

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IX
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
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.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

La nuda propiedad

ALFONSO DE COSSIO
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla

Pocas instituciones del Derecho civil han sido objeto de una consideración tan superficial como esta de la nuda propiedad. Pudiéramos decir que su concepto se ha configurado exclusivamente de un modo negativo y como por reflejo, considerando todas las relaciones que se integran dentro de esta figura, única y exclusivamente desde el ángulo del usufructuario, y pensando que se trataba tan sólo de un derecho subjetivo en potencia, que se mantenía en la penumbra carente en absoluto de contenido actual, hasta el momento de producirse la consolidación del dominio en las manos del nudo propietario.

«El usufructo—dice en este sentido Venezian (1)—es un derecho temporal frente al perpetuo de propiedad, cuya característica esencial es la duración indefinida y que sirve a la distribución espontánea de los bienes en la sucesión de las generaciones. El usufructo es compatible con la propiedad, por su carácter temporal, y aun cuando se extiende a todas las utilidades que pueda prestar la cosa, y por larga que sea su duración, no por ello resulta inútil la propiedad, ni carece de valor: tiene la seguridad de consolidarse algún día, y aun actualmente posee un valor también la perspectiva de la utilidad que el dueño podrá en su día obtener de la cosa. De aquí que no sea, en teoría, posible el usufructo de bienes de utilidad simple. El vínculo se establece idealmente entre dos momentos sucesivos de la misma cosa, y si ésta no es susceptible de prestar utilidad más que una sola vez y al prestarla pierde su individualidad propia, no puede hallarse en dos disposiciones en el tiempo. Para ello es precisa la posibilidad de sustitución de la cosa. Entonces aparece la compatibilidad, no de dos derechos reales, sino de un derecho real y otro de obligación, cuya suma compone la utilidad total.»

Tal planteamiento de la cuestión tiene más bien un sentido económico que jurídico, y nos llevaría en último término a admitir en el nudo propietario la existencia de un dominio a término suspensivo y en el usufructuario, la de un dominio supeditado a

(1) VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp. Madrid, 1928, T. I, pág. 3.

un término resolutorio. Pero ello, según vamos a ver, es en absoluto insostenible, ya que se halla en abierta contradicción con los preceptos de cualquier ordenamiento positivo, de una parte, porque no es cierto que el usufructuario reúna, ni siquiera con carácter temporal, todos los derechos integrantes del dominio pleno, siendo interna y no meramente exterior la limitación de sus facultades, y de otra, porque tampoco lo es que el nudo propietario carezca en la actualidad de todo derecho subjetivo. En el fondo, la dificultad estriba en que nos aferramos instintivamente a un concepto demasiado absorbente de la propiedad, cuya revisión, desde el punto de vista técnico, se impone, y que por otro lado es puramente circunstancial y ajeno a muchos sistemas de derecho positivo, que construyen las instituciones reales utilizando otras formas de construcción, lo que nos lleva a examinar en primer término:

A) *La teoría histórica de la división del dominio y el derecho del nudo propietario.*—Tradicionalmente se ha venido manteniendo por los tratadistas un concepto elástico del dominio, concebido como forma absoluta de dominación de una cosa absorbente de toda posible facultad de goce o de disposición y excluyente de cualquier extraña interferencia: frente a él, los llamados *iura in re aliena* constituían lo excepcional, integrándose como puras limitaciones de su poder soberano (*plena in re potestas*), nunca tan amplias que puedan llegar a someter en su plenitud la total extensión de su dominante contenido.

Esta clasificación de los derechos reales es, sin embargo, puramente escolástica y poco conforme con la regulación positiva de los mismos, hasta el extremo de que los mismos romanistas la abandonan en la actualidad, señalando en las fuentes la existencia de una concepción del derecho de propiedad, que pudiéramos llamar «plural», en cuanto éstas admiten la posibilidad de dos diferentes titularidades dominicales simultáneas sobre una misma cosa. Partiendo de un conocido pasaje de Gayo, en que se habla de un «*duplex dominium*», oponiendo el «*dominium ex iure Quiritium*» al «*in bonis esse*», se fundamenta esta teoría del dominio doble.

La Rosa, al hacer la recensión de una obra de Ciapessoni (2), observa que el dominio romano tiene dos aspectos: uno que atribuye la titularidad al «*dominus ex iure Quiritium*», en tanto que el otro consiste en la disponibilidad efectiva de la cosa, en la utilización de la misma. El *dominus ex iure Quiritium* tiene normalmente un «*nudum ius*», vacío de contenido. Si algunas veces al nudo título de «*dominus*» se acompaña alguna facultad no patrimonial, como ocurre, por ejemplo, con la tutela de los latinos impúberes, se trata de facultades estrictamente conexas a la cua-

(2) LA ROSA: *In tema di «duplex dominium»*, en «*Anali Catania*», 1948-49, págs. 524 y 525.

lidad de dueño quirritario, y que como tales no pueden ser atribuidas a quien tiene la cosa «*in bonis*». De los dos términos del «*duplex dominium*», el denominado «*in bonis*» es considerado por Gayo desde un punto de vista negativo, como una parte destacada o separada del dominio quirritario. Más tarde, cuando el «*in bonis*» se haya delineado autónomamente, será considerado, por sí mismo, positivamente «*dominium*», y entonces los dos términos se situarán conceptualmente en un solo plano.

Ciapessoni, por el contrario (3), estimaba que «después que la voz *dominium* fué adoptada para significar la propiedad privada, y fué conceptualmente especificada la propiedad quirritaria con la denominación *dominium ex iure Quiritium*, que sustituye al arcaico nombre de '*mancipium*', tal *dominium* fué *dominium iustum*, o sea la propiedad conforme al '*ius civile*' en antítesis con la del '*ius gentium*'. Después que se reconoció como '*dominium*' el derecho sobre la '*res mancipi*', sólo tradida por el dueño, para la jurisprudencia romana, el '*dominium iustum*' fué la propiedad conforme al '*ius civile*', en contraposición con la reconocida por el '*ius honorarium*'. Análoga figura de dominio dividido nos lo ofrece la «*possessio*» del «*ager publicus*», recientemente estudiada por Bozza, ya que incluso cuando tales «*possesiones*» se convirtieron en «*dominium*» de la «*Civitas*», los latinos, como antes los etruscos, permanecieron en su disfrute, persistiendo tales «*possesiones*» aun sobre los «*agri divisi et adsignati*».

En este mismo sentido apuntaba Koschaker (4) que la idea de un *geteiltes Eigentum*, de una propiedad dividida, funcionalmente limitada, que la pandectística creía haber sepultado definitivamente en la unidad y absolutismo del dominio, parecería ahora susceptible de nuevos desarrollos y, sobre todo, encontraría más amplio eco en el derecho griego, en los orientales y aun en el antiguo derecho romano. En tal sentido, aceptaba la originaria construcción de las más antiguas servidumbres, según la opinión más acreditada, recurriendo a este propósito a la figura del antiguo *mancipium*, profundizada por De Vischer, y a sus relaciones históricas con el *dominium*. Tales ideas han sido desenvueltas por Max Kaser, que percibe también la figura del dominio funcionalmente limitado, en la génesis de las servidumbres más antiguas y en la del usufructo (5).

Tras de haber rechazado los argumentos sobre los que Voigt apoyaba su tesis de la originaria concesión del paso y del acueducto como perteneciendo al propietario del fundo a quien sirven

(3) CIAPESSONI: «*Duplex dominium*», en «*Studi sui Gaius*», Pavia, 1940, páginas 91 y ss.

(4) KOSCHAKER: *Recensión a la obra de Bussi*, en «*Zeitschrift der Savigny's Stiftung*», R. A., T. 58, págs. 254 y ss.

(5) MAX KASER: *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, en «*Festschrift Koschaker*», T. I, págs. 445 y ss.

la línea del terreno y la del «*riuvus*», sostienen aquellos autores la existencia de una cotitularidad con el propietario del fundo gravado por la servidumbre, según la concepción de una propiedad funcionalmente limitada. Al sutil argumento proporcionado por Aru para la «*vía*», del «*hastam rectam ferre* (o sea, que se trataría de *ferre*, llevar la lanza, no de plantarla en señal de señorío permanente), Kaser añade otros, particularmente el fundado en el modo en que se produce la extinción de la servidumbre por *non usus*, que revelaría una diversa posición de las dos propiedades respecto a la misma faja de terreno ocupada por la servidumbre: una *Haupteigentum* o propiedad principal, a favor del dueño del predio sirviente, y una *Nutzeigentum*, o propiedad útil, a favor del titular del predio dominante.

No limita Kaser la aplicación de esta idea del dominio dividido a la construcción originaria de las servidumbres prediales, sino que la extiende también al usufructo, en el que ve. lo mismo que Biondi, una verdadera propiedad de los frutos, acompañada de una propiedad funcionalmente limitada sobre la cosa matriz en la medida necesaria para poder recolectar aquéllos. Frente a este punto de vista, objeta Grosso (6) que la escisión de una propiedad de los frutos y de un poder sobre la cosa se presenta como artificiosa, en cuanto se trata de un todo unitario. El binomio *uti frui*, considerado como un todo único, responde lingüística y sustancialmente a una concepción más antigua, y los romanos no individualizan positivamente el *uti* que es necesario para el *frui*.

El mismo tema es abordado por Vaucher: en cuanto los clásicos utilizaban la expresión *pars dominii*, no sólo en relación al usufructo, sino también a la copropiedad, se pregunta la conexión que pueda haber existido entre ambas relaciones. Pampaloni creía que a ambas figuras había de aplicarse las mismas reglas, conclusión admitida también por Hasson, por lo menos para el tiempo de Juliano, y en el supuesto de que concurriera en el usufructuario la cualidad de copropietario de una parte indivisa de la finca o cosa objeto de su usufructo. Tesis ambas rechazadas por Vaucher, que impugna igualmente la sostenida por Riccobono, que atribuye al usufructuario la titularidad de la *species* de la cosa, su figura externa y la productividad de ella derivada, y al nudo propietario, el derecho a la *substantia* como objeto de derecho (7).

En el fondo, la relevancia jurídica de los frutos y de su adquisición, puede haber influido en el desenvolvimiento histórico de esta figura: la construcción jurídica se vió en la necesidad de tomar posición frente a tal fenómeno, y así se explica la observación de Gayo (II, 14), que después de calificar de cosa incorporal

(6) GROSSO: *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 1948, Cap. VII, y *Studia et Documenta*, 1942, págs. 176 y ss.

(7) VAUCHER: *Usufruit et «pars dominii»*. «Étude sur la notion romaine de l'usufruit considérée par rapport à la propriété». Lausana, 1940.

el usufructo, entre otras, añade después: *nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur id plerumque corporale est*. En el fondo, este concepto de cosa incorporal parece, más bien, consecuencia de una construcción tardía, puramente técnica, pero ajena al sentimiento popular. Así, tenemos, por ejemplo, en dos cartas cambiadas entre Curio y Cicerón, el mismo concepto de propiedad dividida, de carácter primitivamente materialista:

Ad fam. 7, 29, 1 (Curio a Cicerón): *sum enim tuus, Attici nostri; ergo fructus est tuus, mancipium illius*.

Ibid. 7, 30, 2 (Respuesta de Cicerón): *...Atticum nostrum, cuius quoniam proprium te esse scribis mancipio et nexo, meum autem usu et fructu, contentus isto sum: id enim est cuiusque proprium, quo quisque fruitur atque utitur*.

Es, en efecto, mucho más fácil concebir la relación del usufructuario como puramente corporal, que en virtud del esfuerzo constructivo que supone la creación de una cosa incorporal intermedia. Que este esfuerzo fué realizado por los juristas romanos es algo que nadie puede discutir, y bastaría para demostrarlo el texto de Gayo antes aludido; pero ello no impide que en una concepción popular y primitiva se pudiera pensar en una división del dominio entre el usufructuario y el nudo propietario, en una concepción del usufructo como una verdadera *pars domini*.

En todo caso, cualquiera que sea la solución que en Derecho romano se adopte, ya que sólo hemos tratado en las líneas anteriores de señalar una posición adoptada por parte de la doctrina romanista, aunque no aceptada por la mayoría de los autores, es lo cierto que tal teoría del dominio dividido, aparece con toda claridad como inspiradora del derecho germánico, que actúa con un sistema de conceptos completamente ajenos a la doctrina escolástica de los llamados *iura in re aliena*. No existe ningún derecho real, que como la propiedad de nuestros Códigos civiles, tenga un valor absorbente y exclusivo, hasta el extremo de cubrir con toda intensidad la totalidad de la cosa poseída, sino que ésta se presenta como posible objeto material de múltiples y simultáneas facultades, cada una de las cuales puede corresponder a un titular diferente, con lo que falta un concepto unitario del dominio, y éste aparece desintegrado y dividido.

Al mismo tiempo que ese derecho dominical absoluto no se da en los ordenamientos medievales, que suplen su falta con una jerarquía de facultades, que encuentra en el derecho feudal con sus derechos subordinados y sus derechos eminentes la formulación más clara y precisa, se nos dan, en cambio, multitud de figuras de carácter limitado, como la del prearista y el beneficiario, como la del fiduciario, afecta a una finalidad o destino determinados (así, el *mundus*, titular fiduciario de los bienes de su pu-

pilo), de derechos limitados por su contenido o por su carácter temporal, todos los cuales, sin embargo, tienden a construirse técnicamente como modalidades del dominio sobre la cosa, sobre la cual en su variedad coexisten.

Precisamente en la teoría de los censos es donde aparece con mayor claridad formulada esta doctrina del dominio directo y del dominio útil, coexistiendo sobre una misma cosa, sin que ni censalista ni censatario puedan atribuirse una titularidad de carácter absoluto, una *suprema in re potestas*, lo que se traduce en recíprocos derechos y obligaciones, que encuentran en los laudemios, tanteos y retractos su expresión más acusada. Con las múltiples formas de comunidad en la titularidad de las cosas, se ofrece esta teoría del dominio dividido, derivada de la institución del feudo, como una manifestación concreta más de cuanto venimos afirmando.

Modernamente, es el sistema jurídico anglosajón de clara raíz germánica, el que nos ofrece una construcción más ajustada a esta concepción del dominio múltiple. La palabra *Property* se utiliza en Inglaterra tanto en un sentido no técnico para designar el patrimonio de una persona en su totalidad, como para designar los bienes particulares de que tal patrimonio se compone, o los derechos reales constituídos sobre tales bienes. Distinguese en este último sentido la *real property* de la *personal property*, siquiera una propiedad en el sentido en que nosotros la entendemos, únicamente sea posible sobre los bienes muebles (*ownership*). Tratándose de inmuebles, pueden coexistir sobre uno solo de ellos diferentes *estates*, pero sólo el llamado *fee simple* excluye a todos los demás. En cambio, cuando se trata de un *estate* que sólo ha de durar mientras viva el beneficiario (*life estate* o *estate for life*); es decir, de una figura análoga a la de nuestro usufructo, concurre un *future interest*, generalmente a favor del concedente o sus herederos («reversión»), en cuanto a ellos han de volver en definitiva los bienes, estimándose, entretanto, que el *life tenant* tiene una propiedad plena de la cosa, siquiera de carácter temporal.

Creemos que es suficiente lo dicho, para establecer dos conclusiones fundamentales, que sirvan de base para cualquier ulterior razonamiento:

1.ª Que la oposición radical entre el dominio y los llamados *iura in re aliena*, es algo que se deriva de una construcción técnica del Derecho producida en un momento histórico determinado, pero no impuesta por la naturaleza misma de las cosas. Cabe, por el contrario, una construcción, y de ella hemos expuesto algunos ejemplos en las anteriores páginas, que, rechazando tal oposición, conciba los diferentes tipos de derechos reales, de contenido más o menos limitado, como titularidades independientes conectadas entre sí tan sólo por la circunstancia de tener todas por objeto una misma cosa, la cual se distribuye en sus diferentes

posibles aprovechamientos entre cada uno de esos titulares independientes y en la medida impuesta por el contenido de sus respectivos derechos.

2.ª La coexistencia de esas diversas titularidades sobre una misma cosa, da origen a diversas formas de comunidad entre los respectivos titulares: o bien se trata de varios derechos de idéntico contenido que confluyen en un mismo objeto (comunidad de Derecho romano, con atribución de cuotas partes); o bien de un único derecho sobre una sola cosa, atribuido a varios titulares (comunidad de Derecho germánico, sin atribución de cuotas partes); o, finalmente, de derechos varios de contenido diverso pero que recaen sobre un mismo objeto, constituyendo un orden jerárquico entre los distintos titulares, según la mayor o menor amplitud del contenido del derecho de cada uno de ellos, que se traduce en una verdadera desmembración del dominio, que de esta manera pierde su forma unitaria.

Pero si hablamos de una verdadera desmembración del dominio como consecuencia de esa pluralidad de titulares con derechos de contenido idéntico o de contenido diferente, según los casos, sobre una misma cosa, no podemos pensar, sin embargo, que esas diferentes titularidades estén en absoluto desvinculadas entre sí, como lo estarían los derechos reales que tuviesen por objeto cosas distintas e independientes las unas de las otras. Precisamente la unidad de la cosa que constituye su objeto, determina, no sólo una relación de recíproca interdependencia, sino, lo que es más importante, una posibilidad constante de reintegración del dominio desmembrado.

Ello nos lleva a considerar este doble aspecto de la cuestión, que se resuelve también en un doble plano obligatorio y real. O lo que es lo mismo, que habrá de fracasar toda tentativa de explicación que se funde en una construcción exclusivamente realizada con elementos extraídos del campo y teoría de los derechos reales, en cuanto, como hemos señalado, la coexistencia de tales varios derechos sobre una misma cosa, determina el nacimiento de relaciones obligatorias entre sus respectivos titulares. Habrá, por lo tanto, que distinguir, aunque sea sólo artificialmente, lo que aparece confundido: es decir, el orden de las relaciones entre los derechos reales coexistentes y el orden de las relaciones entre los titulares personales de los mismos, traducido este último en un sistema de obligaciones recíprocas.

En este sentido, como observa Heck (8), debemos estudiar separadamente dos problemas: a), el problema de la configuración del derecho real: posición *erga omnes* del usufructuario; b), regulación de las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario. Esta doble regulación obligatorio-real, se funda en que el derecho del propietario es permanente, y el del usufructuario,

(8) HECK: *Grundriss des Sachenrechts*. Tubinga, 1930. págs. 307 y ss.

temporal, transitorio. Lo que aquél gana en extensión, éste lo conserva en intensidad. Sería, sin embargo, erróneo considerar que se trataba simplemente de una mera yuxtaposición externa de relaciones de diversa y contradictoria naturaleza: nos encontramos, por el contrario, ante una figura dotada de unidad interna, y, a los solos efectos de una mayor claridad expositiva, la consideraremos desde dos ángulos diferentes, aunque íntimamente relacionados entre sí.

B) *La nuda propiedad y el usufructo en sus relaciones con la cosa usufructuada.*—Según dispone el artículo 348 del Código civil: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las contenidas en las leyes»; y, de conformidad con el artículo 467 del mismo cuerpo legal: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y substancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». La simple lectura de ambos preceptos pudiera llevarnos a la conclusión de que se había producido, al constituirse el usufructo una desmembración del derecho de disposición y del derecho de goce y disfrute sobre la cosa, correspondiendo al nudo propietario la titularidad del primero, y al usufructuario la del segundo.

En tal sentido construye Barbero su teoría (9), haciendo notar que nada concreto se dice distinguiendo entre propiedad plena y propiedad nuda, ya que no se trata de dos concepciones de la propiedad, sino tan sólo de dos distintas situaciones del dominio. Lo que interesa, por tanto, es determinar el «mínimo esencial» del dominio, es decir, la mínima expresión del concepto mismo. En realidad, propiedad es, ante todo, *disponibilidad*. La razón de que la propiedad subsista aun después de constituido el usufructo, no es la posibilidad de que al extinguirse ésta el propietario recobre el goce que hoy le está prohibido, sino más bien que aquél conserva un mínimo de disponibilidad, aunque se trate tan sólo de un residuo de aquélla que en el esquema originario se ofrece como máxima, lo cual es fácilmente comprobable, si se tiene en cuenta el poder decisivo que el propietario conserva en orden al destino económico de la cosa.

El usufructuario tiene un amplio derecho, que se hace extensivo a la totalidad de los frutos y utilidades de la cosa, pero no lo pone todo en relación a la misma. El propietario tampoco lo puede todo, ya que carece del goce de la cosa, pero conserva una preeminencia indudable, hasta el extremo de que el usufructuario, para variar la forma o destino de ésta, ha de contar con su consentimiento y autorización, de donde se sigue que el poder del usufructuario, aunque pueda hacerlo todo en cuanto al goce de la cosa, no es máximo en su origen, porque el esquema del usufruc-

(9) BARBERO: *L'usufrutto e i diritti affini*, Milán, 1952, págs. 24 y 55

to, no comprende típicamente el poder de disposición sobre el destino económico de la cosa.

Hasta aquí Barbero. Pero aun admitiendo tal punto de vista, resta siempre por explicar la relación entre ambas titularidades, de una parte, y de otra el contenido actual de ese derecho o facultad de disposición que constituiría la esencia de la nuda propiedad. En tal sentido, observan Nicolo-Giorgianni, la obligación negativa que incumbe al usufructuario de no introducir innovaciones en la cosa, puede considerarse como una afirmación positiva y solemne del derecho actual del propietario sobre la cosa misma, siquiera no sea correlativa de una obligación del usufructuario de llevar a efecto tales innovaciones, ya que lo único que sobre la misma le corresponde es un derecho de disposición.

Se suele afirmar que el usufructo es un límite de la propiedad, lo que es exacto; pero no en el sentido de que en virtud del usufructo vengan atribuidas al usufructuario algunas facultades de las que integran el derecho de propiedad, ya que ello equivaldría a concebir ésta como una mera suma de poderes. Cuando se constituye en usufructo, o, genéricamente, un derecho real de goce sobre la cosa de otro, se da lugar a un concurso de derechos sobre el mismo bien, con prevalencia del de menor contenido. Como consecuencia de ello, el derecho más amplio sobre la cosa (propiedad), asume ésta o aquella fisonomía, éste o aquel contenido, llegando incluso a ser prácticamente suprimido, o, mejor, modificado, según que concurren otros derechos limitados sobre la misma cosa, el ejercicio de los cuales supone la limitación o el cambio del derecho más amplio. En el caso especial de que sean objeto del usufructo cosas consumibles, no pudiendo ejercitarse el derecho del usufructuario, sino destruyendo la cosa, se hace necesaria la pérdida total del derecho de propiedad por parte del propietario, en tanto que en su lugar nace para el mismo un derecho de crédito (cuasi-usufructo) (10).

Ahora bien, admitida esta facultad actual de disposición a favor del nudo propietario, coexistente con las de goce y disfrute del usufructuario, ¿hemos de pensar en una verdadera desmembración del dominio, o más bien en una forma de comunidad de derechos? ¿Se trata, por el contrario, de una mera limitación del dominio o de una servidumbre personal, concebida al modo clásico, e impuesta sobre aquél? Es evidente que aun encontrándonos, como indudablemente nos encontramos, ante el concurso de dos derechos de distinto contenido y naturaleza, entre ellos ha de darse alguna conexión derivada de la misma unidad de su objeto: esta conexión aparece clara en tres momentos sucesivos de la vida del usufructo: en el momento de su constitución, durante todo el tiempo de su subsistencia, y en el instante de su extinción.

(10) NICOLÒ-GIORGIANI: V. *Usufrutto*, en «Nuovo Digesto italiano», T. XII, 2. Turin, 1940. pág. 779.

Es preciso determinar la verdadera relación entre lo temporal, que es el usufructo, y lo permanente, que es la propiedad, y ello a través de cada uno de los tres momentos indicados, buscando una explicación que sea susceptible de ser aplicada sin contradicciones a todos ellos, y al mismo tiempo que permita construir unitariamente la figura de la nuda propiedad. Así tenemos:

1. *Relaciones entre nuda propiedad y usufructo en el momento de quedar éste constituido.*—Si prescindimos de los casos excepcionales en que el usufructo nace por usucapión, surge siempre el usufructo en virtud de una sucesión constitutiva, que establece entre propietario y usufructuario una relación de causante a derechohabiente. Claro está que esa sucesión puede ofrecer caracteres muy distintos, según las diferentes hipótesis que pueden suscitarse. Así, cabe distinguir: *a)*, el propietario, constituye el usufructo y retiene la nuda propiedad; *b)*, el propietario transmite la nuda propiedad y retiene el usufructo; *c)*, el propietario desdobra la nuda propiedad y el usufructo, transmitiendo cada uno de ellos a un titular diverso, o tal efecto se produce como consecuencia de una disposición *mortis causa* o de la ley.

En los supuestos *a)* y *b)*, es claro que persiste entre nudo propietario y usufructuario una relación de causante y causahabiente; en el supuesto *c)* dicha relación vincula a uno y otro con el propietario primitivo, siendo ellos a su vez terceros entre sí. Claro está que en cualquiera de estos posibles casos, la vinculación que puede existir entre el usufructo actual y la propiedad plena anterior no es otra que la que deriva de las reglas de esa sucesión constitutiva, siendo evidente que cuando la referida constitución se haya verificado en virtud de un negocio jurídico, otorgado por el actual nudo propietario y entonces pleno propietario (supuestos *b)* y *c)*, junto a la acción real que al usufructuario corresponde frente a cualquier tercero, ostentará la personal derivada del expresado título obligatorio.

Ahora bien, esta idea de sucesión constitutiva, parece excluir la idea, manifestada por algún autor, de que el usufructo sea una mera comprensión del dominio, ya que, como observa Cicu, la idea de comprensión sugiere alteración de la forma y no del volumen, caso que no se da en la nuda propiedad. Más bien pudiera pensarse en una verdadera desmembración o división del contenido del originario derecho dominical, siquiera tal división, suponga necesariamente ciertas alteraciones de las facultades separadas que constituyen el contenido de ambos derechos.

Solamente en este sentido restringido puede afirmarse que el usufructo es una *pars domini*, una parte segregada del general y unitario contenido del dominio. Así, por ejemplo, Barbero (11), propone su concepto de la «pertenencia», como medio para expli-

(11) BARBERO: Op. cit., pág. 29.

car la peculiar naturaleza de esta segregación de facultades dominicales. Pertenencia equivale a disponibilidad, y allí donde se da un determinado grado de disponibilidad, puede asegurarse que nos encontramos ante un grado equivalente de pertenencia. Teniendo presente que sólo la propiedad reúne en sí todo el contenido de la pertenencia, parece claro que los demás derechos solamente reunirán una fracción, la cual no es una porción concreta y seccionada del derecho de propiedad, sino que expresa en abstracto la parcialidad del contenido de pertenencia que asumen los esquemas de los distintos derechos limitados respecto a la totalidad de la pertenencia que se encuentra englobada en el dominio. Así se entiende el pasaje de las fuentes en que se habla *pars domini*, el cual debe referirse, no a un fraccionamiento abstracto, sino concreto e histórico.

En definitiva, nos encontraremos siempre ante dos fuentes de poder distintas, que coexisten sobre una misma cosa, y que en último término derivan constitucionalmente de una sola fuente de poder unitario, cual es el dominio pleno. La vinculación de aquéllas a ésta, se traduce en que ni el usufructuario ni el nudo propietario pueden ser considerados como terceros frente al dueño primitivo, sino, por el contrario, como verdaderos causahabientes y sucesores del mismo. Pero, esta vinculación sucesoria con el primitivo titular del dominio pleno, de quien derivan causa, y que hace, por ejemplo, que el usufructuario deba respetar los contratos otorgados por aquél sobre la finca, determinará, a su vez, una relación de análogo tipo entre nudo propietario y usufructuario. Ello nos lleva a considerar el segundo momento en la vida del usufructo:

2.º *Relaciones entre la nuda propiedad y el usufructo durante la vigencia del usufructo.*—Coexisten, por tanto, sobre la cosa ambos derechos, e indudablemente, de alguna manera han de relacionarse entre sí. La teoría clásica, hoy día aceptada por no pocos autores y algunos cuerpos legales—excluido nuestro Código civil—, es la que ve en la nuda propiedad un dominio gravado y en el usufructo una verdadera servidumbre personal. En tal sentido Schulz, después de hacer notar que para los juristas romanos clásicos no existieron más servidumbres que las *servitutes praediorum*, siendo la categoría de las *servitutes personae*, una creación de la escuela de Beryto, estima que esta terminología bizantina ofrece indudables ventajas, ya que «las servidumbres reales y personales constituyen una unidad bien definida y requieren por ello una designación genérica que sirva para contraponerla a los derechos de realización de valor, que desempeñan una diferente función».

