido de las cláusulas y alcance de las mismas, es cuestión que no puede ser observada ni examinada en esta jurisdicción, a la que basta simplemente el hecho del seguro».

La Mutualidad se conformó con el fallo y comunicó a la Caja Nacional que iba a consignar el capital y que se proponía deducir demanda civil contra el patrono, o sea, contra la otra parte contratante en la póliza en cuestión, ya extinguida.

Después de entregar en dicha Caja 80.000 pesetas, presentó ante la jurisdicción ordinaria la oportuna demanda y obtuvo sentencia favorable declarando la inexistencia de la póliza en la fecha del accidente, y que, en consecuencia, la Mutualidad no era subsidiaria del patrono por las responsabilidades dimanantes del accidente, «sin que por consiguiente viniera obligada a depositar y constituir los capitales necesarios para asegurar el pago de las rentas a los obreros accidentados en el siniestro y que, por tanto, la Mutualidad ... tenía derecho a levantar el depósito que hubo de constituir».

La Caja Nacional (que no fué parte en dicho proceso), se niega a la devolución del capital, y la Mutualidad presenta demanda contra ella en juicio declarativo de mayor cuantía, en reclamación de cantidad, intereses y costas, «ejercitando la acción que se le había reservado expresamente en la sentencia dictada por la Magistratura del Trabajo».

La Audiencia confirmó el fallo desestimatorio del Juzgado, e interpuesto por la Mutualidad demandante recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo *no da lugar al mismo*.

B. OBSERVACIONES: El complicado conjunto de litigios que se ha resumido en los hechos expuestos, se desarrolló a través de tres procesos: 1. Reclamación del accidentado ante la Magistratura del Trabajo, que terminó en sentencia condenando a la Mutualidad al pago de la indemnización, pues el examen de la subsistencia de la póliza de seguros no corresponde a la jurisdicción laboral. 2. Demanda de la Mutualidad contra el patrono ante la jurisdicción ordinaria para que se declarase la insubsistencia de la póliza en la fecha del siniestro y la consiguiente irresponsabilidad subsidiaria de la demandante; y 3. Demanda de la Mutualidad contra la Caja Nacional de Accidentes del Trabajo pretendiendo la devolución del capital constituido en cumplimiento del fallo de la Magistratura del Trabajo, demanda que es desestimada en ambas instancias, sin que el Tribunal Supremo dé lugar al recurso.

Las alegaciones contenidas en éste de que la Mutualidad pagó lo indebido o pagó con error, son infundadas; y con acierto las rechaza el Tribunal Supremo, afirmando que se trata del pago hecho por un tercero, caso del artículo 1.158 del Código civil, y no del pago de lo indebido, regulado en los artículos 1.895 y siguientes. Parece natural que la segunda demanda debió ampliarse con la pretensión de que, declarada la no vigencia de la póliza en la fecha del accidente y la consiguiente falta de responsabilidad subsidiaria de la Mutualidad, se condenase al patrono, como deudor directo y exclusivo del pago de la indemnización, a satisfacer a la demandante el importe del capital constituido por ésta en la Caja Nacional de Accidentes del Trabajo. Evidentemente, el tercer proceso no se habría iniciado si el fallo del Juzgado en el segundo no hubiera inducido a error a la Mutualidad al declarar que ésta «tenía derecho a levantar el (mal llamado) depósito que hubo de constituir».

10. COMPENSACIÓN: *Su concepto: Se establece en nuestro Código como un medio extintivo de las obligaciones cuando dos personas por derecho propio sean recíproca, y principalmente acreedoras y deudoras una de la*

otra de dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad, líquidas, vencidas, exigibles y libres de retención o contienda.

COMPENSACIÓN: EXCEPCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1.200 DEL CÓDIGO CIVIL: *La excepción contenida en el artículo 1.200 según la cual la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniese de depósito o de las obligaciones del depositario o del comodatario, no admite, por su naturaleza, interpretación extensiva, sino que ha de aplicarse estrictamente en los supuestos que contempla.*

CONTRATO DE DEPÓSITO: NOTAS CARACTERÍSTICAS: *De la definición del artículo 1.758 del Código civil puede concluirse que el depósito se caracteriza por la entrega de cosa y la estricta finalidad de custodia.*

ALBACEAZGO: *El albacea no puede ser considerado como depositario de los fondos que tiene en su poder por razón del cargo y para poder cumplirlo.* [Sentencia 31 enero 1956]

11. **NOVACIÓN:** TIPOS: **NOVACIÓN TÁCITA:** Véase Sentencia 20 diciembre 1955 (III, 38).

12. **CONTRATACIÓN IMPUESTA:** **INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA:** Véase Sentencia 8 febrero 1956 (D. m., 3).

13. **PRINCIPIOS DE DERECHO:** «PACTA SUNT SERVANDA»: Véase Sentencia 25 enero 1956 (15)

14. **INTERPRETACION:** **INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.258, 1.281 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL:** V. Sentencia 7 febrero 1956 (D. m., 1).

15. **CONTRATO:** **ILICITUD:** *Carecen de eficacia las convenciones que tienen una finalidad ilícita.*

SOCIEDAD: **LICITUD DEL OBJETO:** *El contrato de sociedad exige para su validez que el objeto propuesto por las partes sea lícito.*

PRINCIPIOS DE DERECHO: «PACTA SUNT SERVANDA»: *La obligatoriedad de los pactos se produce cuando son éstos lícitos, pero no cuando carecen de esta cualidad.* [Sentencia 25 enero 1956.]

OBSERVACIONES: El actor y los demandados convinieron en septiembre de 1936, en zona roja, la explotación en común de una empresa de transportes, acordando la incautación por la «cooperativa» que formaban, de todos los «camiones de la villa dedicados al servicio de transportes públicos», sometiéndose a la disciplina de la U. G. T., que había de aprobar dicho convenio.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso porque «la convención carece de la eficacia prevenida para los contratos en los artículos 1.255, 1.256 y 1.261 del C. c. al no concurrir los requisitos esenciales, por ser las estipulaciones contrarias a las leyes, e inexistente y sin fuerza de obligar»; igualmente señaló que «tampoco se incurre en la violación de los artículos 1.665 y 1.666 del C. c. sobre el contrato de sociedad, pues éste exige un objeto lícito y no lo es el documento referido; y, por último, que «el principio de derecho pacta sunt servanda ha sido respetado, porque ha de sobreentenderse a los pactos lícitos y no a los carentes de esa cualidad».

16. **ANULABILIDAD POR DOLO:** **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN:** *Regida por disposiciones especiales la acción de anulabilidad por dolo apreciada por la sala sentenciadora, ceden ante ellas las reglas generales que gobiernan la prescripción y no es aplicable el plazo de quince años.* [Sentencia 21 febrero 1956.]

17. CONTRATOS: CONFIRMACIÓN TÁCITA: Véase Sentencia 17 enero 1956 (II, 1.)

18. LESION ULTRA DIMIDIUM EN CATALUÑA: RENUNCIA A LA ACCION: Hay presunción «*uris tantum*» de engaño del comprador, «*engany de mitge*» o necesidad agobiante del vendedor que sucumbe ante exigencias de la otra parte, en la renuncia de la acción rescisoria por lesión enorme o *enormísim*a hecha en el contrato de compraventa, creándose una situación antijurídica e inmoral, muy próxima al dolo, al abuso del derecho o al enriquecimiento injusto, y debe por ello estimarse en principio viciada de nulidad dicha renuncia.

EXCEPCIONES A LA NULIDAD DE LA RENUNCIA: VALOR DEL PROYECTO DE COMPILACIÓN: Pueden admitirse como tales: a) Que sea posterior a la celebración del contrato, pues se presume el «*animus donandi*», y en tal criterio se inspira el artículo 529 *in fine*, y a contrario sensu del Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña, que aun sin revestir de momento el rango de norma legal, marca una orientación legislativa autorizada y merecedora de tomar en consideración al aplicar reglas de Derecho foral Catalán; b) Que a la renuncia por el vendedor de la acción rescisoria, acompañe la del comprador de su derecho de evicción y saneamiento. [Sentencia 23 noviembre 1955; no ha lugar.]

19. PRECONTRATO: NATURALEZA: La nota peculiar del precontrato está en la indeterminación específica del convenio, que los interesados quieren celebrar en definitiva, de tal manera que para conseguir esta finalidad se hace preciso el otorgamiento de un nuevo contrato por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados.

PRECONTRATO: CONSUMACIÓN: Para la consumación de la promesa de contrato, no se quiere una nueva y especial manifestación de voluntad, cuando esta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario.

SOCIEDAD: PERFECCIÓN: Es un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento.

SOCIEDAD: FORMA: Para el nacimiento de la vida interna de la sociedad o relación de los socios entre sí no es indispensable el otorgamiento de escritura pública. [Sentencia 21 diciembre 1955.]

OBSERVACIONES: La doctrina sentada por la Sentencia sobre la naturaleza y efectos de la promesa de contrato o precontrato merecen a guisa observación.

Sobre lo primero—naturaleza del precontrato—dice la Sentencia que «en trance de calificación jurídica de las estipulaciones expuestas, la doctrina científica, pese a su copiosa elaboración, no ofrece criterio seguro y predominante en torno al concepto y efectos del precontrato, contrato preliminar, preparatorio, pactum de contrahendo o promesa de contrato, pero a los fines de esta contienda es suficiente la doctrina jurisprudencial que busca la nota peculiar del precontrato en la indeterminación específica de los requisitos esenciales de: convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para conseguir esta finalidad el otorgamiento de un futuro contrato, por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados—Sentencias de 5 y 9 de junio de 1940, entre otras—y, marcando nuevo cauce para distinguir el pacto preliminar del contrato definitivo, ha seguido la pauta clara y precisa que señalan los jalones del convenio imperfecto, perfeccionado y consumado».

Aunque admitiéramos el punto de partida de esta argumentación —que la doctrina científica, pese a su copiosa elaboración no ofrece un criterio seguro y predominante—, no podríamos estar de acuerdo con su conclusión. Porque, es lo cierto que, cualquiera que sea el punto de vista desde que se contemple, el precontrato ha sido y debe ser considerado siempre como tal contrato —completo y perfecto—; un contrato completo y perfecto al cual puede atribuirse la finalidad de obligar a las partes a celebrar un contrato posterior —tesis clásica—, de establecer las bases para el desenvolvimiento de la relación negocial, o de otorgar a las partes la facultad de ponerlo en vigor; pero lo que no puede hacerse es configurarlo como un «convenio imperfecto», cuya nota peculiar radica en la «indeterminación específica de los requisitos esenciales»; porque con una indeterminación específica de los requisitos esenciales no existe contrato (cfr. art. 1.261 del C. c.) y no puede olvidarse que el precontrato lo es. Configurar el precontrato como «convenio imperfecto» es algo que en buena técnica no puede admitirse porque el convenio imperfecto jurídicamente no es un convenio. Más aún: carece de sustantividad.

Sobre el segundo extremo —efectos del contrato—, dice la Sentencia que «para la consumación de la promesa de contrato no se requiere una nueva y especial declaración de voluntad, cuando ésta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario». Se reitera con ello la acertada dirección tomada por la S. de 1 de julio de 1950. Sobre ello puede verse en este ANUARIO, tomo III, fasc. 4, el trabajo del profesor CASTRO: *La promesa de contrato*, pág. 1133 y sigs., y el comentario a la Sentencia citada de GONZÁLEZ ERIQUEZ, pág. 1383 y sigs. (L. D. P.)

20. COMPRAVENTA DE INMUEBLES CON PRECIO APLAZADO Y PACTO COMISÓRIO: ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL: *AMBITO DE SU APLICACIÓN: La norma del artículo 1.504 es específica y de ineludible aplicación en el debate de la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles con pago aplazado y pacto comisorio. El artículo 1.504 no es aplicable a la opción o promesa de venta. La acción resolutoria del vendedor no surge de modo automático por el incumplimiento del comprador, sino que su derecho queda como en suspenso hasta que al producirse el requerimiento judicial o notarial desaparece para el comprador la posibilidad de pagar y queda expedito al vendedor el camino para instar la resolución. El requerimiento, cuyo fin es obstar formalmente el pago hecho ya fuera del plazo convenido, ha de ser diferente y previo a la demanda de resolución.*

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL: *OFRECIIMIENTO FORMAL DE PAGO HECHO POR EL COMPRADOR: Ofrecido el pago del precio por el comprador mediante acta notarial, antes de que por el vendedor se le manifestase, judicial o extrajudicialmente, su voluntad de dar por resuelto el contrato, no puede dicho vendedor rechazar la oferta de pago.*

ACTA NOTARIAL DE OFRECIIMIENTO DE PAGO: ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL *VALOR DE AQUELLA COMO DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS DE CASACIÓN: Tal acta tiene la cualidad de documento auténtico a efectos de casación pues a tenor del artículo 1.218 del Código civil, hace prueba aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, precisamente los dos datos que sirven para acreditar la voluntad cumplidora del deudor ofreciendo el pago, y que tal ofrecimiento fué anterior a la interpelación judicial efectuada mediante la demanda. [Sentencia 30 diciembre 1955.]*

21. **RETRACTO DE COMUNEROS:** *Nace en el momento en que uno de los condueños enajena su derecho a un extraño a la comunidad.*

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS: *Por la cesión de todos los derechos que por cualquier título le correspondían en la herencia, quedó la cesionaria en la misma situación de copropiedad de la cedente en la comunidad, y por ello le cabe el ejercicio del derecho de retracto. [Sentencia 14 noviembre 1955; ha lugar.]*

Concordancias: Sentencias de 7 de febrero 1944, 11 junio 1951.

22. **RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA:** *Los retractos legales son limitaciones a modo de cargas del derecho público, motivadas por el interés general y que no constituyen desmembraciones del dominio sobre el cual actúan.*

PROCEDENCIA: *La existencia de los elementos que legalmente aíslan la finca objeto del retracto de la colindante impiden al dueño de ésta el ejercicio de este derecho, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.523 del C. c. Del mismo modo, aunque sea colindante, no podrá ejercitarse por el dueño de una finca urbana. [Sentencia 17 diciembre 1955; no ha lugar.]*

23. **DONACIÓN SIMPLE Y DONACIÓN REMUNERATORIA:** Véase Sentencia de 7 de diciembre de 1955. (III, 86).

24. **DONACIONES EN EL DERECHO FORAL NAVARRO:** *El juramento asertorio ante Notario o la insinuación ante el Juez competente que como requisito de ciertas donaciones imponen las leyes 2.ª y 3.ª del tit. 7.º, lib. 3.º de la Nov. Recp. de Navarra, sólo es necesario en las puras y meras donaciones, no en las que tienen otras causas, como las que se hacen en favor de matrimonio o la remuneratorias. [Sentencia 18 noviembre 1955; no ha lugar.]*

25. **ARRENDAMIENTO DE SOLAR SOMETIDO AL C. C.: DESAHUCIO POR INFRACCIÓN DE CONDICIONES ESTIPULADAS EN EL CONTRATO:** *Si el contrato precisaba la prohibición de hacer obras sin permiso escrito del arrendador, la realización de una obra, aunque sea de carácter provisional y fácilmente desmontable, da lugar al desahucio. [Sentencia 22 diciembre 1955; no ha lugar.]*

26. **ARRENDAMIENTO SOMETIDO A LA LEGISLACIÓN COMÚN: RESOLUCIÓN:** *La resolución del contrato arrendaticio, de no estar de acuerdo ambas partes en aceptarla, exige una declaración judicial como se previene en los artículos 1.124 y 1.156 del C. c.*

CONTRATO DE OPCIÓN: *El contrato de opción de compra concedido al arrendatario por el tiempo que dure el contrato de arrendamiento existirá hasta la declaración judicial de resolución. [Sentencia 12 diciembre 1955; no ha lugar.]*

27. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA:** *Es doctrina reiterada que cuando se cede en arriendo un conjunto de elementos debidamente organizados y apto para obtener inmediatamente un producto económico, lo que constituye una unidad patrimonial con vida propia, ese arrendamiento es de industria aunque se encuentre por el momento inactiva, pero en condiciones de que*

el arrendatario la ponga en marcha con los medios que se le entregan. [Sentencia 30 enero 1956; desestimatoria.]

28. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE VINOS: LEGISLACIÓN APLICABLE: El arrendamiento de industria de vinos por el que se cedió no sólo el inmueble sino también todos los útiles necesarios, a más de un establecimiento con su clientela, está sometido a la legislación común por aplicación del artículo 4.º de L. A. U. [Sentencia 9 enero 1956; no ha lugar.]

29. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA ALFARERA: Si además del contrato fué suscrito por ambas partes una relación o inventario de las alpatanas entregadas, que comprenden todos los enseres, trastos y utensilios necesarios para la industria alfarera, con la facultad de servirse de ellos y obligación de devolverlos en el estado en que los recibiera a la terminación del arriendo, probándose además que dichos efectos son los que actualmente emplea el demandado en la industria, ha de concluirse que el arriendo cuestionado es de industria y no sólo de local de negocio.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: La mera indicación de la palabra «casa» no prueba que el arrendamiento no fuera de industria, ya que es dentro de la casa, como edificio, donde se contienen los elementos que figuran en el inventario a los cuales se extiende el contrato.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: PROCEDIMIENTO: Dirigida la demanda a la resolución del contrato de arrendamiento de industria, no existe exceso o abuso en el ejercicio de la jurisdicción que le está atribuida al juzgador al tramitarla por el juicio verbal, sino que fué correcta su posición. [Sentencia 18 enero 1956; desestimatoria.]

30. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DESTINADO A VENTA DE TURRONES DURANTE NAVIDAD: ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: No cabe negar conceptualización de local de negocio al local que parcialmente se arrienda para instalar en él un puesto de venta de turrones durante las fiestas de Navidad, sin que obste el que posea más o menos condiciones de habitabilidad, con tal que las posea para la explotación mercantil a que se destinó; pero su arrendamiento, por ser de temporada no está protegido por LAU.

ARRENDAMIENTO URBANO: PROCEDIMIENTO: Si estimó el actor, hoy recurrente, que la acción encaminada a recuperar la posesión de un local de negocio arrendado para la venta de turrones, envuelve cuestiones de LAU, el trámite a seguir tenía que ser el de lo incidentes, y no puede en el recurso alegar que el procedimiento fué inadecuado. [Sentencia 8 noviembre 1955; desestimatoria.]

El arrendatario ejerció acción declarativa de la subsistencia del contrato de arrendamiento sobre el indicado local, que Juzgado y Audiencia desestimaron, no dando el Supremo lugar al recurso.

31. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETROACTIVIDAD GENERAL DE LA LEY: La irretroactividad de los preceptos comprendidos en los indicados capítulos de la LAU no significa, sino que aquéllos no pueden aplicarse a los hechos

nacidos antes de entrar en vigor la Ley, pero en modo alguno que no hayan de aplicarse a hechos surgidos después de su vigencia, los efectos de los cuales han de ser juzgados conforme a dicha ley aunque los contratos a que dichos hechos se refirieran se hubiesen celebrado antes de su vigencia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: REPERCUSIÓN DE AUMENTOS DE CONTRIBUCIÓN: Las disposiciones de la Ley sobre repercusiones a los inquilinos de los aumentos de contribución sobre la finca arrendada, son aplicables a un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1939, e infringe la Disposición Transitoria 12 por interpretación errónea y las también disposiciones transitorias 1.ª y 2ª y el artículo 1.º de la Ley por violación consistente en su falta de aplicación, la sentencia que, entendiéndolo contrario, cree aplicables al caso debatido las disposiciones contenidas en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRAMA POR EL ARRENDADOR ENTRE LOS ARRENDATARIOS DE LAS DIFERENCIAS POR ELEVACIÓN DE CONTRIBUCIONES: El artículo 126 es una consecuencia lógica de los principios de limitación de renta y prórroga obligatoria de los contratos para el arrendador, ya que si no fuera así, la reciprocidad que rige las obligaciones bilaterales podría resultar quebrantada en cuanto tales aumentos contributivos podrían absorber la renta y el arrendador no obtener la compensación debida a la prestación por él realizada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: El régimen de libertad establecido por la L. A. U. en cuanto a la duración y renta de los subarriendos, no regía para los concertados antes de su vigencia, a los que eran aplicables la prórroga obligatoria y la limitación de renta.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDOS NACIDOS BAJO LA LEGISLACIÓN DEROGADA: SU RÉGIMEN EN CUANTO A DURACIÓN Y RENTA: Los subarriendos celebrados bajo el régimen de la legislación derogada son asimilables a los arrendamientos sujetos a la L. A. U., cuyas disposiciones limitan la renta y establecen la prórroga obligatoria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: Propuesta por el actor al demandado en la forma prevenida por el artículo 129 de la L. A. U. una elevación de renta que resulta legítima, procede acceder a la petición formulada en la demanda de que el contrato quede resuelto. [Sentencia 13 diciembre 1955.]

32. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LEGISLACIÓN DEROGADA: EXPROPIACIÓN FORZOSA DEL INMUEBLE ARRENDADO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO: La expropiación forzosa por causa de utilidad pública de la finca arrendada, lleva consigo como consecuencia necesaria la extinción del contrato de arrendamiento.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LEGISLACIÓN DEROGADA: EXPROPIACIÓN FORZOSA DEL INMUEBLE: RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN ARRENDATICIA EN LOCALES CONSTRUÍDOS SOBRE PARCELAS SOBRIANTES: El arrendatario ningún derecho puede invocar sobre los locales que formen parte de la nueva edificación levantada sobre una parcela sobrante adjudicada por la Administración a la propietaria del inmueble expropiado. [Sentencia 2 enero 1956; desestimatoria.]

ANTECEDENTES: La finca arrendada fué derribada voluntariamente por su propietario, habiendo convenido con el arrendatario la reserva de determinados locales de la finca que se levantara en el solar de la anterior; derribada la finca y estando en vias de construcción la nueva, fué expropiada y ocupada por el Ministerio de Obras Públicas juntamente con otros edificios colindantes; destinados los solares a los fines de utilidad pública para los que se expropiaron, con las partes sobrantes de dichos solares se constituyó una parcela que fué adjudicada por la Administración a la propietaria de las fincas expropiadas, quien procedió a construir sobre ella una finca urbana sobre la que el factor pretende recobrar la posesión arrendaticia de determinados locales, invocando para ello el mencionado convenio y la legislación anterior a L. A. U. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo *no da lugar* al recurso, razonando así en el segundo Considerando:

«Correspondiendo tales solares a la Administración Pública en virtud de la expropiación efectuada, sólo ella puede disponer de dichas partes sobrantes como lo hizo en el presente caso, constituyendo con ellas una parcela que se adjudicó a la demandada, recurrida la cual vino a ser dueña de dicha parcela por virtud de tal título independiente jurídicamente del que tenía en la finca arrendada.»

33. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *Lo que establece la diferencia entre vivienda y local de negocio es el destino primordial que se asigne a la edificación en el contrato de arrendamiento, sin que nada efecte a este fin el del subarriendo inconsentido que, como acto ilegal, queda al margen de la ley.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: DESAHUCIO POR SUBARRIENDO ILEGAL: COMPETENCIA: *Calificado el contrato de arrendamiento de vivienda, es competente para entender del juicio de desahucio por subarriendo el Juzgado Municipal.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: COSTAS EN LA APELACIÓN: *Cuando no sea confirmatoria la sentencia de segunda instancia, cada parte pagará en la apelación las costas causadas a su instancia. [Sentencia 13 febrero 1956; desestimatoria.]*

34. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: DESPACHO DE ABOGADO: *El ejercicio de una profesión científica, como es la de abogado, no constituye ninguna industria ni negocio, y por ello infringe el artículo 1.º de L. A. U. la Sala sentenciadora que considera como local de negocio el arrendado para ejercer la profesión de abogado.*

ARRENDAMIENTO DESPACHO DE ABOGADO SOMETIDO A L. A. U.: VIVIENDA POR DECLARACIÓN DE LA LEY: *Los locales arrendados para bufetes, consultorios, clínicas, etc., tienen el carácter de viviendas solamente por declaración legal; el artículo 71 L. A. U. no es aplicable a esta clase de viviendas.*

ARRENDAMIENTO DESPACHO DE ABOGADO SOMETIDO A L. A. U.: SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO: CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *El abono de recibos llevado a cabo por los herederos del titular del arrendamiento no implica consentimiento tácito del arrendador a la continuación del contrato por aquéllos, porque los recibos fueron extendidos a nombre del causante. [Sentencia 29 noviembre 1955; estimatoria] (1).*

(1) Compárese en este An., profesión odontólogo, S. 2 marzo 1956; vice. del embargo, S. 10 noviembre 1953.

35. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIONES DE REVISIÓN DE RENTA: *La acción de revisión de renta debe ser ejercitada por el arrendatario dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que hubiera realizado el primer pago de la renta incrementada y por ello hay que entender caducada la que se ejercitó pasado aquel plazo desde la fecha en que consignó dicha renta en un juicio de desahucio promovido contra él, pues la consignación constituye una forma especial del pago de las obligaciones.* [Sentencia 9 febrero 1956.]

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NOVACIÓN RENTA: *El artículo 133 L. A. U. es igualmente aplicable a los arrendamientos de renta limitada y a los de renta libre, exigiéndose en todos adecuación entre la renta declarada y la percibida.*

NOVACIÓN DE RENTA: LOCALES ANEXIONADOS: *Si del local cuya renta está en litigio entró a formar parte otro como parte integrante, es necesario tener en cuenta las rentas declaradas por ambos, para determinar la que corresponde pagar al arrendatario por el local resultante de la anexión.* [Sentencia 17 noviembre 1955; ha lugar.]

37. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DESTINADO A OFICINA SOMETIDÓ A L. A. U. DERRAMA POR ELEVACIÓN DE CONTRIBUCIONES: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: *Para exigir las diferencias por elevación de contribuciones y ejercitar la acción resolutoria del contrato por haber rechazado el arrendatario la legítima elevación de renta, es requisito previo la notificación por escrito de la cantidad que, a juicio del arrendador, debe abonar el arrendador y la causa de ello y tal notificación no tiene efecto retroactivo.* [Sentencia 31 enero 1956; no ha lugar.]

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS: NATURALEZA: INTERPRETACIÓN: *La autorización para realizar una construcción no integra un nuevo contrato, ni varía la unidad contractual preexistente.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLURALIDAD DE OBJETOS: *Tampoco supone variación de la unidad contractual la eliminación del contrato de alguno de los edificios que constituían su objeto.*

NOVACIÓN: TIPOS: *Nuestro C. c. admite, como formas de la novación, la expresa y la tácita, al decir en su artículo 1.204 que, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.*

NOVACIÓN TÁCTICA: CAMBIOS NO ESENCIALES: *No declarado expresamente el ánimo de novar por parte de los contratantes, para que la novación se opere es preciso que la nueva y la antigua obligación sean claramente incompatibles.*

ARRENDAMIENTO: DETERMINACIÓN DEL PRECIO: ALQUILER QUE ORDINARIAMENTE CORRESPONDA: *Cuando se ha estipulado que el alquiler se fije conforme al que ordinariamente corresponda, existe precio y debe determinarse conforme a lo pactado.* [Sentencia 20 diciembre 1955.]

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN PARA QUE SE DECLARE EL PRECIO PARA EL TANTEO: *Es improcedente el ejercicio de tal acción, ya que a) ninguna disposición de la ley limita al propietario de una casa, el precio de venta de un piso; b) el artículo 67 sólo concede al arrendatario derecho a impugnar el precio fijado «en el contrato de transmisión determinante del retracto», lo que supone para el nacimiento de ese derecho, que el contrato de compraventa haya sido concluido.* [Sentencia 9 marzo 1956; no ha lugar.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: *El derecho de retracto solicitado por los actores no puede declararse en su favor al faltar el requisito básico: existencia de una finca arrendada en la que sólo haya una vivienda o local de negocio.*

UNIDAD FINCA: *Debe considerarse como tal aquella en que la relación existente entre los elementos constitutivos de la finca, el historial del inmueble reflejado en la prueba documental, el resultado de los informes periciales, el aparecer inscrita en el Registro de la Propiedad como una sola finca a través de diez inscripciones, y en general toda la prueba practicada inducen a llegar a esa conclusión.*

SIGNIFICACIÓN DEL TÉRMINO «CASA»: *La palabra casa empleada en los contratos de arrendamientos no tiene en el lenguaje corriente una significación precisa, y unas veces se usa como sinónimo de finca urbana y otras de vivienda.*

ERROR DE HECHO: *El reconocimiento judicial al no tener el carácter de prueba documental ni pericial no puede servir de base a un recurso fundado en la causa 4.ª del artículo 173 de la L. A. U.* [Sentencia 30 diciembre 1955; no ha lugar.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: DOCUMENTO PRIVADO NO ADVERADO: *No tiene la condición de inquilino, y, en su consecuencia, no puede ejercitar el derecho de retracto, aquél que deriva su posición de documento privado que no resulta averado en forma que le permita producir los efectos probatorios que asigna el artículo 1.225 del Código civil.* [Sentencia 21 diciembre 1955; ha lugar.]

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: *Si además del piso ocupado por el inquilino fueron objeto de la venta otros locales de que no era arrendatario y partes indivisas del mismo edificio, carece dicho inquilino del derecho de retracto.* [Sentencia 5 noviembre 1955; no ha lugar.]

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: FINCA FÍSICA E HIPOTECARIA: *Constituye la finca enajenada una sola finca física e hipotecariamente, dada su configuración, el común destino a que están afectos los elementos que la componen, el hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad como una sola finca, y el no haber figurado nunca el almacén arrendado independizado de otro inmueble.*

ERROR DE HECHO: *No puede servir de base a ningún recurso fundado en la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos el*

error atribuido del resultado ofrecido por la prueba de reconocimiento judicial porque no constituye prueba ni documental ni judicial. [Sentencia 6 febrero 1956; no ha lugar.

A. Se trataba de una casa que fué agrupada con otras dos fincas colindantes para después dividirse en dos nuevas. Una de ellas en donde radicaba un almacén fué enajenada. El arrendatario interpuso demanda de retracto que, tanto el Juzgado como la Audiencia, desestimaron.

Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la última.

B. La acción de retracto que el artículo 64 de la Ley especial reconoce al inquilino de vivienda o arrendatario de local de negocio descansa en el supuesto de que el objeto de la venta lo constituye un piso o una finca en la que sólo existiese una sola de tales viviendas o locales de negocio. En el caso debatido el almacén formaba parte de una casa, y como las agrupaciones y segregaciones no fueron realizadas artificiosamente para que se burlase el derecho de retracto, como ha sucedido en otros supuestos en cuya hipótesis la acción quedaría legitimada, falta la base para que pueda estimarse ha habido infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley. (A. I.)