Wolf, en cambio, dice que semejante concepto unitario, podía tener sentido en Derecho romano, dado que había muchos derechos comunes a todas las servidumbres, como eran los principios

que regían su constitución, extinción y protección, pero, en cambio, en el derecho actual, representa «un concepto doctrinal muerto». Sería, a nuestro juicio, temerario afirmar que la posición jurídica del nudo propietario no era distinta que la del propietario de un fundo gravado con una servidumbre real: este último conserva no sólo la plenitud del goce, sino incluso la posesión material de la cosa, que en modo alguno puede pretender el nudo propietario mientras el usufructo dure. Otro tanto puede afirmarse cuando de propiedad gravada con servidumbres personales se trata, máxime si se tiene en cuenta que el usufructo, no es redimible por el nudo propietario en los términos establecidos por el artículo 603 de nuestro Código civil.

Pero si rechazamos que el usufructo sea una verdadera servidumbre y la nuda propiedad una propiedad simplemente gravada, habremos de admitir la existencia de una verdadera desmembración del dominio, hasta el extremo de constituir una parte de éste, quedando la otra parte en la titularidad del nudo propietario, como sostienen, por ejemplo, Kagan y, entre nosotros, Roca Sastre. Estas dos partes del dominio confluirían sobre una misma cosa, existiendo además una verdadera servidumbre sobre el *corpus* del usufructo, con el fin de permitir que el usufructuario obtenga el pleno disfrute de su derecho de usufructo, explicándose de esta manera la posesión material del usufructuario.

Llámanse la atención acerca del hecho de que el derecho del usufructuario fuera calificado en Roma como una *res incorporalis* y el del nudo propietario de *res corporalis*, en tanto que en el Derecho anglosajón, se califica de *res corporalis* el derecho del *life tenant* y de *res incorporalis* el del *reversioner*, y se explica tal contradicción en el sentido de que según el Derecho romano, al crearse el usufructo, una parte de la propiedad pasa al usufructuario, pero sólo una parte, de manera que el nudo propietario conserva todavía el núcleo de la propiedad: por ello el usufructo es un mero derecho de disfrute sobre cosa ajena, de donde se sigue que ésta sigue siendo el objeto del derecho del propietario, que es por ello considerado como cosa corporal. En cambio, el Derecho anglosajón concibe el fenómeno de diferente manera, a saber, se considera que el *life tenant* adquiere la plena propiedad de la cosa, aunque sólo por tiempo limitado; generalmente mientras viva. En cuanto al titular del derecho equivalente a nuestra nuda propiedad, queda desprovisto de toda propiedad durante el mismo período, y todos sus derechos quedan reducidos a la futura reversión de la plena propiedad a su favor (*reversión*), o a favor de quien designe (*remainder*).

No creemos, sin embargo, que pueda admitirse ninguna de estas dos construcciones: ni el usufructo es una mera *pars domini* en el sentido antes apuntado, ni puede afirmarse, como lo hace el Derecho anglosajón, que la nuda propiedad carezca de contenido hasta el momento de consolidarse el dominio mediante la rever-

sión. Afirmar lo segundo, equivaldría a sostener el contrasentido de que la nuda propiedad adquiría contenido sólo en el momento en que dejaba de ser nuda propiedad por haberse convertido en dominio pleno, siendo así que la realidad del derecho vigente nos demuestra precisamente lo contrario; sostener lo segundo, significa ignorar que la desmembración del dominio no supone un fenómeno meramente cuantitativo, sino, por el contrario, una variación substancial del contenido de los derechos que por este procedimiento surgen.

Es decir, que ni cabe concebir propiedad y usufructo como dos momentos sucesivos de un mismo derecho, ni tampoco como dos «pedazos» de un dominio desmembrado, ya que este fenómeno de la desmembración dominical es mucho más profundo, en cuanto supone, a mi juicio, dos consecuencias fundamentales: 1.ª Que no existe una persona que ostente una titularidad absoluta sobre la cosa, y 2.ª Que los dos derechos en que tal dominio inicialmente unitario aparece desintegrado tiene cada uno su propia substantividad e independencia, sin que pueda establecerse entre ellos una relación de accesorio y principal, y sin que suponga, tampoco, dos puros conceptos complementarios, ya que cuando ambos confluyen sobre una misma persona y el dominio pleno se consolida en ella, el derecho de ésta recibe un contenido y forma diversos de los que tenían usufructuario y nudo propietario, siendo su disposición y disfrute, de distinta naturaleza que la disposición de éste y el disfrute de aquél.

Tan es así, que cabe, por lo menos en teoría, admitir la posibilidad conceptual del llamado usufructo en cosa propia: imagínese, por ejemplo, el supuesto de que en un sistema de usufructos sucesivos (el usufructo se constituye a favor de A, durante diez años, a favor de B por los diez siguientes, y de C por otros diez, consolidándose el dominio en D, al transcurrir los treinta años), que el nudo propietario (D, en el ejemplo propuesto), adquiere mediante compra el usufructo de uno de los usufructuarios (por ejemplo, el de B): no es evidente que en tal caso, mientras disfruta la cosa como usufructuario, no puede ser considerado como propietario pleno a pesar de reunirse en él la doble condición de nudo propietario y usufructuario? No podrá, por ejemplo, destruir la cosa, burlándose de este modo el derecho de los ulteriores titulares llamados a los usufructos sucesivos, ni su disfrute podrá tampoco exceder de los límites que la ley impone al goce del usufructuario.

Coexisten, por tanto, dos derechos distintos e independientes en el plano real, dotado cada uno de ellos de un régimen y vida propios, siquiera uno y otro se limiten entre sí recíprocamente, pudiendo pensarse que esta comunidad de objeto, determina entre ambos titulares una peculiar comunidad, en la que cada partícipe tiene facultades distintas en su extensión y contenido. No es, por tanto, la propiedad plena una mera suma del derecho del usufruc-

tuario y del del nudo propietario, sino algo esencialmente distinto de uno y otro, para convencerse de lo cual basta una simple comparación de las respectivas facultades. Por tal razón no puede tampoco concebirse la nuda propiedad como una propiedad propiamente dicha a la que se substraer el contenido del derecho del usufructuario, es decir, como un dominio gravado por un mero derecho *in re aliena*.

Nos encontramos, por tanto, ante dos derechos de distinta naturaleza que coexisten sobre el mismo objeto, de donde deriva una determinada forma de especial comunidad. Precisamente por ello, nos es posible establecer entre ambos una recíproca, aunque relativa interdependencia, que como ya anteriormente hemos señalado, se desenvuelve en el plano obligatorio y en el plano real simultáneamente, lo que nos lleva a distinguir, contemplando la relación desde el solo ángulo del nudo propietario:

A. *Relaciones en el plano real.* — Hace notar Westermann, que es preciso distinguir radicalmente entre el valor substancial de la cosa y su aprovechamiento, atribuyéndose uno y otro a diferente titular. A quien tiene el derecho sobre la substancia de la cosa, se le considera propietario, aunque por estar su propiedad desprovista de toda utilidad inmediata, se le designe nudo propietario; el titular del derecho de aprovechamiento, es el usufructuario. Desde un punto de vista más realista que analítico, más fundado en la jurisprudencia de intereses o sociológica que en la de conceptos, ambos titulares se encuentran en una estrecha relación, que pudiera calificarse de «comunidad de intereses» («*Interessengemeinschaft*»).

Existe, en efecto, por un lado, un interés jurídicamente protegido de quien ha de recibir la cosa gravada en un estado lo más semejante que pueda ser al que tendría si no se hubiera construido sobre ella el usufructo. La protección de tal interés se logra a base de calificar a su titular de nudo propietario; por otro lado existe el interés de que quien pretende el derecho de disfrutar la cosa tenga el máximo contenido de goce, dentro de los límites señalados: a) Límite temporal, y b) Límite material o de conservar la substancia de la cosa usufructuada (12).

En tal sentido, nuestro Código civil, establece en su artículo 467, que: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de *conservar su forma y substancia*, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa.» Según el artículo 487 del mismo Código, «el usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que juzgue conveniente, con tal que *no altere su forma o su substancia...*». Y, finalmente, a tenor del artículo 489, «el pro-

(12) WESTERMANN: *Lehrbuch des Sachenrechts*. Karlsruhe, 1951, página 571.

pietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero *no alterar su forma ni substancia...*».

Se ha discutido no poco en la doctrina el sentido que haya de atribuirse a estos términos de «forma» y de «substancia» utilizados por el legislador, que en el fondo no hace sino traducir de modo un tanto libre la vieja fórmula *salva rerum substantia*. Ciertamente que el empleo por el jurista de términos filosóficos, envuelve ciertos riesgos y puede dar lugar, como en este caso, a no pocas obscuridades y confusiones. Fué seguramente Sokolowski el primero en señalar la influencia que dentro del Derecho romano ejerció la filosofía griega, principalmente a través de las escuelas estoica y peripatética (13), y aunque sus conclusiones hayan podido parecer a algunos excesivas, no puede, sin embargo, en este caso, negarse la influencia que tales conceptos aristotélicos de «forma» y de «substancia» han tenido en la elaboración de la doctrina del usufructo, lo que hace no sea inútil el tratar de penetrar su auténtico sentido, a fin de ver si de tal investigación pueden deducirse algunas consecuencias útiles.

Fuerza es reconocer que la más reciente doctrina rechaza este camino, y prefiere explicar y construir con elementos exclusivamente jurídicos los conceptos en este punto utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, dice Fernández Villavicencio que «la interpretación del inciso no puede hacerse a base de un vocabulario filosófico, sino utilizando el prisma realista que seguramente inspiró la redacción del Código civil» (14), y García Valdecasas estima que «podemos seguir hablando en derecho de substancia, aunque la filosofía no tuviera sitio para ella» (15). Estimamos, sin embargo, que no es posible prescindir de tal investigación, ya que tales términos han sido, a nuestro juicio, utilizados en su literal sentido aristotélico-tomista, siquiera con alguna imprecisión expresiva.

En efecto, estimamos que cuando nuestro Código habla de substancia, se refiere a lo mismo que por la Escuela se expresa con tal término, y por forma entiende lo que la Escuela define como «forma substancial». Si por substancia hemos de entender «el ser al cual conviene existir en sí y no en otro, como en su sujeto activo de inherencia», aparece como concepto opuesto al de accidente, que es «el ser al que conviene existir en otro por inherencia como en su sujeto». En tal sentido decía Santo Tomás de Aquino: *Si substantia possit habere definitionem, non obstante quod est genus generalissimum, erit ejus definitio quod substantia est res cujus quidditati debetur esse non in aliquo... Accidentis*

(13) SOKOLOWSKI: En «Zeitschrift der Savigny Stiftung», R. A., 1896, páginas 252 y ss.

(14) FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO: «*Salva rerum substantia*» en el usufructo propio, en «Revista de Derecho Privado», 1951, págs. 189 y ss.

(15) GARCÍA VALDECASAS: *La idea de substancia en el Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1951, pág. 886.

est ens, cujus esse est inesse (De potent. Q. VII, art. III y VII). Ser en sí y ser en otro es, por tanto, la diferencia entre substancia y accidente.

La substancia es, por tanto, lo que subsiste en medio del cambio accidental. Mutación substancial es la que se verifica en aquello que pertenece a la constitución de la substancia, de suerte que se dice que un ser muda substancialmente, cuando adquiere una nueva forma substancial, es decir, cuando deja de ser lo que es para convertirse en algo completamente distinto. Haciendo aplicación de estos conceptos filosóficos a la interpretación de los preceptos legales expresados, podemos afirmar que lo que nuestro Código civil quiere decir en este punto, es que ni usufructuario ni nudo propietario pueden variar la forma substancial de la cosa usufructuada, es decir, que no pueden realizar actos en virtud de los cuales ésta deje de ser lo que substancialmente es para convertirse en una cosa distinta.

El problema, sin embargo, se complica en la práctica, ya que al excluir el Código solamente los cambios substanciales, parece admitir la posibilidad y licitud de los meramente accidentales. Se admite la posibilidad de la mejora, pero se excluye la de la transformación; pero ¿cuándo nos encontraremos ante una verdadera transformación y cuándo ante una simple mejora? En el fondo, no puede llegarse a una comprensión debida del problema, si no tenemos en cuenta que junto al concepto de substancialidad y forma substancial física, existe un concepto de substancia y forma substancial jurídica, dotado de características propias que no siempre coinciden con aquéllas, de la misma manera que el concepto de «cosa» que nos ofrece la Naturaleza, sufre algunas modificaciones cuando nos encontramos ante cosas en el mundo del Derecho.

Una cosa es una substancia física, en cuanto ofrece una forma física substancial y otra una cosa jurídica; una cosa jurídica puede ser esa misma cosa física, en cuanto se nos ofrece como susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas. La juricidad no destruye el ser físico, ni modifica sus condiciones materiales, sino que, por el contrario, las mantiene, y, en este caso, las ampara: lo único que hace es poner la cosa en una determinada *relación*. Pertenece, por tanto, hablando en términos escolásticos, al orden del quinto predicable, es decir, no a la substancia, sino al accidente. Sólo teniendo en cuenta una verdad tan elemental, podemos comprender el sentido de las normas que venimos examinando.

Es decir, que las cosas, no por el hecho de ser jurídica o económicamente consideradas dejan de ser tales substancias, ni de pertenecer, por tanto, a la primera categoría; lo único que ocurre es que, además, al ser consideradas como objetos del derecho o de la economía, son puestas en una determinada relación, constituyendo tal relación, no una substancia de la cosa, sino un mero accidente de la misma que la presupone necesariamente, ya que sólo es posible la relación partiendo de la existencia de un ente

substancial. Entran, por tanto, en juego en este caso, no sólo la categoría de substancia, sino también la categoría de relación, lo que hace que cualquier cambio en la substancia, cualquier acto que destruya la forma substancial de la cosa, repercuta esencialmente sobre la misma relación. Pero, y aquí es dónde precisamente estriba la dificultad del tema propuesto, nuestro Código civil se refiere únicamente a tales cambios propiamente substanciales, o debe extenderse también a los cambios producidos en la relación económica en que la cosa misma estaba puesta?

Es indudable, a nuestro juicio, que únicamente los cambios propiamente substanciales pueden aquí ser tenidos en cuenta, ya que en cuanto no afecte a esa substancia, nada importa el cambio de la relación, que, según hemos visto, supone un cambio puramente accidental: el destino económico puede, por tanto, ser modificado, siempre que con ello no se haga imposible el restablecimiento ulterior de aquella relación económica primitiva, porque es claro que esta imposibilidad surge cuando el cambio de la relación implica, necesariamente, un cambio de la substancia.

Parte, por tanto, el legislador de un concepto absolutamente objetivo, que debe servir de base a toda ulterior interpretación, lo que no impide que siempre en la práctica puedan suscitarse problemas interpretativos en cada caso concreto. La Dirección General de los Registros, en sus resoluciones de 24 y 27 de diciembre de 1934, declara la licitud de cualquier acto por el que «no se modifique la función económica y social de la finca y no se perjudique el usufructuario en sus legítimas facultades». Pero tal variación de la función de la cosa, entendemos que será inoperante, si por ella queda inalterada la substancia y forma substancial, pudiéndose aquella reintegrar sin menoscabo a su función primitiva y originaria.

Cuestión completamente distinta es la posibilidad admitida por el antes transcrito artículo 467 del Código civil de que el título de constitución o la ley autoricen tal transformación, en ciertas especies de usufructo impropio, y sólo en tal sentido puede entenderse la afirmación contenida en la resolución de 4 de mayo de 1944 de que cuando determinada forma de disfrute no esté precisada por la Ley, «deberá precisarse, al configurarla, la forma y substancia que el usufructuario está obligado a conservar». Pero, en todo caso, es preciso establecer en este punto algunas aclaraciones complementarias:

1.ª Que aquellos casos en que la Ley o el título de constitución autorizan la alteración substancial de la cosa o el consumo de la misma, sólo de manera impropia pueden ser calificados de usufructo, como ocurre igualmente en aquellos otros en que se confieren al usufructuario facultades de disposición sobre el pleno dominio de la cosa usufructuada.

2.ª En los casos de usufructo normal, únicos a los que aquí

hemos de referirnos, es preciso distinguir tres problemas perfectamente diferenciados, aunque la doctrina los involucre constautemente: a), problema de la inalterabilidad de la substancia; b), problema de la posibilidad de mejoras; y c), problema de los posibles deterioros de la cosa.

3.^a Como problema también distinto de los anteriores, se suscita el del alcance del *ius utendi et fruendi*, que tiene un contenido limitado negativamente por el principio de la inalterabilidad de la substancia y definido positivamente por el propio concepto de frutos.

La posición del legislador no es otra que ésta: puede mejorarse y puede mejorarse la cosa sin alteración de la forma substancial; puede y debe disfrutarse de la cosa manteniendo la identidad de la substancia. Por ello, y dentro de los expresados límites son lícitas las mejoras y el disfrute; son ilícitos los daños, en cambio, no porque alteren la substancia, sino porque, como luego veremos, suponen el incumplimiento de una obligación que impone la prestación de la debida diligencia en el uso y en el disfrute.

Basta lo dicho para comprender que no es posible afirmar que el derecho del nudo propietario recae sobre la substancia de la cosa, y el del usufructuario a los accidentes de la misma. Precisamente esa obligación de respetar la substancia y de no alterar su forma se impone, según se desprende de los preceptos antes transcritos, tanto al nudo propietario como al usufructuario, y constituye la verdadera garantía de ambos derechos y la ley interna de los mismos.

Esta unidad del objeto y esta pluralidad de titularidades recíprocamente limitadas sobre el mismo, aunque dotada cada una de ellas de diferente contenido, pero del mismo carácter real, es lo que hace que debemos alejar, de una parte, toda idea de propiedad exclusiva y nos lleve a pensar en la existencia de una verdadera comunidad de derecho, siquiera limitada en el tiempo, comunidad que excluye, de una parte, la idea de un nudo dominio construido de manera meramente negativa, y de otra impone la existencia de una serie de relaciones de carácter personal y obligatorio entre los diferentes partícipes.

Sin perjuicio de examinar más adelante el contenido positivo que constituye la nuda propiedad, vamos a considerar ahora las:

B. Relaciones en el plano personal.—Podemos dejar desde ahora sentado que toda comunidad de derechos de diversos titulares sobre un mismo objeto, determina necesariamente una serie de obligaciones recíprocas que se desenvuelven en el plano puramente personal, en cuanto la general obligación de universal respeto que caracteriza, desde el punto de vista negativo a todo derecho real y que asegura su eficacia *erga omnes*, se concreta de modo particular en las personas de los respectivos comuneros.

imponiéndoles determinados modos de conducta, que se traducen, no solamente en una genérica necesidad de abstenerse de la realización de determinados actos, que puedan perturbar el derecho ajeno, sino también en ciertas conductas positivas, que no sería posible explicar dentro de una construcción que sólo considerase la relación creada desde el ángulo exclusivo del derecho real.

El título de constitución del usufructo y la ley son las dos fuentes de donde pueden derivar tales obligaciones, que si, de una parte pueden constituir limitaciones internas del contenido del derecho real, funcionan, de otra, conforme a la mecánica de las verdaderas relaciones obligatorias. Es precisamente ese límite que constituye para ambos derechos de usufructuario y nudo propietario el principio de la inalterabilidad de la substancia el que constituye el fundamento de tales obligaciones concretas, cuyo incumplimiento se traduce en deberes de resarcimiento.

Precisamente este estado de relaciones obligatorias limita en cada momento la autonomía del derecho real, y explica una serie de normas que en otro caso se presentarían como infundadas. Así, ante todo, las obligaciones de inventario y fianza impuestas por los artículos 491 al 496 del Código civil, que únicamente se justifican por la conveniencia de asegurar desde un principio la efectividad de tal contenido obligatorio, y que van estrechamente vinculadas, hasta el extremo de no ser sino una consecuencia de la más general obligación impuesta al usufructuario por el artículo 497 de «cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia».

No se limita, por tanto, el contenido de esta obligación al mero respeto a la integridad de la substancia, que es determinado por el propio límite interno del derecho real, sino que se traduce en la exigencia de una determinada conducta positiva por parte del usufructuario, y da lugar al nacimiento de una serie de responsabilidades, y, lo que es más importante, de una relación de crédito y deuda entre nudo propietario y usufructuario, que ha llevado a algunos autores a idear la existencia de un verdadero mandato entre ambos, a fin de poder explicar debidamente un fenómeno que ni siquiera en la categoría, más o menos discutible, de los llamados derechos reales *in faciendo* puede con exactitud clasificarse.

En virtud de tal situación jurídica, afirmaba Domat que el usufructuario no puede deteriorar la cosa, pero sí mejorarla, y Demolombe, que: «el goce del usufructuario no puede ejercerse sino de una manera determinada y definida: el destino natural y ordinario de la cosa, de una parte, y de otra, el uso, la costumbre y la manera de gozar el precedente propietario, siempre que éste se ajuste al patrón del buen padre de familia». Y, con mayor precisión, sostiene Venezian, siempre en el mismo sentido, que la obligación de conservar la substancia de la cosa implica el sometimiento a la prohibición de alterar el destino específico que

aquella tiene en la economía del propietario. Permaneciendo fija la finalidad a que está dirigida la actividad que emplea la cosa como medio, el usufructuario está en libertad de alterar las condiciones de la misma, siempre que conserve la aptitud necesaria para servir de medio con que alcanzarlo (16).

Pero esta obligación se extiende, no sólo a la forma del uso y del disfrute, a la necesidad de conservar la substancia y a la abstención de cualquier conducta que aun sin alterar substancialmente la forma del objeto del usufructo, pueda ser dañosa para el mismo, sino que trae, además, consigo la exigencia, establecida en el artículo 500 del propio Código civil, de hacer «las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo» y a pagar al nudo propietario el interés del capital invertido en las extraordinarias, conforme determina el artículo 502, en relación con el 501 del dicho Cuerpo legal.

La garantía de los derechos que al nudo propietario corresponden como acreedor de tales obligaciones del usufructuario, cuyo incumplimiento, según hemos dicho, se traduce en deberes de resarcimiento, no sólo consiste en la fianza aneja a la constitución del usufructo, y que no pierde su carácter de contrato personal por el hecho de ir vinculada a un derecho real, sino, además, mediante el derecho de intervención establecido en el artículo 520, según el cual: «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración».

De todo lo expuesto, creemos que se deducen con toda claridad algunas consecuencias importantes, que podemos concretar en los siguientes principios:

1.º Durante la vigencia del usufructo, se constituye en el plano real una comunidad entre nudo propietario y usufructuario, determinada por la identidad de su objeto, siquiera el contenido de cada uno de sus respectivos derechos sea distinto. Ninguna razón existe para ver en esta última circunstancia una dificultad para admitir la comunidad expresada, ya que como comunidades se construyen otras formas, en las que los derechos de los participantes son también de carácter heterogéneo, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de las llamadas comunidades de pastos, o en aquellos otros casos en que aparece separada la titularidad del suelo y la titularidad del vuelo de una determinada finca.

2.º Sólo la existencia de una comunidad entre ambos titulares puede explicar de modo satisfactorio, en el plano real, el hecho, aparentemente paradójico, de que sus respectivos derechos sean, de una parte, autónomos y perfectamente substantivos; y

(16) VENEZIAN: Op. cit. T. II, pág. 308.

de otra, que haya de reconocerse entre los mismos una recíproca interdependencia, derivada de la limitación interna que para el contenido de uno y otro supone la necesidad de respetar la forma substancial de la cosa sobre la que los dos recaen.

3.º Precisamente esta comunidad es lo que explica, en el plano personal u obligatorio, la existencia de una situación de crédito y deuda, en la cual solamente podemos admitir una relación directa entre la persona del usufructuario y la del nudo propietario, ya que en el plano real la misma falta en absoluto, en cuanto sus derechos son, como hemos visto, totalmente substantivos y autónomos.

Hechas estas aclaraciones previas, nos es posible ya pasar a determinar el contenido del derecho del nudo propietario, contemplado desde este doble punto de vista real y personal a que acabamos de referirnos:

A') *Facultades del nudo propietario en el plano real.*—Podemos, en términos generales, dejar sentado que el nudo propietario puede realizar todos aquellos actos que no afectan al derecho de uso y disfrute que la ley atribuye al usufructuario, y ello de modo directo y sin mediación de éste: así, todos los actos necesarios para la conservación de la cosa (art. 501), las obras y mejoras que no alteren o perjudiquen el derecho del usufructuario (art. 503) e imponer las servidumbres que juzgue convenientes, siempre respetando el expresado derecho (art. 595). Únicamente si quiere resarcirse del capital invertido en las reparaciones ordinarias, deberá requerir previamente al usufructuario (art. 500).

En el fondo, la medida del contenido de su derecho se halla determinada por la extensión que haya de darse al concepto de frutos, ya que éstos, juntamente con el uso, son, a su vez, la medida del derecho del usufructuario. No hemos de abordar aquí tan complicado concepto; pero sí hacer constar que por mucha extensión que al mismo quiera atribuirse, nunca podrá absorber de tal forma el contenido actual que al derecho del nudo propietario pueda darse, y así, no faltan preceptos, que, por lo demás, tal vez fuera posible generalizar, en los que se reconocen derechos actuales de contenido económico al nudo propietario, como, por ejemplo, en el artículo 484, en el que se le atribuye el derecho a retirar los pies muertos, caídos o tronchados por siniestro o, caso extraordinario, cuando se trate de usufructo de árboles o arbustos.

Mayor interés ofrece en este punto el usufructo de acciones de sociedades. Fué ya doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en su famosa sentencia de 23 de enero de 1947, siguiendo un criterio completamente distinto del anteriormente adoptado, en relación a la sociedad legal de gananciales (sentencias de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929 y 31 de mayo de 1930), que las acciones emi-

tidas por una sociedad anónima, con objeto de distribuirlas entre los accionistas que lo fueran al tiempo de la emisión, ya como parte del capital acumulado o por ampliación del capital social, no puede tener el concepto de frutos, sino que corresponden exclusivamente al nudo propietario, sin que a ellas ni a sus rendimientos pueda el usufructuario alegar derecho alguno.

Recogiendo esta tendencia jurisprudencial, el artículo 41 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, establece que: «En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio, reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se repartían dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones. Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas totalmente, el usufructuario que desee conservar su derecho, deberá efectuar el pago de los dividendos pasivos, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al término del usufructo. Si el usufructuario incumpliere esa obligación, la Sociedad deberá admitir el pago hecho por el nudo propietario».

Aun sin penetrar en el examen de los múltiples problemas que pueden suscitar los preceptos legales a que acabamos de hacer referencia, creemos suficientes los ejemplos aducidos para demostrar que, desde el punto de vista de la relación interna del nudo propietario con la cosa usufructuada, no puede, sin impropiedad, afirmarse que sea un derecho real absolutamente vacío y meramente potencial. Otro tanto podemos afirmar en cuanto al lado externo del referido derecho de su oponibilidad *erga omnes*, pudiendo ejercitar frente a terceros todas las acciones necesarias para la defensa de su derecho, estando, por otra parte, obligado el usufructuario, a tenor del artículo 511 del Código civil, «a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de la propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa».

B') Facultades del nudo propietario en el plano personal.— Como hemos indicado anteriormente, entre nudo propietario y usufructuario, además de la obligación genérica de abstención que a todos vincula, en orden al respeto del derecho ajeno, y que constituye el llamado lado pasivo del derecho real, existe un complejo de relaciones construidas propiamente en el plano obligatorio o personal, derivadas: unas, del título de constitución, y las otras, de la ley. Estas obligaciones del usufructuario, nacidas *ex lege* o *ex negotio*, según los casos, exceden también de la norma genérica contenida en el artículo 1.902 del Código civil, en el sentido de que:

- 1.º No se limitan a impedir el acto dañoso, sino que exigen.

por el contrario, una diligencia positiva, que se mide por la del buen padre de familia, a cuyo patrón debe ajustarse el uso de la cosa.

2.º Se rigen, a mi juicio, no por las normas que organizan la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual, sino, por el contrario, por las propias de la llamada responsabilidad contractual, a la que el usufructuario libremente se somete al aceptar el usufructo.

Junto a la obligación general de cuidar de las cosas usufructuadas como un buen padre de familia, establecida en el artículo 497, y que, como hemos visto, se traduce en la correspondiente obligación de resarcimiento cuando es incumplida, se señalan otras obligaciones, más específicas, que imponen al usufructuario la realización de actos determinados. Así, y sin propósito exhaustivo, podemos señalar las siguientes:

a) Existe un grupo de normas, que no hace sino especificar esa obligación general de cuidar de la cosa usufructuada con la debida diligencia impuesta al usufructuario: así, el artículo 481, que cuando se trata de cosas deteriorables, le impone la obligación de «indemnizar al propietario del deterioro que hubiera sufrido por su dolo o negligencia»; la obligación de indemnizar cuando no ha avisado las novedades dañosas al nudo propietario, establecida en el artículo 511.

b) Un segundo grupo se refiere a determinados actos positivos que la ley exige del usufructuario, y cuyo incumplimiento determina también la obligación de resarcimiento: así, el aviso a que alude el artículo 511, ya citado; la impuesta por el artículo 485, según el cual «el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie, como no sea para reponer o mejorar alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso hará saber al propietario la necesidad de la obra»; el artículo 501, que le obliga a dar aviso al propietario cuando fuere urgente la necesidad de hacer reparaciones extraordinarias; en cuanto a las ordinarias, está obligado a llevarlas a efecto, pudiendo el propietario, después de requerirle para que las lleve a efecto, realizarlas a su costa. El artículo 483 le impone la obligación de reponer a su costa los pies muertos, y aun tronchados o arrancados por accidente, cuando se trate de viñas, olivares u otros árboles o arbustos.

c) Un tercer grupo lo constituyen las normas que determinan la obligación de pagar intereses al propietario por las cantidades invertidas por éste en reparaciones extraordinarias (art. 502) o en el pago de contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital (art. 505).

d) Finalmente, un cuarto grupo de normas se refiere a los casos de pérdida de la cosa o expropiación de la misma, regulados en los artículos 517, 518 y 519 del propio Código, en los que entra en juego el principio de la subrogación real en relación con

el precio de la expropiación y la indemnización del seguro. Corresponde al propietario la percepción de estas cantidades, pudiendo optar por su inversión en la reconstrucción o por darles una inversión distinta, pagando sólo el interés legal al usufructuario. En cambio, a tenor del párrafo segundo del artículo 518 citado, «si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro, pero *con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca*».

Creemos que basta lo dicho para convencerse de que en el plano personal, lo mismo que en el real, no es el derecho del nudo propietario un «derecho vacío y meramente potencial», como pudiera a primera vista pensarse: el usufructuario, en cuanto es partícipe con el propietario de la comunidad constituida sobre la cosa usufructuada; aparece vinculado a todo un estatuto de relaciones personales, de las que responde con todos sus bienes presentes y futuros, aun en el caso de enajenación de su derecho real a un tercero, ya que según el artículo 498: «El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya».

Resumiendo lo dicho, podemos afirmar que mientras dura el usufructo, las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, se producen indirectamente a través de la cosa común, en el plano real, y directamente, con carácter personal, en el plano obligatorio, de donde se sigue que la nuda propiedad es un derecho de contenido complejo, que produce simultáneamente efectos reales y efectos personales, no siendo posible, por lo tanto, intentar limitarle a uno solo de ambos planos, ya que en los dos tiene trascendencia. Por otra parte, y según hemos visto también, esas relaciones directas establecidas en el plano personal u obligatorio, determinan, no sólo derechos de crédito a favor del nudo propietario, sino que también le vinculan a obligaciones concretas y determinadas, cuyo cumplimiento puede serle exigido, a su vez, por el usufructuario, y cuyo incumplimiento se halla sancionado por la obligación de resarcir a éste de los daños y perjuicios causados.

Está, en consecuencia, obligado el nudo propietario a «no alterar la forma y substancia de los bienes usufructuados, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario» (art. 489), y «si la finca se embargare o vendiere judicialmente para el pago de una deuda hipotecaria constituida por el nudo propietario, éste responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo» (artículo 509): por otra parte, está obligado a realizar a su costa las llamadas reparaciones extraordinarias (art. 501) y a pagar las

contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital (art. 505), etc., etc.

3.º *Relaciones entre usufructuario y nudo propietario al extinguirse el usufructo.*—La extinción del usufructo no uetermina, contra lo que a primera vista pudiera pensarse, un fenómeno de sucesión jurídica del usufructuario por el nudo propietario, ya que no puede, en modo alguno, afirmarse que éste sea causahabiente de aquél, en cuanto que, aparte de la comunidad de objeto señalada, ya hemos visto que en el plano real ambos derechos son perfectamente independientes y autónomos. Lógica consecuencia de tal principio nos la ofrece el artículo 480, al establecer que: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

Pero el hecho de que el legislador reconozca en este punto la eficacia del principio de que «resuelto el derecho del constituyente se resuelve también el derecho constituido», no quiere decir que al resolverse las relaciones de carácter personal que, como hemos visto, existen durante el usufructo entre nudo propietario y usufructuario, queden también totalmente resueltas tales relaciones de crédito y obligación. Ello nos lleva a considerar brevemente:

a) *Los contratos de arrendamiento concertados por el usufructuario.*—A pesar de la norma general establecida en el antes transcrito artículo 480 del Código civil, existen algunos preceptos más concretos, que es preciso examinar. En este punto, podemos distinguir tres clases de contrato de arrendamiento:

1.º Arrendamientos que se rigen por las normas del Código civil, a los que se aplica sin restricción alguna el precepto contenido en el artículo 480 expresado.

2.º Arrendamientos regulados por la Ley de Arrendamientos Rústicos, que se hallan sometidos al mismo régimen, en cuanto al artículo 25 de la Ley de 15 de marzo de 1935 establece que: «La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada por causas que consten explícitamente en el contrato, producirá la del arrendamiento; pero no se podrá desahuciar al arrendatario hasta que recoja los frutos del año agrícola en curso, indemnizándole las mejoras, en su caso, con arreglo a las normas establecidas en el capítulo V de esta Ley»; y

3.º Los contratos regidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos.

En cuanto a este tercer grupo de contratos, se suscitan algunas cuestiones, cuya solución parece hallarse en contradicción con los principios antes sentados. El problema ha atravesado diver-

sas fases: la primera, hasta la publicación de Ley de Arrendamientos de 1946; la segunda, hasta la publicación de la Ley reformada de 1955, y la tercera, a partir de esta fecha. Examinaremos con separación cada uno de estos momentos:

Durante la vigencia de los llamados decretos de alquileres, hubo de suscitarse la cuestión de si la prórroga legal por ellos creada, obligaba o no al nudo propietario en el momento de consolidarse el dominio. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1941 y 25 de junio de 1943, adoptó la solución negativa, declarando de plena aplicación los preceptos del Código civil. Con toda amplitud razonaba en el primero de sus fallos citados, su punto de vista, sentando la doctrina de que el Decreto de 29 de diciembre de 1931 «no derogó el artículo 480 del Código civil en el particular aludido, ni por tanto, la prórroga del arrendamiento es aplicable a los que dimanen del usufructo, no obstante el parecer de un sector en la doctrina científica, y esto es así:

1.º Porque no hay en el Decreto precepto alguno con cláusula derogatoria expresa.

2.º Porque tampoco hay derogación tácita que lleve implícita, por expresión literal de la norma o por el espíritu que la informa, la declaración de prórroga del arriendo una vez fallecido el usufructuario arrendador, ya que:

a) El sentido literal del artículo 12 alude a cambio de dueño del inmueble, y este cambio no se opera a la terminación del usufructo, puesto que el dueño era y lo sigue siendo el nudo propietario, y en técnica jurídica, el usufructuario no es dueño sino mero titular, aunque sí puede disponer con limitación de tiempo del ejercicio de su derecho de uso y disfrute.

b) El artículo 19 del Decreto da la significación jurídica de la palabra propietario, usada en ambos pasajes, no como sinónima de dueño, sino como expresión genérica y más amplia que ésta —una de sus especies— que es a la que se refiere el artículo 12 y no se define en el 19.

c) No cabe pensar que el legislador se propusiera prolongar la vida del contrato de arrendamiento más allá de la del usufructuario, porque otra cosa significaría desnaturalización completa del derecho de usufructo o su transformación en otra figura de rasgos esencialmente distintos, en la que no faltaría su nota característica de derecho temporal, y no es de creer que se quisiera desarraigar una institución tan arraigada en la legislación y en las costumbres de nuestro país.

d) Cabe pensar en plan exegético del artículo 12, que si el arrendador no tiene limitación del tiempo en el ejercicio de su derecho, el legislador declare prorrogable el contrato al vencimiento del término convencional, imponiendo la prórroga a quien en régimen de autonomía de la voluntad pudo concederla; pero lo que no se concibe es que, sin supresión clara y rotunda del dere-

cho de usufructo, se quiera dar a los contratos que de él derivan, una extensión temporal mayor que la del mismo usufructo.

e) Los artículos 1.255, 1.257 y 1.571 del Código civil han sido modificados, sin duda por el Decreto, en el sentido de que al expirar el término convenido del arriendo, se impone la prórroga al arrendador y a quien de él traiga causa por cualquier título, y claro es que la modificación no puede afectar al nudo propietario, que no es ni arrendador ni causahabiente de éste, pues tanto la nuda propiedad como el uso o disfrute de la cosa que se reintegra al dominio por muerte del usufructuario, los recibe del instituyente de la nuda propiedad, no de quien arrienda lo que tiene en usufructo.

f) Abona este criterio interpretativo de la norma legal del artículo 9.º, párrafo 5.º de la Ley de arrendamientos rústicos, tan similar a los arrendamientos urbanos, en la materia de duración del contrato que una y otra están animadas por la nota común de vigencia de largo plazo, y no deja de ser expresivo el hecho de que la norma legal invocada, posterior al Decreto sobre inquilinato, se armonice con el artículo 480, en relación con el 513 del Código civil, que deja subsistente, en punto a limitaciones que por razón del tiempo son impuestas al arrendamiento hecho por el usufructuario».

Después de publicada la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, el Tribunal Supremo, a pesar de la discrepancia de redacción existente entre el artículo 12 del Decreto de 1931, que hablaba de *cambio de dueño* y el 70 de la nueva disposición legal, que utilizaba, más genéricamente la expresión de *cambio de titular arrendador*, ha insistido con reiteración en la misma doctrina, entre otras, en sentencias de 14 de mayo de 1952, 8 de junio de 1953 y 12 de enero de 1955, establecen la doctrina de que las diversas disposiciones legales a partir de 21 de junio de 1920 no han derogado ni modificado en nada el derecho del nudo propietario de una finca arrendada, reconocido por el artículo 480, de que al extinguirse el usufructo queda resuelto el contrato de arrendamiento por el usufructuario convenido, y, por tanto, la prórroga obligatoria para el arrendador sin alteración de ninguna de sus cláusulas, que se establece por el artículo 70 de la Ley vigente de 31 de diciembre de 1946, no es aplicable en estos casos en que el nudo propietario, al consolidar el dominio de la casa o local arrendado no adquiere el derecho a disfrutarlo como sucesor o heredero del usufructuario, sino en virtud del que le confiere la nuda propiedad que ya tenía, sin que le obliguen por ello los contratos que sobre esos inmuebles haya podido realizar sin su intervención el usufructuario, y es lógica consecuencia de lo expuesto que los preceptos que contienen los artículos 1.256 y 1.257 del citado Código, respecto a la validez y cumplimiento de los contratos por las partes que los otorgan y sus herederos, no sean de aplicación al pre-

sente caso en que el nudo propietario de la finca, heredó de su madre y no del usufructuario.

No obstante esta doctrina, continuamente mantenida por la jurisprudencia, algún comentarista de la Ley de referencia, mantuvo la interpretación contraria. Así, por ejemplo, García Royo afirmaba que: «Frente a estas alegaciones actúa el significado gramatical y jurídico de la advertencia legal de que procederá prorrogar el contrato, «aunque cambie el titular arrendador», y como al constituirse o extinguirse el usufructo se origina simplemente este fenómeno de la conversión jurídica de la titularidad activa, no queda otro remedio que doblegar la corrección jurídica ante esta prescripción legal, sólo justificable por el deseo de favorecer a ultranza a los inquilinos y arrendatarios de locales de negocio. Por consiguiente, sea cual fuere la clase de usufructo, no acarrea respecto al arrendamiento urbano ninguna consecuencia al constituirse o extinguirse; de aquí que actúe la prórroga a pesar de la conversión personal, sin perjuicio de las acciones de nulidad que puedan amparar a quien en definitiva advino propietario integral del edificio, si el contrato fué concertado sin los debidos requisitos o autorizaciones.»

Y pocas líneas después, el mismo autor, comentando la antes aludida sentencia de 5 de diciembre de 1941, observa que: «en esencia se fundamenta la transcrita resolución, en que no existe derogación tácita del artículo 480 del Código civil, por cuanto el artículo 12 del Decreto de 1931, sólo alude al cambio de dueño, y al extinguirse el usufructo no ocurre este fenómeno, sino que se limita a originar un simple cambio de titular del derecho de uso o de goce que dimane del arrendamiento, y como el precepto ahora comentado señala taxativamente el cambio de titular arrendador, se viabiliza la prórroga del contrato, incluso por los propios razonamientos de la sentencia, procede insistir y mantener el criterio antes adoptado, máxime que después de promulgada la Ley de Arrendamientos Urbanos, y de incluir en su artículo 70 las palabras antes subrayadas, resalta el contraste entre ellas y el mencionado artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos, para evidenciar que respecto a los urbanos ha de aceptarse la tesis que sustentamos, pues si en ella creyó necesario el legislador advertir que la prorrogabilidad no funcionaría en el supuesto contemplado de extinción del usufructo, y ello ante la posibilidad de que el principio general establecedor de la prórroga se interpretase en el sentido de que también actuaba en dicho supuesto, al silenciar la ley de Arrendamientos Urbanos idéntico o semejante mandato pudiera dar a entender que no opera en el campo de los contratos por ella regulados, una vez advertido que el simple cambio de titular arrendador no afecta a la vida del arrendamiento» (17).

(17) GARCÍA ROYO: *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, T. II, pág. 14. En el mismo sentido, ROCA SASTRE, en «Derecho Hipotecario», T. III, Barcelona, 1954, pág. 68.

Basta lo dicho para evidenciar que :

1.º La Ley de 1946 no resolvía directamente el problema de la prórroga de los arrendamientos otorgados por el usufructuario.

2.º Que, por tanto, la solución de tal problema se fundaba exclusivamente en una interpretación jurisprudencial, no compartida unánimemente por la doctrina, que veía además un grave obstáculo para tal interpretación en el carácter taxativo de las causas de resolución contenidas en el artículo 149, entre las cuales no se encontraba enumerada. Siendo ello así, surge una cuestión de gran interés práctico una vez publicada la Ley de 1955, en la que expresamente se establece la prórroga de los contratos otorgados por el usufructuario al extinguirse el derecho de éste, quedando vinculado en las mismas condiciones al contrato el nudo propietario que consolida su dominio.

Aplicase, por tanto, conforme a la legislación especial actualmente en vigor la prórroga legal del arrendamiento concertado por el usufructuario al consolidarse el dominio, con lo que se produce, siquiera a los solos efectos de esta relación contractual concreta, una verdadera sucesión singular entre usufructuario y nudo propietario. Suscítase, entre otras, en este punto, la cuestión a efectos de derecho transitorio, del verdadero carácter de esta norma, ya que según la propia Ley, si supone, como a primera vista parece, un derecho nuevo, no podrá oponerse a los ejercitados judicial o extrajudicialmente con anterioridad a la vigencia de sus preceptos. Estimamos, por el contrario, que se trata de una norma meramente interpretativa, y que, por tanto, aún a los derechos anteriormente ejercitados debe aplicarse.

Nos fundamos para tal interpretación, en que la Ley de 1955 no representa un derecho nuevo en el pleno sentido de la palabra, sino tan sólo una mera modificación del régimen anterior. En tal sentido, pueden sus preceptos ser clasificados en tres categorías :

- 1.ª Artículos que son mera reproducción de otros anteriores.
- 2.ª Artículos que vienen simplemente a corregir interpretaciones jurisprudenciales que el legislador considera improcedentes.
- 3.ª Artículos que establecen nuevas normas propiamente modificadoras de las antes establecidas. Pues bien, si el problema de la prórroga de los contratos otorgados por el usufructuario no se hallaba directamente resuelto por la legislación anterior, siendo tan sólo resultado su solución jurisprudencial de una pura interpretación del artículo 70 de la Ley, parece lógico suponer que el carácter del precepto examinado, no es otro que el de constituir una mera interpretación auténtica del derecho anterior, que deja sin efecto la jurisprudencial reprobada. De no ser así, resultaría que en otros casos no previstos expresamente de dominio resoluble (Fiduciario, titular sometido al pacto de retro, etc.), quedarían extinguidos los arrendamientos, sin que nada justificase este doble trato.

b) *La entrega de la cosa usufructuada.*—A tenor del artículo 522 del Código civil: «Terminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca.» Se deduce de aquí que, junto a la acción real, que le permitiría reivindicar la cosa objeto del usufructo, una vez extinguido éste, tanto frente al usufructuario detentador cuyo título quedó resuelto, como frente a cualquier tercero, se dará una acción de carácter personal para exigir la prestación de hacer que la entrega de la cosa supone.

Esta entrega de la cosa, suscita, siempre en el plano obligatorio, la liquidación de todas las relaciones personales entre los dos existentes. Debe la cosa ser restituida en el mismo estado que tenía cuando se constituyó el usufructo, sin otras alteraciones que las naturalmente producidas por su uso y disfrute normales, siendo exigible en este momento cualquier indemnización derivada del incumplimiento por parte del usufructuario de sus obligaciones generales y específicas, si bien podrá éste compensar, a tenor del artículo 488, los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho.

La circunstancia de que en este momento de la entrega de la cosa haya de procederse a la liquidación de los recíprocos créditos que por indemnizaciones, frutos o cualquier otro concepto puedan derivarse entre usufructuario y nudo propietario, con retención a favor de aquél, no quiere decir que no pueda el nudo propietario exigir desde luego el cumplimiento de las respectivas obligaciones, incluso durante la vigencia de la relación real usufructuaria. Lo que ocurre es que el término de prescripción de tales derechos nunca podrá empezarse a contar antes del momento de la extinción del referido usufructo.

4.º *Disposición del derecho del nudo propietario.*—Según hemos visto anteriormente, a tenor del artículo 489 del Código civil: «El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos, pero no alterar su forma y substancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario.» Con las mismas limitaciones, admite el artículo 595 la posibilidad de constitución de servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo y según el número 2.º del artículo 107 de la Ley hipotecaria, constituir una hipoteca sobre la nuda propiedad.

Entre las múltiples cuestiones que tales actos de disposición realizados por el nudo propietario pueden originar, nos limitaremos a señalar dos problemas: en primer término, el de si la transmisión del derecho del nudo propietario supone también una transmisión de todos los créditos y deudas que durante su titularidad se han originado, y, en segundo lugar, la extensión del derecho de hipoteca al usufructo al producirse la consolidación del dominio.

En cuanto a la primera cuestión suscitada, entendemos que no es posible dividir lo que la ley concibe de manera unitaria, o, lo que es lo mismo, que del hecho de que la titularidad del nudo propietario sobre la cosa deriven efectos diferentes en el plano real y en el personal, no se sigue que sea lícito segregar el aspecto real del personal, sino que uno y otro constituyen un todo indivisible: claro está que en virtud de ello, el adquirente se subrogará íntegramente en la misma posición jurídica que el transmitente del que a todos los efectos, positivos o negativos trae causa. Cuestión distinta que la relativa a los créditos es la que pueda suscitar en este punto la transmisión de las deudas, y ello desde un doble punto de vista: el del adquirente y el del usufructuario.

Puede, en efecto, ocurrir que el nudo propietario enajenante, haya incidido en determinadas responsabilidades, por incumplimiento de sus obligaciones de abstención, o bien que hayan surgido determinadas obligaciones de reintegro, por ejemplo en los supuestos de reparaciones extraordinarias satisfechas por el usufructuario (art. 502), pago de contribuciones que se impongan directamente sobre el capital (art. 505), producto líquido de los bienes administrados por el nudo propietario en los casos de falta de fianza (art. 494) o de administración por abuso del usufructuario (art. 520), etc. En todos estos casos, quedará exonerado de responsabilidad el nudo propietario por el solo hecho de transmitir su derecho de nuda propiedad, y automáticamente quedará vinculado por tales obligaciones el nudo propietario adquirente.

Si nos limitamos a aplicar las normas que rigen la asunción de deudas en nuestro Código civil, habríamos de llegar a la conclusión de que en modo alguno cabía esa transmisión exonerativa, si no mediaba el expreso consentimiento del acreedor (el usufructuario en este caso). La cuestión, sin embargo, se complica si tenemos en cuenta el derecho de retención reconocido al usufructuario por el artículo 522 en seguridad de «los desembolsos» reintegrables: supone éste precepto la existencia de una verdadera obligación *propter rem* que va, además, vinculada en todo momento a la cosa misma. Naturalmente que el hecho de que por parte del nudo propietario adquirente se atienda al pago de tal obligación de «reembolso», no supone que éste carezca de acción frente al transmitente de su derecho para repetir las cantidades que haya tenido que entregar por tal concepto, si es que otra cosa no se ha convenido en el título de la transmisión.

Pero cuando no se trate de «desembolsos» que haya de reintegrar, sino de indemnización propiamente dicha, derivada de una actuación culposa del nudo propietario, habremos de entender que, como las anteriores, son obligaciones *propter rem*, que autorizan a la retención de la cosa por el usufructuario, o se trata de simples obligaciones personales, sin vinculación alguna con la cosa usufructuaria, y que, por tanto, deben atenerse al régimen general de transmisión de las deudas, exigiendo el consentimiento

expreso del acreedor y del adquirente de la nuda propiedad. Creemos que se trata de simples obligaciones personales, en cuanto no supone reintegro de desembolsos, no pudiéndose hacer aplicación extensiva de una institución de carácter excepcional como es la retención, y que, por tanto, se rigen por las normas generales del derecho de obligaciones, exigiendo, para poder operarse su transmisión, el consentimiento del usufructuario y del adquirente.

En cuanto al problema del gravamen hipotecario de la nuda propiedad, tenemos que el citado artículo 107 de la Ley Hipotecaria, en su número 2.º establece que: «si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario». Admítese por nuestro derecho, por tanto, el sistema romano de la *extensión* o *ampliación hipotecaria*, frente al de la *localización* mantenido por algunas legislaciones.

Entendemos, sin embargo, con Venezian que tal extensión de la hipoteca al derecho de uso y disfrute, solamente se producirá cuando aquél se extinga por causas que afecten al vínculo que media entre nudo propietario y usufructuario, como son la muerte de éste, la expiración del término; pero no en los casos en que el usufructuario adquiere la propiedad o cede el usufructo al propietario. En los primeros casos puede decirse que el acreedor hipotecario contaba con el mayor valor que había de tener la cosa hipotecada cuando se extinguiese el usufructo, pero en los restantes, tal mayor valor supondría una imprevista ventaja, no tenida en cuenta al constituirse el gravamen (18).

(18) VENEZIAN: Op. cit. T. II, pag. 372.

Justicia y seguridad

MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO
Presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo

Ade'lantemos la idea de que al conjugar los términos justicia y seguridad no prejuzgamos la solución de un problema mucho más hondo que, en fin de cuentas, equivale a determinar su respectivo rango. Si al rango atendiésemos, la preeminencia de la justicia es evidente; porque sin ella no puede decirse que hay orden, ni mucho menos que puede existir una seguridad que al margen de lo justo, ampare, a su modo, las relaciones sociales.

Mas si esta afirmación es en verdad evidente, cuando contemplamos la justicia como un puro valor ideal, no estamos tan seguros del acierto cuando nos referimos a la traducción de la justicia en el derecho, visto en sus realizaciones positivas; porque entonces es posible que al traducir el ideal en normas no acertemos a realizar la obra de trans fusión, o en el mejor de los casos, nuestro ideal acerca de lo justo haya periclitado o se vea superado por otros ideales que con respeto absoluto para el principio inmutable de la justicia sirva mejor las necesidades sociales. Y entonces se produce un conflicto que, sin hipérbole alguna, puede calificarse de dramático, que es la discordancia radical entre el ideal que no se sirvió o se sirvió mal y la exigencia de satisfacerlo con la vista puesta en la norma suprema.

Llegado ese caso, el hombre de derecho tiene que situarse frente a otros valores igualmente estimables; el orden, que se hace posible por el derecho, y la seguridad, que no es más que el reflejo del orden en el mantenimiento de las situaciones individuales y sociales. La idea de seguridad significa que quienes viven amparados por el orden establecido, cuentan con una garantía inestimable que permite el pacífico desenvolvimiento de la vida y ahuyenta toda oposición y contraposición reveladoras del desorden.

Justicia y seguridad, ha dicho Legaz Lacambra, son evidentemente realidades distintas; pero cuando de aquélla se abstrae la idea de seguridad, la justicia o es una pura idea o una mera virtud del individuo; y, por el contrario, cuando de la idea de seguridad abstraemos la de justicia, es la primera una fuerza dominante de la existencia que carece de todo sentido ético. Ambas realidades, pues, han de implicarse y tienen una zona de interferencia que es el derecho, donde la seguridad constituye un orden que está dotado de intrínseca justificación.

Se yo bien que estas ideas que ahora sólo puedo exponer esquemáticamente pugnan con ciertas corrientes de opinión y tienen cierto *tufillo* individualista y burgués que a muchos ha servido para execrar la seguridad, correctora, sin embargo, de grandes injusticias; y no desconozco la crítica de que antes, como ahora, fué objeto el profundo pensamiento goethiano «Prefiero la injusticia al desorden». La verdad es, sin embargo, que en ningún sistema jurídico puede prescindirse de la seguridad. Podremos no sentirnos cómodos; acaso preferiríamos estar menos seguros a cambio de una mayor libertad de movimientos en pos de un ideal supremo de justicia, pero el orden en general y el orden jurídico en especial, implican estabilidad de situaciones y aseguran la vida social en las mínimas condiciones que le hacen posible.

* * *

Son ya clásicos y generalmente conocidos los ejemplos que ilustran esta tesis y que pretendo sean como introducción al estudio de las exigencias de la seguridad en relación con el proceso y con el Juez que lo manipula. Así, por ejemplo, cuando se pretende explicar el principio *nemo jus ignorare censetur*, estamos muy lejos de pensar que se ha establecido en función de la presunción absurda de que todos los ciudadanos conocen el derecho. (Recordemos la famosa monografía de Costa.) Su fundamento estriba, precisamente, en una interesante aplicación del principio de seguridad, porque se estima, con razón, que la vida jurídica sería imposible si la vigencia de una norma se hiciera depender del cabal conocimiento de sus eventuales infractores; cuando nos planteamos el problema de la fuerza jurídica de la cosa juzgada no negamos que la sentencia pronunciada en última instancia puede ser injusta, por defectuosa información o por disculpable error; afirmamos sólo que por exigencias de seguridad los procesos no pueden multiplicarse hasta el infinito, ni cabe admitir la posibilidad de que puedan emitirse indefinidamente fallos contradictorios. Por eso Guasp, que ha dedicado al tema de la cosa juzgada una monografía por todo extremo interesante («Los límites temporales de la cosa juzgada»), ha hecho ver certeramente que esa institución es una creación del orden jurídico; pero una creación en que el valor justicia es indiferente o a veces hostil a su establecimiento; juega en el caso el valor seguridad, que postula la existencia del instituto, porque sin él las situaciones jurídico-materiales jamás quedarían aclaradas y siempre estarían en trance de perpetua revisión. Y cuando, excepcionalmente, sacrificamos la seguridad a la justicia (así en materia de revisión civil y pena), procedemos con tan extremada cautela que sólo por calificadísima excepción vamos contra la estabilidad de lo juzgado, porque pensamos cuerdamente que la eventual y extraordinaria injusticia de algunos casos (pocos, para fortuna de todos) no autorizan a generalizar la revisión, ya que el remedio atentatorio para la seguridad general que la

sentencia procura, sacrificar en bien de unos pocos, lo que en contemplación de un interés general y por exigencias difusas de la justicia misma, se halla establecido para el bien de la comunidad. Lo mismo puede decirse del principio de retroactividad, aunque excepcionalmente se autorice; y si no podemos prestar incondicional asentimiento a la tesis que antaño sustentara Benjamín Constant, según el cual la irretroactividad arrebatava a la ley su carácter y constituía nada menos que un desgarramiento del pacto social, el principio está, asimismo, inspirado en la idea de seguridad, que veda alterar caprichosamente las situaciones jurídicas establecidas al amparo de un ordenamiento jurídico anterior, precisamente para que no padezca el orden social, que sufre decisivo quebranto por la inestabilidad de las situaciones individuales creadas al amparo del derecho.