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: SU EJERCICIO Y PREFERENCIAS: *Dado que en las casas divididas por pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, cada propietario tiene un derecho exclusivo sobre su piso y, además, un derecho conjunto sobre los elementos comunes, no cabe calificarlo como de condueño en caso de venta de otro piso respecto de éste, y en su consecuencia no tendrá la preferencia que señala el artículo 66 de la L. A. U. sobre el arrendatario para el ejercicio del derecho de retracto.*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Debe interpretarse el artículo 66, sin olvidar su carácter tuitivo y social y procurando evitar simulaciones. [Sentencia 12 marzo 1956; ha lugar.]*

En esta sentencia reafirma el Tribunal Supremo la doctrina contenida en la de 7 de julio de 1955.

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: COMIENZO DEL PLAZO: *La expresión «desde que el retrayente hubiese tenido conocimiento de la venta» no ha de entenderse en el sentido de que el plazo comienza desde el momento en que éste tiene noticias del hecho, porque saber de tan elemental manera que una cosa ha sido vendida no es tener de la venta un conocimiento bastante para determinar la conveniencia de sustituir al comprador en los derechos y obligaciones que integran el contenido contractual.*

REQUISITOS DEL CONOCIMIENTO: NOTIFICACIÓN NOTARIAL: CÉDULA DE NOTIFICACIÓN: *La manifestación hecha por el Notario de haber expedido cédula de notificación bastante no es suficiente para decidir si lo fué a efectos del retracto, pues esta calificación compete a los Tribunales a la vista de dicha cédula. Esta notificación no puede servir de base a un conocimiento exacto de la transmisión realizada a fin de poder empezar a contar desde*

su fecha el plazo para el ejercicio de la acción. [Sentencia 3 diciembre 1955; no ha lugar.]

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NULIDAD DE VENTA POR PRECIO EXCESIVO: CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *Es requisito esencial para la eficacia de la acción procesal que la persona que invoca la causa o razón de pedir esté legitimada, y no lo está cuando en la pretensión no se ostenta el carácter de arrendatario, sin que valga referirse a tiempo y hechos pasados para la retroactividad de la petición.* [Sentencia 9 febrero 1956; no ha lugar.]

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EJERCICIO POR EL ARRENDATARIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE VENTA: *Aunque para que el arrendatario pueda ejercitar la acción de nulidad del art. 67, basta el conocimiento cabal y exacto de las condiciones de la transmisión, sólo por error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba puede mantenerse que lo tuvo desde la fecha de la inscripción irregularmente practicada en el Registro de la Propiedad.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EJERCICIO POR EL ARRENDATARIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE VENTA: ARTICULO 67 DE L. A. U.: FECHA DEL CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISIÓN: *La fecha en que se libró la certificación del Registro de la Propiedad es la única que puede tomarse como de conocimiento preciso y exacto de la transmisión.* [Sentencia 21 diciembre 1955.]

«... que ejercitada la acción dentro de los sesenta días que marca el artículo 77, siguiente a la fecha en que se libró la certificación del Registro de la Propiedad, única que puede tomarse como de conocimiento preciso y exacto de la transmisión, procede en debida aplicación de los artículos 73 y 74, como aquel de la Ley de Arrendamientos Urbanos citados como infringidos, estimarla con todas consecuencias confirmando la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia.» (Considerando segundo.)

A. HECHOS: Dos condueños arriendan al señor A. parte de la finca urbana común y posteriormente, en 1931, proceden a la división material de la finca, adjudicándose a uno de ellos la porción arrendada a A., la cual se inscribe como finca independiente.

En 1950, por fallecimiento del dueño, se adjudican a su viuda y a un hijo las dos mitades de la casa arrendada, y en 1951, la viuda, por sí y en representación de su hijo, procede a la agrupación de dicha finca con otras y a su venta consecutiva. En la escritura se valoran independientemente las fincas que se agrupan y venden, y por lo que se refiere a la finca en cuestión, se dice que está arrendada a dos personas.

La venta se inscribió en el Registro de la Propiedad el día 8 de febrero de 1952 y el 24 de mayo siguiente, el arrendatario señor A. formula demanda con la súplica de que se declare nulo por precio excesivo el contrato de compraventa en cuanto a la finca arrendada al demandante, descrita con la letra A) en la escritura.

Los demandados se opusieron alegando la caducidad de la acción. En cuanto a la declaración de que la finca A) tenía dos arrendatarios, quedó explicada en el sentido de que los vendedores, que nunca habían adminis-

trado directamente, tomaron como tales a quienes eran meros subarrendatarios del arrendatario señor A., que estaba facultado para subarrendar.

B. OBSERVACIONES: Los derechos de tanteo, retracto e impugnación de venta por precio excesivo, se conceden, según los artículos 63, 67 y 68 de la L. A. U. al arrendatario único, ya lo sea de vivienda o de local de negocio.

Aunque el precepto del artículo 64 ha planteado no pocas dudas por su defectuosa redacción, es claro en cuanto al hecho de que la venta de casa alquilada a un solo arrendatario no puede inscribirse en el Registro si no se acredita que se ha hecho a aquél la oportuna notificación.

Es decir, que si se vende casa alquilada a un solo arrendatario, éste puede ejercitar aquellas acciones dentro del plazo legal que comienza a correr desde la inscripción en el Registro (que no puede practicarse sin acreditar la notificación de la venta realizada, al inquilino) o, en defecto de aquella inscripción, desde que el arrendatario tuviese conocimiento preciso, cabal y completo de la enajenación.

Cuando no se da el supuesto de hecho previsto en la ley, la práctica notarial se produce en el sentido de hacer constar en la escritura de venta la declaración del propietario de que la finca no está arrendada (como exige el artículo 69 y con la grave advertencia que el mismo preceptúa), y por analogía, en su caso, que la finca está alquilada a varias personas.

En el caso de autos se plantea un problema que pasa a engrosar el número de los que han ido surgiendo del desafortunado artículo 64 de la L. A. U.: el del cómputo del plazo en el supuesto de que la inscripción registral se haya practicado sin la previa notificación al inquilino único, como consecuencia de una inexacta declaración del propietario en la escritura de venta.

La tesis del recurso (acogida por el Tribunal Supremo, que declara haber lugar al de injusticia notoria), es, en síntesis, la siguiente: Obtenida en el Registro una inscripción mediante la declaración inexacta de que la finca estaba arrendada a varias personas, dicha inscripción es nula por haberse practicado sin que se acreditase la previa notificación al arrendatario único. Y siendo inexistente la inscripción, no cabe partir de ella para el cómputo del plazo del artículo 67, sino que el mismo ha de contarse desde la fecha en que el arrendatario tuvo conocimiento cabal y efectivo de la transmisión, el cual sobrevino al obtener la certificación registral.

El razonamiento parece correcto. Sin embargo, nos permitimos llamar la atención sobre el hecho de que el artículo 64 se refiere al conocimiento de la venta, sólo en defecto de la inscripción. Existiendo ésta, su fecha es la que sirve de *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de las acciones citadas. Ciertamente que si la inscripción se practicó contraviniendo a la ley, será nula y carecerá de todo efecto. Pero no hay que olvidar que, conforme al artículo 1.º párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Por tanto, mientras no sea declarada por los Tribunales la nulidad del asiento en cuestión, debe éste producir todos sus efectos, incluso los que le atribuye el artículo 64 de la L. A. U. En resumen, la tesis del recurso y del Tribunal Supremo no sería objetable si el actor hubiese solicitado en la demanda la declaración de nulidad del asiento indebidamente practicado.

Por otra parte, los términos literales del considerando transcrito parecen excesivamente amplios y—por una redacción generalizadora tal vez no querida—contradictorios con el texto legal del artículo 64.

Y aún hemos de lamentar que este recurso no haya dado ocasión a nuestro Tribunal Supremo para marcar orientaciones en una delicada materia: la de la transcendencia de las operaciones registrales de división y agrupación de fincas a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de que el arrendatario sea o no considerado como único.

48. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: EXCEPCIÓN A LA PRORROGA POR NECESIDAD DEL ARRENDADOR: *Si el arrendador que alega la necesidad era a su vez arrendatario de un local del que fué desahuciado por derribo y nueva construcción de la finca, con la reserva a su favor del derecho que el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 le concede de volverlo a ocupar terminada la construcción, no existe la necesidad, ya que su contrato de arrendamiento está solamente en suspenso durante el tiempo de las obras.* [Sentencia 16 diciembre 1955; no ha lugar.]

49. ARRENDAMIENTO URBANO: VIVIENDA: RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DEL DUEÑO: *Para que proceda la acción es causa legítima el hecho de que un hijo, con precisa sede en la población en que está sito el local que se reclama, lo necesite para hogar de la familia constituida por su matrimonio.* [Sentencia 5 octubre 1955; no ha lugar.]

50. ARRENDAMIENTO: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DEL DUEÑO: *Establecido el actor en local propio no procede la excepción a la prórroga obligatoria conforme a lo previsto en el artículo 90 de la ley.* [Sentencia 30 septiembre 1955; no ha lugar.]

51. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRORROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *Referida a todo el inmueble la necesidad de ocupación, no hay posibilidad de selección entre los pisos de la misma.*

NOTIFICACIÓN FEFACIENTE: *La L. A. U. sólo exige que la notificación sea fehaciente, sin determinar el modo por el cual ha de adquirir esa calidad.*

DISPOSICIÓN TRANSITORIA 22, APARTADO b): SU INTERPRETACIÓN: *La interpretación lógica del apartado b) de la Disposición transitoria 22 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, exige considerar que no alcanza al Estado la condición de que ha de destinar el local que por necesidad reclame a las únicas y nuevas oficinas con que cuente en la localidad, y no a dependencias o sucursales, porque la presencia de las funciones del Estado en todos los lugares del territorio nacional es constante, y así su oficio no puede ser nuevo en ninguno de sus puntos.* [Sentencia 14 noviembre 1955.]

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: DERRIBO DE FINCA PARA EDIFICAR: *Esta excepción a la prórroga forzosa produce la opción para el arrendatario entre percibir indemnización con extinción del arrendamiento, o el ocupar, por el mismo título de arrendamiento, una habitación o local de negocio en el nuevo edificio, siempre que suscriba el correspondiente documento.*

PLAZO: *Cuando el arrendatario no decida dentro del plazo concedido al efecto, convierte por su voluntad la excepción a la prórroga en causa de resolución (10 del artículo 149 de la L. A. U.) y pierde su derecho de opción, porque el nacimiento y subsistencia de todo derecho depende del cumplimiento de las condiciones que la ley impone.* [Sentencia 25 enero 1955; ha lugar.]

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUCESION EN EL ARRENDAMIENTO: Los sucesores en el arrendamiento gozan de iguales derechos y obligaciones que por razones del contrato correspondieren al titular arrendatario. La provisionalidad que atribuye al disfrute de los advenidos arrendatarios la disposición transitoria nueva se extiende sólo a las personas que en este artículo se relacionan, y no afecta al derecho de sucesión arrendaticia concedido por el artículo 71 de la Ley.

ACCION DE RETRACTO: PREFERENCIA: Las reglas que el artículo 72 de la Ley contiene para determinar la preferencia, en caso de varios interesados, que no desean ocupar conjuntamente la vivienda, son de aplicación, para el caso en que se pretenda ejercitar la acción de retracto. [Sentencia 5 noviembre 1955; no ha lugar.]

55. ARRENDAMIENTO URBANO: PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA: CÓMPUTO DEL 50 POR 100: Si el incendio afectó sólo a una cubierta o nave anexa al edificio y única dependencia arrendada a los demandados, el cómputo del 50 por 100 que establece el artículo 155 L. A. U. debe referirse exclusivamente a esa cubierta o nave y no al valor del edificio que permaneció indemne. [Sentencia 25 noviembre 1955; no ha lugar.]

56. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: ENUMERACIÓN EXCLUSIVA POR L. A. U.: La acción resolutoria de los arrendamientos urbanos sólo debe prosperar por alguna de las causas que se enumeran en el artículo 149 de L. A. U., sin que puedan ampliarse por analogía ni aplicando como supletorias otras disposiciones legales, ya que en otro caso, en vez de resultar legislación protectora de inquilinos redundaría en su perjuicio. [Sentencia 2 diciembre 1955; desestimatoria.]

57. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: PAGO DE RENTAS: La tolerancia del acreedor en alguna ocasión para recibir la renta con retraso no justifica que se podía pagar en cualquier tiempo sin incurrir en mora.

DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: En los juicios de desahucio por falta de pago sometidos a la legislación común no queda enervada la acción del arrendador sino mediante la presentación del oportuno recibo de pago, mediante la confesión del actor de haber recibido la merced arrendaticia o la previa consignación judicial del importe en descubierto, debidamente realizada antes de la presentación de la demanda. [Sentencia 28 enero 1956; no ha lugar.]

58. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR NEGATIVA DEL ARRENDATARIO A UN AUMENTO LEGÍTIMO DE RENTA: Comunicado por los propietarios un aumento legítimo de renta el 25 de febrero y negado el pago por la sociedad arrendataria en carta de 12 de marzo, la conformidad posteriormente comunicada por primera vez en acta notarial de 13 de mayo es extemporánea por haber pasado con exceso los treinta días siguientes al recibo de la notificación y es inhábil para enervar la acción resolutoria, por lo que debe declararse resuelto el contrato de arrendamiento y nula

la sentencia dictada por la Audiencia que incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba. [Sentencia 15 febrero 1956.]

59. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.: NOVACIÓN POR CAMBIO DE ARRENDATARIO; CONSENTIMIENTO TÁCITO: Si el arrendador dió su consentimiento tácito para que en el local arrendado se instalaran las oficinas de una sociedad, girando los recibos a nombre de ella, se ha producido una novación del contrato primitivo por cambio de arrendatario que no da lugar a la resolución del contrato.

ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDO A L. A. U.; CESIÓN DE VIVIENDA; CAMBIO MERAMENTE EXTERNO DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA; INTERPRETACION DE LA DENOMINACIÓN INGLESA «LIMITED COMPANY»: No habiéndose probado la cesión de la vivienda toda vez que continúa en el uso y disfrute de la misma la sociedad que primitivamente la arrendó, procede la absolución de la demanda; el mero cambio externo consistente en la denominación de la sociedad, que permanece idéntica a sí misma integrándose por las mismas personas, no constituye cesión; la denominación inglesa «Limited Company» no excluye el concepto de sociedad anónima. [Sentencia 18 noviembre 1955; estimatoria.]

ANTECEDENTES: El primitivo arrendamiento se concierta en 1.º de octubre de 1920 por don Edwint Grant Phillips, a la sazón Director de la razón social «Jackson Phillips Limited», pero actuando en su propio nombre; después el arrendador consintió que en el local arrendado se instalaran las oficinas de dicha entidad girando a su nombre los recibos; posteriormente esta sociedad sufre diversos cambios en sus estatutos sociales, en el capital y en la denominación que ahora es «Jackson Phillips, Sociedad Anónima española». El arrendador pretende el desahucio alegando que ha habido una cesión ilegal; su demanda prospera en ambas instancias, pero interpuesto recurso de injusticia notoria el T. S. *da lugar* al mismo.

COMENTARIO: Es acertada la interpretación jurisprudencial de la denominación inglesa «Limited Company» que no puede traducirse por «Sociedad limitada»; esta última es, más bien, la «private Company» (Cfr. «Stevens' elements of Mercantile Law» tenth edition, by Herbert Jacobs, London, 1938, página 221. GARRIGUES *Tratado de Derecho Mercantil*, I-2.º, pág. 621, nota 18. GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, páginas 11 y 33). Como subrayan los autores últimamente citados, debe tenerse muy en cuenta que la evolución del Derecho inglés de Sociedades Mercantiles no sigue una marcha paralela a la de los países europeos; por ello, en el momento actual, los tipos ingleses de este tipo de sociedades son estructuralmente diversos de los continentales.

La «Limited Company by shares» y la «Limited Company by guarantee» corresponden a nuestras sociedades anónimas (debe verse también la *Company Act*, 1948, que ofrece una definición de ambas); se admite la «Limited Company with unlimited liability, of Directors», equivalente a nuestras comanditarias por accs. (Cfr. GIRÓN TENA, *obra cit.*, pág. 33.)

En cuanto al fondo, la sentencia nos parece justa; pese al cambio en la denominación, la sociedad permaneció siendo la misma y no hubo cesión. (G. G. C.)

60. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *La indicación del local del demandado como domicilio comercial de tercera persona sin intervención del primero, no puede perjudicarlo a efectos de admitir la existencia de un subarriendo.* [Sentencia 21 diciembre 1955; no ha lugar.]

61. ARRENDAMIENTO LOCAL NEGOCIO: CESIÓN INCONSENTIDA: *Realiza un acto propio de reconocimiento de su calidad de cesionario el que solicita licencia de apertura como almacén en el local discutido, teniendo simple relevancia administrativa el hecho de que el expediente sea anulado por otro posterior debido a defectos de forma.* [Sentencia 3 octubre 1955; no ha lugar] (1).

62. ARRENDAMIENTO URBANO: CAMBIO DE NATURALEZA DEL LOCAL ARRENDADO: *Alquilado el piso para destinarlo a oficina, su transformación en vivienda no constituye la causa de resolución cuarta del artículo 149 L. A. U., ya que las oficinas, según el artículo 10 L. A. U., se reputan viviendas.* [Sentencia 11 noviembre 1955; ha lugar]

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAMBIO DE DESTINO: RESOLUCIÓN: *Procede aplicar la vigente ley a la resolución de los contratos de arrendamientos fundada en hechos que, si bien comenzaron antes de su promulgación, continuaron con posterioridad, cuando aquéllos implican transformación de vivienda en local de negocio y, además, se divide en dos lo que era una sola nave.* [Sentencia 19 diciembre 1955; no ha lugar.]

64. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN EN VIVIENDA: *Tiene lugar cuando dejan de ejercerse en el local actividades de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo y establecimiento abierto al público, sin que altere esta mutación el que se mantengan en el local dependencias sin contacto con el público ni comunicación con el local de negocio.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *No es necesaria la presencia en el pleito del ocupante del local cuando dicha ocupación no obedece a acto generador de ningún derecho a su favor, sino que es accesoria y subordinada a la pervivencia del contrato.* [Sentencia 15 noviembre 1955; no ha lugar.]

65. ARRENDAMIENTO URBANO: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDAS EN LOCAL DE NEGOCIOS: *Existe transformación de vivienda en local de negocios cuando al morir el arrendatario, que prestaba en el local servicios médicos al personal de una Empresa, su cónyuge concierda con otro médico la continuación de dichos servicios en el local.* [Sentencia 2 marzo 1956; no ha lugar.]

El Considerando número 2 se expresa así:

«... que el local arrendado con destino a vivienda no pierde su naturaleza arrendaticia por la circunstancia que el arrendatario ejerza en él su profesión, a virtud de lo dispuesto en el artículo 7.º de la L. A. U., conforme al cual el contrato de inquilinato no deja su carácter por circuns-

(1) En uno de los Considerandos se califica de «negocio morbozo a la cesión in consentida.

tancia de que el inquilino, su cónyuge o parientes en el grado que señala y convivan, ejerzan una profesión y es norma de privilegio de carácter personal que no es dable extender a personas distintas de aquéllas a cuyo favor viene establecida, puesto que el precepto prevé y alcanza a una relación concreta y determinada referida siempre al ocupante profesional, pero no al sucesor en el vínculo arrendaticio sin título que para continuar las actividades facultativas del inquilino de quien trae causa arrendaticia, se vale de los servicios de un tercero, pues en tal caso aquel privilegio de tipo personal se ha desvirtuado convirtiéndose en una empresa puesto que la función se reduce a explotar los servicios contratados en la casa habitación y, como consecuencia, se ha cambiado al local el destino asignado por el contrato, criterio éste que, aplicado al caso en litigio, se ha de interpretar y enjuiciar que la inquilina sucesora, sin título de odontólogo ha concertado la asistencia de los empleados de la RENFE y contratado los servicios con profesional extraño que presta en el local en discusión, obteniendo por tal actividad un beneficio económico, circunstancias que encuadran en el concepto de negocio a efectos del artículo 1.º de la Ley, y, en consecuencia, se ha operado la transformación.»

66. ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: *La configuración de un local se refiere a la forma del espacio o recinto comprendido dentro de las paredes y techo que limitan su extensión, tanto en sentido vertical como horizontal y todo cambio en el dispositivo de estos elementos, aunque sea de carácter decorativo o accidental, constituye modificación de su figura.* [Sentencia 30 enero 1956; ha lugar.]

67. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: *Procede la resolución por la realización de obras que suponen un cambio en la estructura y resistencia de los materiales empleados en la construcción.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: INDUSTRIA NOTORIAMENTE INCÓMODA: *Procede igualmente la resolución cuando, como consecuencia de las instalaciones de la industria, se producen ruidos y vibraciones que la hacen notoriamente incómoda, aunque la incomodidad hubiera cesado después de conocer el arrendatario el propósito del arrendador de acudir a los Tribunales* [Sentencia 27 enero 1956.]

68. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: OBRAS NO CONSENTIDAS: *No procede la excepción consignada en el párrafo segundo, causa quinta del artículo 149 de la ley especial por no haberse entregado, ni puesto a disposición del arrendador, cantidad alguna para volver el local a su primitivo estado, puesto que las tres causas que enumera son definición conjunta.* [Sentencia 5 diciembre 1955; ha lugar.]

69. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: DESAHUCIO POR SOLICITUD MAYORÍA CONVECINOS: *No procede si dicha solicitud carece de eficacia por estar afecta de vicio que la invalida en el orden legal.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: INCONVENIEN-

CIA: FALLO ABSOLUTORIO: *Siendo absolutorio el fallo de la sentencia que se acusa de incongruente, no coincide en tal vicio por quedar resueltas median- te desestimación cuantas peticiones se hicieron en la demanda. [Sentencia 21 enero 1956; desestimatoria.]*

70. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA: *El traspaso de un arrendamiento de local de nego- cio consiste en la cesión a un tercero del derecho del arrendatario respecto al local arrendado.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRADICIÓN INS- TRUMENTAL: *Cuando el traspaso se celebra en escritura pública, le es apli- cable, en cuanto cesión de derechos, el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil y, en consecuencia, si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario, el traspaso se efectuó en el acto del otorgamiento.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Infringe por violación el artículo 166 de la L. A. U. la Sentencia que, acogiendo la única excepción alegada por el demandado y absolviendo a éste de la demanda propuesta contra él, no impone al demandante las costas correspondientes en la primera instancia. [Sentencia 30 enero 1956.]*

— OBSERVACIONES: *Contrastando la noción de traspaso según esta senten- cia con el concepto legal que suministra el artículo 44 de la Ley de Arren- damientos Urbanos, se observa la omisión en aquélla de la frase «mediante precio» No nos es posible aclarar si la diferencia es deliberada o producida de un simple error en la copia de la sentencia.*

71. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: CAMBIO DE SUJETO: *No hay tras- paso, por no suponer cambio de sujeto, en la simple transformación de un condominio romano en una sociedad regular colectiva constituida por los mismos comuneros (a la vez cotitulares del derecho arrendaticio), a lo que cada uno aportó su cuota. La existencia del traspaso, como la de todo contrato, es imposible sin dualidad de sujetos contratantes con inte- reses distintos que excluye la identidad o unidad del propietario colectivo, sea sociedad, de personas o comunidad. [Sentencia 7 febrero 1956.]*

OBSERVACIONES: *La doctrina de esta sentencia resulta extraña en un doble sentido: 1.º, porque en sus términos literales parece negar la perso- nalidad de la sociedad regular colectiva como ente diferenciado de las personas de los socios; y 2.º, porque se aparta de la orientación marcada por otras sentencias recientes en las que se declaraba la existencia del traspaso por la aportación del derecho arrendaticio a una sociedad.*

De esta orientación son muestra numerosísimas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo en los últimos años, como la de 3 de junio de 1952, 21 de octubre de 1952, 30 de marzo de 1953, 24 de junio y 9 de julio de 1954, 19 de octubre de 1955 (que considera como traspaso la aportación a una sociedad del negocio de venta de bebidas establecido en el local arrendado) y otras muchas. El resumen podría hacerse con la tesis de la Sentencia de 5 de junio de 1953, que extiende que la aporta- ción a una sociedad de personalidad distinta a la natural del arrenda- tario aportante y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arren- dado, constituye una cesión del derecho arrendaticio, que si se verifica

sin los requisitos legales da lugar a la resolución del contrato. Y la culminación de dicha tendencia se produce en la Sentencia de 11 de julio de 1955, mantenedora de que la transformación de la sociedad arrendataria de comanditaria en anónima constituye traspaso del local arrendado, tesis manifiestamente exagerada, pues sí (empleando una frase de la misma Sentencia de 1 de febrero de 1956, que comentamos) «la existencia del traspaso, como la de todo contrato, es imposible sin dualidad de sujetos contratantes con intereses distintos», no cabe hablar aquí de traspaso, pues la persona de la sociedad sigue siendo una y la misma antes y después de la transformación.

Dentro de la tendencia consagrada es importante destacar, por su fundamental analogía con el caso que nos ocupa, la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1954, según la cual la creación de una sociedad por los arrendatarios supone la creación de una nueva persona jurídica y la introducción de ésta en el uso y disfrute de la cosa arrendada implica un traspaso.

A solución radicalmente contraria llega, en un caso similar, la *sentencia de 7 de febrero de 1956* de que tratamos, declarando que *no hay traspaso en la simple transformación de un condominio romano en una sociedad colectiva por no suponer cambio de sujeto*.

Es indudable que el concepto de traspaso, según el artículo 44 de la L. A. U. («cesión mediante precio...») está pesado sobre el esquema de los contratos de cambio. De ahí las dificultades que surgen cuando un resultado equivalente al traspaso se obtiene mediante un negocio jurídico asociativo.

Si el traspaso fuese sólo cesión del derecho arrendaticio (y, por cierto, así lo define, sin alusión al precio, la Sentencia de 30 de enero de 1956), no podría negarse que la aportación a una sociedad—cuya personalidad propia, autónoma y distinta de la de los socios es indiscutible en nuestro Derecho—, al suponer un cambio de titular, origina traspaso. La dificultad de encajar la noción de precio, incluida en el concepto legal del traspaso, en el ámbito de los contratos asociativos, es lo que a veces produce cierta desazón en el ánimo del jurista cuando ciertos supuestos de cambio de titulares individuales por una sociedad que los agrupa, han sido considerados como traspaso.

Por ello estamos conformes con la sentencia de 7 de febrero de 1956 en entender que en el caso de autos, si bien se produce un cambio de sujeto, no existe un traspaso. Aun habiendo cesión del goce arrendaticio a un tercero—la Sociedad, persona distinta de los arrendatarios—, la hipótesis está, a nuestro juicio, fuera del marco de la noción legal por la dificultad de encajar en el caso el requisito del precio y porque en el ámbito económico no se ha producido la alteración que justifica y da base a la regulación legal del traspaso de locales de negocio.

Es ocioso traer aquí a colación los conocidos argumentos sobre la naturaleza de la aportación social y sobre la esencia de la sociedad como «puesta en común», pero sirva esta alusión para reafirmar la escasa alteración económico-jurídica producida en la realidad, salvo en cuanto a la creación de un ente nuevo con personalidad independiente.

Por ello (y aunque la argumentación utilizada negando el cambio de sujeto no sea defendible), creemos digna de alabanza esta sentencia del Tribunal Supremo en cuanto a la idea central y al resultado básico de negar la existencia del traspaso en un caso como el de autos en que, excluida toda intención fraudulenta, tres hermanos conductores de un negocio y correndatarios de un local, constituyen entre sí una sociedad regular colectiva sin admisión de socios extraños.

72. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: La constitución de sociedad supone la existencia de traspaso del local arrendado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: PRIVILEGIOS DEL

ARTÍCULO 55 L. A. U.: *El privilegio del artículo 55 sólo se extiende a la asociación que exclusivamente entre si realicen los hijos del titular arrendatario fallecido, sin que pueda extenderse a otros casos distintos, como es el de la sociedad constituida por el arrendatario y sus hijos.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA SUBARRENDAR: *No puede entenderse incluida en ella la autorización para ceder.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA SUBARRENDAR: AUTORIZACIÓN LIMITADA: *Cuando la autorización se dió solamente para ciertos supuestos, únicamente dentro de ellos puede el subarriendo producirse licitamente. [Sentencia 17 febrero 1956.]*

73. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: TRASPASO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL LOCAL EMBARGADO: APLICACIÓN INEXCUSABLE DE L. A. U.: *La observancia de las normas que establece el Estatuto de Recaudación en el caso de apremio, no dispensa del cumplimiento de los requisitos del artículo 45 L. A. U., que son esenciales, consustanciales a la validez del negocio, de tal forma que si se omiten éste es nulo.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: TRASPASO ILEGAL: *A efectos de aplicar la sanción por traspaso ilegal, lo mismo da que el negocio lo efectúe directamente el arrendatario, como un tercero por subrogación en el derecho de traspaso, como sucede cuando la Administración obra a virtud de haberlo adquirido por embargo y como consecuencia final ocupa el local persona distinta al arrendatario con entrada por vía antilegal. [Sentencia 10 diciembre 1955; desestimatoria.]*

74. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: EXTINCIÓN POR TRASPASO DEL ARRENDAMIENTO: *No se extingue el subarriendo por la Causa 6.ª del ap. A) del artículo 152 L. A. U. (resolución del arrendamiento), si lo que tuvo lugar fué un traspaso legalmente realizado, ya que el adquirente se subroga en todos los derechos y obligaciones del arrendamiento y por tanto también del subarriendo ya concertado. [Sentencia 30 noviembre 1955; ha lugar.]*

75. ARRENDAMIENTO: LEYES ESPECIALES: ALCANCE: *Las legislaciones especiales no fueron dictadas para amparar toda clase de contratos de locación otorgados sobre fincas rústicas o urbanas, sino que el legislador ha determinado concretamente las condiciones que debían reunir los contratos y los inmuebles objeto de ellos para poder ostentar la denominación de arrendamientos rústicos o urbanos.*

ARRENDAMIENTO: FINCA RÚSTICA: *Todas las fincas situadas en el campo son en el lenguaje general y corriente denominadas rústicas, sin duda por derivar la expresión terminológica del lugar en que están situas.*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ALCANCE: *Los únicos arrendamientos de fincas rústicas, que se encuentran tutelados por la ley especial son aquellos en que el destino convenido del objeto arrendado sea un aprovechamiento agrícola, forestal o ganadero.*

ARRENDAMIENTO: NATURALIZA: *No tiene la condición mencionada el arrendamiento de una finca rústica destinada a la extracción de piedra, arena y fabricación de materiales de construcción. [Sentencia 22 diciembre 1955.]*

75 bis. ARRENDAMIENTO RUSTICO ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUSENCIA PACTO SUMISIÓN L. A. R.: SUBARRIENDO: *No apreciando en el arrendamiento de fincas rústicas entre madre e hijo el proyecto de las partes de someterse a la legislación especial, no puede invocarse ésta para declarar, al amparo del art. 4.º de L. A. R., la nulidad de los subarriendos otorgados por el hijo arrendatario.* [Sentencia 9 febrero 1956; desestimatoria.]