Pero si antaño este problema acuciante de la seguridad revestía para cualquier jurista positivo interés, hogaño se presenta a nuestros ojos con caracteres trágicos, porque está en crisis la idea de seguridad jurídica y en crisis el principio de juridicidad encarnado en nosotros. A compás de una tendencia política que en muchos aspectos supone una violenta reacción contra lo que se llama concepción burguesa de la vida, se niega valor jurídico fundamental a la idea de seguridad (tal es el caso de Larenz) o se tiene como lema de una vida que sólo los viejos pueden estimar cómoda, la alegría de vivir peligrosamente. Pero en el fondo de eso, que pretende ser una liberación de añejos prejuicios, la verdad es que las gentes mal encubren su progresiva desconfianza en la Ley, que trasciende, como es natural, a los hombres que la manipulan: no se quiere la justicia que anida en la norma abstracta y general, sino la justicia del caso concreto discernida por obra de un derecho libre puesto de manos de un Juez, cuya actividad se rige por su *sentido personal* de lo que es justo; se rehuyen, más o menos abiertamente, las formalidades procesales, especie de camisa de fuerza, que condiciona y limita hasta lo absurdo el ejercicio de los derechos; se desdeña el derecho de juristas para sustituirlo por un derecho popular de indefinidos contornos, que permite una administración de justicia *ad usum delphinis*; se nos habla de concepciones revolucionarias de la justicia por oposición a una concepción tradicional que a todos garantiza el inestimable beneficio de la paz. Se atenta, en suma, al principio de seguridad, que es el único que permite, dentro de un orden social, realizar el ideal de justicia en un momento histórico determinado.

Frente a esos desvaríos no parece que debemos perder ocasión tan propicia para discurrir sobre lo que es el proceso como garantía de justicia, iluminado por la idea de seguridad, y lo que debe ser el Juez que lo manipula a la luz de esos principios fundamentales. Es una reacción, disculpable en un viejo Magistrado, frente al *empacho de juridicidad* que nos atribuyen los ignorantes, o en otro aspecto, un medio de frenar *inquietudes* que a pretext-

to de liberarse de ciertas exigencias que parecen meramente formales, aunque en el fondo no lo sean, confunden, por ejemplo, la justificada ampliación de los poderes judiciales con la peligrosa e incondicionada libertad de su uso o la eficacia en la *velocidad*.

* * *

Cuando con harta frecuencia las gentes se duelen de las que llaman *complicaciones del proceso* y con un gesto impregnado de *generosidad* se prestan a humanizarlo, en el sentido de aliviarlo de trámites innecesarios, pocos se acuerdan de que en el fondo constituye más que una garantía jurídica, una inapreciable garantía política; una expresión de la voluntad del Estado encaminada a lograr que la justicia se dispense en un régimen previo de legalidad, para lo cual—en frase de Hauriou en sus «Cahiers de la nouvelle journée»—organiza con ambiciones de permanencia los órganos dispensadores de la justicia y les señala el camino que inexorablemente han de recorrer para cumplir su función propia. Claro es que en ese aspecto, el proceso es en el fondo una realidad histórico-política que por serlo ha de moldearse siempre atendiendo circunstancias de lugar y de tiempo; pero hay en él un substratum permanente que está más allá de los derechos que eventualmente se ventilan en él, por exigencias de un interés social más difuso. Ha sido Hauriou quien, al señalar a grandes rasgos las etapas del proceso, ha advertido que a través de los siglos, ese instituto comienza por ser una paternal ordenación del caso concreto en que el juzgador no dispone ni de una legislación, ni siquiera de un inconcreto *common law*. Más tarde la norma se desliga de su creador, pero el Juez la aplica *individualmente*. Al fin se piensa en la necesidad de fijar en reglas escritas no ya la norma, sino el procedimiento para su aplicación; estamos entonces en presencia de una garantía política establecida por razones de seguridad; por que el régimen que así se establece es un régimen de legalidad al que *todos* han de someterse por igual, que inspirado en principios fundamentales asegura el pacífico desenvolvimiento de las relaciones humanas y hace posible la convivencia social.

Es posible que llegado el caso de establecer esos supremos principios rectores, se produzcan desacuerdos en el modo de concebirlos y plasmarlos, porque si es sencillísimo decir que la justicia debe ser ágil, no siempre logramos saber en que ha de consistir esa agilidad; y cuando pugnamos porque sea segura no acertamos, en ocasiones, a discernir el medio de lograr nuestro objetivo, y no faltan ocasiones en que confundimos la eficacia con la irreflexiva ligereza, o las garantías procesales con la frondosa complicación de los trámites, o la defensa, tan razonable, de los poderes judiciales con una intervención en que naufraga la imparcialidad de los juzgadores; y por contraste, la hipócrita defensa de esa señera cualidad de la justicia es para muchos un sometimiento del Juez a la

voluntad de las partes, o una abstención ante las maquinaciones que en perjuicio de todos denigran la administración de lo justo.

Por eso precisamente, cuando nuestros reformadores se duelen de las consecuencias del principio de preclusión, de las limitaciones necesarias puestas a la actividad del Juez, de la profusión de los recursos, de los posibles excesos de un sistema formalista proyectado en ciertos medios de impugnación, pocos se acuerdan de que el fracaso del sistema no siempre está en función de la regulación legal, equivocada a veces y a veces insuficiente, sino en el mal uso que se hace de esa garantía insustituible; y que, en cambio, una reacción violenta y poco meditada, traducida en normas legales, puede afectar más gravemente de lo que parece, no sólo a la seguridad jurídica, sino a la justicia misma, que a veces, por supresión de garantías, perjudica más intensamente de lo que suele creerse los intereses que intentan ponerse a salvo. Si la ordenación legal del proceso es, en fin de cuentas, la protección de un derecho a la seguridad jurídica, sólo las normas que derechamente la pongan a cubierto pueden resultar satisfactorias, como dejarán de serlo las que, so pretexto de rapidez, un sí no es espectacular, no permitan el sereno enjuiciamiento de aquellas cuestiones que por su complejidad o densidad exijan consideración detenida y ponderada madurez en el juicio. Y aunque la cita parezca pasada de moda o responda a ciertos prejuicios muy propios de su época, no está de más recordar con este motivo aquella cita de Montesquieu, que, a despecho de algunas alusiones malintencionadas de sus «Cartas persas», dice sesudamente a este propósito: «Si examináis las formalidades de la justicia en relación con lo que cuesta al ciudadano hacerse devolver un bien u obtener reparación de un ultraje, os parecerán demasiadas; si las contempláis en la relación que tienen con la libertad y *seguridad* de las personas, tal vez os parezcan pocas. Veréis entonces que las fatigas, gastos, demoras y hasta peligros de la justicia son el precio que cada ciudadano paga por su libertad». Y no se diga que estas certeras advertencias son impropias de una época que está unguada por el signo de la prisa, desde la propulsión a chorro a la administración de justicia *motorizada*. En nuestros días se produce explícitamente una reacción contra este modo de considerar el proceso, garantía de los derechos de la personalidad (Jaime Guaso); canal de la justicia, porque a través del procedimiento el Estado hace posible el derecho y éste adopta expresión concreta y tangible (Ruiz del Castillo); medio de actuar derechos cívicos, según Couture, que concibe la acción procesal como un derecho cívico de petición y la excepción como forma tangible del derecho de defensa, y el proceso, no ya como un modo de realización de la justicia, sino como un derecho de rango similar a la justicia misma.

De aquí se infiere cómo el proceso todo ha de estar concebido como una insuperable garantía de la seguridad, y cuando ese principio inspirador se desdeña, ya lo advertía Redenti en un agudo

comentario al proyecto «Francisci», que recoge en la 2.ª edición de sus «Profili», la ilusión de esos períodos, más que revolucionarios demagógicos, la agilidad del proceso se traduce en suprimirlo como un fenómeno pernicioso, en eliminar a los Abogados como representantes de una justicia de clase, a cuyo amparo viven, y en sustituir a los Jueces profesionales, ponderados, conscientes de su misión, por unos irresponsables servidores del Poder. Muy al contrario, el proceso tiene, cuando es en verdad una garantía jurídica que responde a los principios que pueden inspirarlo, un valor político excepcional que no podemos considerar periclitado ante las tristes experiencias que las generaciones modernas han presenciado en estos años críticos.

Pero conste, de una vez por todas, que cuando nos preocupamos del proceso como un instrumento inapreciable para lograr la seguridad, estamos muy lejos de pensar que tal como está ordenado entre nosotros, garantiza las mínimas exigencias de la justicia. No creemos por eso que el remedio consista en arbitrar una serie de alquitaradas normas concebidas *sub specie aeternitatis* que a pretexto de velar por la seguridad jurídica dejen maltrecha la justicia; pero tampoco nos parece prudente que para lograrlo rindamos tributo a una corriente cerril sólo preocupada por los problemas de forma, que desatiende y vulnera con no poca frecuencia el sentido humano que la administración de justicia debe tener. Si por exigencias de la seguridad *defendemos* la imparcialidad del juzgador reduciéndole a un papel pasivo y sojuzgándolo férreamente a la voluntad de las partes, olvidamos que aquella cualidad, tan encomiable como necesaria, no puede cuando prudentemente reforzamos los poderes del Juez con la noble intención de que no prevalezca el más fuerte, el más inteligente o el mejor dotado, aunque no tenga razón, contra el más débil, más obtuso o menos preparado para la defensa de su derecho. La imparcialidad del juzgador no puede estribar, por consiguiente, en permanecer ajeno como un ser sin alma ante el drama que presencia y en el que, según ciertos hipócritas defensores de su imparcialidad, no puede intervenir hasta que llegue el momento de pronunciar su resolución. Y no se diga que el recíproco interés de las partes en el proceso está bajo una salvaguardia suprema: el reverente respecto por el principio de contradicción, porque es inhumano pensar que si en la vida ordinaria la persona a quien confiamos nuestra dirección espiritual o técnica está facultada para pedirnos y obligada a darnos todas aquellas informaciones que requiere la misión que confiadamente pusieron en nuestras manos, quien tiene en las suyas nuestro patrimonio espiritual, familiar o material *debe* permanecer impasible, como un ser sin alma, ante el espectáculo de una luoha patentemente desigual, en que el ardid curialesco se confunde con la interpretación de la Ley y la ineptitud o torpeza en el manejo de sus resortes con la falta de razón.

Hay quien teme que un reforzamiento de los poderes judicia-

les en el proceso puede ser atentado vitando al principio de seguridad, porque *puede afluir* a una estatificación del Juez que, por razones de índole filosófica y aun política, parece recusable. Arguyen los que así piensan que semejante posición está representada en el orden doctrinal y aun en el legislativo por países en que la divinización del Estado fué y es todavía norma inspiradora de conducta. Pero no puede desconocerse que la indiferencia o la inhibición del Juez ante ciertas maquinaciones puede desembocar en una auténtica denegación de justicia y que sólo armonizando lo justo con lo seguro es posible realizar el derecho, supremo designio a que el proceso se encamina, cuando se vulnera o desconoce.

Cuando en trance de averiguar la verdad recusamos el sistema de probanzas, obtenidas por una serie de *aparatos ortopédicos* en que con más frecuencia de lo que parece naufraga la verdad que inútilmente buscamos, aunque farisaicamente se invoquen razones de seguridad para defender el parecer contrario, sostenemos que la valoración judicial de la prueba exige inexcusablemente la prudente intervención del que, en realidad, es su destinatario; porque esa estimación, en muchos casos decisiva, puede estar en función de una actitud, de un balbuceo, de un rápido cambio de postura, de algo tan sutil que sólo la pericia de un hombre muy experimentado puede captarlas para formar una honrada convicción.

Un ilustre procesalista, pensando en ese otro problema, ha puesto sobre el pavés las ventajas de una *acción directa*, que en el peor de los casos permite obtener del testigo más cazurro o del litigante más diestro siquiera una partícula de la verdad que ansiosamente buscamos; y no dejaba de ironizar a cuenta del desdén que ciertos virtuosos del proceso tienen por las cuestiones de hecho. En el caso, esa actitud se parecía, como una gota de agua a otra, a las acrobáticas variaciones con que algunos virtuosos del violín suelen embrollar el curso augusto y sosegado de una buena sonata.

Y no se diga lo que por contraste puede redundar en perjuicio de la seguridad jurídica la fobia contra los recursos supremos cuando ponen su conato en asegurar la unidad de interpretación al margen de todo interés particular. Entonces el *virtuosismo* que nos atribuyen, lejos de tener esa condición peyorativa, es en el fondo una nueva garantía de seguridad; porque la defensa del *jus constitutionis*, impidiendo que la variedad de las resoluciones introduzca la confusión en el cuerpo social, es un nuevo homenaje al principio rector que en algunas de sus aplicaciones contemplamos y un medio insuperable de evitar que la uniformidad de la norma quede maltrecha por la diversidad, que puede llegar a ser caótica, de las interpretaciones jurisprudenciales.

Indudablemente, el proceso debe trazarse de modo que garantice las exigencias de la seguridad; pero el designio, perfectamente explicable, nada tiene que ver con el propósito de rodearlo de

un *estilo moral*, que es, en fin de cuentas, el estilo de la justicia; obediente, en lo que a ese instituto se refiere, a una triada de principios que Couture ha reducido a tres: sencillez, probidad y eficacia.

Pero cuando intentamos una reforma (cualquier reforma) del proceso español, hemos de pensar si realmente nos enemos a ese programa mínimo, o si, a pretexto de poner a salvo la seguridad, convertimos ese insuperable instrumento de paz en un instrumento de tortura, que, lejos de ser una garantía para la ordenada administración de justicia, no es más que un medio de poner a salvo ciertos intereses creados, no siempre confesables, y, en muchas ocasiones, feñido con los dos grandes principios rectores indispensables para que el derecho se realice: la justicia y la seguridad.

* * *

Mas de nada serviría que la articulación del proceso las garantizase, si la posición del hombre que lo manipula no estuviese claramente definida y limitados sus poderes de modo que en las soluciones no estuviese enfrenado su arbitrio. De nuevo nos encontramos ante un conflicto eventual entre el derecho positivo y la idea fundamental de la justicia, y de nuevo tenemos que volver los ojos a la idea de seguridad para resolverlo. Acaso uno de los hombres españoles que ha captado mejor, con su donosura habitual, la profundidad del problema, ha sido mi ilustre paisano Ganivet cuando oponía el que llamaba criterio jurídico práctico, que se atiene a la legislación positiva y acepta de buen grado las desviaciones que la idea pura de justicia sufre al tomar cuerpo en instituciones y leyes, y el que denominaba criterio jurídico idealista que reacciona violentamente contra el estado de derecho impuesto por la necesidad y pretende remontarse a la aplicación rigurosa de lo que considera que es justo. Y no dejó de notar que la lucha entre esos dos criterios estaba personificada en los dos protagonistas del Quijote. Sancho Panza, en el efímero gobierno de su insula, dictaba fallos judiciales moderados, prudentes y equilibrados, porque era la encarnación del buen sentido. Su señor administraba justicia *trascendental*, y siempre pecaba por carta de más o por carta de menos. El paladín de la justicia ideal, en cuanto tocaba con una cuerda de galeotes..., se apresuraba a ponerlos en libertar, por razones subjetivas, tan curiosas como desconcertantes.

No digo yo que ese brillante juego de conceptos haya de tomarse como artículo de fe, ni mucho menos, porque sería herejía en mis labios, que de esa paradoja podamos partir, para considerar un problema trascendente, que por muchas razones sólo podemos esbozar aquí; pero muchas veces, cuando consideramos la situación del juzgador *ante el caso* (*nuestro caso*) y olvidamos las angustias y sus preocupaciones para resolverlo con el material y

con los medios de que dispone, y lo execramos, porque no hizo justicia *trascendental* (esa justicia trascendental es paradójicamente la *nuestra*), pocos pensamos que la limitación indispensable de sus poderes interpretativos es para todos garantía de seguridad.

Como comprenderéis, yo no puedo ofender vuestra cultura recorriendo el camino que va desde la concepción liberal del dispensador de justicia, mero *aparato* de aplicación de normas, y el juzgador, que mediante el método del derecho libre, construye un derecho judicial y lo opone en el fondo a la Ley, que, como Geny decía hace ya muchos años, no pasa de ser más que una información muy limitada del derecho; pero convengamos en que si el respeto reverencial del Juez para la Ley pudo llevar derechamente si se le deforma, a la jurisprudencia de conceptos puesta en soña por Ihering, con un gesto de desesperanza y de amargura, que difícilmente justificaría la frase más ingeniosa que exacta de Heck que le llamó, como todos sabéis, el Saulo de la construcción y el Pablo de la investigación teleológica, la tesis del derecho libre, que hace mucho tiempo padece franca crisis, estuvo a punto de terminar con la justicia y con los Jueces. Recordemos, sin descender a detalles, los extravíos de Hutcheson sobre el huracán instintivo que barre, por así decirlo, las dudas y vacilaciones del Juez y le empuja casi violentamente al fallo, o aquella donosa teoría de Rogers que, apoyándose en la biología de las glándulas endocrinas, atribuía esa condición a la actividad jurídica de los Tribunales; órganos de secreción! del derecho; siquiera como la sustancia era pcco pura, fuese preciso depurarla acudiendo a un orden eterno (los jus naturalistas) a las fuerzas de la razón (los racionalistas analíticos) a las condiciones de vida (los sociólogos) o simplemente a la intuición de lo justo, moral y legítimo (la intuición propia del jurista).

En pocas palabras ha hecho Federico de Castro la disección del derecho libre. Tiene—dice él—un sentido político de enemiga a la organización, fuerza y cohesión del Estado; su base filosófica es positivista o individualista, las más de las veces teñida de materialismo; desconoce la existencia de valores objetivos y, en contra de la Constitución del Estado, coloca el arbitrio judicial por encima de los demás poderes jurídicos.

Y por eso; sin negar que el Juez puede producir derecho, cuando interpreta o aplica la Ley, eligiendo unas veces criterios fundamentalmente justos que estén en armonía con ella, o cubriendo por vía analógica las lagunas que presente, no le es lícito, sin rebasar con general estrago la misión que le está atribuida y las exigencias de su noble officium, limar y pulir, según la frase de Staurmier, el derecho vigente hasta conseguir un resultado eventualmente mejor, pero en realidad ilegal y desde luego, atentatorio al orden establecido. Ha de tener en ocasiones el valor de aplicar un derecho injusto cuando la Ley lo exija y hayan fracasado los medios lícitos de evitar en el caso sus perniciosas consecuencias. Por malo que ello sea, es todavía peor destruir la confianza en el derecho.

Y la crisis que ahora padecemos no es ni más ni menos que un olvido del principio filosófico, según el cual el orden jurídico no puede existir sin que la justicia y la seguridad se armonicen. La función social del derecho—dijo Calamandrei poniendo unas sustanciosas apostillas al libro de Flavio López de Oñate: «La certezza del diritto»—es, ante todo, pacificación y purificación; y esa justicia del caso, tan contraria a la idea de seguridad, es inquietud e incertidumbre, temor de arbitrio, sede de privilegio, perpetua discordia y perpetua esclavitud. Es legítima la aspiración a la justicia pura, aunque algunas veces los paladines de esa idea la confundan con su concepción personal de lo justo, o con la idea que de lo justo tengan los paladines de un grupo o de una tendencia política. Pero, ¡por Dios! no confundamos el afán nobilísimo porque se administre rectamente, con la vulneración mansa o airada del principio de seguridad que hace posible nuestra convivencia al amparo del derecho establecido y sustrae al Juez del ambiente pasional en que, pese a su mejor voluntad, tiene que vivir. Alguna vez—y la cita es de Ganivet—la rebeldía de los españoles contra la justicia, suele responder en el fondo a una exaltación de lo justo; pero no olvidemos que a veces nos pasamos de la raya y es frecuente que apenas conseguido el castigo de la inmoralidad, nos pongamos bonitamente de parte de los *pobres acusados*. Frente a esos extravíos, la justicia, con mayúscula, tiene que garantizar la seguridad; aunque algunas veces, los yangüeses de toda clase y condición, muelan a palos a quienes la dispensan, porque no acertaron a dar en lo que, según ellos, es el punto de lo justo.

Y ahora, para terminar, volvemos como en un *ritornello* a la idea rectora que ha presidido este desmedrado trabajillo. Sé yo bien que cuanto aquí apenas si se ha esbozado pudiera parecer sospechoso. Sobre todo si se tiene en cuenta que esas ideas nacieron en el campo de una política nada ortodoxa, que hizo de la seguridad su fin último; pero la seguridad rectamente entendida, tal como aquí lo hemos visto a través de unas cuantas de sus aplicaciones más interesantes en el campo que cultivamos, significa en fin de cuentas, que si el Derecho—y en eso todos estaréis conformes—constituye una forma de la vida social, esa vida tiene en frase de Legaz como uno de sus ingredientes radicales, la idea de seguridad; en el caso, el sacrificio de lo personal y subjetivo por lo impersonal e intersubjetivo. Es el propio escritor, quien en un trabajo reciente, que es una aportación interesante, como suya, al desarrollo de las ideas ya apuntadas en sus trabajos docentes, ha formulado por vía de conclusiones estos principios tan interesantes. Compártanse o no sus puntos de vista, cuando se proyectan en el campo de lo jurídico, no puede negarse la exactitud de estas afirmaciones fundamentales: allí donde falta seguridad, se incurre en arbitrariedad y la arbitrariedad es negación del derecho; al negar la forma del derecho, se niega el primer elemento lógico de la justicia; y la justicia se vulnera, lo mismo cuando se atenta contra los derechos y liber-

tades básicas del hombre, que cuando se prescinde con torpeza de aquel mínimo de seguridad que la sociedad ha menester para liberarse de los poderes despóticos. No ha sido una mentalidad totalitaria, sino el Magisterio augusto del más puro de los hombres (el Pontífice reinante), el que en los tiempos venturosamente pasados, en que la Administración de justicia se confundía con una vaga apelación al sentimiento jurídico *popular*, enseñaba desde la Cátedra de Pedro que todas las relaciones sociales deben vivir bajo el amparo de jueces y tribunales que tomen sus directrices de un derecho claramente *formulado y circunscrito*. Las ineluctables exigencias de la seguridad jurídica y de la seguridad social, requerían una especie de derecho protegido contra todo ataque arbitrario, viniere de donde viniere.

Los hombres de justicia tienen ante sí la ardua tarea de conjugar esos dos valores fundamentales para que el derecho reine en el mundo: y ante esa dificultad, ingente a veces, hay que pensar en lo ingrato de su misión a la hora de *alguacilar a los alguaciles*, evitando cargar el acento en la censura. No es fácil el ejercicio de un poder que, como se ha dicho con una genial hipérbole, permite producir en el derecho las más monstruosas metamorfosis, dando a las sombras apariencia eterna de verdades; pero a la hora de juzgar sus extravíos bastará, acaso, pensar que con todos sus errores (humanos, al fin), son los más fieles custodios de la seguridad jurídica y que ésta es una inapreciable contribución al mantenimiento de la paz social.

Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil

(Notas a dos discursos)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

SUMARIO: I. *Discurso leído por Ramón María Roca Sastre en su recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y la contestación al mismo de Rafael Núñez Lagos.*—II. *El tema cuestionado en el Derecho histórico de Castilla:* § 1.º Aspectos en que se mantiene el paralelismo entre la doctrina castellana y la del Derecho romano común: A) La ley 10, Tit. IV, P. 6.ª, aplicó la doctrina de la *lex «Cum avus»*. B) La ley 10, Tit. VI, P. 6.ª, se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria. C) La cláusula *si sine liberis decesserit* en los formularios de los prácticos castellanos. D) Interés de la cláusula expresa a pesar de la ley 10, Tit. IV, Partida Sexta. E) Los fideicomisos *sub conditionem* en la doctrina castellana. El llamamiento del fideicomisario en las sustituciones y la regla *dies incertus in successionem conditionem facit*, según los autores castellanos. F) En Derecho castellano clásico no cupo la institución bajo condición resolutoria ni jamás un post instituido fué considerado como heredero, sino como sustituto fideicomisario, respetándose el principio *semel heres semper heres*.—§ 2.º La evolución de las sustituciones fideicomisarias en Derecho castellano: A) El tránsito de los bienes fideicomitidos del patrimonio del instituido al del sustituto. B) Transmisión del derecho del sustituto fideicomisario no pendiente de condición, fallecido antes de ser adida la herencia por el heredero gravado. C) Permanencia de la sustitución fideicomisaria, aunque el instituido heredero no llegue a serlo. D) Adquisición por el sustituto de los bienes fideicomitidos cuando el heredero no quiere aceptar la herencia. E) Situación jurídica del sustituto fideicomisario según se le transmitiera la herencia directamente o con intermedicación de un heredero. Respeto de los clásicos castellanos a la regla *semel heres semper heres*. III. *El término y las condiciones en la institución de heredero y en la sustitución fideicomisaria después del Código civil. La cláusula «si falleciere sin hijos».* § 1.º Posición del Código civil con respecto al derecho histórico en la regulación de la sustitución fideicomisaria. Dónde es «cauce» y dónde es «dique». § 2.º La institución del heredero bajo condición resolutoria y a término cierto (desde o hasta). § 3.º La esencia de la sustitución fideicomisaria: el orden sucesivo. Su expresión dispositiva: A) Posición del instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria. B) Posición del sustituto fideicomisario. C) Ex-

presión dispositiva de las sustituciones fideicomisarias. § 4.º Los fideicomisos condicionales y a plazo incierto. Su régimen en materia de la transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos: A) Estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales. B) Naturaleza de las sustituciones fideicomisarias a término incierto y en especial de las *post mortem instituti* y *post mortem usufructuarii*. C) Naturaleza de las disposiciones de residuo. D) Régimen de transmisión de los eventuales derechos del sustituto fideicomisario condicional que sobreviva al causante y premuera al cumplimiento del evento condicionante. § 5.º La cláusula *si sine liberis decesserit* y los hijos puestos en condición: A) Naturaleza del llamamiento consiguiente. B) Los problemas de los hijos puestos en condición. § 6.º ¿Cabe la condición *si sine liberis decesserit* tácita en el régimen del Código civil como limitación de los fideicomisos impuestos a los descendientes del testador?

I. DISCURSO LEÍDO POR RAMÓN M.ª ROCA SASTRE, EN SU RECEPCIÓN EN LA REAL ACADEMIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Y LA CONTESTACIÓN AL MISMO DE RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

El lunes 30 de abril de este año 1956, fué un día grande para la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, porque acogió como Académico de número la figura señera de Ramón M.ª Roca Sastre.

No queremos dejar de expresar nuestra más íntima alegría por esta recepción, que prestigia la justicia y la inteligencia de la Corporación que ha sabido llevar a su seno a este ilustre jurista. En cambio, nos parece innecesario hacer la semblanza del querido maestro; porque sus obras y sus hechos, como expresó con su franca galanura nuestro estimado compañero Rafael Núñez Lagos, hablan patentemente por él. Roca Sastre está en plena producción intelectual y sus obras mantienen la mayor actualidad. Su Tratado de Derecho Hipotecario, sus Notas al Derecho Sucesorio de Kipp, los Estudios de Derecho civil, y sus numerosísimos trabajos monográficos, son objeto de constante consulta por todos los profesionales del Derecho y de estudio ininterrumpido por los opositores a Cátedras, a Notarías, entre Notarios... Pero, además, todavía pedimos y esperamos de él bastante más: el Derecho Sucesorio le reclama para revelarnos, por su intermediación, muchos de sus principios más vitales que en los últimos tiempos han ido quedando en el olvido o, por lo menos, difusos entre las nieblas de la confusión.

Otra gran figura de nuestra ciencia jurídica y de nuestro Notariado—fraguada en la forja de las oposiciones, secreto del alto nivel científico de este Cuerpo—, Rafael Núñez Lagos, contestó al discurso de ingreso de Roca Sastre sobre el tema «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil». De ese discurso pudo decir que: «Si la notoriedad de su nombre, la universalidad de su prestigio y el testimonio de probanza segura de sus muchas obras no hubieran llevado a la Corporación a elegirlo por unanimidad, de la

justicia del acuerdo da fe cumplida el discurso que acabamos de escuchar».

Fué tal la diafanidad, el equilibrio, la facilidad con que expuso y desarrolló Roca su difícil tema, que Núñez Lagos tuvo que destacar todas sus dificultades y los obstáculos que se superaban con la ortodoxa doctrina de aquí. Para ello, con el mejor espíritu de colaboración jurídica, asumió esta vez el difícil papel de abogado del diablo, planteando y desenvolviendo la doctrina opuesta para aplicarla hipotéticamente al Derecho Histórico de Castilla y al Código Civil.

Sin perder de vista nuestra pequeñez, ante las figuras ilustres de los dos disertantes, queremos hacer varias acotaciones al tema, para tratar de evitar que alguna inteligencia joven pueda dejarse captar por el talento de Rafael, empleado esta vez en la exposición de una tesis heterodoxa.

Núñez Lagos quiso trazar un claro oscuro con el máximo contraste visual entre el sistema clásico que propone denominemos romano-castellano y el sistema del Derecho castellano histórico y del Código civil español.

«Derecho civil y Derecho romano —resume (pág. 140)— tienen posiciones inversas: en el Código civil, en contraste con el Derecho romano, hay una amplia libertad para la institución del heredero sujeto a condición (art. 790 del C. c.) suspensiva o resolutoria y muy poca libertad y... «vigilada» para las cláusulas fideicomisarias.»

A su juicio, en el Código civil, el fideicomiso no sólo fué limitado en cuanto al número de las sustituciones válidas (nulidad más allá del segundo grado si no tiene lugar a favor de personas que vivieron al fallecer el testador) y a la necesidad de su expresión (abolición de las sustituciones presuntas), sino, además, en cuanto a su contenido, al no acoger más que los fideicomisos a término —únicos conocidos, a su parecer, por los prácticos castellanos— y rechazar los condicionales. «En nuestro Código civil, el problema se presenta claro —dice él—: la única posible disposición fideicomisaria es la sustitución, figura exclusivamente a término y en ella no cabe como hemos visto la condición, ni por tanto la cláusula que ya por su enunciado *si sine liberis decesserit* es enteramente condicional. En cambio las instituciones están admitidas con toda amplitud, sin más límites que los legales en general y en especial los derivados de los números 2 y 3 del artículo 785 del Código civil.»

Pero antes de examinar la dispar exégesis del Código civil, a que se llega con las opuestas tesis de Roca Sastre y de Núñez Lagos, queremos dejar despejada la solución del problema en el ámbito histórico del Derecho que se aplicó en Castilla antes del Código civil.

II. EL TEMA CUESTIONADO EN EL DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA

§ 1.ª Aspectos en que se mantiene el paralelismo entre la doctrina castellana y la del Derecho romano común

Algunas afirmaciones de nuestro querido amigo Rafael Núñez Lagos debemos rectificarlas totalmente. Son éstas:

a) En las fórmulas notariales de sustitución fideicomisaria de los prácticos castellanos—que en todos los formularios observa alejados en su *sedes materiae* de los mayorazgos— asegura él que: «el término aparece siempre. Alguna vez se habla de restitución *in continentia*. Lo que jamás he encontrado es el fideicomiso o la sustitución fideicomisaria *condicional*. Las condiciones suspensivas y resolutorias se aplican sin ambages ni rodeos romanistas en la institución de heredero y en los legados; pero nunca en la llamada sustitución fideicomisaria que podrá ser un fideicomiso a plazo, pero jamás sujeto a condición» (pág. 118).

b) Que si la cláusula «*si sine liberis decesserit*» no la halló en ningún formulario notarial de los por él consultados, es «porque con la ley de Partida era en la práctica totalmente innecesaria.» La ley de referencia es la 10 del Título IV de la Sexta Partida, respecto de la cual estima que: «Es evidente que no estamos en un caso de mera sustitución vulgar, pues las frases señaladas por Gregorio López («heredasse los bienes del muerto» y «los bienes de su padre») revelan que el *dies cedit* para el sustituto sólo adviene con la muerte del sustituido. Pero esto no convierte la sustitución en fideicomisaria» (pág. 139).

Discrepando, intentaremos por nuestra parte demostrar:

1.º Que la ley 10, tit. IV, P. 6.ª no hizo sino aplicar la doctrina del Derecho común derivada de la *lex «Cum avus»*.

2.º Que esta ley de Partidas se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria que condicionó tácitamente *si sine liberis decesserit*.

3.º Que la cláusula expresa «*si sine liberis decesserit*» aparece en las fórmulas de los prácticos castellanos y aplicada precisamente a las sustituciones fideicomisarias, condicionándolas.

4.º Que pese a la ley 10, tit. IV, P. 6.ª, la cláusula expresa en cuestión no resulta la superflua en Castilla, como tampoco lo era en Derecho romano después de la *lex «Cum avus»*.

5.º Que no sólo aparecen en el Derecho castellano histórico supuestos condicionales de sustituciones fideicomisarias, sino que sus autores se ocupan de destacar sus diferencias con respecto de las dispuestas en término; y que las sustituciones ordenadas para después de la muerte del sustituido se consideraron fideicomisarias condicionales por regla general.

6.º Que en Derecho de Castilla—según la doctrina considerada ortodoxa por sus juristas clásicos— toda institución de pos-

terior heredero supuso una sustitución fideicomisaria impuesta al primeramente llamado.

A) *La Ley 10, Tit. IV, P. 6.ª aplicó la doctrina de ley «Cum avus».*

Dice así la referida ley de Partidas :

«Tácita conditio en latín, tanto quiere decir en romance, como callada condición; que es de tal natura, que mangüer non sea puesta señadamente entiéndese en derecho. E esto sería, como si algún testador que ovisse dos fijos, quier amos fuessen legitimos, o naturales, estableciesse en su testamento, que el que muriesse primeramente: que el otro que fincase bibo, heredasse los bienes del muerto. Ca si este que muriesse dexasse fijos, ellos devían heredar los bienes de su padre e non su tyo dellos, a quien avía estabescido el testador por heredero. E esto es, porque siempre se entiende por derecho, mangüer el padre non lo diga pa'adinamente, que muriendo el uno, e dexando fijos, que el otro hermano que finca vivo, non debe heredar lo suyo; más los fijos del muerto lo deven aver. Pero si muriesse sin fijos, estonce el otro hermano heredaría lo suyo, assi como el padre oviesse puesto. Mas si el que faze el testamento, estableciesse a dos homes extraños por sus herederos, so tal condición: que el que muriesse primero, que el otro, que heredasse sus bienes; magüer que este que muriesse primero, dexasse fijos, non heredarían ellos estos bienes atales, mas el otro a quien estableció el testador por su heredero».

Muchos siglos antes Papiniano, en un texto del libro IX de sus Respuestas, emitió un dictamen que pasó a ser en el Digesto (XXV-I, 102) la llamada *lex «Cum avus»*. Se trataba de que un abuelo, que había instituído herederos a un hijo y a un nieto habido de otro hijo, rogó que en el caso de morir el nieto dentro de los treinta años se restituyese su herencia a su tío paterno; el nieto falleció dentro de la indicada edad dejando hijos, y Papiniano respondió que «por conjetura de piedad faltó la condición del fideicomiso», «quod nimis scriptum, quod dictum fuerat inveniretur».

Justiniano aprobó este dictamen, lo extendió a los hijos naturales (Cod. VI-XXV, 6, § 3.º) y explicó que el gravamen de la restitución impuesto a un descendiente para después de su muerte, sólo se debía entender aplicable «nisi hi, qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filibus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis antepone» (Cod. VI-XLII, 30).

La ley de Partidas explica la misma doctrina de conformidad con las glosas de los autores de Derecho común. En tales términos, hace la atinada aclaración de que esa regla sólo es aplicable en el caso de que la restitución haya sido ordenada por un ascen-

diente a un descendiente, mientras que no lo es si hubiera sido ordenada a un extraño.

La única diferencia fundamental que a primera vista parece haber entre los textos romanos y la ley castellana, radica en que aquéllos se limitan a liberar de la restitución al descendiente fallecido con descendencia, mientras literalmente en la de Partidas se ordena que los hijos del sustituido «devian heredar los bienes de su padre e non su tyo dellos, a quien avia establecido el testador por heredero».

Pero esta diferencia, probablemente, sólo fué la consecuencia de que en esa ley de Partidas se expresó la resultante final de la exclusión del fideicomiso ordenado y de la aplicación de la sucesión intestada, o de la sucesión forzosa en un régimen de legítima larga a título de herencia, a favor de los descendientes de hijo premuerto. Es decir, que no se trata de que los hijos se pongan legalmente en sustitución en lugar del sustituto testamentario, sino que al liberarse la sucesión de su padre de esa sustitución, heredan a éste como herederos forzosos y no al fideicomitente como subrogados legales del fideicomisario.

Podemos decir, pues, con Antonio Gómez (1) «quod talis filii vel descendentes succedant ipsi filio gravato jure proprio ab intestato, non vero ex testamento primi testatoris et virtute tacitae substitutionis». Y, con el jesuita Luis de Molina (2), que el heredero

(1) ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, Cap. V, núm. 42 *ratio* 1 (ed. Lugduni, 1701, pag. 72). Deriva este autor su tesis de la glosa ordinaria de las leyes *Lucus Titius* y final de. II. *De haeredibus instituendis* (Dig., XXVIII-V, 85 [83] y 92 [90]) que contienen opiniones de SCAEVOLA y PAULO, semejantes a la expuesta de PAPINIANO. Se trata, ni más ni menos, del problema de si los hijos puestos en condición (expresa o tácita) se entienden puestos en sustitución, que GÓMEZ (número 42) resuelve negativamente, salvo en los casos en que por alguna conjetura —v. gr., si se impusiera algún gravamen a los hijos puestos en condición (vers. *nono principaliter*)—puede deducirse lo contrario. (En las *Additiones eruditissimae...*, de JUAN AYLLÓN LAYNEZ—ed. Venecia, 1747—ad., T. I, cap. V, número 44, pueden verse varias citas de autores, castellanos en su mayoría, que coinciden con ANTONIO GÓMEZ.)

Conviene no confundir esta cuestión de si los hijos puestos en condición se entienden llamados como sustitutos fideicomisarios de su padre, con la que plantea si esos hijos puestos en condición pueden entenderse como sustitutos vulgares o representantes de su padre en caso de premorir éste. GREGORIO LÓPEZ (gl. II, a las palabras «el otro hermano» de la ley 10, tit. IV, P. 6.º) se inclina por la negativa en los casos generales, citando en igual sentido a PAULO DE CASTRO. COVARRUVIAS (*Practicarum Quaestionem*, cap. XXXVIII, número 12—ver *Omnia opera*—, T. I, ed. Lugduni, 1586, pag. 147), con un planteamiento totalmente distinto, sostiene la opinión contraria tratándose de descendientes del fideicomitente. En este caso coincide el mismo GREGORIO LÓPEZ (gl. 9) por estimar compendiosa la fórmula en cuestión y por deducir que la misma condición tácita deberá entenderse tanto en la fideicomisaria como en la vulgar comprendidas en ellas.

(2) LOUDOVICUS MOLINA, S. J.: *De Justitia*, T. I (Conchae, 1593), Tract. Secund., Disp. 190, col. 1.159, *in fine* y 1.160: «Dubium est quando quis gravat aliquem restituere aliquid alicui sub expressa aut tacita conditione si sine

gravado se entendía liberado del fideicomiso y podía disponer libremente del quinto, e *inter liberos* también del tercio.

B) *La ley 10, Tit. VI, P. 6.^a, se refirió a un supuesto de sustitución fideicomisaria.*

No es Gregorio López (3) el único autor castellano que calificó «quod loquitur ista lex in substitutione fideicommissaria» y que señaló su paralelismo con la ley *Cum avus* (4). Habría, por lo tanto, que generalizar demasiado la increpación que le hace Núñez Lagos al asegurar que el ilustre glosador de las Partidas «con una mentalidad deformada por la recepción involucra la cláusula con sus posibles precedentes romanos». Gómez (5), Covarrubias (6), Molina (7), Matienzo (8), Spino (9), Parladorio (10), et cetera, son de igual opinión que Gregorio López. Y, como luego veremos, incluso coinciden con ella los principales prácticos invocados en contra por Núñez Lagos.

liberis decesserit, utrum si cum liberis decedat liberi illi vocati censeantur a testatore ad fideicommissum illud, ita quod substituti fideicommissarii sint haereditis ita gravati quoad ea bona; an vero non, sed eo ipso haeres gravatus perinde disponere possit de eis bonis, atque adeo possit in hoc regno (Portugal) de tertio suorum honorum, sicut et caeterorum disponere ad libitum, et in Regno Castellae de quinto, et inter liberos simul etiam de tertio.»

(3) GREGORIO LÓPEZ: Gl. a las palabras «heredasse los bienes del muerto», número 8 de la citada ley de Partidas.

(4) GREGORIO LÓPEZ: Gl. a las palabras «se entiende por derecho».

(5) ANTONIO GÓMEZ: Op., lib. y cap. cit., núm. 32 (pág. 67).

(6) DIDACUS COVARRUBIAS a LEIVA: *Practicarum Quaest.* cit., cap. XXXVIII, número 3 (pág. 146) «L. X, tit. 4, part. 6: Ex quibus apparet, conditionem ille, si sine liberis decesserit: semper subintelligit, quoties aliquis descendentibus gravatur alteri restituere fideicommissum.»

(7) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y tract. cit., Disp. 190, col. 1.151, donde expone que según las leyes *Cum avus*, *Cum acutissimi*, *Generatiter*, § *Cum autem* v 10 tit. 4, part. 6: «Quare si haeres ita gravatus (es decir: «Quando aliquis ascendentium gravat quempiam suarum descendentium restituere hereditatem aut partem hereditatem post suam mortem alicui alteri») cum libero, aut liberis, masculis, aut feminis discedet, expirat tale fideicommissum.»

(8) JUAN MATIENZO: *Comentariae... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Mantuae Carpetanae, 1597), Tit. VI, Lex. V, g'loss. VI, núm. 1 (fo's. 172): «Ex ratione l. cum avus ff. de cond. et demonstr. et l. cum acutissimi C. de fideicom. et l. 10 tit. 4 par. 6 ubi conditio illa sine liberis decesserit, semper subintelligitur in fideicommissio, quo descendens gravatur post mortem alteri restituere, eo quod cum testator primo nominatim praedi'xisset ita et eius liberos praedi'xisse intelligitur et eos praet'uisse secundo nominato, etiamsi is sit de descendentibus.»

(9) DIDACUS SPINO: *Speculum testamentorum* (Francofurti, 1600), Glos. XVI princip., núm. 120, pág. 597: «Quod ex coniecturata mente testatoris fideicommissi conditionem deceisse quod minus scriptura quam dictum fuerit inveniretur ut intellectus sit, quod tacita conditio...»

(10) JUAN YÁÑEZ PARLADORIO: *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria...* (Nova ed., Coloniae Allobrogum, 1716), Diff. CXLVII, § 1, núm. 1 (página 280): «Conditio ista, si sine liberis decesserit et si non expressim adjecta fuerit in fideicommissio tacite, id est ipso jure censetur adjecta, quando fideicommissum relinquitur ab ascendente, quia non est praesumendum, alienas successiones voluisse testatorem propriis antepone: l. cum avus ff. de condition et demons, l. cum acutissimi, l. de fideicommiss., C., l. 10, tit. 4, par. 6.»

Notemos, por lo demás, que Gregorio López califica de compendiosa la fórmula de sustitución empleada en la ley que comentamos (11). Es observación suya que, «como en la fideicomisaria comprendida en la compendiosa, se sobreentiende la condición tácita, si falleciere sin hijos, según esta l. de Part. y d. l. 102 (*lex «Cum avus»*) la misma condición deberá suponerse en la vulgar que la compendiosa comprende, para que la resolución sea en iguales términos». Esta calificación de la fórmula nos ayudará para localizarla en seguida en las obras de los prácticos castellanos.

En los cien años que precedieron inmediatamente al Código civil, la llamada condición tácita *si falleciere sin hijos* sigue considerándose al tratar precisamente de la sustitución fideicomisaria. Así lo vemos en las versiones de la obra de Febrero, debidas a Joseph Márcos Gutiérrez (12), a Tapia (13) y a García Goyena, Aguirre, Montalbán y de Vicente y Caravantes (14), en Domingo de Morató (15) y en los *Diccionarios* de Escriche (16) y de Gonzalo de las Casas (17).

C) *La cláusula «si sine liberis decesserit» en los formularios de los prácticos castellanos.*

En los formularios de los prácticos castellanos aparece esta cláusula situada entre las fórmulas de la sustitución compendiosa. Es sabido que ésta comprendía, por lo menos, la vulgar y la fideicomisaria. Como expresó Covarrubias (18): «Haec substitutio plura tempos contineat: nempe, ante aditam haereditatem, et post

(11) GREGORIO LÓPEZ: Gl. 8.ª a la ley citada

(12) JOSEPH MÁRCOS GUTIÉRREZ: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, Parte I, T. I (3.ª ed., Madrid, 1805), Cap. 1, § III, núm. 105, página 69.

(13) EUGENIO DE TAPIA: «Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas», T. I (nueva ed., 1837). Lib. II, Tit. II, Cap. X, núms. 27 y 28, pág. 437

(14) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, JUAN MANUEL MONTALBÁN y JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES: *Febrero reformado* (4.ª ed., Madrid, 1852), T. I, núm. 1.443, pág. 347.

(15) DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ: *Derecho civil de España con las correspondencias del romano*, T. II (Valladolid, 1868), núm. 1.211 pág. 119.

(16) JOAQUÍN ESCRICHE: «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia», T. II (3.ª ed., Madrid, 1847), loc. *Sustitución fideicomisaria*, pág. 871.

(17) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS: «Diccionario General del Notariado de España y Ultramar», T. V (Madrid, 1865), loc. *Sustitución fideicomisaria*, página 452.

(18) COVARRUBIAS: *In titulum, De testamentis interpretatio*, Cap. *Rainuius*, 16, § *Nonus*, núm. 1 (*Omnia opera*, T. III, Lugduni, 1584, pág. 85). Ver, v. gr., en igual sentido: LUIS DE MOLINA, S. J.: *Op. cit.*, Disp. 102, col. 1.172; D. SPINO: *Op. cit.*, glos. XXIV, *princ.*, núms. 1 al 4, págs. 890 y ss. y JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *Assertionis Juris*, al fin del tratado *De Usufructu*, en «*Quotidianarum Controversiarum Juris*», lib. I (ed. Lugduni, 1667), Assert. LXXIV (pág. 294).

eius additionem, et sic vulgarem ac fideicommissaria substitutionem.»

Pues bien, Gabriel de Monterroso (19), al ocuparse de la sustitución compendiosa, plantea la hipótesis de que se disponga «que quando quiera que muera sin dexar hijos, suceda el sustituto». Juan de la Ripia (20) también incluye en la sustitución compendiosa la cláusula: «Instituyo por mi heredero a mi hijo, y en cualquier tiempo que muera sin hijos sea su heredero fulano.»

Pedro de Sigüenza (21), apoyándose en la doctrina de la ley 10, Tít. IV, Part. sexta, a su vez dedica una rúbrica a: «Condición *si sine liberis decesserit*, quando ha lugar y se puede verificar y si ha lugar quando los dichos fideicommissos son dexados entre extraños y por tales de Derecho se reputan.»

Creemos que estas tres citas de los principales prácticos en que Núñez Lagos apoyó su tesis bastan para comprobar la necesidad de revisarla (22). Ni hay que decir que los autores se ocupan detenidamente de su estudio, como hemos visto o veremos luego en algunos de ellos (23).

D) *Interés de la cláusula expresa, a pesar de la ley 10, Tít. IV, Partida Sexta.*

Lo mismo que en Derecho romano la *lex «Cum avus»* no hizo innecesario el empleo de la cláusula expresa *si sine liberis decesserit* la ley 10, tít. IV, de la Sexta Partida tampoco eliminó en Castilla la utilidad de expresarla.

En primer lugar, la condición tácita sólo se sobrentendió interpuesta en los fideicomisos que los ascendientes imponían a algunos de sus descendientes. La misma ley excluye su aplicación a los fideicomisos que gravaren a un extraño. Y los autores tampoco la estimaban aplicable cuando la restitución se imponía al

(19) GABRIEL DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos* (Madrid, 1609), fol. 166 vto.

(20) JUAN DE LA RÍPIA: *Práctica de testamentos y modos de suceder* (Cuenca, 1676), *Sustituciones*, núm. 9, pág. 88.

(21) PEDRO DE SIGÜENZA: *Tratado de cláusulas instrumentales* (Madrid, 1767), Lib. II, Cap. VI, pág. 313.

(22) La circunstancia de que en las definiciones, que NÚÑEZ LAGOS reproduce, no se comprenda la sustitución fideicomisaria condicional poco aduce frente a las realidades expuestas. Lo normal al definir una institución es referirla a sus formas puras. Así vemos cómo PEDRO MELGAREJO (*Compendio de contratos públicos*, Madrid, 1704, pág. 78), además de definir la fideicomisaria—conforme transcribe NÚÑEZ LAGOS—, define las otras diferentes maneras que «hay de señalar herederos», como la ordinaria, la sustitución vulgar, etc., en las que tampoco define más que las hipótesis puras, sin incluir supuestos condicionales.

(23) Se pueden consultar los números 40 y sigs del Cap. V de las *Addiciones...* de AYLÓN LAYNEZ (págs. 42 y ss.) para hallar una nutrida lista de autores castellanos que se ocupan de la cláusula expresa *si sine liberis decesserit*.

cónyuge, a ascendientes o hermanos (24), ni a los hijos adoptivos (25).

En segundo lugar, aun tratándose de sustituciones fideicomisarias ordenadas por un ascendiente a su descendiente (26), hay que tener presente que dicha condición tácita no debía considerarse como una ficción de la ley, sino como presunción de derecho. Cuestión de interés, pues, como expuso Gregorio López (27), las consecuencias eran de consideración: de tratarse de una ficción legal no sería posible la prueba en contrario, mientras que ésta cabría si aquélla fuera una mera presunción *iuris tantum*. Por ello era recomendable la cláusula expresa, aunque sólo fuera para evitar cualquier duda y excluir todo posible equívoco de conjeturas.

Además, los efectos y la amplitud de la cláusula expresa y la tácita no coincidían, ya que el ámbito y la eficacia de aquélla excedía de los de ésta. Para comprobarlo basta consultar a los principales autores que se ocuparon de esta cuestión (28). Especialmente fué admitido por la opinión dominante que la condición tácita sólo se sobreentendía si los hijos del descendiente gravado no habían nacido aún en el momento de disponer el ascendiente la restitución (29). Antonio Gómez (30), después de debatir ampliamente este tema y de sopesar los argumentos en pro y en contra, sentenció: «Quia loquitur in casu dubio quando filii non erant nati, et dubitatur in testador voluit eos excludere vel non. Secus vero in casu certo et claro ut isto, in quo sumus quando filii jam erant nati». Criterio que hemos visto confirmado por

(24) Ver GREGORIO LÓPEZ: Glosa a la palabra «fijos», tercera de dicha ley; ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 35 (pág. 69); SIGÜENZA: Op., lib. y cap. cit., núm. 6 (pág. 320); LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. 190, col. 1.151 C y D y col. 1.152 A.

(25) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «legítimos o naturales», cuarta de la misma ley.

(26) En las sustituciones fideicomisarias ordenadas por un ascendiente a sus descendientes o a alguno de ellos—al amparo de la ley 23 de Toro—sobre el tercio, a favor de otro u otros descendientes, o respecto al quinto, en beneficio de cualquier persona, también se entendió tácitamente adicionada la condición *si sine liberis decesserit*. Ver ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., número 32 vers. «Ex quo infero singularem» (pág. 67, *in fine* y sigs.); MATIENZO: Op. cit., Tit. VI, lex XI. Gl. IV, núm. 7 (fol. 159 vto.); ACEVEDO: Op. y vol. cit., Lib. V, Tit. VI, ley 11, núm. 27 (pág. 196); ANDREA ANGULO: *Commentarium ad leges Regias meliorationum* (Matriti, 1592), lex XI, Gloss. III, números 20 y 21 (pág. 590), y AYLLÓN: Op. y cap. cit., núm. 34 (pág. 40).

(27) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «se entiende por derecho», 10.^a de la referida ley.

(28) A. GÓMEZ: Op. y cap. cit., núms. 37 y 40 (pág. 70 y sigs.); LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 190, col. 1.152 D; MATIENZO: Op. cit., Lib. VI, g.^{l.} IV, ley XI Tauri 27, núm. 29 (pág. 196); AYLLÓN: Loc. cit. números 38 y 42 (págs. 41 y sigs.).

(29) Ver AYLLÓN: Loc. cit., núm. 38 (pág. 41).

(30) ANTONIO GÓMEZ: Cap. cit., núm. 36 (págs. 69 y sigs.).

Luis de Molina, S. J. (31), Spino (32) y Castillo Sotomayor (33) y, posteriormente, en las versiones de la obra de Febrero (34) y en el *Diccionario* de Gonzalo de las Casas (35).

La cláusula expresa *si sine liberis decesserit* no fué, por tanto, innecesaria en Castilla después de la ley 10, Tít. IV, Part. sexta.

E) *Los fideicomisos «sub condicione» en la doctrina castellana.—El llamamiento del fideicomisario en las sustituciones y la regla «dies incertus in successionem conditionem facit», según los autores castellanos.*

Cuanto llevamos expuesto bastaría para desechar como insostenible la afirmación de que en el Derecho de Castilla las sustituciones fideicomisarias sólo pudieron ser puras o a término. Pero queremos profundizar más y examinar las diferencias más sustanciales que los autores hallaron entre las establecidas a término y las dispuestas bajo condición. Especialmente nos interesan las diferencias relativas a la transmisibilidad o no del llamado derecho del fideicomisario en el caso de premoriencia del sustituto con respecto a la llegada del término o al cumplimiento de la condición.

El heredero gravado con fideicomiso—puro, a término o condicional—quedaba libre del gravamen de sustitución si el fideicomisario premoría al testador, tanto en Derecho romano como en Derecho real de Castilla (36).

Si el fideicomisario sobrevivía al *de cuius*, distinguíase en Derecho romano, en líneas generales, según la herencia hubiera sido aceptada o no por el heredero gravado. Pero esta circunstancia—según luego veremos—dejó de tener interés en el Derecho de Castilla a partir del Ordenamiento de Alcalá, ley única del Título XIX. Excluida esta distinción se aplicó el Derecho común en lo demás, distinguiéndose según el fideicomiso hubiera sido ordenado a término o bajo condición. Los autores clásicos de Castilla así lo expresaron.

(31) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y vol. cit., Disp. 190, col. 1.158 *in fine* v 1.159 A. «Ratio est—explicat— quoniam conditio illa ex sola praesumpta voluntate testatoris vim habet: quando autem testator sciens haereden liberos haeret, cum absoúté gravavit restituere aliquid alicui censetur voluisse praefere substitutum liberis talis haeredis.»

(32) SPINO: Op. cit., glos. XIV *in fine*, núm. 120. Explica: «Quia tunc per nativitatem filiorum deficit illa conditio.»

(33) CASTILLO SOTOMAYOR: Asserti CNCVIII (loc. cit., pág. 300): «Liberi iam nati donationis tempore, non excludent fideicommissum, licet multi diverso ferantur.»

(34) Versiones de MARCOS GUTIÉRREZ: Op. y loc. cit., núm. 105, pág. 70; de TAPIA: Op. y loc. cit., núm. 27, pág. 477, y de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y de VICENTE y CARAVANTES: Op. y loc. cit., núm. 1.444, pág. 439.

(35) GONZALO DE LAS CASAS: Loc. últ. cit.

(36) Como expuso el jesuita LUIS DE MOLINA (Op. cit., Dis. 189, fol. 1.147 D): «Si fideicommissarius e vita ante testatorem discedat, dubitandum non est expirate fideicommissarium, neque transmitit ad haeres fideicommissarii.»

Gregorio López (37) expuso la regla general de que si el sustituto «ha fallecido habiéndole deferido el fideicomiso, sus herederos podrán reclamarlo». E igualmente indica que: «El fideicomiso condicional no se transmitirá a los herederos a no ser que la condición se haya cumplido en vida del fideicomisario». Añadiendo que era común opinión que aunque el fideicomiso fuera «de hijos a hijos» tampoco tenía lugar la transmisión a los herederos del fideicomisario muerto antes de cumplirse la condición.