76. PRÉSTAMO: NEGOCIO FIDUCIARIO: *El negocio fiduciario se caracteriza por ser real, existente y querido por las partes con todas sus consecuencias jurídicas, aunque teniendo una finalidad económica distinta de la normal, y que reviste una forma compleja resultado de la combinación de dos negocios diferentes, pero en el presente caso sólo existe uno, el de préstamo y un título para hacerlo efectivo, la letra de cambio, que ha representado la renovación de otras anteriores, que no han sido discutidas, y un aplazamiento en el pago de la deuda que pudo ser exigida al ser cancelada la cuenta de crédito.* [Sentencia 28 diciembre 1955.]

77. PRÉSTAMO: FIANZA SOLIDARIA A POSTERIORI: *Una obligación que en su origen no fué garantizada con fianza puede ser afianzada después, incluso obligándose solidariamente con el deudor, pero esta fianza posteriori requiere para ser solidaria la concurrencia de todos los elementos personales que intervinieron en la creación del primitivo vínculo por suponer una variación substancial del mismo.* [Sentencia 21 febrero 1956; no ha lugar.]

78. PRÉSTAMO: REQUISITOS DE LA RÉPLICA: *No viola el artículo 548 L. E. C. el actor que, partiendo de la aceptación como ciertos de algunos de los hechos afirmados por la parte demandada en su contestación, modifica en la réplica la cuantía del interés y la fecha desde la que reclama el pago de la cantidad prestada.* [Sentencia 31 enero 1956; no ha lugar.]

79. PRÉSTAMO: PACTO DE GARANTÍA: USURA: Véase Sentencia de 12 noviembre 1955 (3).

80. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: Véase Sentencia 26 noviembre 1955 (II. 5).

81. ARRENDAMIENTO SERVICIOS DE ARQUITECTO: VALOR REGLAMENTO ORGÁNICO DEL COLEGIO: *El artículo 4.º del Reglamento orgánico del Colegio de Arquitectos cuya virtualidad arranca de una orden ministerial, no puede alcanzar a enervar la fuerza normativa del C. c.* [Sentencia 21 febrero 1956; desestimatoria.]

82. CONTRATO DE CORRETAJE: NORMAS POR QUE SE RIGE: *Es preciso suplir la falta de regulación legal del contrato de corretaje aplicando por analogía, y según los casos, las reglas de aquellos contratos que le sean afines, como el mandato, la comisión mercantil, el arrendamiento de obras y servicios e incluso el innominado «facio ut des».*

CONTRATO DE CORRETAJE: RETRIBUCIÓN: *Es esencial al concepto del con-*

trato de corretaje la percepción de una comisión o retribución como compensación al servicio prestado.

AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN: *Las partes son absolutamente libres para solicitar o no solicitar la intervención de estos agentes.*

AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: ALCANCE DE SU FUNCIÓN: *No pueden ser sustituidos por otros corredores, pero si por quien no lo sea.* [Sentencia 8 febrero 1956.]

OBSERVACIONES: La sentencia que anotamos es interesante en relación con los dos extremos que aborda sobre el régimen jurídico del contrato de corretaje. Respecto al primero de ellos —normas por las que se rige—, se encuentra la sentencia concorde con nuestra doctrina civilista, particularmente con CASTÁN, 7.ª edición, IV, pág. 513, a quien parece seguir cuando dice que debe suplirse la omisión del C. c. con las reglas de aquellos contratos, en cuyo concepto y ámbito legal puede entrar esta convención «como el mandato, la comisión mercantil y el arrendamiento de obras o servicios», opinión laudable, en cuanto que permite construir el contrato de corretaje con los preceptos de todos los contratos de servicios, conocidos por nuestra legislación, pero en una cierta contradicción consigo misma (vid. Sentencias de 14 de enero de 1922 y 3 de junio de 1950, esta última comentada en este ANUARIO, IV, 4, 1951, pág. 1617 y siguientes, por BONET CORREA), cuando había establecido la diferenciación del corretaje respecto de aquellos contratos a los cuales se pretende ahora asimilarlo o, al menos, buscarle una analogía, y le había declarado aplicables las normas de los títulos I y II del libro IV del C. c.

El segundo punto—la retribución del corredor—tampoco deja de suscitar alguna perplejidad. La sentencia considera «esencial al concepto del contrato de corretaje la percepción de una comisión o retribución, como compensación al servicio prestado», con lo cual parece indicar que la retribución se debe por la efectiva prestación del servicio, no por el éxito de éste, con lo cual se coloca frente a la doctrina científica (cfr. CASTÁN, loc. citada, pág. 515; PUG PEÑA, IV, 2.º, pág. 353; BONET, pág. 1.617 y sigs.), y la misma jurisprudencia (Sentencia de 2 de diciembre de 1902, 26 noviembre de 1919 y 3 de junio de 1950), para quienes la retribución sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluye. (L. P. D.)

83. **SOCIEDAD: PERFECCIÓN: FORMA:** Véase Sentencia de 21 de diciembre de 1955 (19).

84. **SOCIEDAD: APORTACIÓN CONDICIONADA: CONVERSION EN PRÉSTAMO:** *El pacto por virtud del cual la aportación social efectuada por uno de los socios se entendería realizada a título de préstamo a otro de ellos, si el contrato de sociedad no se formalizaba en escritura pública en un determinado plazo, transforma la naturaleza de la aportación.*

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que condena a pagar intereses desde la fecha de la reclamación judicial de la deuda, cuando el actor solicitó los devengados desde la fecha de emplazamiento del demandado.* [Sentencia 22 diciembre 1955.]

85. **SOCIEDAD: LICITUD DEL OBJETO:** Véase Sentencia de 25 de enero de 1956 (15).

86. **CLÁUSULA COMPROMISORIA: INTERPRETACIÓN:** *Debe interpretarse res-*

trictivamente con el fin de no mermar la extensión, alcance y materia del ámbito de la función del Juez.

CLÁUSULA COMPROMISORIA: EFECTOS PROCESALES: INCOMPETENCIA: No los produce cuando, además de quedar fuera de los términos de la cláusula el asunto litigioso, la alegación de otras excepciones distintas de la de incompetencia envuelve un reconocimiento en la jurisdicción que se impugna.

INCONGRUENCIA: «IURA NOVIT CURIA»: La congruencia de la sentencia no exige, de acuerdo con el principio «iura novit curia», que sus fundamentos de derecho sean los mismos que fueron consignados por las partes.

DONACIÓN: MERA DONACIÓN Y DONACIÓN REMUNERATORIA: La obligación asumida de entregar un cierto número de acciones sociales, en atención a los servicios prestados, lo mismo puede calificarse de mera donación que de donación remuneratoria.

INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: TÉRMINOS CLAROS: Debe estarse al sentido literal de las cláusulas, sin ser necesario acudir al elemento espiritual, que, como subsidiario, únicamente se admite cuando existe duda racional sobre la voluntad de las partes [Sentencia 7 diciembre 1955.]

87. **ENRIQUECIMIENTO TORTICERO: ALEGACIÓN:** Para la alegación de este principio general del derecho es preciso, como preceptúa el artículo 6.º del Código civil, que no exista ley exactamente aplicable al punto controvertido.

INCONGRUENCIA: No puede ser deducida de supuestos errores en la fundamentación jurídica de la sentencia, sino de la falta de adecuación entre su parte dispositiva y las peticiones de los litigantes.

ERROR EN APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: Conforme a lo estatuido en la causa cuarta del artículo 173 de la L. A. U., para que pueda prosperar el recurso es necesario que el fallo de instancia haya incidido en manifiesto error en la apreciación de la prueba demostrado directa e inmediatamente por la documental o pericial que obre en los autos. [Sentencia 14 febrero 1956; no ha lugar.]

88. **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE: TITULARIDAD DE LA ACCIÓN: DAÑOS MORALES Y DAÑOS PATRIMONIALES:** La acción para exigir la indemnización de los perjuicios ocasionados por la muerte de una persona no sólo corresponde a los herederos, sino a los familiares del fallecido, aunque no ostenten esa condición. No sólo son indemnizables los daños patrimoniales, sino también los daños morales. [Sentencia 17 febrero 1956.]

«Que bajo el apartado e) del propio motivo primero y denunciando la violación de los mismos preceptos 1.902 y 1.903 del C. c., en relación con el 105 del penal, se plantea un tema de interés notorio sobre la transmisibilidad a los herederos de la acción de indemnización en caso de muerte de la víctima de un accidente, que en el recurso se reputa indudable y sin distinguos para negar al reclamante el derecho que ejercita en la demanda, por no haber acreditado su cualidad de heredero de la joven, cuya muerte es origen de su reclamación; y si bien es cierto que el artículo 135 del Código penal vigente, como el 106 del de 1932 y el 125 del de 1870, esta-

blece que la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite a los herederos del perjudicado, y, en aplicación de tales preceptos, las Sentencias de la Sala segunda de este Tribunal de 30 de noviembre de 1932 y 4 de marzo de 1944, que se citan en el recurso, afirman explícitamente que la indemnización por muerte se transmite a los herederos del interfecto, en cambio, en la de esta Sala de 20 diciembre 1930, se declaró que sobrevenida instantáneamente la muerte de la víctima de un accidente, no llegó ésta a poseer ni un momento el derecho a ser indemnizada, de suerte que por este hecho nació una nueva acción a favor de quienes no tiene necesidad de justificar su carácter de herederos, sino el de hijos y cónyuge del difunto y posteriormente, en la de 8 de abril de 1936 hubo de proclamar que nuestro ordenamiento jurídico no amparaba la tesis según la cual el derecho de exigir indemnización de perjuicios en caso de muerte es de índole patrimonial, ingresado en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a sus herederos, y, por ello, resulta conveniente para la mejor inteligencia del tema propuesto, fijar, aunque sea elementalmente, casos y conceptos, distinguiendo al efecto con relación al difunto, por una parte unos perjuicios de carácter matrimonial, como los gastos de entierro y funeral, que constituyen cargas hereditarias (artículos 840, 902 y 903 del expresado C. c.), y, cuando no se trate de muerte instantánea, los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etcétera, que dan nacimiento a una acción de indemnización de la de aquéllos a favor de los herederos, desde luego, y la de éstos a favor del causante, pero transferible a sus derechohabientes; y, por otra, el daño moral, constituido por el dolor psicofísico que la de lesión mortal hace sufrir a la víctima, que, aunque compensable también crematísticamente (*pecunia doloris*), en la forma prudencial en que puede serlo, respecto al cual sigue constituyendo aún en la doctrina de la jurisprudencia un problema, el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos, sobre todo en el supuesto de muerte instantánea, supuesto este que, entendido como simultáneo de la lesión, no todos admiten; pero al lado de estos principios y con absoluta independencia de los mismos, surgen, además, no sólo daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados de la víctima, lesionados de sus afecciones más íntimas y legítimas, e indemnizable igualmente en dinero, según expresamente ha sido reconocido por este mismo Tribunal en la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1928, precisamente a favor de los padres de una niña de nueve años víctima de una accidente de automóvil, si bien tomando en cuenta para otorgar la indemnización, como en la Sentencia de 6 de diciembre de 1912, origen de la nueva orientación de nuestra jurisprudencia, una repercusión más o menos cierta en el patrimonio individual, sino, además, evidentemente, un daño material directo y de orden económico que a los más próximos parientes del difunto se les causa, igualmente, como el que se origina a la mujer, y a los hijos, cuando se ven privados de los recursos que con su trabajo e industria les proporcionaba para su subsistencia el cabeza de familia fallecido, o a los padres en caso de muerte del hijo que les ayudaba de igual forma, para cuya indemnización es indudable que ni uno ni otros necesitan invocar, ni mucho menos justificar, la cualidad de her-

deros de la víctima inicial, sin que a ello se oponga el texto del artículo 105 del C. p.: 1.º, porque naturalmente sólo puede referirse a las acciones que asistieran en vida al fallecido; 2.º, porque en todo caso se contraería a la responsabilidad civil procedente de un delito, que según el artículo 1.902 del C. c., se rige por las disposiciones del C. p., en tanto que en este pleito se trata de la derivada de culpa extracontractual no penada por la ley, como establece el artículo 1.093 del repetido C. c., y que se rige por los artículos 1.902 y siguientes del mismo, y 3.º, porque aun dentro de la propia órbita del 105, el artículo 104 del C. p. vigente, como antes el 75 del de 1928, preceptúa que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprende no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero, es decir, sin necesidad alguna de ostentar la condición de heredero del primer y principal agraviado.

OBSERVACIONES: La Sentencia que anotamos plantea y analiza con gran rigor el problema de la titularidad de la acción para exigir indemnización de daños y perjuicios por causa de muerte y el de la transmisibilidad de la acción a los herederos de la víctima. La consecuencia de este análisis parece ser que la titularidad de la acción depende de la naturaleza y carácter de los daños, cuya indemnización se reclama. Desde este punto de vista distingue la sentencia:

a) Los daños patrimoniales que hayan incidido sobre patrimonio de la víctima, bien directamente (por ejemplo, gastos de clínica y farmacia, impedimentos para el trabajo, etc.), cuando la muerte no es instantánea, bien como cargas hereditarias (por ejemplo, gastos de entierro y funeraria). Respecto de los primeros, se admite la transmisión a los herederos; respecto de los segundos, la acción corresponde «ab origine» a los herederos.

b) El daño moral sufrido por la víctima, cuya posibilidad de indemnización se admite, aunque sin resolver si se trata o no de una acción transmisible a los herederos.

c) El daño moral sufrido por los parientes próximos, respecto del cual la titularidad de la acción les corresponde a ellos como independencia de que ostenten o no la cualidad de herederos.

d) El daño material sufrido por los parientes, indemnizable en la misma medida que el anterior. La titularidad les corresponde también a ellos, sin necesidad de que ostenten la cualidad de herederos.

La doctrina es correcta y rigurosa y se halla en consonancia con el principio general derivado del artículo 1.902 del C. c. (L. D. P.)

89. DAÑOS MORALES: PERJUICIOS OCASIONADOS POR DENUNCIA CONTRA UN ABOGADO POR ESTAFA, SEGUIDA DE SOBRESERIMIENTO: *Si el fallo absolutorio civil se basa en que no consta por qué fué sobreseído el sumario y, por tanto, la conceptualización que mereció la actuación de los demandados, es inoperante alegar en casación que no es preciso probar el «quantum» de los perjuicios morales para que sean fijados «ex aequo et bono» por el juzgador.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La prueba de presunciones sólo puede ser objeto de casación cuando no es cierto el hecho en que la presunción se basa o cuando no haya enlace preciso y directo entre él y lo que se trate de deducir, pero no cabe tal recurso según reiterada jurisprudencia cuando la Sala no ha estimado tal prueba. [Sentencia 16 enero 1956; desestimatoria.]*

ANTECEDENTES: Se presenta denuncia contra un abogado en ejercicio por

el supuesto delito de estafa; es instruido sumario que la Audiencia sobresee. El abogado reclama en vía civil una indemnización de 100.000 pesetas en concepto de daños morales, pero no se aporta a los autos testimonio del sobreseimiento recaído. La demanda es desestimada en ambas instancias y el T. S. *no da lugar* al recurso.