Antonio Gómez (38) expresó iguales reglas: a) «Si talis substitutio fideicommissaria fiat et relinquatur sub conditione, non transmittitur ad haereditatem substituti fideicommissarii... «quod extendit ut procedat et habeat locum etiam si fideicommissarius sit de liberis descendens quia etiam ex potentia sanguinis non transmittitur»; b) «... si vero talis substitutio fideicommissaria fiat et relinquatur pure et simpliciter, et fideicommissarius decedat ante restitutionem sibi factam, bene transmittit ad haeres suis praedictae substitutionis fideicommissariae, quia si haeres gravatus jam adivit, competit ipsi substituto fideicommissario actio ex testamento pro restitutione sibi facienda et illam transmittit ad haereditatem.»

Idéntica doctrina hemos constatado en Covarrubias (39), el jesuita Luis de Molina (40), Matienzo (41) y Castillo Sotomayor (42) y, más modernamente, en las versiones de Febrero (43),

(37) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «al otro», 10.ª de la ley 14, Tit. V, Partida sexta. En cambio—como observa el propio comentarista en la glosa 8.ª a las palabras «es rogado» de la misma ley—, la muerte del heredero gravado antes del cumplimiento de la condición no libera a los herederos de éste, si la condición llega a cumplirse, de la restitución al sustituto».

(38) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 9. c) y f) (pág. 52).

(39) COVARRUBIAS: *De testamentis...*, Cap. *Raynaldus*, § *Primus*, núms. 2 y 3 (*Omnia operum*, T. II cit., pág. 100): «... fideicommissum conditionale mortuo fideicommissario ante conditionis eventum, non transmitti ad haereditatem etiam suos etiam a testatore descendentes» (n. 2). «Sed si fideicommissum durum sit moriente fideicommissario ante restitutionem fideicommissi imo ante additionem haereditatis transmittitur ius illud fideicommissi ad proprios haereditatem fideicommissarii... ubi dies legatorum et fideicommissorum quo ad transmissionem credit a morte testatoris...»

(40) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 189, col. 1.148 A: «Si namque haeres sub conditione gravatus est restituere fideicommissum, aut in diem incertum ita ut... conditionem efficiant; tunc si fideicommissarius e vita descendat ante diem illum, vel conditionem impletam, expirat ius fideicommissarii neque illud transmittit ad haereditatem. Si vero e vita descendat post diem, aut conditionem impletam illud transmittit. Quod si haeres sine ulla conditione fuit gravatus restituere, aut in diem certum: tunc fideicommissarius transmittit ius quod habebat, ad ipsius haereditatem, idque sive e vita descendat ante quam haeres gravatus haereditatem adierit sive post.»

(41) MATIENZO: Op. cit. Tit. IV, lex I, gl. XVI, núms. 4 y 6 (fol. 96 vto.).

(42) CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidianorum Controvers...* cit., vol IV, *De conjecturis in interpretatione ultimarum voluntate*, Cap. LV, núms 57 a 60 (ed. Coloniae Allobrogum, 1752, T. IV, págs. 555 y sigs.). Con mayor precisión técnica expone que por regla general «conditionalem spem substitutionem cujus libet, aut fideicommissi, vel legati in ultimarum voluntate tractatu,

en Escriche (44), Domingo de Morató (45) y Gonzalo de las Casas (46).

No obstante, Castillo de Sotomayor (47) hizo notar que el testador pudo disponer lo contrario o deducirse por argumentos, conjeturas y presunciones, «quod coniecturae transmissionis sumuntur, quando colligi potest testatorem voluisse providere illis, ad quos intendimus relictum conditionale debere transmitti». Dichas conjeturas, de las cuales el propio Castillo Sotomayor enumera las principales (48), no significan realmente verdaderas excepciones a la regla, sino sustituciones vulgares tácitas o presuntas del fideicomisario v, en algún caso, lo que realmente determina la conjetura es que no está condicionada la sustitución, sino su eficacia. Hipótesis para la que el mismo Sotomayor había proclamado (49): «Legatum non efficit conditionale, quemadmodum enim, quando conditio non apponitur dispositioni sed executioni, tunc dispositio, non dicitur conditionale»

La misma regla de intransmisibilidad de la expectativa condicional de los fideicomisarios v de los legatarios condicionales se aplicó a los sustitutos llamados para el tiempo de la muerte del gravado o en otro plazo incierto. Fué aplicación de la regla «dies incertus pro conditione habetur», deducida de las leyes *Dies incertus v Haeres meus*, del tít. «De conditiones et demonstratione» (Dig. XXXV-I, 73 y 78, § 1.º (50).

non transmitti ed haeres substituti aut vocate praemortentis» (núm. 57). Acaró, según el enunciado del núm. 58: «Et intelligitur active (ut dictum est) id est ex parte vocati; passive tamen id est ea parte gravatur, transmittitur» (es decir, que la premoriencia del gravado de restitución condicionada no la extingüía, sino que el mismo gravamen de restitución igualmente condicionado se transmite a sus herederos, como expresó GREGORIO LÓPEZ en su glosa 8.ª antes citada en nuestra nota 37). Y ratificó que la regla general de intransmisibilidad activa afecta a los hijos y descendientes del fideicomisario lo mismo que a los extraños.

(42) Vers. MARCOS GUTIÉRREZ: Op. y vol. y cap. cit., § III, núm. 102, página 60; vers. GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y DE VICENTE y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núm. 1.410, pág. 348.

(44) ESCRICHE: Op., vol. y loc. cit., pág. 871.

(45) DOMINGO DE MORATÓ: Op. y vol. cit., núm. 1.217, pág. 124.

(46) GONZALO DE LAS CASAS: Op., vol. y loc. cit., pág. 442.

(47) CASTILLO SOTOMAYOR: *De coniectur...*, Cap. LV, ult. cit., núms. 62 y sigs. (págs. 556 y sigs.). En el número 64 precisa: «Et hoc si non leves sed urgentes coniecturae mentem declararent: nec eas restringi ad testamentaria dispositione comprehendet, sed etiam admitti extra testamentum apparentes. Quod verius ego existimo, modo sunt multum probabilis, et urgentes, et velut necessariae; ac semper pro boni et discreti Iudicis arbitrio presumptae.» EMANUEL SUÁREZ DE RIBEIRA, en sus anotaciones a GÓMEZ (cap. cit., núm. 8 c, página 75), también observa a la regla de la intransmisibilidad de la expectativa condicional «quod tamen limitabit ut non procedat, cum de contraria testatoris voluntate constabit».

(48) Número 65 a 76 (págs. 557 y sigs.).

(49) CASTILLO SOTOMAYOR: Op. y tít. cit., cap. LVI, núm. 8, pág. 562.

(50) Puede comprobarse esta doctrina en ANTONIO GÓMEZ (Op. y cap. cit., número 9, e), pág. 52, el cual dice de ella que: «Idem est, si talis substitutio legatum et fideicommissum fiat in tempus mortis gravati vel in aliud tempus

No obstante, es de observar que la mejor doctrina distinguió según el día incierto: fuera referido a la sustancia de la disposición o se expresara con palabras que indicasen condición, o bien se refiriera a la prestación o ejecución o se determinara con dicción que principalmente significaba tiempo; v. gr.: *cómo, cuándo* (*cum, quando*).

La cuestión se planteó principalmente en los fideicomisos o legados dispuestos para cierta edad—*in tempus certae aetatis*—. Gregorio López (51) después de exponer la doctrina contradictoria de los autores de Derecho común, advierte que, en caso de duda, se presume que el testador se refirió simplemente a determinado tiempo y no al caso de que el legatario llegara a la edad que se indicaba. Por el contrario, Antonio Gómez (52) y Matienzo (53) consideraron que el fideicomiso o el legado dispuestos *in tempus certae aetatis* debían considerarse condicionales por regla general y, por lo tanto, no se transmitían a los herederos del sustituto o del legatario muertos antes del término. Pero aceptaron las siguientes excepciones: 1.ª Si el *tempus certae aetatis* no se refería a la sustancia de la disposición, sino a la prestación y ejecución. 2.ª Si se señaló en beneficio del propio fideicomisario. 3.ª Si fuera referido a la edad del fideicomisario con palabras que indicasen término principalmente y no condición.

Mas no se detuvo aquí el debate—clásico entre los autores de Derecho común (54)—, sino que alcanzó a los fideicomisos dispuestos para después de la muerte del gravado o de algún tercero (55). Jerónimo de Ceballos (56) estimó que la distinción so-

incertum, quia habetis pro conditione»; COVARRUBIAS (Op. cit., cap. Raynut, XVI, § 1, n. 2, pág. últ. cit.), de los textos romanos que cita, deduce: «Legatum relictum sub mentione mortis haeredis censeris conditionalis»; LUIS DE MOLINA, S. J. (Disp. 189, ed. 189); MATIENZO (loc. y gl. últ. cit. n. 7, fol. 96 vto.): «Sed e si substitutio fideicommissarie fiat in tempus mortis gravati, vel in aliud tempus incertum mortuo fideicommissario ante diem, non fiet transmissio ad eius haeredes: quia dies incertus pro conditione habetur»; CASTILLO SOTOMAYOR (Op. y lib. últ. cit., cap. LVI, n. 70, pág. 572). En contra de esta tesis, con respecto a los legados para después de la muerte de un tercero. JERÓNIMO DE CEVALLOS (*Speculum aureum opinionum comunium contra communes*, Venecia, 1604, Quest. 790, núm. 12, pág. 172), estimó: «Quod tale legatum post mortem alterius, ubi dies non est certus, sed incertus fit legatum in diem et non conditionale» (Ver su razonamiento en los números 13 y sigs.).

(51) GREGORIO LÓPEZ: Glosa a las palabras «quando fuere de edad», segunda a la ley 31 del Tit. IX, Partida sexta. La referida respuesta la expresa después de preguntar: «¿Qué diremos si el término afecta a la prestación o ejecución de la manda y no a la sustancia de la misma?»

(52) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., n. 26 (pág. 65).

(53) MATIENZO: Op. y cap. cit., l. 1, gl. XVII, núms. 8 a 12 (fol. 96 vuelto y 97).

(54) Resumen de dicha doctrina y, en especial, las de Marotius y de Menochius, puede verse en JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *De conjectur...* cit., capítulo LVI, núms. 70 y 72 (gl. últ. cit., págs. 572 y ss.).

(55) Si el fideicomiso o el legado fueren referidos a la muerte del fideicomisario o del legatario, debían entenderse a término cierto. Ver CASTILLO SOTOMAYOR: *De conjectur...*, cap. LVI, núm. 30, vers. *Altera conclusio* (pág. 572).

bre si el término se refería a la sustancia de la disposición o bien sólo a la ejecución o prestación, debía aplicarse a este caso con mayor razón que en el dispuesto para cuando el gravado llegara a cierta edad. A su juicio, *el plazo a cierta edad mayor* era incierto en el *quando* y en el *an*, mientras que el plazo a la muerte de otra persona sólo era incierto en el *quando*. Argumento al que replicó Castillo de Sotomayor (57) que el día de la muerte del heredero, o de un tercero, tenía mayor incertidumbre, pues lo era en el *quando*, según es evidente, y en el *an*, es decir, en si el legatario moriría antes o después del heredero. Por eso este último autor, como Antonio Gómez (58) y Matienzo (59), entendió que el término a la muerte se refería a la disposición y hacía condicional la disposición «in omnem eventum, sive substantiae adiiciatur, sive executione, vel solutioni sive gratia unius, vel alterius, apposita fuerit».

En realidad, tan parcial era el punto de vista de Ceballos como la réplica de Castillo Sotomayor. El primero prejuzga que el término a la muerte del gravado es sólo incierto en el *quando*, olvidando que puede llevar implícita una verdadera condición o, mejor dicho, que no solamente puede significar la determinación del momento de la prestación o de la efectividad, sino también la condicionalidad del llamamiento, con incertidumbre en el *an*. El segundo prejuzga lo contrario, es decir, que el término de la muerte del gravado condiciona siempre el llamamiento sin darse cuenta que el problema es el mismo que en el término a cierta edad y que lo fundamental es ver si se refiere a la efectividad o a la sustancia de la disposición, exactamente lo mismo que en aquel supuesto. Tal vez por esto, como advirtió Castillo de Sotomayor, no fué considerado imposible, según Menchiuso, aunque sí muy difícil (60) excluir la regla de la intransmisibilidad de los fideicomisos dispuestos para el término de la muerte del gravado.

Por tanto, parece más racional la posición del jesuita Luis de Molina (61) que plantea la cuestión en los mismos términos, tanto si el tiempo va referido a cierta edad como a la muerte, sea a la del heredero, a la del fideicomisario o a la del legatario. En todo caso, atiende «tum ex verbis testatoris tum ex caeteris circumstantiis concurrentibus num dies ad executionem solum ac restitutionem statutus sit, an vero tamquam conditio» (62).

(56) HYERONIMUS DE COEVALLOS: Op. cit., quaest. 790, núms. 29 y ss. (página 173).

(57) CASTILLO SOTOMAYOR: Lib. últ. cit., cap. LVI, núm. 71, vers. *Haec quidem* (pág. 574), que atribuye esa réplica al mismo JASON, de quien dice que debió tomar CEVALLOS igualmente el argumento replicado.

(58) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 26, vers. *Ad tamen* (pág. 65).

(59) MATIENZO: Op. y tit. cit., L. 1, flos. XVII, núm. 12, fol. 97.

(60) DEL CASTILLO SOTOMAYOR: Op. lib., cap. últ. cit., núm. 71 (pág. 574). Dice que: *Menochius concludit quod difficile esset in foro ab hac comuni sententia recedere, et quod retinere debet in iudicando et consulendo.*

(61) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 189, col. 1148 a 1150.

(62) Palabras (*verbis*) que pueden ser las de la disposición u otras agrega-

Consecuente este ilustre jurista (63), estimó incluso que: «Quando tempus appositum est ex parte haeredis et non fideicommissarii aut legatarii adiunctumque est verbum quod principaliter significat tempus, dispositio non censetur condicionalis: quare sive ante id tempus discedat legatarius aut fideicommissarius transmittit legatum aut fideicommissum: expediendum tamen est id tempus ut executio voluntatis testatoris fiat.»

Con ello halla la delimitación de la regla «dies incertus conditionem in testamento iacit». Esta se reduce a significar que cuando la determinación de un plazo incierto—v. gr.: la muerte de heredero gravado—determinare el apazamiento de *dies certus*, deja sometido el llamamiento a la *conditio iuris* de la existencia y capacidad en dicho momento del legatario o fideicomisario, según la *ratio* que expuso la ley *heres meus* (Dig. XXXV-I, 78, § 1.º) y por la consecuente aplicación del célebre texto de los *17ra tempora* de Florentino (Dig. XXVIII-V, 49). Prácticamente, en estos casos, el llamamiento del sustituto quedaba condicionado, sea impropriadamente por una *conditio iuris*, o también, efectivamente, por una condición, más o menos tácita, deducida de las palabras o conjeturada por otras circunstancias del testamento.

El pensamiento de Luis de Molina concuerda, por lo tanto, con la interpretación del texto de Papiniano (Dig. XXXV-I, 75 [731]) que ha nacido modernamente el santo jurista Contardo Ferrini (64) —y que cita Nuñez Lagos—, según el cual «significa simplemente que en el testamento la condición exterioriza su eficacia, incluso si estuviere enmascarada bajo la parvedad o forma de un término».

das después. Circunstancias (*circumstantiis*) entre las que destaca: «*Si gratia consulendi legatario aut fideicommissario id ius electum fuit, ut quo erat filius, aut minor, aut aliunde timor erat, ne fideicommissum aut legatum desseceret, transmittit fideicommissum aut legatum ad ipsius haereds..., et non simul consulendi haeredi gravate...*»

(63) MOLINA, S. J.: Disp., 189 ed., 1150 B. C. D., que ilustra su conclusión con estos ejemplos: *Verbi gratia, si testator gravit Petrum, ut per morient suam restituat hereditatem Joanni, aut quando Petrus ipse ad trigesimum pervenerit; utique si Joannes ante id tempus e vita discedat transmittit fideicommissum: haereds tamen ipsius spectare debent, quosque perveniet ad trigesimum annum; aut (si ante tempus Perus moriatur) quosque tantum defluet tempus; quantum deerat ut ille si praeventus non fuisset morte, ad trigesimum annum deveniret.* Es decir, da por igual tratamiento de plazo a uno y a otro supuesto.

(64) CONTARDO FERRINI: *Sull dies incertus nei legati* (trabajo publicado por primera vez en 1894), en *Opere*, vol. IV (Milano, 1930), págs. 333 a 352, en especial núms. 5 a 9 y págs. 341, 342 y 345. «La regla debería significar que un término de incierta fecha (pero de seguro evento) es asumido en la disposición testamentaria como condicional, en cuanto se sobreentiende que el evento debe realizarse durante la vida del legatario» (pág. 341). «Concretando, diremos que la máxima según la cual el *dies mortis heredis* (*qui, per se, es «dies certus»*) en materia de legados se pone en relación cronológica con la vida del legatario y se transforma así en *dies incertus...*, de donde se deduce que... ni en el mismo derecho romano pudo sin más ni más dársele un carácter general» (pág. 345).

BIONDO BIONDI (*Sucessione testamentaria Donazioni*. Milán, 1943, num. 205, págs. 564 y sig.) estima que más que a la fórmula es necesario atender a la volun-

F) *En Derecho castellano histórico no cupo la institución bajo condición resolutoria ni jamás un post instituido fué considerado como heredero, sino como sustituto fideicomisario respetándose el principio «semel heres semper heres».*

El testimonio de Gregorio López (65), Antonio Gómez (66), el jesuíta Luis de Molina (67) y Pichardo (68) creemos que basta para demostrar cómo entre los clásicos castellanos no se entendió modificado el principio *semel heres semper heres*, aun después de la ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, tanto por lo que se refiere a las instituciones condicionales como a las a término.

Cabía la institución bajo condición suspensiva (69). Mientras no se cumplía, la herencia se hallaba en situación de administración provisional, pendiente de que la condición fuera cumplida o de que decayere (70). En el primer caso, se entendía que desde el instante de fallecer el testador era heredero e instituido con total retroacción de todos los efectos (71). En el segundo caso, a falta de sustituto vulgar, eran los herederos abintestato quienes retrotraían su adquisición, con todos sus efectos, a la fecha del fallecimiento del causante (72).

Era posible que fuesen llamados alternativamente dos herederos con condición cuyo cumplimiento para el uno supusiera incumplimiento para el otro, pero siempre que jugara suspensivamente para los dos. Lo imposible era que para uno jugase resolu-

tad del disponente y distinguir según el testador haya querido subordinar o retardar solamente el efecto de la disposición, examinando caso por caso específicamente.

(65) GREGORIO LÓPEZ: Gls. a las palabras «fasta tal día» y «desde tal tiempo», 1.^o y 2.^o de la ley 15, tit. III, 6.^o Partida.

(66) ANTONIO GÓMEZ: Op. y nd. cit., cap. II, núms. 8 y ss. (págs 12 y ss.).

(67) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y tracl. cit., Disp. 150, col. 64 y ss.

(68) PICHARDO: Op. y nd. cit., tit. XIV, § *haeres et pure* (12 páginas 203 y ss.). Ed. e. núm. 1 d.c.c.: *haereditas, et pure, et suo conditione et incerte die remitti potest, ex certo autem die, vel certum, vel incertum, asque utrum, dare non potest.*

(69) A la condición se asimilaba el plazo incierto, pues como expuso GREGORIO LÓPEZ (g. 2 cit.): «para un día incierto puede concederse la institución de heredero alcahuado que es día incierto es considerado como condicional (igual dicen los demás autores cit.).»

(70) VÉASE ANTONIO GÓMEZ: Op. y lib. cit., cap. II, núms. 13 y 14 (páginas 14 y ss.), que expone cómo el heredero pendiente de condición suspensiva *potest agnoscere bonorum possessionem secundum iustitiam*. PERO, CUM ESA, *non consequatur ius, vel dominium hereditatis: sed iustitiam bonorum et simplicem possessionem, et administrationem bonorum et potest omnia exercere antiquum curator vultus vultis.*

(71) El mismo ANTONIO GÓMEZ (cap. ult. cit., núm. 12, pág. 13) explica que: *Si vero veniat et purificetur conditio, implementum et existentia ejus retrotraitur ad tempus mortis ipsius defuncti; et per inde ac si a principio pure et simpliciter esset haereditas instituta.* De modo parecido se expresa PICHARDO (§ cit., número 9, pag. 204).

(72) Seguimos a GÓMEZ (núm. 14, pág. 15): *deficiente conditione tenetur haeres (que posea como curador y administrador) haereditatem cum fructibus venientibus ab intestato, vel substituto vulgari ejus.*

toriamente y para el otro suspensivamente. Porque no se admitía que quien hubiera sido heredero dejare de serlo (73), es decir, que la confusión de su patrimonio con el del causante uebera deshacerse retroactivamente.

Por eso mismo tampoco cabía la institución hasta cierto tiempo o desde cierto tiempo (74). La confusión patrimonial que produce el título hereditario repele la posibilidad de que un heredero deje de serlo con las inaceptables complicaciones a que ello daría lugar.

En cambio, será posible imponer al heredero la restitución del patrimonio heredado como masa diferenciada, pero sin resolver la sucesión en las relaciones jurídicas del causante anteriormente operada en la persona de heredero.

Es decir, cabía la transmisión en bloque del conjunto ya liquidado o en trámite de liquidación. Ese camino ya fué seguido por los glosadores, que trataron de adecuar a la lógica jurídica del principio *semel heres semper heres* la intención del testador manifestada en forma incorrecta al llamar a unos herederos a término (75). La restitución fideicomisaria resolvía el problema satisfactoriamente (76).

Así Gregorio Lopez (77), Antonio Gómez (78) y Luis de Molina, S. J. (79), admitiendo la común opinión iniciada por Baldo, entendieron que en caso de que el testador hubiera instituido dos herederos, el primero hasta su muerte o hasta cierto tiempo de heredar y el segundo para después, aquél debía entenderse llamado puramente como heredero, pero gravado de restitución fideicomisaria a favor del segundo (80).

(73) Así dijo GREGORIO LÓPEZ (gl. 1.^a cit.): «porque el que una vez ha sido heredero no puede dejar de serlo por disposición directa del testador».

(74) ANTONIO GÓMEZ (núm. 8, vers. *secundo*, pág. 12) explica: *Quia virtus et natura dies vel temporis certi est ut non suspendat juris effectum, sed tantum executionem... Si ergo haeres institutos in diem vel ex die non possit adire dies vel tempus operaretur contra propriam naturam*. RICHARDO (núm. 14, pág. 204) concreta: *Ideoque cum institutus ex tempora vel ad tempus statim sit haeres; non potest non esse haeres propter tempus*.

(75) GREGORIO LÓPEZ (gl. 1.^a cit.) nos explica la polémica sostenida, de una parte, por BALDO, ANGELO, JUAN DE IMOLA y PAULO DE CASTRO y, de otra, por BARTOLO, SALICETO y ALEJANDRO sobre la hipótesis de haberse llamado dos herederos para tiempos cronológicamente sucesivos.

(76) ANTONIO GÓMEZ (núm. 9, pág. 12) justifica *licet non jure directo propter iuris repugnantiam, tamen conservetur jure obliquo cum alias videmus verba directae quae in sua propria dispositione non possunt conservari obliquari*.

(77) GREGORIO LÓPEZ: Gl. 1.^a, últ. cit.

(78) ANTONIO GÓMEZ: Cap. últ. cit., núm. 9 (pág. 12). acepta esa opinión —*quod primus haeres institutus usque ad tempus sit haeres pleno jure et universaliter usque ad illud tempus, postea teneatur per fideicommissum restituere totam haereditatem secundo*— porque con ello *magis conservatur voluntas defuncti*.

(79) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op.^o cit., Dip. 156, cols. 896 C y 897 C y B.

(80) La hipótesis que plantea GREGORIO LÓPEZ en la glosa a las palabras «que el que muriese», cuarta a la ley 10, tit. IV, par. 6.^a, debe entenderse de esta misma forma. Notamos en esa glosa, que por haber sido llamado el segundo descendiente para la muerte del primero *con palabras directas y no oblicuas*, GREGORIO LÓPEZ excluye la aplicación de la norma de dicha ley 10 de las Parti-

Y Antonio Gómez (81), por el mismo camino, llega a dar cauce jurídico a la verdadera voluntad del testador que instituyó heredero a Ticio hasta cierto tiempo y ordenó que en modo alguno pudiera serlo luego y que la herencia se defriese intestada. A su juicio, «*talis instituto erit haeres universaliter et perpetuo et sublato tempore de medio remanet institutio pure*», pero «*hoc casu tenetur talis haeres post illud tempus haereditatem restituere venientibus abintestato in cuius favorem censetur apposita illa clausula prohibitiva*».

Es cierto que Gregorio López (82), Antonio Gómez (83) y Luis de Molina (84) apoyan fundamentalmente la imposibilidad de la institución desde cierto día o hasta cierto día en el principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*». En cambio, Pichardo sostiene aquella misma imposibilidad, a pesar de ser uno de los pocos clásicos castellanos que entendieron derogado ese principio (85) por la ley única tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá (86).

Lo cierto es que la cuestión planteada tiene su auténtica raíz en otro principio, el *semel heres semper heres*, de cuya justificación nos ocuparemos en otra parte del trabajo (87). La regla

das, es decir, la regla de la ley *Cum avus*, por considerarla exorbitante y, por tanto, no aplicable extensivamente. De ninguna manera puede desprenderse de esta glosa que en su supuesto estimara GREGORIO LÓPEZ que existían dos llamamientos directos de herederos válidos como tales, ya que contradeciría lo sostenido por él mismo en su glosa 1.ª a la ley 15, tit. III de la misma Partida.

(81) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. II, núm. 12 (pág. 12 y sig.).

(82) GREGORIO GÓMEZ: Gl. 2.ª cit.

(83) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. II, núm. 8 (pág. 12).

(84) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. cit., Disp. 156, col. 895 A.

(85) Véase el tit. XIV, op. cit., § Haereditas 8, núm. 36, pág. 277.

(86) En nuestros «Apuntes de Derecho Sucesorio», II, § 1.º, D., b. (páginas 137 y ss., y en «An Dr. Civ.», IV-IV, págs. 1360 y ss.), vimos cómo efectivamente la mayoría de los juristas castellanos del Siglo de Oro estimaron vigente la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Sintetizaremos cuanto allí concluimos: A pesar del Ordenamiento de ALCALÁ, la opinión mayoritaria (GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, ANTONIO GÓMEZ, VÁZQUEZ DE MENCHACA, los dos LUIS DE MOLINA, el fiscal y el jesuita, ACEVEDO y AYLLÓN LAÍNEZ), que continuó hasta FEBRERO, estimaba que la ley en cuestión sólo significó el valor codicilar de todo testamento, que como tal no valiere, sin necesidad de que contuviese la cláusula codicilar expresa. La misma opinión fué la de BURGOS DE PAZ—si bien afirmando inexactamente que con ello se derogaba aquel principio, al poder concurrir legatarios testamentarios con herederos intestados—. Sólo un paso más dió MATIENZO al afirmar la derogación de la ley «*Si ex fundo*» y de la 4, tit. IV, P. 6.ª; pero estimó que ello sólo significó que el heredero *ex re certa* era siempre legatario, y que a falta de verdaderos herederos testamentarios lo serían los intestados pese a aquella institución en cosa cierta. Los únicos autores que estimaron derogada la regla de la incompatibilidad en una misma sucesión de herederos testamentarios e intestados, fueron TELLO FERNÁNDEZ, CEBALLOS y PICHARDO, y aún, según AYLLÓN LAÍNEZ, estos dos últimos acabaron por rectificar (cosa que no hemos podido comprobar en las ediciones consultadas por nosotros). En cambio, entre los autores más próximos a nuestra codificación, se impuso esta última opinión de la que sólo discrepó TAPIA, que sigue con FEBRERO la tesis primeramente referida.

(87) Sólo anticipamos que tiene una justificación puramente lógica e incluso

«*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*», superadas viejas razones formalistas, no es sino un corolario de aquel principio y en especial del de la universalidad de la institución. Por ello no debe extenderse más allá de lo que éstos exijan y debe desposeerse a las palabras de valor formal cuando lo contradiga la intención claramente manifestada por el testador a través del contenido de su disposición (88).

ontológica y, por tanto, una razón de ser más fundada que la de representar el título de heredero una investidura civil y la de tener en la vieja Roma una significación religiosa, como para quitar toda actualidad a los viejos principios expuesto de VICENTE y CARAVANTES («Febrero, reformados, ed. cit., núm. 1127, pág. 343).

(88) El título de *heres* es espacialmente universal y cronológicamente perpetuo. Por eso, instituido un heredero no se entendía posible que con el mismo concurriesen otro u otros intestados. Si el *concursum* de varios herederos testamentarios limitaba espacialmente la efectividad universal del título, la cesación de esta limitación dejaba libre su fuerza expansiva. El *ius acrecendi* clásico, verdadero derecho de no decrecer, era una consecuencia lógica de la universalidad. La *lex si ex fundo*, en un pueblo repleto de sentido jurídico, tuvo que plantearse ante el supuesto de que el testador pensara en el *fundo* como contenido central de su haber. Cuando los romanos contemplan personas que no dan a las palabras su exacto valor, rectifican su acatamiento formal al *nomen*. Un bárbaro, un militar extranjero, enrolado en las legiones imperiales, podía emplear las palabras sin medir exactamente su sentido, cosa que no era concebible en un romano. Por eso, el rigor del valor formal tuvo que ceder en el testamento militar, como cedió en ley *Quotiens certi quidem* entre los mismos romanos, por la evidencia del supuesto. Entre los militares se concebía que se nombrara a una persona heredera de una cosa cuando, en realidad, si bien el testador quería dejársela, era sin perjuicio de que le sucedieran como verdaderos herederos los que legalmente debían serlo. *Propter nimiam imperitiam* (Inst. II-II pr.), porque *ius ignorare potest* (Dig. XXII-VI, 9 § 1) y *propter simplicitatem militarem* (Cod. VI-XXI, 3), debió prescindirse del valor formal de las palabras y, por lo tanto, del rigor lógico de los principios. Como, siguiendo a BONFANTE y a PEROZZI explica HERNÁNDEZ GIL («El testamento militar en torno a un sistema hereditario militar romano.» Madrid, 1936, pág. 154), «porque el ejército romano estaba formado de individuos pertenecientes a los más variados países, donde dominaban Derechos nacionales distintos entre sí y del romano, y de los cuales, por ello, no se podía admitir que tuviesen la conciencia jurídica nacional romana, especialmente en orden a las sucesiones».

Pues bien, el Derecho romano en el Medioevo y en el Renacimiento se aplicó a países barbarizados, a pueblos desromanizados —exceptuada una minoría de doctores en Derecho— y fué necesario buscar la intención del testador, claramente expresada aunque de modo técnicamente incorrecto. La equidad canónica, espiritualista, tuvo que romper para ello con las formas petrificadas, faltas de aliento vital y con las palabras mal valoradas.

Pero esta corrección del sentido de las palabras y esa sincrónica comprensión de que se dispusiera sólo de parte de la herencia, contando con que la ley completaría la disposición del testador, no supone modificación de unas figuras lógicas. Así lo habían entendido los autores clásicos de Castilla y, en cambio, no lo supieron comprender los autores del siglo pasado ni acaban de entenderlo muchos de los actuales.

Cierto que los clásicos castellanos, algunas veces, se quedaron cortos en su interpretación espiritualista. Especialmente por cerrarse en la incompreensión de que el testador pudiera querer la coparticipación en su herencia de los designados testamentariamente en una cuota y los herederos intestados en el resto. Con esa comprensión hubieran captado que no son incompatibles los principios de la universalidad (en potencia) y la perpetuidad de la institución con la concurrencia simultánea de llamados testamentariamente y de herederos abintestato.

Pero el abuso de aquella fórmula—"nemo pro parte..."—utilizada como parapeto por los clásicos, dió lugar a que los autores de fines del siglo XVIII y los del XIX, al manejar los conceptos con menos rigor lógico y por rechazar el principio de la incompatibilidad de las sucesiones testada o intestada, declarasen abolida desde el Ordenamiento la prohibición de instituir herederos hasta cierto tiempo o desde cierto tiempo. Sólo Eugenio de Tapia (89) se mantuvo fiel al respeto de Febrero por la tesis que fué ortodoxa entre los clásicos castellanos. Los demás, sin otra excepción, estimaron posible la coexistencia intertemporal de varios herederos testamentarios con otro u otros intestados. Si se llamaba a una persona hasta cierto día, sin designar a nadie para después, debían entenderse llamados llegado el día los herederos abintestato. Viceversa, si era llamada una persona desde cierto día, sin prevenir el testador nada a este respecto para antes de comenzar el término, debían entrar a heredar hasta aquel día aquellos a quienes abintestato les correspondiere (90).

Solución equitativa, pero incorrectamente expresada—como luego veremos—, porque ontológicamente, en uno y otro caso, sólo el que adquiriera en primer término será heredero, gravado de restitución a favor de segundo, y éste adquirirá la masa herencial como sustituto fideicomisario universal. No se crea que se trata de una mera cuestión de palabras como intentaremos demostrar.

De la institución bajo condición resolutoria, en cambio, siguen sin ocuparse en absoluto los autores consultados a excepción de

La exacta cuestión sólo radicaba en determinar la verdadera condición jurídica de unos y otros en su intersección cronológica como supieron hacer GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ en los casos antes expuestos, y como no llegaron a resolver satisfactoriamente en otros supuestos. (V. gr., en la determinación de heredero a término sin especial especificación para lo sucesivo o en el nombramiento de heredero desde un día cierto sin prevención previa a dicho término inicial, etc.)

(89) EUGENIO DE TAPIA: Op. y vol. cit., Lib. II, tit. II, cap. II, núm. 9, página 385. Por esa fidelidad le increparon ESCRICHE y de VICENTE CARAVANTES, acusándole de llevar trescientos años de retraso. Notemos que GONZALO DE LAS CASAS (op. cit., loc. *Heredero*, T. V. Madrid, 1856, pág. 443) habla de que la institución puede ser pura o condicional, sin plantear si podía ser a término.

(90) VER JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, nota I al cap. II de su «Compendio de las Varias Resoluciones de ANTONIO GÓMEZ» (Madrid, 1789), pág. 10, y en su versión del *Febrero Reformado...*, P. I, C. I, § II, nota I al núm. 41, pág. 29; JUAN SALA, *Ilustración de Derecho Real de España*, T. I (2.ª ed., Madrid, 1820), lib. II, tit. V, núm. 6, pág. 153; MARTÍ DE EIXALÁ, nota adicional a la 77 de la Ley 15, tit. III, part. 6.ª, pág. 452 de *Las Siete Partidas del Rei don Alfonso el X* (Barcelona, 1843); JOAQUÍN ESCRICHE: Op. y vol. út. cit., loc. *Heredero extraño o voluntario*, VIII, pág. 17; GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y de VICENTE y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núms. 1127, pág. 343 y número 1374, pág. 426; BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Código o Estudios fundamentales sobre Derecho civil Español*, T. III (Madrid, 1867), lib. II, cap. IV, § II, artículo 4, pág. 254; GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, T. II (13ª edición, Madrid, 1881), núm. 43, pág. 47; DOMINGO DE MORATÓ: Op. y vol. cit.,

Domingo de Morató (91), que caracteriza la institución bajo esta condición por la retroacción a que su deficiencia deba dar lugar, según su criterio. Gómez de la Serna y Montalbán (92) definieron la condición en materia sucesoria como «circunstancia que suspende», concepto que es antitético con la condición resolutoria.

§ 2. *La evolución de las sustituciones fideicomisarias en Derecho castellano*

Al estudiar a los autores clásicos de Castilla hemos visto que su doctrina, sus citas de textos y de autores coinciden con las obras de los comentaristas del Derecho común. La doctrina castellana de los fideicomisos no difería de la del derecho romano según su elaboración por glosadores y comentaristas, excepto en algún extremo como el modificado por la Ley única, tít XIX del Ordenamiento de Alcalá, según vamos a ver. Tampoco difería la doctrina de la condición y del término incierto. No existió, pues, antítesis entre Derecho común y Derecho real en la esencia de estas instituciones. No olvidemos que el Derecho romano fué el fondo jurídico común del Occidente europeo, sin perjuicio de las divergencias de los Estatutos, Fueros y disposiciones reales hasta que las codificaciones nacionales perpetraron la confusión de lenguas jurídicas. Napoleón, que con sus sueños de grandeza pensó en imponer al mundo su Derecho, conquistándolo también jurídicamente con su Código, fué precisamente quien dió un tajo mortal a la única unidad sustancial que aún quedaba de la madre Roma. Entonces el latín dejó de ser el idioma común de los hombres de Derecho, y la doctrina se adentró en una nueva Babel de terminología y de conceptos jurídicos.

Pero, dejando estas divagaciones y ciñéndonos al tema, vamos a ver la única diferencia fundamental que el Derecho de Castilla introdujo respecto al Derecho común en materia de fideicomisos, que se centra en la citada ley única del título XIX del Ordenamiento de Alcalá (93), que retocada en su redacción fué compilada como ley 1.ª, Título II del Libro V del Ordenamiento de Montalvo (94), que pasó a ser ley 1.ª, Título IV, Libro V de la Nueva Recopilación y ley 1.ª, Título XVIII, Libro X de la Novísima.

De la polémica sostenida por los clásicos castellanos sobre la

núm. 1094, pág. 56, núms. 1113 y 1114, pág. 61, y NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, T. II (Madrid, 1880), art. 1.044, págs. 526 y sig.

(91) MORATÓ: Op. y vol. cits., núm. 1116, pág. 63.

(92) LA SERNA y MONTALBÁN: Op. y vol. cits., núm. 44, pág. 48.

(93) *Et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad heredat o manda o mandare que la den, o que la haya otro, e aquel primer a quien fuere dejada non quisiere, mandamos que el otro e otros que la puedan tomar e aver.*

(94) *Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero o la legare o mandare alguna cosa pura que la de a otro alguno, a quien sustituye en la herencia o manda: si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o legado: el sustituto o sustitutos lo puedan haber todo.*

interpretación de esta ley nos hemos ocupado en otra ocasión (95). Ahora nos interesa contemplar su reflejo en aquellos aspectos de las sustituciones fideicomisarias en los que pudo influir de modo principal. Concretamente: *a)* En la transmisión de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del sustituido al del sustituto. *b)* En la transmisión del derecho de los fideicomisarios a sus herederos en los fideicomisos puros a término o condicionales purificados, en caso de fallecer aquéllos antes de la aceptación del heredero gravado. *c)* En la eficacia del fideicomiso, si el heredero fallece antes de adir la herencia. *d)* En el modo de adquirir el fideicomiso cuando el heredero no aceptare la herencia; y *e)* En la posición jurídica del sustituto fideicomisario según obtenga la herencia de modo inmediato o mediato.

A) El tránsito de los bienes fideicomitidos del patrimonio del instituido al del sustituto.

Como explica certeramente Roca Sastre (pág. 36 y sigs.) en el Derecho intermedio común la *obligación de restituir* pasó a ser un *gravamen restitutorio*. La evolución fué general y a ella obedeció la ley del Ordenamiento. Gregorio López (96) ya advirtió que, «por equidad canónica», así que cede el fideicomiso, pasa de derecho la herencia al sustituto fideicomisario, sin necesidad de restitución real ni verbal (97). Sin embargo, para la transmisión de la posesión, según el mismo comentarista (98), era necesario la entrega, a diferencia de lo que sucedió en los mayorazgos a partir de que la ley 45 de Toro (99) aplicó a su transmisión la doctrina de la *possessio civilissima* (100).

B) Transmisión del derecho del sustituto fideicomisario no pendiente de condición fallecido antes de ser adida la herencia por el heredero gravado.

Matienzo (101) estimó que el Derecho real había rectificado

(95) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II, § 1.º A) D), pág. 123 y ss., y notas 15 a 23, en especial ésta (ver también An. Dr. Civ. IV-IV, págs. 135 y ss.).

(96) GREGORIO LÓPEZ glos. a las palabras El otro, 10 de la ley 14, tit. V, parte 6.ª.

(97) MATIENZO: Op. y tit., cits. lex. 1, gl. XVIII, núm. 3, reputa: *De aequitate tamen canonica opus non est verbali; vel actuali restitutione fideicomissi, imo eius die cedente haereditas transit ipso iure in fideicommissario* (fol. 97 vto.).

(98) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras «puedele apremiar al juzgador», duodécima de la cit. l. últ., h. t. Ver la opinión de MATIENZO en la glos. XVII, l. cit., núm. 9 (fol. 97 vto.) y en la glos. XVIII, l. cit., núm. 8 (fol. 98), y la de LUIS DE MOLINA, S. J., op. cit., Disp. 186, col. 1128 C.

(99) Ley 8, tit. VII, lib. V de la Nueva Recopilación y 1.ª, tit. XXIV, lib. XI de la Novísima: *mandamos que... muerto el tenedor del mayorazgo luego sin otro acto de aprehensión de posesión se traspase la posesión civil y natural en el siguiente grado que según la disposición del mayorazgo deviere suceder en él aunque ayo otro tomado la posesión dellas en vida del tenedor del mayorazgo o el muerto o el dicho tenedor le aya dado la posesión dellas.*

(100) De la transmisión civilísima de la posesión y de las opiniones de los

el Derecho romano al permitir que el fideicomisario premuerto a la adición del heredero gravado pudiera transmitir su derecho a sus herederos.

Pero sin salirse del Derecho romano, Antonio Gómez (102) sostuvo la misma solución. Comoquiera que a todo fideicomisario no pendiente de condición le competía la posibilidad de exigir judicialmente la adición al heredero, después de la delación y antes de la aceptación de éste, transmitía ese derecho en caso de fallecer en este tiempo.

Ante la aparente paradoja de que mientras el heredero premuerto a su adición nada transmitía, en cambio, el fideicomisario muerto antes de la adición del heredero sí que transmitía su derecho, opuso Gómez un argumento teleológico. En el heredero «videtur esse in culpa non acceptando illud ius addeundi facilissimum, quod est in sua mente et voluntate... sed fideicommissarius cui est fiende restitutio, non est in tanta culpa cum ite faciliter non possit adire, sed oportere via juris ordinaria petere et implorare solemniter officium iudicis ut sibi fiat restitutio».

De esta misma opinión fueron Covarruvias (103) y Pichardo (104) que resolvieron favorablemente la transmisión sin apartarse de los textos romanos.

C) *Permanencia de la sustitución fideicomisaria, aunque el heredero instituido no llegue a serlo.*

Sabido es que en Derecho romano si el heredero instituido no llegaba a serlo caducaban los fideicomisos, los legados y las demás disposiciones contenidas en el testamento.

No obstante, cuando el instituido que hubiese muerto sin adir hubiera sobrevivido al testador, los autores de Derecho común advirtieron tres excepciones a dicha regla. A saber: 1.ª Si la muerte del heredero gravado acaeció después de ser apremiado para su aceptación. 2.ª Si el heredero gravado hubiera adquirido la herencia «ex potentia suitatis vel potentia sanguinis» o si usare del beneficio del *juris deliberandi*. 3.ª Si el testamento que ordenó el gravamen contenía la cláusula codicilar, «quia tunc fideicommissum

clásicos castellanos acerca de la ley 45 de Toro nos hemos ocupado en nuestros apuntes de *Derecho Sucesorio*, II, 5.º C., págs. 287 y ss., y notas 530, 533 c y 541 (ver también en An. Dr. Civ. V-III, págs. 805 y ss.).

(101) MATIENZO: Op. cit., tít. IV, ley I, gl. XVII núm. 3 (fol. 96 y vto.).

(102) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 9, pág. 52. *Si vero nondum advenit competit iudicis officium ut adeat et restituat et illud similiter transmittit.*

(103) COVARRUVIAS: *De testam...*, cap. *Raynutius XVI*, § *Primo*, núm. 3, páginas 100, que apoyándose en textos romanos afirmó que *si fideicommissum pure sit morientes fideicommissario ante restitutionem fideicommissi imo ante aditionem haereditates transmittitur ius illud fideicommissi ad proprios haeredes fideicommissarii*; pues: *dies legatorum et fideicommissorum quo ad transmissionem cedam a morte testatoris.*

(104) PICHARDO DE VIKUESA: *Lib. II Institutionum*, tit. XXIII, § *Restituta 2*, núms. 37 y 38, vol. cit., pág. 364.

universale transit contra haeredes ab intestato, et possunt agi et compelli haereditatem restituere fideicommissario» (105).

Pero si las causas por las que el instituido no llegara a heredar fueran las de premorir al causante o de ser incapaz, tan sólo permanecían vigentes los gravámenes ordenados en el testamento, cuando en éste se expresó la cláusula codicilar, en virtud de la cual dichos gravámenes debían ser cumplidos por los herederos abintestato.

En Castilla, después de la Ley 1, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, no fué necesario disponer esta cláusula para que en aquellos casos no caducaran los fideicomisos, los legados ni las demás disposiciones del testamento.

No vamos ahora a discutir si fué por que dicha ley dió valor codicilar subsidiario a todos los testamentos castellanos—tesis de Covarrubias (106)—o si fué otra la razón determinativa de este progreso. Lo que por el momento nos interesa es que—como dijo Antonio Gómez (107)—«indistincte modo haeres gravatus decaat ante aditam haereditatem modo post, et modo in casibus in quibus transmittitur haereditas modo non, semper durabit ista substitutio fideicommissaria».

Por eso el jesuíta Luis de Molina (108) proclamó que: «In regno vero Castellé universium fideicommissum non expirat propter haereditatem non aditan sed quicumque haeredes etiam ab intestato successerint restituere tenetur fideicommissum» (109).

A igual resultado práctico a que llegó el Ordenamiento de Alcalá en 1348, en cuanto a este punto, habían llegado ya los Derechos de las ciudades de Barcelona, pocos años antes, y de Tortosa, en pleno siglo XII, en virtud, respectivamente, del Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso en 1339 a la ciudad Condal y de la *Costum* 2, § 2.º, rubr. 4, lib. V del *Codi de las costum.* De hecho también se consigue en todo Cataluña por la utilización de la fórmula codicilar como cláusula notarial de estilo.

D) *Adquisición por el sustituto de los bienes fideicomitidos cuando el heredero no quiere aceptar la herencia.*

Son conocidos los remedios que el Derecho romano arbitró en los Senadoconsultos *Trebelliano* y *Pegasiano* para contrarrestar la falta de adición por el heredero gravado. Antonio Gómez (110)

(105) VER ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 8, pág. 51; MATIENZO: Op. y loc. ult. cit., gl. XVIII, núm. 1, fol. 97; MOLINA, S. J.: Disp. 189, col. 1.147 B. C. D.

(106) COVARRUBIAS: Op. y cap. ult. cit. § *Tertio*, núm. 8, pág. 106.

(107) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 8, *Quarto*, pág. 51.

(108) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y vol. cit., Disp. 189, vers. *Ius Cast.*, col. 1.147 C.

(109) Ver también PICHARDO DE VINUESA, op. y lib. cit., tit. XXIII § *In primis*, núm. 19, pág. 359 y § *Praeterae* 10, núm. 1, pág. 377.

(110) ANTONIO GÓMEZ: Op. y cap. cit., núm. 3, pág. 50.

enumera que «quinque sunt remedia Trebellianum», El primero y fundamental, «quod heres gravatus cogetur adire et restituere». El segundo, «quod facta restitutione re vel verbo transeat in fideicommissarium actiones utiles tam activae quam pasivae».

El jesuita Luis de Molina (111), al explicar la ley penúltima, párrafo último del título *Ad Trebel.* del *Codex* (Cod. VI-XLIX, 7, § 1.º), precisa que: «Si haeres gravatus requisitus noluerit adire haereditatem, et vel ante litem contestatam, vel post contumaciter se absconderit, vel postquam est requisitus e vita descenderit, censetur ipso iure facta restitutio haereditatis.»

Después de la ley castellana de la que nos ocupamos, se discutió por los autores si el fideicomisario seguía facultado para exigir al heredero que aceptara la herencia y que se la restituyera. Problema que plantearon y discutieron Palacios Ruvios (112) y Burgos de Paz (113). Este estimó que la palabras «*sino quisiere heredar*» y «*si el tal heredero o legatario no quisiere heredar*» no podían interpretarse en el sentido de que la ley regia prohibiera la coacción al heredero.

Antonio Gómez (114) parece que opinó que si el heredero, testamento o abintestato (115), no verificaba la adición, debía designarse un curador de la herencia yacente encargado de cumplir lo dispuesto en el testamento.

Gregorio López (116), Matienzo (117), Tello Fernández (118) y Pichardo (119) impusieron un criterio más progresivo. El pri-

(111) LUIS DE MOLINA, S. J., Disp. 187, col. 1.129 A.

(112) JUAN LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS: Glosemata: *legum Tauri* (Salamanca, 1542, lex XXXI, núms. 5 y ss. (fol. 85 vto. y ss.).

(113) *Doctoris Burgensis Marci Solon de Pace ad legem Taurinas insignes comentarii* (Pinciae, 1568); *Primae partis, Legis tertiae, Octava conclusio*, número 1.001, fol. 304.

(114) A. GÓMEZ: Op. y cap. cits., núm. 8, vers. *Sed respondeo*, pág. 51.

(115) BURGOS DE PAZ: Op. cit. *Primae partis, legis tertiae, septima conclusio*, núm. 909 y ss. (fol. 295); ACEVEDO: Op. cit., lib. V, tit. V, ley I, número 141 (pág. 111); SPINO: Op. cit., glos. XXVII, princip., núm. 38, página 938 y PICHARDO: Op. cit., lib. III, tit. XII, *De eo cui libert. caus. bon. addic.*, *Principium totalis*, núm. 37, pág. 110, estiman extensiva al Fisco la sujeción a los fideicomisos y demás gravámenes testamentarios, aunque estrictamente no suceda como heredero, sino en virtud de la vacante de la herencia. De esta misma opinión fué FRAY JUAN GARCÍA DE SAAVEDRA (*Tractatus de tacito fideicommissio*, ed ult Amstalaedami, 1648, núm. 32, pág. 52) respecto a la transmisión de la herencia al Fisco «cum onere legatorum et fideicommissorum».

(116) GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras «puedele apremiar el juzgador», 12.ª a la ley 14, tit. V, 6.ª partida, vers. *Hodie vero in regno isto*.

(117) MATIENZO: Op. y tit. cits., ley I, gl. XVIII, núm. 4, fol. 97 vto.: *Ut cessent hodie in hoc regno subtilitates, ambages et anfractus iuris communis Romanorum super coactionem adire notentium et circuitus in ello inanes frustratorii*. Derogación del formalismo romano verificada *ad exemplum iuris et aequitatis canonicae*.

(118) TELLO FERNÁNDEZ: *Prima pars comentariorum constitutionem Taurinas*. Granatae, 1566, ley III, parte 3.ª, núm. 4, fol. 21 vto.

(119) PICHARDO: Op. cit., lib. II, tit. XXIII, § *Sed si recusabat* 6, número 9, pág. 373.

mero explicó que la ley castellana, al prevenir «que repudiando o no queriendo adir el heredero se defiere la herencia al sustituto fideicomisario», «ha hecho desaparecer ese aparato de sutilezas o vanos rodeos, hijos del Derecho romano: esta ley va de acuerdo con la equidad canónica, lo que en este punto sirve de norma al Parlamento de Tolosa». El último autor citado insiste en que con esa ley regia se evitó el *ineptus circuitus* del Derecho romano.

Sin embargo, quizá tanto a más que esta interpretación, ha influido la práctica jurídica en la determinación de que el sustituto fideicomisario heredase en lugar del instituido lo mismo que si hubiera sido llamado como sustituto vulgar, con la elaboración de la figura de la sustitución compendiosa, es decir, la que «plures quod diversa tempore compleccitur substitutionem e verbis saltem generalibus expresas» (120).

Con ello, usando esas palabras generales que abarcaban sus respectivos tiempos, en la sustitución fideicomisaria se comprendía la vulgar en forma que específicamente no podía decirse expresa ni tácita, sino «tacitae specialiter quia expresse vel specificae non sunt per testatorem declaratae sed generice vel effective sunt expresae, quia sub generalitate verborum comprehendantur» (121).

Por ese camino de que el llamado como fideicomisario también se entiende llamado como sustituto vulgar, pero fuera de la literalidad interpretativa de la teoría de la institución compendiosa, avanza la doctrina catalana. Borrell y Soler (122) ha llegado a sostener que si el heredero instituido fallece después que el testador, pero ignorándolo éste, el fideicomisario debe entenderse—en derecho aplicable a Cataluña apoyado en textos del Corpus—como sustituto vulgar (123).

(120) LUIS DE MOLINA, S. J.: Op. y Tract. cits., Disp. 192, col. 1, 172 A.

(121) ANTONIO GÓMEZ: Op. y lib. cits., cap. VII, núm. 3, pág. 81.

(122) ANTONI M. BORRELL, SOLER: *Dret civil vigent a Catalunya*, t. V, 1.º, Barcelona 1923, § 454, núms. 41 a 43, pág. 135.

Desiderio Canals, en una consulta publicada en «Rev. Jur. de Cat.», II, 1896, págs. 543 y ss., nos muestra una tendencia favorable a esa solución, progresando hacia ella sin apartarse de los textos romanos.

(123) Los anteproyectos de Apéndices de Derecho catalán al Código civil han alevado a regla jurídica la afirmación de que la sustitución fideicomisaria comprende la vulgar. Así el artículo 501 que redactó la Comisión especial, presidida por Francisco Romani Puigdemongas y de la que era secretario Juan de Dios Trias y Giró, decía que: «La sustitución fideicomisaria no va incluida en las demás sustituciones, pero éstas van incluidas dentro de la fideicomisaria, salvo siempre intención contraria del testador.» (Véase en la ed. de la «Revista Jur. de Cat.», Barcelona, 1903, pág. 209.) Declaración que es elogiada por SAGUER OLIVET: *Els fideicomisos amb relació a la futura codificació catalana*, en «Rev. Jur. de Cat.», XIX, año 1913, pág. 116. Igualmente, el artículo 292 del anteproyecto formulado antes de la promulgación del Código por DURÁN Y BAS, que fué revisado y completado por la Comisión que integraron Juan Maluquer y Viladot, Fernando de Querol, Raimundo d'Abadal, Amadeo Hurtado, Antonio M.º Borrell y Soler, Francisco de P. Maspons y Anglasesell, Juan Martí Miralles y Oriol Anguera de Sojo y publicado en 1930, dispuso en su apartado segundo que: Las sustituciones pupilar y fideicomisaria expresas compren-

E) *Situación jurídica del sustituto fideicomisario según se le transmitiera la herencia directamente o con intermediación de un heredero. Respeto de los clásicos castellanos a la regla "semel heres semper heres"*.

De lo dicho resulta que en el Derecho clásico castellano, en cuanto a la situación jurídica del sustituto fideicomisario deben distinguirse tres hipótesis: a) Si el sustituto obtuvo la restitución después de haber sido aceptada la herencia por el heredero gravado o bien por alguno de sus sustitutos vulgares o por los herederos abintestato (éstos en los casos de no haberse instituido heredero alguno, de no ser válida la institución, o de haber premuerto o ser incapaz el instituido y, en su caso, sus sustitutos vulgares). b) Si el sustituto fideicomisario fué llamado también como sustituto vulgar o en forma compendiosa y no hubiese heredado el instituido. c) Si el heredero instituido o el intestado a quien en primer lugar correspondiera no aceptaren la herencia o si se faltare todo heredero testamentario o abintestato (atendido a que el Fisco no adquiere como verdadero heredero, sino en virtud de quedar la herencia vacante y, por lo tanto, no puede excluir la adquisición directa del fideicomisario).

En el segundo supuesto no ofrecía duda que el fideicomisario, llamado expresa o compendiosamente como sustituto vulgar, heredaba al causante si el instituido en primer lugar no llegaba a serlo. La tercera hipótesis es más discutible como hemos visto. En efecto: mientras para unos el fideicomisario siempre recibía la herencia restituida—voluntaria o forzosamente—del heredero instituido o de alguno de los intestados o, en último término, del Fisco (Acevedo, García de Saavedra), o bien del executor testamentario, para otros si no lo recibía del heredero aceptante o del executor testamentario, los obtendría del curador que debía de designarse para la herencia yacente (Antonio Gómez), y, según la opinión preponderante, los recibía directamente como heredero (Gregorio López, Matienzo, Tello Fernández, Pichardo). Este criterio se impuso en el siglo pasado, como puede verse en Marcos Gutiérrez (124), García Goyena, Aguirre, Montalbán y de Vicente y Caravantes (125), Pe-

den siempre la vulgar tácita.» El Anteproyecto de 1953, obra de la Comisión de Juristas nombrada por Orden de 10 de febrero de 1848, repite esta misma previsión en el apartado segundo del artículo 307. Y el Proyecto de la misma Comisión del pasado año 1955, en el apartado segundo del artículo 326, dice que: «Las sustituciones pupilar y fideicomisaria implican siempre la vulgar tácita; pero en cuanto a la pupilar, sólo respecto a los bienes procedentes de la herencia del instituyente.»