COMENTARIO: El hecho de que la demanda tenga por fundamento unas actuaciones seguidas en la vía criminal, puede originar algunas confusiones. El denunciado falsamente puede, a su vez, proceder criminalmente contra el denunciante «en virtud de sentencia firme (absolutoria) o auto también firme de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado» (art. 325 C. p.). No puede procederse contra el denunciador si el sobreseimiento fué provisional (Sentencia 30 abril 1896). En todo caso, y teniendo en cuenta que la punición de este delito de acusación o denuncia falsa no tiene por finalidad primordial el interés particular, sino el público, de evitar entorpecimientos a la buena administración de Justicia, a la que se engaña y se hace seguir actuaciones inútiles, se exige orden de proceder del Tribunal (Sentencias 6 abril de 1899, 21 junio 1907). También con «previa licencia del Juez o Tribunal» (art. 467 Código penal), podrá deducirse acción por calumnia o injuria causadas en juicio, sea civil o criminal, y no cabe negar que estos delitos contra el honor están sancionados con vistas a proteger primordialmente el interés individual.

Ignoramos, pues no consta en el pleito si el abogado actor contó con las autorizaciones pertinentes para proceder contra los denunciados por acusación o denuncia falsa o por calumnia. En todo caso, es indudable que tenía abierta la vía civil para reclamar los daños que con la falsa denuncia se le hubieran ocasionado previa demostración de los requisitos del artículo 1.902 del C. c., pero no debió olvidar que la vía civil se rige por el principio de aportación de parte en relación con el material del proceso, y era inexcusable que se trajera a los autos un testimonio del sobreseimiento recaído. El fallo es, pues, ajustado a derecho. (G. G. C.)

90. OBLIGACIONES NACIDAS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL: Véase Sentencia 23 febrero 1956 (I, 24).

IV. Derecho de Familia.

MATRIMONIO CANÓNICO: SEPARACIÓN POR ADULTERIO: COMPETENCIA JURISDICCIONAL: 1939: *Al ser derogada la ley de divorcio por la de 23 de septiembre de 1939, se produjo, entre otros, el efecto de la nulidad a instancia de parte de las sentencias pronunciadas por los Tribunales civiles sobre divorcio vincular referentes a matrimonios canónicos, y tal nulidad había de referirse, no sólo a la parte dispositiva de la sentencia firme, sino a sus fundamentos y aun a todos los trámites del litigio.*

MATRIMONIO CANÓNICO: SEPARACIÓN POR ADULTERIO: COMPETENCIA JURISDICCIONAL ECLESIASTICA: EPICACIA CONCORDATO CON LA SANTA SEDE: EFECTOS CIVILES DE SENTENCIA ECLESIASTICA QUE DECLARA NO PROBADO ADULTERIO ESPOSA: DOCUMENTO AUTÉNTICO A EFECTOS CASACIÓN: *Por aplicación del artículo 80 del C. c.*

y del artículo 24 núm. 1.º del Concordato con la Santa Sede resulta incuestionable la competencia de la jurisdicción eclesiástica para conocer de una demanda de esparación por adulterio de la esposa, y sus decisiones trascienden a la esfera civil, a la cual vinculan, con la obligación por parte de ésta de decretar las disposiciones necesarias para que aquéllas produzcan los efectos civiles pertinentes; por ello, la declaración de la jurisdicción eclesiástica de no haberse probado la realidad del adulterio imputado, ha de proyectar su eficacia en la demanda de alimentos, efecto civil de la permanencia de la vida matrimonial, siendo documento autentico, a efectos de casación, el testimonio de la sentencia eclesiástica.

ALIMENTOS DEFINITIVOS ENTRE CÓNYUGES: Los cónyuges están recíprocamente obligados a darse alimentos, mientras subsista entre ellos el vínculo conyugal, con las excepciones que el Código establece, obligación que compete a aquel de los cónyuges que se encuentra en situación y con medios de prestarlos cuando el otro se hallare en situación precaria y separado de él, bien de hecho, o en virtud de resolución judicial.

ALIMENTOS DEFINITIVOS ENTRE CÓNYUGES: CUANTÍA: FACULTADES DEL TRIBUNAL: Es facultad del Juzgador acordar la cuantía de los alimentos, ponderado adecuadamente, para que exista la debida proporción entre ellos, el caudal o medios de que dispone quien ha de darlos en relación con las necesidades de quien haya de recibirlos. [Sentencia 14 enero 1956; estimatoria.]

MATRIMONIO CIVIL: REQUISITOS PREVIOS: MATRIMONIO EN ZONA ROJA: FALTA DE LICENCIA PATERNA; DEFECTO SUBSANABLE: La infracción del artículo 50 del C. c. no puede ser determinante de nulidad porque los términos de la Orden de 8 de marzo de 1939 muestra inequívocamente que se trata de un defecto subsanable, que, además, no permite en su caso sino la anulación de las actas del matrimonio, sin originar especialmente la nulidad del vehículo matrimonial.

MATRIMONIO CIVIL: NULIDAD DEL CONTRAÍDO ENTRE BAUTIZADOS AL AMPARO LEY 1932: NUMERACIÓN EXHAUSTIVA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD: INAPLICACIÓN ARTÍCULO 4.º C. C.: DISPOSICIONES TRANSITORIAS: La ley de 28 de junio de 1932, bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio cuya nulidad se pretende, no acogia manifestación alguna sobre la profesión religiosa de los contrayentes; impetrándose la nulidad del matrimonio civil es preciso estar al precepto específico del artículo 101 C. c. con la obligada relación que guarda con los artículos 83 y 84 de propio cod., sin que sea de aplicación por su carácter general el artículo 4.º del mismo; debiéndose completar con los casos que exhaustivamente, y sin posibilidad de ampliación, contemplan el núm. 3.º de la L. de 12 marzo 1938 y las normas transitorias contenidas en la L. de 23 septiembre 1939. [Sentencia 26 enero 1956; desestimatoria.]

ANTECEDENTES: La actora alegó que habia contraído matrimonio civil en Madrid el 20 de diciembre de 1937, que fué inscrito en el Registro, siendo bautizada, igual que su cónyuge, y sin haber hecho declaración alguna de no profesar la Religión Católica, no contando con licencia paterna a pesar de ser menor la actora, en el momento de contraerlo: su

marido se halla en paradero desconocido y por ello no podía convalidar el matrimonio. Suplicaba se declarase la nulidad de dicho matrimonio. La demanda no prosperó ni en 1.ª ni en 2.ª instancia. Intespuesto recurso de casación fundado en el núm. 1.º del artículo 1.692 de L. e. c. por infracción del artículo 42 del C. c., el 1.º de la L. de 28 marzo 1932, el 2.º de la O. de 8 marzo de 1939 y el 4.º del C. c. El T. S. *no da lugar al recurso.*

COMENTARIO: En la ya extensa polémica suscitada a propósito de las uniones meramente civiles contraídas por bautizados al amparo y bajo la vigencia de la legislación republicana, casi todos los opinantes partían del supuesto de la imposibilidad legal de anular en la actualidad tales uniones una vez que se ha derogado la ley de divorcio vincular y no alcanzando la nulidad con carácter retroactivo decretada por la L. de 23 septiembre 1939, sino a determinados y muy concretos casos.

Nos parece meridiana la solución dada a la alegación de la supuesta nulidad de ese matrimonio por falta de licencia al ser contraído por una menor. Estimamos que nunca pudo seriamente sostenerse que tal matrimonio pudiera ser nulo. Basta una superficial lectura al encabezamiento del artículo 50 del C. c.

Además, en el caso actual, matrimonio contraído en la llamada zona roja, concurren aparentemente todas las circunstancias que el Codex Iuris Canonici exige para la validez del matrimonio contraído con arreglo a la forma extraordinaria, de suerte que resulta muy posible que ese matrimonio fuese válido o pudiese revalidarse canónicamente, con lo cual la actora lograría la tranquilidad de su conciencia, único fundamento serio de su demanda:

Bajo otro aspecto debe destacarse la trascendencia de este fallo cuando declara que las causas de nulidad son las taxativamente enumeradas en el artículo 101, además de las también taxativas que con carácter transitorio se contienen en las leyes de 1938 y 1939. ¿Qué pensar ahora de la causa de nulidad introducida por la Orden de 10 de marzo 1941 al disponer que a la exactitud de la declaración jurada que prescribe «se halla ligada la validez y efectos civiles» de los matrimonios civiles contraídos con posterioridad a dicha Orden? Anteriormente hemos sostenido la legalidad de esta Orden ministerial aprobada con deliberación del Consejo de Ministros, y allí nos remitimos (Cfr. «Matrimonio civil de acatólicos», ADC, VII-1.º pág. 142).

Debe entenderse por doctrina legal sólo la sentada en función del supuesto fáctico del fallo, el caso a que esta sentencia se refiere es anterior a la entrada en vigor de la citada Orden. No sabemos si el T. S. la aplicaría a un supuesto posterior.

De cualquier forma, debe señalarse la suma importancia de que se redacten con claridad y precisión las esperadas normas de adaptación al Concordato, pues la materia matrimonial exige, como ninguna otra, además de intrínseca justicia, seguridad jurídica. (G. G. C.)

3. LITIS EXPENSAS: ANALOGÍA CON EL BENEFICIO DE POBREZA: *Cualquiera que sea el criterio de la Sala acerca de la interpretación analógica del artículo 34 L. E. C. a las litis expensas, es lo cierto que en esta materia, hay que estar al principio informador de los preceptos, rehuendo el intento de asimilar el concreto ya citado con otra institución que aparte de ser de derecho pretorio, se rige por normas jurisprudenciales que no favorecen una interpretación retrística de su ámbito. [Sentencia 7 enero 1956; no ha lugar.]*

4. CAMBIOS DE ESTATUTO PERSONAL: *El cambio de vecindad no modifica el régimen «de los actos constituidos con anterioridad, de los cuales se derivan derechos, para otras partes, ya reconocidos... y por ello no puede influir en el régimen económico familiar».*

COMUNIDAD DE GANANCIALES EN LIQUIDACIÓN: *Cada bien ganancial no pertenece a los titulares por mitad; para llegar a la división de la sociedad han de efectuarse las prescritas operaciones de liquidación. [Sentencia 29 octubre 1955.]*

A. *Exposición de la Sentencia.* 1. *Hechos.*—La cuestión esencial que se plantea en esta sentencia es la de los efectos del cambio de estatuto en el régimen económico de un matrimonio, cuando sometido originariamente al Derecho común, el marido —y por tanto la mujer— adquiere la vecindad catalana. La mujer pretende que subsiste el régimen de gananciales y su pretensión es estimada en primera y segunda instancia. El instituido heredero por el marido pretende, por el contrario, que el cambio de estatuto produjo el cambio del régimen de gananciales de Derecho común por el de separación que rige en Cataluña.

En el recurso el heredero invoca fundamentalmente otros dos motivos: El fallo de instancia desconsidera las reglas de liquidación de gananciales al hacer adjudicaciones concretas de cuotas sobre los presuntos bienes gananciales en favor de la mujer. Y además, esta sentencia es incongruente, porque sin una especial solicitud de la mujer, ordenó inscripciones concretas en favor de ella, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

2. El Tribunal Supremo, *desestima* que se diera la primera infracción señalada en estos dos últimos motivos, como se manifiesta si se relaciona el fallo de la sentencia con sus propios considerandos, expresando, a este propósito, la doctrina arriba resumida sobre los gananciales en liquidación. Y *estima* en cambio la inadecuación de la orden de las referidas inscripciones.

En cuanto a la cuestión *esencial*, el Alto Tribunal *desestima* el recurso en base al siguiente razonamiento:

CONSIDERANDO 1.º: «Que en el primer motivo del recurso, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., se alega tanto la violación de la Sala sentenciadora del artículo 15 del Código sustantivo cuanto la indebida aplicación que en el fallo dictado se hace de los artículos 1.315, 1.320 y 1.393 y siguientes de igual texto, infracciones que el recurrente denuncia al entender que por haber adquirido el causante la vecindad catalana, dada su residencia continuada en Barcelona desde 1913, unida a la voluntad que exteriorizó al otorgar el testamento en 1941 de ser reputado aforado, no le puede ser objeto de adaptación al caso que se enjuicia los preceptos mencionados que tratan de la inalterabilidad, mientras subsista el matrimonio de la sociedad de gananciales cuando otro régimen no fué previamente establecido; apreciación del recurrente que ha de calificarse de errónea, teniendo en cuenta que dicho testador, y causante de la herencia, no cambió su condición civil ni modificó su estatuto personal de origen, regido por la legislación común, al adquirir la vecindad en territorio foral, en aquellos actos constituidos con anterioridad de los cuales se derivan

derechos para otras partes ya reconocidos, que tienen y deben ser respetados y por ello no puede influir en el régimen económico familiar, dado que por el vínculo matrimonial, los cónyuges de modo respectivo obtienen derechos y contraen obligaciones, sin ser permitido que uno de ellos varíe el que exista concertado, pues de no ser así, la rectificación originaria, además de un perjuicio, un posible acto de despejo para el otro contrayente, razones por las cuales ha de reputarse correcta y acertada la decisión de la Sala sentenciadora contenida en el fallo que se impugna, acordando proceder por la defunción del marido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, constituida como consecuencia del matrimonio que contrajo con su viuda de hoy, demandante de estos autos.»

B. OBSERVACIONES: 1. La sentencia consagra en España el principio de la inmutabilidad del régimen aplicable a la organización económica de la unión conyugal ante los cambios de estatuto personal. Este principio, de raigambre en nuestro Derecho Tradicional (1), está acogido en la Convención de La Haya de 1905—que España no firmó—y en el artículo 13 del Dahir del Protectorado sobre la condición de los españoles y los extranjeros. Es también ésta la posición de la doctrina española (2) que, como la sentencia hace a veces (3), expresa mención de la vieja doctrina de los derechos adquiridos.

2. No cabe duda de que la cotitularidad que implica la comunidad de gananciales en liquidación sobre cada bien del patrimonio ganancial no significa una comunidad ordinaria, romana o por cuotas partes concretas. La naturaleza jurídica de la situación jurídica de cada uno de los bienes es similar a la que tienen en el supuesto de la comunidad hereditaria. (M. P.)

5. FILIACIÓN NATURAL: PRUEBA SUPLETORIA: POSESIÓN DE ESTADO: *Está bien hecha la declaración de la descendencia natural del actor con respecto a la causante de la herencia basada en inscripciones en el Registro Parroquial por destrucción del Registro Civil, practicadas con intervención de los padres de la madre natural que no podían desconocer el hecho del parto y la identidad del hijo, aparte de que el Tribunal «a quo» admite la posesión de estado de hijo natural del padre del actor. [Sentencia 31 enero 1956; desestimatoria.]*

El recurso se desestimó por interponerse fuera de plazo

V. Derecho de sucesiones.

1. CONTADOR PARTIDOR: NATURALEZA: FACULTADES: *El mandatario para después de la muerte de un causante no tiene más facultades que las que*

(1) Part. 4.^a, tit. 11, ley 24; vid. LARREA: *Novarum decisionum*, Lugduni, 1729, parte segunda, D. 62, pág. 72 y ss.

(2) ORÚZ: *Manual de Derecho internacional privado*, tercera ed., Madrid, 1952, núm. 573, pág. 756; GOLDSCHMIDT: *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, tomo II, Barcelona, 1949, pág. 216; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1954, páginas 493. Vide sobre esta materia LASALA SAMPER: *El régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, 1954, particularmente pág. 168 y ss.

(3) TRIAS DE BES: *Derecho internacional privado*, Barcelona, 1939, páginas 1.539, págs. 96 y 97; LASALA ILLANAS: *Validez internacional de los derechos adquiridos*, «Revista Derecho Privado», 1940, 77 y ss.

se le confieran en la disposición de la última voluntad en que se le defirió el cargo.