(124) JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ, nota II de la pág. 27 del «Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez», cit., cap. V, núm. 1: «No adiendo el grabado, sino es solamente heredero el fideicomisario.»

(125) GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y DE VICENTE Y CARAVANTES: Op. y vol. cit., núm. 1.146, pág. 43.

dro Gómez de la Serna (126) y Domingo de Morató (127), (128).

En cambio, en el primer supuesto el fideicomisario no era considerado nunca como heredero, ni siquiera cuando recobraba los bienes, y el heredero gravado no dejaba de serlo ni aun después de restituir la herencia. La afirmación de Roca Sastre (págs. 63 y siguientes) de que no se estima infringida la regla *semel heres semper heres* con las sustituciones fideicomisarias aparece confirmada en los clásicos castellanos. Así lo hemos visto antes al ocuparnos de la imposibilidad de la institución, a término o desde un término cierto. Los textos de Gregorio López, Antonio Gómez y Luis de Molina, S. J. (129), que propugnan la solución de estimar que el llamado hasta término cierto es un heredero gravado de restitución fideicomisaria a favor del llamado para después del mismo, y los razonamientos con que justifican esta solución demuestran lo que decimos. Añadiremos ahora un texto de Pichardo (131), que ocupándose de la sustitución fideicomisaria escribió: «directur enim haeres ex die certo, vel ex certa temporis portione nequit institui... fideicommissario autem nihil vetat eo modo relinquere, quoniam nullo casu haereditatis ius et defuncti repraesentatio in suspenso est, cum semper scriptus haeres qui restituit haeres maneat, et apud eum directae actiones et haereditas nomen resideat». Por eso Luis de Molina, S. J. (132) atribuyó al heredero aun después de la restitución de la herencia el *iura sepulcri* y el *ius patronatus*, ya que «fideicommissarius haeres non est, haeres autem gravatus etiam haereditate restituito haeres dicitur ac est».

Sólo en el siglo pasado se habla por algunos autores (133) de

(126) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: Op. y vol. cit., pág. 58.

(127) MORATÓ: Op. y vol. cit., núm. 1.215, pág. 122, que proclama que ésta es la única derogación de alguna importancia que vemos en las leyes recopiladas, comparándolas con las de Partidas, en materia de fideicomisos.

(128) Incluso refiriéndose a Cataluña, la sentencia de 29 de noviembre de 1917 declaró incidentalmente en uno de sus considerandos, que de faltar la aceptación del fiduciario, el fideicomisario vendrá a ser heredero directo.

(129) ANTONIO GÓMEZ: Op. cit., cap. V, núm. 1, vers. *Pulchrum dubium*, página 50, aún sostuvo que al sustituto fideicomisario sólo pasa el dominio útil conservando el instituido el dominio directo.

(130) Ver notas 77, 78, 79, 80 y 81 con su texto correspondiente.

(131) PICHARDO: Op. y lib. cit., tit. XXII, § *In primis* 1, núm. 23, página 359.

(132) LUIS DE MOLINA, S. J.: *Disp.* 156, cols. 896 y 897. La afirmación de GARCÍA DE SAAVEDRA (Op. cit., núm. 35, pág. 60) de que mientras «legata aequiparantur fideicommissis particularibus, non vero universalibus» «unde fideicommissarius universalis est heres», parte de otro punto de vista, a saber: «At vero hereditas ipsumque fideicommissum universale continent universalitatem iuris»; «et in fideicommissis universale unum iudicium sufficit pro toto fideicommissio universalis». Razonamiento que no atiende a la esencia del fenómeno sucesorio y, en cambio, sobrevalora una similitud dogmática, utilizada para resolver un supuesto concreto planteado específicamente.

(133) Así vemos cómo PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN: Op. y vol. cit., núm. 66, pág. 58, hablan de heredero fiduciario y heredero fideicomisario.

heredero fideicomisario, con evidente inexactitud técnica si se refiere a los supuestos en que el fiduciario llega a ser heredero (134).

III. EL TÉRMINO Y LAS CONDICIONES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DESPUÉS DEL CÓDIGO CIVIL. LA CLÁUSULA «SI FALLECIERE SIN HIJOS».

§ 1.º *Posición del Código civil con respecto al Derecho histórico en la regulación de la sustitución fideicomisaria. Dónde es «cauce» y dónde es «dique».*

Es preciso recordar ante todo que ni la Ley de 11 de octubre de 1822 ni el Decreto de 31 de agosto de 1836, que restableció la vigencia de aquélla, ni la Ley de 23 de mayo de 1843, llegaron a suprimir los fideicomisos temporales. Así lo entendió la doctrina (135), lo ratificó reiteradamente el Tribunal Supremo y lo sancionaron la Ley Hipotecaria de 1869 y varias leyes fiscales. Por todo ello, se mantuvo viva hasta la vigencia del Código civil la regulación de las Partidas con su armazón romana. Sin otra derogación de importancia—al decir de Morató (136)—que la establecida por la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, de espiritualista inspiración canónica, transmitida por los Ordenamientos hasta la Ley 1, título XVIII, libro X de la Novísima Recopilación e interpretada en el sentido de que si no hubiere heredero o no quisiera adir la herencia pudiesen el sustituto o sustitutos adirla directamente y percibirla íntegramente.

Roca Sastre, en su discurso de ingreso, destacó la serena ponderación de España ante la orientación política, nacida de la Revolución francesa, que se enseñoreó de la Europa burguesa, contraría a las vinculaciones. Nuestros legisladores del siglo XIX supieron distinguir entre la institución y los abusos que de la misma se habían realizado. Sin duda, los juristas de las regiones forales, en las que su uso era racional, lograron contrarrestar la tendencia afrancesada que tanto arraigó entre los políticos y juristas del pasado siglo residentes en la capital. Lo cierto es que, como magníficamente explicó Roca Sastre: «Lo que hizo España fué simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias, y en lugar de proceder ciegamente como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los de tipo de mayorazgo o vinculación perpetuos. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vió nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que,

(134) Esta impropiedad terminológica la observamos incluso entre autores catalanes, como BORRELL Y SOLER: *Op.* y vol. cit. § 124, núm. 17, pág. 124, y, alguna vez, en trabajos anteriores, en el mismo ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1948, vol. II, pág. 57.

(135) Ver DOMINGO DE MORATÓ: *Op.* y vol. cit., nota 1, páginas 122 y 123, en el núm. 1.215.

(136) DOMINGO DE MORATÓ: *Op.* y vol. cit., núm. 1.215, pág. 122.

aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, los transformaba en una vinculación de carácter perpetuo.»

La base 16 de la Ley de 11 de mayo de 1888, en su párrafo primero, aludiendo a la base 15, dispuso que «materia de las reformas indicadas serán: en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán ni aun en línea directa de la segunda generación a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». La base 15 se remitía a los acuerdos que la Comisión general de codificación, «reunida en pleno con asistencia de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882». De estas reuniones, en las que trataron de ponerse de acuerdo los juristas centrales con los representantes de las regiones forales, se ha ocupado insistentemente nuestro querido amigo Jerónimo López (137), que nos brinda importante bibliografía y segura documentación sobre dichas reuniones. Las principales cuestiones debatidas se concretaron en torno de la admisión y el límite de las sustituciones fideicomisarias (138) y en la determinación de la prohibición de disponer de los bienes fideicomitidos.

La regulación de los artículos 781 a 789 de nuestro Código civil—que reglamenta de modo demasiado somero la sustitución fideicomisaria—muestra en el aspecto limitativo tan sólo estas preocupaciones: 1.ª La de señalar un límite de grado a las sustituciones fideicomisarias (arts. 781, 785, núms. 2 y 3, y 787); 2.ª La de no admitir fideicomisos que no sean expresos (arts. 783 y 785, núm. 1); 3.ª La inadmisión del heredero de confianza, y 4.ª La de salvaguardar las legítimas de todo fideicomiso, con la autorización para gravar el tercio de mejora limitada solamente a favor de los descendientes (art. 782 en rel. 813, § 2.º y 824).

Por lo tanto, nada permite afirmar, como lo hace Núñez Lagos, que en el Código civil la regulación del fideicomiso es *digue* y no *cauce*. Ni los datos que nos han llegado de las reuniones de noviembre de 1882, ni el texto de la Ley de Bases, ni la discusión en ambas Cámaras legislativas, ni el texto del Código civil autorizan para afirmar que en el articulado del Código la transacción entre los representantes centrales y los de las provincias forales «había causado estado dejándonos una tipicidad rígida».

(137) JERÓNIMO LÓPEZ Y LÓPEZ: *Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal*, «An. Dr. Civ.», III-II, pág. 510 y siguientes; *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil*, «An. Dr. Civ.», IV-V, pág. 189, y *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, «An. Dr. Civ.», VIII-III, págs. 677 y siguientes.

(138) El significado de la palabra *grado* del art. 781, la S. de 6 de junio de 1905 lo equiparó a *generación* y en las sentencias de 23 de junio de 1940 y 6 de marzo de 1944 se consideró sinónima a *llamamiento*. Estima ROCA SASTRE, página 80, que debe asimilarse a *generación*, en los fideicomisos familiares, y a *llamamiento*, en los no familiares, o entre extraños. JERÓNIMO LÓPEZ (*La regulación del fideicomiso de residuo*, en «An. Dr. Civ.», cit., nota 137, páginas 780 y ss.) nos promete un estudio sobre este tema, que cree no resuelto de modo

Deben rechazarse las afirmaciones de que: «En materia de sustituciones fideicomisarias todo es de interpretación restrictiva, lo mismo la norma legal que la cláusula testamentaria. Ni analogías, injertos ni conjeturas. Y no sólo con respecto al metro (segundo grado), sino con respecto al tipo» (Núñez Lagos, pág. 114).

Son siempre peligrosas las generalizaciones, y en esta ocasión no están refrendadas por ningún dato serio. Lo imperativo y lo meramente declarativo debe deslindarse cuidadosamente en cada caso. Y las fuentes del río deben buscarse siempre que el dique legal no lo impida. Si hoy no pueden admitirse fideicomisos basados en meras conjeturas, tampoco es lícito presuponer interpretaciones legales restrictivas donde la propia ley, explícitamente, no las imponga (139).

No es aceptable afirmar del Código civil que: «En la sustitución fideicomisaria el término está aislado sin su par simétrico, la condición; y esto, a nuestro juicio (*el de Núñez Lagos*, página 125), no es un azar ni un descuido, por lo que es procedente la aplicación del principio *inclusio unius, exclusio alterius*.»

Contra esta afirmación de nuestro admirado amigo y compañero, son decisivas las siguientes razones:

1.^a El artículo 790 declara: «Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.» Por lo tanto, no excluye las sustituciones fideicomisarias entre las disposiciones testamentarias que declara susceptibles de condición.

2.^a Si en el Derecho anterior fué admitida sin la menor duda la sustitución fideicomisaria condicional—como cumplidamente hemos visto—, a falta de exclusión patente de la misma por el Código civil, debe aceptarse que su posibilidad continúa. No vaciló en entenderlo así el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de julio de 1910.

definitivo, anticipando que tal vez «grado» signifique «grado de parentesco, pero no computado con relación al testador, sino respecto al primer llamado o fiduciario».

(139) Más que nunca en esta ocasión resultan oportunas las observaciones de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.» (t. V, págs. 918 y ss.), que no resistimos la tentación de reproducir: «En términos de defensa tengo que decir que en este asunto no se juega limpio. Contra la sustitución fideicomisaria se admiten todos los medios de combate, incluso los golpes bajos. Se admiten los indicios, las conjeturas, las interpretaciones más complicadas. En su favor sólo nos permite el árbitro el uso canónico de los dos sacramentos con toda clase de limitaciones.»

El mismo PALOMINO, en otro trabajo anterior, *Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario*, «Anales Ac. Matr. del Not.», pág. 457, afirmó que: «En derecho sucesorio, salvo las normas de capacidad, forma y legítimas (en tesis general), todo es derecho positivo. «La voluntad del testador, expresa o tácita, es ley suprema. En materia de sustituciones fideicomisarias también. Aquí no hay *ius cogens* más que en los límites de los llamamientos posibles. En lo demás, el testador es soberano.»

Si se diferencia el adjetivo *tácito* del otro calificativo *presunto*, puede aceptarse esta afirmación.

3.ª Es evidente que el Código civil al regular la mayor parte de las instituciones sólo reglamenta sus formas puras, porque la condición y el plazo—así como el modo—son determinaciones que los disponentes o contratantes pueden añadir a su disposición o contrato allí donde la ley o la propia naturaleza del acto no los prohiban o repelan. En materia sucesoria el propio Código, literalmente, prohíbe la condición con referencia a la disposición de las legítimas (art. 813, § 2.º) y rechaza expresamente el plazo y la condición en la aceptación y en la repudiación de la herencia (artículo 990). En cambio, al regular las sustituciones fideicomisarias, donde el testador tan diligente ha sido en señalar prohibiciones, no excluye la posibilidad de someterlas a condición.

4.ª El artículo 785, que señala las sustituciones, vinculaciones y prohibiciones de disponer que no surten efecto, nada dice de las dispuestas condicionalmente dentro de los límites o formas autorizados. El criterio restrictivo de los fideicomisos no puede racionalmente extenderse tanto como para prohibir que se dispongan bajo condición. Al contrario, como la condición supone precisamente una limitación del fideicomiso al cual se impone, no puede estimarse contradictoria de la tendencia restrictiva.

El Tribunal Supremo ha aceptado reiteradamente las sustituciones fideicomisarias condicionales, v. gr., en las Sentencias de 1 febrero 1910, 9 julio 1910, 21 diciembre 1917, 9 abril 1928, 29 junio 1930, 4 marzo 1952 y 20 octubre 1954. Las de julio 1910 y abril 1928 se refieren expresamente a la reglamentación clásica anterior al Código, que estiman vigente mediante el injerto del artículo 759 como excepción del 784 del Código civil. Cuestión de la que luego nos ocuparemos de modo especial.

§ 2.º *La institución de heredero bajo condición resolutoria y a término cierto (desde o hasta).*

Volvemos a adentrarnos en un problema que mayormente requiere un exacto planteamiento de las diversas facetas que presenta. Su deslinde es, sobre todo, necesario si queremos confrontar el sistema romano y el del Código civil.

Ambos ofrecen una antítesis con varias perspectivas, que pueden clarearse si extendemos el panorama hasta abarcar el testamento militar romano y la doctrina de los autores de Derecho intermedio que, según antes hemos repasado, recogen Gregorio López y Antonio Gómez.

Las facetas de la cuestión se refieren: de una parte, al valor formal de las palabras o al predominio de la voluntad del testador, prescindiendo de la exactitud técnica de sus expresiones; y de otra, al concepto institucional científico, abstracción hecha de la nomenclatura testamentaria o legal, que no siempre son rigurosamente técnicas.

a) Bajo el primer aspecto el Derecho romano diferenció: de una parte, a sus ciudadanos, a los que estimó perfectos cono-

dores del valor formal de la palabra «heres»; y de otra, a los militares, a los que excusó—como antes recordábamos—por su ignorancia o impericia. Al aplicarse el Derecho romano, después de su recepción en el Occidente europeo, se olvidó la razón romana del dualismo entre militares y paisanos. El error estribó en mantenerla en sus términos literales sin adentrarse en su *ratio*. El olvido del auténtico sentido jurídico romano, el desconocimiento de la trascendencia formal de las palabras técnicas, se había generalizado en los pueblos bárbaros o barbarizados, es decir, desromanizados. Por ello también debiera haberse hecho general la doctrina romana del testamento militar.

En definitiva, la tendencia espiritualista de inspiración canónica, como recordó Gregorio López, tuvo que desformalizar los principios romanos comunes, que no respondían al sentido jurídico de los pueblos a los que llegó su recepción. A esta orientación respondieron en España la Costumbre 2, § 2, rubr. 4, libro V del Código de las Costumbres escritas en Tortosa en pleno siglo XII, el privilegio dado a Barcelona por el rey Pedro el Ceremonioso en 1339 y la Ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá en 1348.

b) A la segunda vertiente corresponde el rigor lógico de los conceptos jurídicos.

¿Es verdaderamente una institución de heredero bajo condición resolutoria la dispuesta en estos términos? ¿El heredero instituido hasta un término cierto tiene limitada temporalmente su institución propiamente dicha? ¿El instituido heredero desde un término posterior al fallecimiento del causante es verdaderamente heredero?

He ahí otra serie de cuestiones completamente distinta de la anterior. En ellas hay un problema de fondo, no sólo jurídico, sino incluso ontológico, y no como el primero, de valoración de las expresiones formales.

Los principios romanos de la universalidad y de la perpetuidad de la institución de heredero tenían su raíz ontológica en este segundo aspecto y a la vez estaban influidos en cuanto al primero por el valor formal dado al sustantivo «heredero» y al verbo «instituir». Para aclarar nuestro tema debemos insistir en distinguirlos cuidadosamente.

También debemos fijar y separar el valor ontológico y el valor meramente formal del viejo principio de la incompatibilidad entre las sucesiones testadas e intestadas. Regla supervalorada por los clásicos castellanos y despreciada por los juristas más próximos al Código civil. Antes expusimos que superado el formalismo inicial quedó reducida a ser corolario de los principios de la universalidad y de la perpetuidad de la institución.

Como ha dicho Biondi (140), la regla tuvo su base formal en

(140) BIONDI BIONDI: *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milán, 1954), núm. 61, pág. 161 y ss.

aquella disposición de las XII Tablas, que tan sólo defería la herencia legítima *si intestato morietur*. Pero prácticamente la perdió cuando en tiempo de Augusto fué admitido el codicilo, que si formalmente no era testamento, sustancialmente era acto de disposición mortis causa. Entonces quedó reducida la incompatibilidad de herederos testamentarios e intestados—fuera del supuesto de ejercicio pro parte de la querella *inofficiosi testamenti* (141)—a ser un corolario de la universalidad del título, que justificaba el acrecimiento o mejor no decrecimiento del llamamiento testado.

La diferencia fundamental entre el régimen romano común y el del testamento militar estriba precisamente en que en aquél se concede al *nomen* más valor que a la *assignatio*, e inversamente ocurre en el testamento militar romano. En aquél el *nomen* lleva implícito una universalidad de la que dimana un acrecimiento por encima de la *assignatio*. En el testamento militar no se pudo valorar en esa forma el empleo, quizá incorrecto, de la palabra *heres*, y se subordina la valoración del *nomen* al contenido de la *assignatio*. De ese modo asoma la posibilidad de instituir un heredero *pro parte* que deba coparticipar el *as* con los herederos legítimos (142).

(141) Ver *Apuntes de Derecho sucesorio*, I, § 5, págs. 45 y ss. o en «Anuario Dr. Civ.», IV-II, págs. 461. y ss.

(142) Según el sentido jurídico de los miembros de una comunidad, cabe plantear desde posiciones opuestas los problemas que pueden derivarse, según las circunstancias de hecho, de las disposiciones testamentarias que no agoten el caudal. Una posición, que parte de la plenitud dispositiva del testamento, considera imposible la hipótesis de que conscientemente un testador teste sólo en parte. Corresponde a pueblos de elevado sentido jurídico y de tradición predominantemente testamentaria. Si el «*cas*» no se agotó en el testamento, se estima que debió ser por error de cálculo si se repartía por onzas, o por omisión, si fué distribuido por cosas ciertas. A los herederos se les llama *in universum ius*; por eso si alguno de los llamados premuere, no acepta o es incapaz, su parte deja de comprimir la de los demás, que acrecen.

Otra posición arranca de que el testamento es una mera corrección o rectificación de lo que la ley previene ab intestato. Admite, por tanto, como cosa lógica, el testamento *ex parte*. Por eso, mientras el testamento no agote el «*cas*», emergen del transfondo las disposiciones ab intestato, llenando los espacios vacíos, y si falla alguno de los instituidos, sin sustituto nombrado, ocurre lo mismo, las disposiciones legales de la sucesión intestada cubren la vacante. No hay, en este segundo sistema, acrecimiento derivado de la universalidad conceptual del título de heredero—no hay *no decrecimiento*—, sino, en su caso, el dimanante de la conjunción en el llamamiento, por la valoración legal de la voluntad del causante a través de ese dato.

Entre ambas posiciones extremas caben términos medios. Sea buscando caústicamente, sin arrancar de ninguna de las posiciones opuestas, la determinación de cuál debió ser la verdadera voluntad del causante. O bien, aislando el supuesto de disposición incompleta y el de vacante: aplicando al primero la doctrina de la compatibilidad de la sucesión testada e intestada, y al segundo las de la universalidad de la institución y del consiguiente derecho de no decrecer, o acrecimiento derivado de la universalidad, sin necesidad de conjunción en el llamamiento.

Finalmente, cabe armonizar la coexistencia de la sucesión intestada con las disposiciones testadas incompletas y el principio de la universalidad de la institución de herederos, reduciendo a la categoría de legatarios o fideicomisarios a los llamados testamentariamente como herederos, cuando entre todos no ago-

En el ámbito temporal ocurrió algo parecido que en el espacial. El *heres ad tempus* era un absurdo formal y lógico: por eso se prescindía de la nota temporal que la perpetuidad del título rechazaba. En cambio, en el testamento militar se atendía a la determinación cronológica, porque al *nomen* no se le concedió valor formal. Pueden los militares designar heredero desde o hasta cierto día. Y como se admite la posibilidad de que el testamento de un militar sea incompleto, tanto espacial como temporalmente, se acepta que la sucesión intestada lo complete (143).

En el Derecho romano intermedio siguió prevaleciendo el *nomen* sobre el *tempus*, pero tan sólo cuando el testador no expresó —reforzando su limitación temporal— que no quería que aquél se sobrepasara o no ordenó el tránsito a otro llamado. La glosa de Baldo—según hemos visto antes—en estos casos quiso amparar la evidente voluntad del testador y mantener la limitación temporal a través de la restitución fideicomisaria. De ese modo, en estos casos, el *tempus* afectaba a la *assignatio*, pero no al *nomen* del llamado en primer lugar, y, en cambio, cancelaba el *nomen* del llamado legal o testamentariamente en ulterior lugar. Así quedaba a salvo la intención expresa del testador, se respetaba el *nomen* si dogmáticamente se sostenía el concepto y se prescindía del mismo cuando la determinación temporal, reiterada en su expresión, lo desmentía conceptualmente.

El cotejo del régimen romano del testamento común con el sistema del testamento militar y con la rectificación del régimen civil común por la doctrina de los autores de Derecho intermedio nos ofrece estas perspectivas:

A) *En cuanto a la atribución:*

a) El *nomen* se impone al *tempus* (sistema del testamento civil romano).

b) El *tempus* solamente se impone al *nomen* cuando expresamente lo reiteraba el testador designado, otro heredero cronológicamente posterior o prohibiendo la continuación del instituido después del tiempo fijado (sistema predominante entre los autores de Derecho común).

ten el caso. Esta solución es la que dió Matienzo al estimar que la ley única, título XIX del Ordenamiento de Alcalá, consideró que los *heres ex re certa* eran siempre legatarios, ya que necesariamente concurrían con *heres ex asse*, aunque testamentariamente estos no hubieran sido designados. Porque en este caso lo serían aquellos a quienes correspondiera *ab intestato*, con derogación de la ley *Si ex fundo*, pero con respeto a la universalidad de la institución.

(143) Ese doble aspecto formal y ontológico lo confunden los autores, como ERNEST ROGUIN: *Traité de Droit civil comparé*, IV, Paris, 1912, núm. 1.634, página 1, que invocan el testamento militar para sostener que la regla *semel heres semper heres* no derivaba esencialmente de la naturaleza de las cosas. En realidad, lo característico de la regulación del testamento militar era que se desentendía del valor formal del *nomen* de heredero.

c) El *tempus* se impone siempre al *nomen* (sistema militar romano).

B) *En cuanto al concepto*:

Ahí se presenta otra interrogante: La subordinación del *nomen* al *tempus* ¿afecta al concepto representado por el *nomen*?, o ¿sólo desvirtúa el *nomen*, pero sin afectar al concepto, que, por tanto, en tales supuestos deja de estar bien designado por dicha denominación que resulta impropia? Es decir, ¿cabe realmente un *heres ad tempus*, o bien se cumple la limitación temporal a través de otra vía jurídica?

La posición del Ordenamiento de Alcalá en la primera perspectiva, según los autores castellanos próximos al Código civil—exceptuando Tapia—significó el tránsito del predominio del *nomen* a su subordinación al *tempus*. Los clásicos castellanos no lo habían apreciado así. Pero estos autores fundamentaron el predominio del *nomen* en el principio de la incompatibilidad—espacial y cronológica—de la sucesión testada y la intestada a título de herederos. Y como los prolegómenos del Código civil estimaron derogada esa incompatibilidad por el Ordenamiento, no es de extrañar la dispar opinión de unos y otros, estimando los modernos que cabría ingerir de *temporalidad* la institución de heredero.

Lo cierto es que el Código civil declara que: «Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso no entrará éste en posesión de los bienes, sino después de prestar caución suficiente con intervención del instituido» (art. 805).

Y que: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales» (art. 791). (Con lo cual parece autorizar la institución, tanto bajo condición suspensiva como bajo condición resolutoria.)

A la vista de estos preceptos debemos fijar la posición del Código civil, apreciada desde cada una de las perspectivas antes señaladas.

A) Desde la primera perspectiva no ofrece duda que aun cuando se llame heredero a una persona puede serle limitada temporalmente su adquisición. El *tempus* se impone al *nomen*.

Pueden alternar intertemporalmente en el goce de los bienes relictos por el causante, unos llamados por testamento, otros *ab intestato*. Para determinar la verdadera intención del testador, más que el *nomen* pesan la *assignatio* (arts. 668, § 2.º, y 768) y la determinación del *tempus* (art. 805).

B) Pero el problema fundamental es el correspondiente a la segunda perspectiva: ¿el llamado *heres ad tempus* es verdadera-

mente un heredero temporal?; ¿el designado heredero bajo condición resolutoria es realmente bajo condición resolutoria?

La respuesta a estas preguntas exige, ante todo, que clarifiquemos el concepto de heredero.

El Código civil lo descompone en dos artículos. En el uno examina la posición del heredero en el fenómeno sucesorio: la *successio in ius*; en el otro observa la universalidad de esa sucesión: la *adquisitio per universitatem*.

Bajo el primer aspecto dice el artículo 661: «*Los herederos suceden al difunto, por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.*»

Desde el segundo, el artículo 660 define: «*Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular.*»

No se trata de conceptos antagónicos derivados de sistemas conceptuales diferentes. Uno y otro sólo suponen dos visuales diversas de un mismo fenómeno. Entre ambos su examen se complementa como con la observación de sus diversas dimensiones se completa de modo total el examen de un cuerpo físico.

Las ideas de Bonfante (144) han sido revisadas en este sentido por Biondi (145). Para este autor: «La tradicional frase *successio in universum ius*, lejos de ser pleonástica resulta apropiada en cuanto indica el modo y el objeto de la *successio*: indica, en suma, que se trata de la esfera jurídica concebida como unidad compleja.»

La *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius* (146): es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La *hereditas* como *universitas* no es sino la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe ni con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio (147).

(144) FIETRO BONFANTE: «La *successio in universum ius de l'universitas* y La *firmazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti Giuridici Varii*». Torino, 1926, págs. 276 y ss. y 307 y ss., estimó que el concepto de *universitas* fué extraño a la jurisprudencia clásica y se formó en la época postclásica, llegando a la compilación justiniana a través de numerosas interpolaciones.

(145) BIONDO BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., núm. 26, páginas 62 y ss.

(146) BIONDI: Op. últ. cit., núm. 15, págs. 31 y ss. Precisa este autor que el heredero no sólo se subroga en los derechos y obligaciones del causante, sino en situaciones que no pueden concretarse en estas categorías, como la *conditio usucapiendi*, la buena o mala fe, etc. A juicio de este autor, la idea de la *successio in loco ius*, se explica sin necesidad de recurrir—como hizo BONFANTE—a la idea de la sucesión en el grupo familiar (*Diritto ereditario...*, cit., números 20 a 22, págs. 41 y ss.).

(147) BIONDI: Op. últ. cit., núm. 24, pág. 52.

La relatividad y momentaneidad (prorrogable en determinadas situaciones muy particulares, como la imagen de una cinta cinematográfica que se detiene en la pantalla, conservándose en ella hasta que la película