CONTADOR PARTIDOR: FACULTADES DEL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL: *El contador a quien no se ampliaron las facultades del artículo 1.057 no las tiene para liquidar la sociedad conyugal de los fallecidos padres de su causante ni para proceder a la división de las herencias de aquéllos.*

INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: NULIDAD Y RESCISIÓN: *Siendo la declaración de nulidad acción de naturaleza principal, y la de rescisión subsidiaria, debe prevalecer la primera.*

INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: EXTRALIMITACIÓN DE UN CONTADOR: *Verificada por un contador, sin la intervención de todos los herederos, la partición de la herencia de los padres de su causante, acto particional que tuvo su influjo en la liquidación de la sociedad legal de gananciales de éste y partición de sus bienes, es correcta la declaración de nulidad por carecer la partición del requisito esencial del consentimiento. [Sentencia 25 enero 1956.]*

2. PARTICIÓN POR COMISARIO-CONTADOR: ACEPTACIÓN TÁCITA POR EL ADJUDICATARIO: *No cabe hablar de nulidad absoluta de la partición realizada por el Comisario en forma diferente a las instrucciones dadas por el difunto en su testamento, cuando el adjudicatario dispone de los bienes asignados, lo que supone una aceptación tácita. [Sentencia 13 diciembre 1955.]*

3. PARTICIÓN: CARÁTER SUBSIDIARIO DE LA RESCISIÓN: *Por revestir carácter subsidiario la acción rescisoria prevista en el artículo 1.073, en relación con el 1.294, ambos del Código civil, no procede ejercitarla como principal juntamente con la de nulidad.*

PARTICIÓN: CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESCISIÓN: *El adies a quo» para el cómputo del plazo de caducidad de las acciones de nulidad o rescisión, cuando tales acciones son utilizadas por menores al llegar a la mayor edad, es inaplicable cuando no son los menores quienes por sí mismos actúan en el proceso; si es su representante legal quien las ejercita, ha de hacerlo dentro del mismo plazo, contado desde el día siguiente al de la fecha en que la partición fué realizada.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR LA PARTICIÓN: DEFENSOR JUDICIAL: *Carece de legitimación activa para impugnar la partición en nombre de los menores en patria potestad, la madre que tiene con ellos intereses encontrados en la partición discutida. La representación de dichos menores corresponde al defensor judicial. [Sentencia 16 enero 1956.]*

A. Nueve años después de la fecha en que fué practicada una partición en que, por incompatibilidad de interés con su madre viuda, unos menores estuvieron representados por un defensor judicial, dicha madre pretende impugnar la partición en nombre de sus hijos, todavía menores. El T. S., con todo acierto, le niega legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación. La misma *ratio juris* que, por incompatibilidad de intereses, impidió a la madre representar a sus hijos en patria potestad en el otorgamiento de la partición, dando lugar a la intervención del defensor

judicial, le veda en este caso representarlos para el ejercicio de la pretendida acción impugnatoria:

4. INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN Y ACCIÓN RESCISORIA: Aunque tanto la acción de impugnación de los artículos 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento civil como la de rescisión de los artículos 1.074 y 1.078 del Código civil tienden a la invalidez de lo hecho, la primera representa la manifestación genérica o «latu sensu» de la ineficacia y versa sobre operaciones divisorias en proyecto, mientras que la segunda, que actúa sobre partición ya efectuada, implica una modalidad, especie o rescisión «strictu sensu», dentro de aquel género.

INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: RESCISIÓN: CÁLCULO DE LA LESIÓN: No se determina la lesión respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote. Y hay que atenerse al valor de los bienes al ser adjudicados y no al que tuvieren al fallecer el causante.

INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: RESCISIÓN: Provoca la existencia de la lesión el contador dirimente que no tiene en consideración el avalúo efectuado por el perito nombrado por el contador de los actores (avalúo respecto de cuál hay que tener por conforme a la parte contraria, que no utilizó la facultad de designar otro perito), cuando la valoración hecha por aquél establece un aumento del cien por cien sobre otra antigua, que fué la utilizada por el contador dirimente.

INEFICACIA DE OPERACIONES PARTICIONALES: ACCIÓN RESCISORIA: CUANDO NO PROCEDE: El artículo 1.078, que veda el ejercicio de la acción rescisoria al heredero que enajenó todos o una parte considerable de los bienes hereditarios, no es susceptible de ampliación analógica. [Sentencia 16 noviembre 1955.]

5. CAPACIDAD PARA TESTAR: La capacidad para testar ha de referirse siempre y en todo caso al momento mismo de ser otorgada la última voluntad.

CAPACIDAD PARA TESTAR: PRESUNCIÓN: PRUEBA EN CONTRARIO: El artículo 662 del Código civil sienta la norma de que la capacidad mental de todo testador se presume, salvo prueba en contrario. Y ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la ley y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración. [Sentencia 1 febrero 1956.]

6. TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONÉS: FALTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL QUE FUÉ DESTRUIDO: VALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS UNIPERSONALES OTORGADOS POSTERIORMENTE POR EL VIUDO: No apareciendo acreditado que ninguna de las personas legitimadas para ello instasen la reconstrucción del testamento de mancomún otorgado por los cónyuges causantes, es indudable su existencia a los pretendidos efectos de su validez, por lo cual los testamentos otorgados posteriormente por el cónyuge viudo tiene eficacia en derecho, y al no darse ninguno de los supuestos del artículo 912 del C. c., es improcedente la apertura de la sucesión instada. [Sentencia 1 marzo 1956.]

7. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN: *En casación por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es revisable la interpretación realizada por los Tribunales de instancia, cuando se aparten de las normas legales que regulan esa facultad o de un sentido notoriamente incorrecto no ajustado a los términos del testamento o a la voluntad del testador que debe prevalecer sobre aquellos.*

DOMINIO: ADQUISICIÓN DERIVATIVA: *El reconocimiento expreso no es un acto jurídico eficaz para consumir una adquisición derivativa de dominio, según las normas que se infieren del artículo 609 y concordantes del Código civil.*

COMUNIDAD Y CONSTITUCIÓN: *Es evidente que una persona puede crear a título testamentario una comunidad sobre sus bienes relictos, dentro de los límites legales, instituyendo herederos o legatarios con esas condiciones y finalidad.*

COMUNIDAD Y SOCIEDAD: REQUISITO PARA SU CONSTITUCIÓN: *La creación de una comunidad de bienes o de una sociedad requieren un acto jurídico eficaz que cause el traspaso de la propiedad individual a favor de la comunidad o sociedad a que se aporten, como se deduce de los artículos 399 y 1.665 del Código civil.*

TUTELA: RENDICIÓN DE CUENTAS: *Obtenida la tutela con la asignación de «frutos por alimentos», no queda obligado el tutor a la rendición de cuentas anuales, según el artículo 279 del Código civil, exención extendida por la jurisprudencia a los supuestos de los artículos 280 y 281 del mismo Código (cuentas generales y finales), salvo cuando se haya usado mal de la tutela, no se atiende a la alimentación e instrucción de los tutelados con sus frutos, o se reclame la rendición de cuentas en otro concepto. [Sentencia 28 enero 1956.]*

8. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: CLÁUSULAS CLARAS: *Es clara la cláusula por la que el testador lega una finca que se describe como «posesión de tierra cercada de pared que forma parte de la de Can Guidet». Por ello, más que aclarar los términos utilizados, precisa determinar sobre el terreno hasta dónde llega lo cercado efectivamente con pared.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *El motivo del recurso fundado en error de hecho resultante de las escrituras públicas, al analizar al efecto la prueba testifical y el reconocimiento judicial, contraria la razón del recurso que sólo permite alegar el error de hecho si éste resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador. [Sentencia 14 febrero 1956.]*

9. PREFERENCIA DE HEREDEROS FORZOSOS: *Es de aplicación el artículo 814 del Código civil, que decreta la nulidad de la institución de herederos voluntarios cuando el causante dispuso su última voluntad en concepto de soltero y sin herederos forzosos, siendo así que era casado y dejó un hijo legítimo.*

EXTINCIÓN DE ALBACEAGO: *Extinguido el albaceago puede obtenerse la nulidad del testamento sin llamar al albacea al pleito.*

DECLARACIÓN DE HEREDEROS AB-INTESTATO: *El procedimiento judicial para*

declaración de herederos ab-intestato previsto en los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, no obsta a que tal declaración se pida y discuta en pleito de mayor cuantía, excepto cuando se ha iniciado la prelación ab-intestato.

FALESDAD CIVIL: *Es del tipo de falsedad civil y no penal la atribuida al causante de la sucesión que manifestó al otorgar su última voluntad y en una escritura de venta ser soltero y carecer de herederos forzosos, por lo que entra en juego el artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

PODER DEL PROCURADOR: *La falta de personalidad del Procurador es tema de carácter procesal susceptible de ser tratado en casación al amparo del número 2 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 9 diciembre 1955; no ha lugar.]*

10. ALBACEAZGO: EL ALBACEA NO ES DEPOSITARIO DE LOS FONDOS QUE TIENE EN SU PODER POR RAZÓN DEL CARGO: Véase Sentencia 31 de enero de 1956 (III. 10).

DERECHO MERCANTIL

1. LA COTITULARIDAD EN UNA CUENTA BANCARIA INDISTINTA NO TIENE TAL CARÁCTER: *La simple cotitularidad en una cuenta bancaria indistinta no es suficiente para acreditar la propiedad de la mitad del saldo, mientras no se justifique por algún medio de prueba que tal numerario ingresó en su patrimonio de manera legal.*

INTERPRETACIÓN: *Infringe los artículos 1.258, 1.281, 1.282, 1.283 y 1.289 del Código civil la Sala de instancia al no interpretar los hechos litigiosos dándoles el alcance que realmente tienen y construir en cambio un acto jurídico —el supuesto convenio entre actora y demandada—, ajeno a lo discutido y probado. [Sentencia 7 febrero 1956.]*

2. LETRA DE CAMBIO: VALOR EN CUENTA: FACULTADES DEL TOMADOR: *Si bien el artículo 445 del C. de c. dispone que el tomador es responsable frente al librador del importe de la letra, para exigirla o compensarla en la forma convenida, esto no impide que el tomador, en caso de falta de pago por el aceptante, pueda exigir su reembolso del librador. [Sentencia 25 enero 1956.]*

3. AVAL BANCARIO: *Puede ser calificado como fianza solidaria.*

CONTRATACIÓN IMPUESTA: INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: *La intervención de la autoridad administrativa puede modificar sustancialmente las relaciones contractuales. [Sentencia 8 febrero 1956.]*

4. PRUEBA: TESTIGOS EN MATERIA MERCANTIL: *El artículo 51 del C. c que no considera bastante por sí sola la declaración de testigos para probar la existencia de un contrato, cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas deja a salvo el caso de que concuerda con otras pruebas.*

PRUEBA: APERCIACIÓN: *Es inaceptable en casación la desarticulación de los medios de prueba apercibidos en conjunto. [Sentencia 19 octubre 1955.]*

5. CONTRAVENCIÓN MERCANTIL: ARTÍCULO 1.124 C. C.: *Según doctrina rei-*

terada, el artículo 1.124 del C. c. es aplicable a las compraventas mercantiles caso de incumplimiento del contrato.

COMPRAVENTA MERCANTIL: ARTICULO 1.124 C. C.: OPCION POR CUMPLIMIENTO: Al ser incompatible el ejercicio simultáneo de ambas acciones que concede el artículo 1.124 C. c., si el comprador optó por el cumplimiento del contrato al requerir varias veces al vendedor por acta notarial, y en la conciliación previa a la demanda, se entiende que ha abandonado la acción resolutoria.

COMPRAVENTA MERCANTIL: IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO: No se hace imposible el cumplimiento de la obligación de entregar vino por el hecho de haberlo enajenado el vendedor, pues podía ser sustituido por otro de la misma especie y calidad, ya que era venta de cosa genérica como resulta de los términos del contrato, especialmente al no señalarse un precio fijo, sino el que correspondiera a la graduación que tuviera y cantidad que hubiera en las bodegas que menciona.

COMPRAVENTA MERCANTIL: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA COSA VENDIDA: No puede estimarse individualizada y singularizada esa mercancía con que se dijera cuáles eran las bodegas en que se encontraba, ya que esto no tenía relación con la cosa vendida, sino con la carga y gastos de transporte y para limitar la venta a parte del vino propiedad del vendedor.

COMPRAVENTA MERCANTIL: PLAZO FIJO: Como exige la celeridad del Comercio y la relación entre sí de las operaciones que lo integran, por disposición tajante del artículo 61 del C. comercio el comprador debía retirar el vino comprado en el plazo que expiraba el 31 de octubre de 1944, y al no hacerlo, no siendo imputable tal cosa al vendedor, debe casarse la sentencia estimando la reconvencción. [Sentencia 10 febrero 1956; estimatoria.]

6. VENTA SOBRE MUESTRAS: FALTA DE IDONEIDAD DE LA MERCANCIA: NATURALEZA DE LA ACCIÓN: La acción para impugnar la compraventa por falta de idoneidad de la mercancía no es una acción de nulidad, sino de rescisión de la venta por prestación defectuosa.

VENTA SOBRE MUESTRAS: PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN: Existiendo una laguna en el C. de C. en torno al plazo para el ejercicio de la acción rescisoria prevista en los artículos 327 y 336, debe llenarse con las normas supletorias del C. c. y, en particular, con la del artículo 1.490 sobre acción de saneamiento por vicios o defectos ocultos.

PLAZOS EN MATERIA MERCANTIL: En materia mercantil los plazos son y deben ser más breves que los marcados por la legislación común en atención a las exigencias de rapidez del tráfico comercial.

COMISIÓN MERCANTIL: CONOCIMIENTO: Cuando el tercero intervino en nombre del comprador, con conocimiento y aquiescencia del vendedor, la norma aplicable es la del artículo 214 del C. de C. que atribuye el ejercicio de las acciones derivadas del contrato al comitente y al que contrató con el comisionista. [Sentencia 16 diciembre 1955.]

OBSERVACIONES: De los extremos abordados por esta sentencia son de particular interés los relativos a la venta sobre muestras del artículo 327 del C. de c. y, concretamente, los que hacen referencia a la naturaleza de la acción para impugnar la eficacia de la venta por prestación defectuosa y al plazo para ejercitarla.

a) Sobre el primero de ellos dice el T. S. que no se trata de una anulación del contrato, sino de una acción de rescisión: « Que el Tribunal a quo desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción rescisoria de la compraventa, en atención a que el hecho de la remesa de una mercancía con defectos no visibles, que la hacían inservibles para el consumo, y no correspondía en calidad a la muestra, que sirvió de base al contrato, implicaba vicio de consentimiento prestado con error, que conduciría a la anulación del contrato, pero bien se advierte la improcedencia de esta argumentación, ya que ni la acción de nulidad ha sido utilizada, ni la demanda ofrece otra base de hecho para pedir la rescisión de la venta que la falta de idoneidad del objeto del contrato por prestación defectuosa de una mercancía distinta de la de la muestra previamente ofrecida».

La doctrina referida parece en general correcta. La prestación de una mercancía que no corresponda con la muestra no puede dar base a una acción de anulación, ni de implicar un error en el consentimiento, como había pretendido el tribunal de instancia. El error en el consentimiento artículo 1.266 del C. c., se produce en el momento de la perfección del contrato. En nuestro caso supondría no la discordancia de la muestra con la mercancía, en la cual para nada juega el error del comprador sino la equivocación de éste sobre a sentencia o cualidades de la cosa, tal como aparecía en la muestra, lo cual es desde luego distinto de la falta de adecuación de la mercancía convenida con la mercancía entregada. En realidad, esta falta de adecuación da lugar a una «prestación defectuosa», como dice la Sentencia, y, por lo mismo, a un cumplimiento defectuoso, por lo cual se semeja más a las acciones de resolución (arts. 1.124 y 1.506 del C. c.) que a las acciones propiamente rescisorias (art. 1.290 y sigs.). No obstante, la doctrina parece, como decíamos, por lo general acertada, tanto más si se tiene en cuenta que el propio C. de C. en el mismo artículo 327, habla de rescisión («se rescindirá el contrato...»), siquiera ello pueda obedecer a una defectuosa técnica legal que emplea normalmente como sinónimo los términos de rescisión y resolución.

b) El segundo punto —plazo para el ejercicio de esta acción de rescisión— lo resuelve el T. S., aplicando el de seis meses del artículo 1.490 del C. c.

Sus argumentos son los siguientes: 1.º Sobre la base cierta de que el C. de c. ofrece una laguna, al no fijar la duración de la acción rescisoria prevista en el artículo 327 y también en el 336 cuando la causa de rescisión está en el vicio propio de la cosa vendida, siendo preciso llenar la laguna con las normas supletorias del C. c., es visto que, si en éste se señala el plazo de cuatro años, para pedir la rescisión de los contratos en general —artículo 1.229—, y para la misma acción en la compraventa por saneamiento de la cosa que se entrega con vicios o defectos ocultos, similar a la ejercitada en este proceso, fija la duración en seis meses —artículo 1.490—, no parece dudoso que esta última norma especial para la compraventa debe ser aplicada con preferencia a la norma general de rescisión de contratos. 2.º En materia mercantil los plazos de prescripción de acciones son y deben ser más breves que los marcados por la legislación civil en atención a exigencias de la rapidez en el tráfico comercial. 3.º Si en principio esto es así, con más razón lo será en casos como el de autos en que ha sido objeto del contrato una mercancía destinada al consumo, expuesta por la influencia del tiempo a su total deterioro en plazo relativamente corto, con el grave quebranto para el vendedor, si la acción prosperase, de no poder recobrar la mercancía o tener que recibirla totalmente inservible, contra lo dispuesto en el artículo 1.303 del C. c. sobre efecto de la rescisión por causa de la inactividad injustificada del comprador.

La sentencia que anotamos, parte de una afirmación que considera segura: la existencia de una laguna en el C. de c. sobre la duración de la acción de rescisión del artículo 327. Con fundamento en ello, aplica,

como supletorias, las normas del C. c. y, en particular, el plazo de seis meses del artículo 1.490 para las acciones de rescisión de la compraventa civil por defectos de la cosa vendida. Y cabe preguntarse, ¿es cierta la existencia de la laguna mencionada en el C. de c.? Evidentemente, como dice la sentencia, el artículo 327 no señala plazo alguno. Tampoco parece aplicable el plazo de cuatro días del artículo 338, pues excluye, como también afirma la sentencia, los defectos procedentes de «vicio propio de la cosa», además de los de «avería» de «caso fortuito» y «fraude». Ahora bien: el artículo 342 del propio Código dice que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Y pudiera pensarse que el plazo aplicable es precisamente el de treinta días del artículo 342 del C. de c.; en lugar del de seis meses del C. c., toda vez que se refiere a los vicios internos de la cosa, en los que la sentencia busca la similitud para atender aplicable al artículo 1.490 del C. c. y está más en consonancia con la mayor brevedad de los plazos de la legislación comercial en que tanto se insiste (L. D. P.).

No se desconoce que nuestra más autorizada doctrina mercantilista ha considerado siempre el plazo del artículo 342 como un simple «plazo de denuncia». Pero la propia jurisprudencia (vid. entre otras la Sentencia de 9 de marzo de 1948) lo había considerado como plazo de prescripción. Y excluir ahora su aplicación, sin referirse expresamente al problema, parece por lo menos injustificado (L. D. P.)

8. BIENES INCAUTADOS EN ZONA ROJA: REPOSICIÓN DE CUENTAS CORRIENTES: *El acuerdo de la Comisión de incautaciones poniendo el saldo de una cuenta corriente incautada por organismos rojos, pero perteneciente en realidad a determinadas personas, a nombre de dicha Comisión en el Banco de España, es una medida cautelar a la que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto de 10 de enero de 1937.* [Sentencia 27 diciembre 1955.]

9. COMISIÓN MERCANTIL: CONOCIMIENTO: Véase Sentencia de 16 de diciembre de 1955 (6).

10. CONTRATO DE TRANSPORTE POR FERROCARRIL: SUSPENSIÓN PLAZO PRESCRIPCIÓN POR RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA: *En las acciones derivadas del contrato de transporte por ferrocarril para obtener el valor de la mercancía dejada de entregar, las reclamaciones de carácter administrativo, previas a la judicial, suspenden el plazo de prescripción que luego se reanuda, sumándose el tiempo transcurrido antes del acto obstativo.* [Sentencia 15 diciembre 1955; desestimatoria.]

11. SEGURO DE ACCIDENTES: ACCIDENTES DE TERCERO: *Si la póliza consigna que no se comprenden en la misma los accidentes de tercero y que no lo son a tales efectos los dependientes o asalariados y demás que designan, quedan éstos incluidos en ella.*

ACTOS PROPIOS: *Lo son la aceptación del accidente por la compañía aseguradora sin reserva ni limitación alguna, salvo la circunstancial de cantidad y la designación del abogado y procurador de la propia aseguradora para que defendieran en el sumario y en el juicio al asegurado responsable.* [Sentencia 31 enero 1956.]

12. SEGURO MERCANTIL DE ACCIDENTES DE TRABAJO: FALSIEDAD EN LA DECLARACION DEL ASEGURADO: *Si la declaración hecha a la Compañía aseguradora para fijar la prima del seguro expresa un jornal inferior al que se consigna en las declaraciones de accidentes de los obreros siniestrados y sobre cuya base se pagaba la indemnización, hay perjuicio para la Compañía, la cual puede reclamar conforme a contrato la parte de prima no satisfecha.* [Sentencia 28 febrero 1956; estimatoria.]

13. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA MERCANTIL: Véase sentencia de 16 de diciembre de 1955 (6).

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. JURISDICCIÓN: PACTO DE SUMISIÓN A TRIBUNALES EXTRANJEROS: *No es posible alterar con pactos privados las normas de derecho imperativo que ligan la jurisdicción a la soberanía de la Nación sobre su propio territorio.* [Sentencia 25 enero 1956.]

OBSERVACIONES: La sentencia es extraordinariamente interesante, porque establece, sin lugar a dudas, la eficacia de los pactos de sumisión a Tribunales extranjeros.

La doctrina establecida la contiene el primero de sus considerandos, conforme al cual «la función jurisdiccional, referida a la facultad de decir o declarar el derecho en los juicios civiles, está organizada en nuestro ordenamiento jurídico de modo fundamentalmente distinto, según se trate de colisión jurisdiccional entre Tribunales españoles o entre éstos y los extranjeros, pues, mientras en el primer caso, gobernado por reglas de derecho dispositivo, nada obsta en principio a la entrada en juego de la voluntad de los litigantes, con la limitación del respeto debido a lo dispuesto en la ley por razón de la materia o cuantía de lo que se pide o del órgano jurisdiccional ante el que se postula (artículos 53, 54 y 56 de la Ley procesal), en el supuesto segundo rigen normas de derecho imperativo que ligan la jurisdicción a la soberanía de la Nación sobre su propio territorio, sin posibilidad de que quienes litiguen se sustraigan a ellas con pactos que las desvirtúen o alteren, como así se infiere del contenido de los artículos 267 de la L. O. P. J. y 51 de la E. C., que atribuyen a los Jueces y Tribunales españoles exclusivamente el conocimiento de los negocios civiles causados en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, y así también lo ha declarado esta Sala en sentencias como las de 20 de noviembre de 1894, 10 de febrero de 1915 y 31 de enero de 1921, sin perjuicio de la aplicación de normas extranjeras impuestas por el Derecho Internacional si la relación jurídica puesta en ejercicio ofrece, en su diversidad de elementos, alguno que deba ser enjuiciado con arreglo a la legislación de otro país».

2. ACUMULACIÓN EN JUICIO ORDINARIO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: *Si la parte actora instó un juicio de mayor cuantía para resolver, acumulándola, cuestiones propias de L. A. U. que tienen un procedimiento especial, con otras propias del procedimiento ordinario, en realidad no existe incompetencia de juris-*

dicción, sino imposibilidad para la Sala de entrar a resolver aquellas por ser inadecuado el procedimiento, habiéndose infringido también por el actor el número 3.º del artículo 154 L. E. C. [Sentencia 2 diciembre 1955.]

3. COMPETENCIA: RECLAMACIÓN SERVICIOS PROFESIONALES: *Reclamado en estos autos el pago de honorarios que se dicen devengados por el actor, médico-cirujano, informante en diligencias para mejor proveer en pleito anterior seguido en X contra el también demandado y otros, es visto que no negado el hecho de la prestación de servicios, es preferente el Juez municipal de aquella ciudad.*

COMPETENCIA: TEMERIDAD: COSTAS: *La actuación del requirente y del Juez municipal de H. promoviendo y acogiendo respectivamente un requerimiento de inhabilitación manifiestamente en pugna con doctrina reiterada y uniforme del T. S., es reveladora de notoria temeridad a los efectos de imposición a ambos de las costas por mitad. [Sentencia 10 enero 1956.]*

4. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: ESTIMACIÓN DE OFICIO: *Si interviniéron en la escritura diversos vendedores y no fué demandado más que uno, la demanda debe desestimarse de oficio según reiterada jurisprudencia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieran ser demandados. [Sentencia 24 enero 1956; desestimatoria.]*

5. NULIDAD DE PROCESO: NULIDAD DE ACTOS PROCESALES: Véase Sentencia de 28 de diciembre de 1955 (D. c., I, 21).

6. PLAZO COMPARECENCIA INTERPOSICIÓN RECURSO CONTRA SENTENCIAS AUDIENCIA TETUÁN: SÁBADOS ISRAELITAS: CARÁCTER TERRITORIAL CÓDIGO PROCEDIMIENTO CIVIL DE MARRUECOS: *El plazo para comparecer ante el T. S. y formular después recurso de casación por infracción de ley en pleitos procedentes de Audiencia de Tetuán, es el de cuarenta días hábiles contados desde el siguiente al en que fué entregada al litigante la certificación para interponerlo, sin que pueda alegarse que por tener, al parecer, los litigante la condición de israelitas habria de descontar también los sábados y demás fiestas que para este supuesto establece el artículo 193 del C. de P. de la Zona porque al tener las leyes procesales carácter territorial, la excepción apuntada también lo tiene, y no pueden valer aun ante los Tribunales peninsulares que tienen sus normas privativas y menos aún ante el T. S. [Sentencia 7 enero 1956; desestimatoria.]*

7. CUESTIONES LITIGIOSAS: MOMENTO DE SU FIJACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: Véase Sentencia de 25 de febrero de 1956. (D. c. I, 19.)

8. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: Véase Sentencia 7 diciembre 1955 (D. c. III, 86).

9. REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: Véase Sentencia 22 diciembre 1955 (D. c., III, 84).

10. COSA JUZGADA: CALIFICACIÓN: EFICACIA DE LA SENTENCIA QUE DECLARA NO PROCEDER EL TRASPASO: *La declaración en otro juicio de no proceder el traspaso por no venir funcionando el local como establecimiento mercantil, no prejuzga la calificación del arrendamiento como de vivienda.* [Sentencia 29 septiembre 1965; no ha lugar.]

II. Procesos en especial.

1. JUICIO DE MAYOR CUANTÍA: MODIFICACIÓN O ACCIÓN EN RÉPLICA DE LOS PUNTOS DE HECHO O DE DERECHO: *El artículo 548 de L. E. C. autoriza de manera categórica para que puedan modificarse o adicionarse los puntos de hecho y de derecho que se hayan consignado en la demanda y contestación, sin que pueda admitirse que con ello se cause indefensión a la parte demandada, pues ésta puede impugnar en la réplica lo dicho por el actor en la réplica, y sin que tampoco en este caso se haya modificado el fundamento de la acción ejercitada.* [Sentencia 28 febrero 1956; estimatoria.]

2. RECLAMACIONES BANCARIAS: COMPETENCIA DE LA COMISIÓN CENTRAL: *De los artículos primero y cuarto de la ley de 12 de diciembre de 1942 se deduce la competencia de la Comisión Central en las causas relativas a la saca o extracción de fondos de las cuentas corrientes.* [Sentencia 24 octubre 1955; no ha lugar.]

3. ACCIONES EJERCITABLES EN EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS; ARTÍCULOS 168 Y 181: *Como materia no regulada en la L. A. U., la nulidad de una escritura pública no puede ser sustanciada ni decidirse por sus normas procesales, conforme a los artículos 168 y 181 de la Ley.*

III. Recursos.

1. APELACIÓN: INVALIDA ADMISIÓN DE UNA APELACIÓN NO INTERPUESTA EN FORMA POR FALTA DE FIRMA DE LETRADO: *No se extralimita en sus facultades ni vulnera el principio dispositivo el Tribunal que declara la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia cuando el juez de primera instancia admitió inválidamente una apelación no interpuesta en forma por falta de la firma de Letrado. El artículo 408 L. E. C. está considerado como disposición de orden público que no es dable dejar de aplicar con todo rigor.* [Sentencia 4 febrero 1956.]

2. PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: *Sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en segunda instancia, de toda o parte de la que hubiese sido propuesta y admitida en la primera, si no hubiese tenido lugar su práctica por causa no imputable a la parte que la hubiera solicitado.* [Sentencia 24 diciembre 1955; desestimatoria.]

Se trataba de una prueba de documentos privados y libros de comerciantes que había de efectuarse en los EE. UU., para la cual se concedió el término extraordinario de ocho meses, realmente poco frecuente; el Su-

premo razona así la negligencia que presume existente en la parte: «entregados a su Procurador para que se realizara los correspondientes despachos el 5 de enero de 1952, se dió por terminado ese extraordinario periodo de prueba el 5 de septiembre del mismo año, sin que se hubiera realizado, ni formulado ante el Juzgado petición alguna con objeto de que se facilitara su cumplimiento si se ponían obstáculos para ello, por lo que no puede por menos de ser responsable de esa negligencia».

3. CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Si el actor sostuvo en la instancia la inexistencia de contrato, no puede en casación invocar el artículo 1.124 que supone la existencia del mismo, pues ello constituye cuestión nueva.* [Sentencia 21 febrero 1956.]

4. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Un documento auténtico es el que demuestra por sí solo lo contrario de lo afirmado por el juzgador. Cuando por el contrario, esta conclusión se deduzca del documento a través de un proceso lógico, el cauce procesal adecuado no será ya el del núm. 7 del artículo 1.692 L. E. C.* [Sentencia 21 diciembre 1955; no ha lugar.]

5. REBELDÍA: AUDIENCIA EN JUSTICIA: *Para que el recurrente pueda ser oído en justicia contra la sentencia dictada, es condición esencial que pruebe que desde su emplazamiento hasta la publicación de la sentencia ha estado ausente del pueblo en que se ha seguido el juicio, e igualmente que pruebe la ausencia del lugar de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para ser emplazado, pues la protección legal no se dispensa a quien adopta una posición voluntaria y deliberada de rebeldía para demorar con ella en lo que estuviera de su parte, la cuestión litigiosa promovida.* [Sentencia 16 enero 1956; desestimatoria.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La Reivindicación Mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil.*

COLOMBO, Carlos: *Tentativas de conciliación de algunas teorías procesales.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *La indemnización por causa de muerte.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, Luis: *La unificación del Derecho privado en España.*

3. VIDA JURÍDICA

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *En torno a una versión española del Código civil alemán.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA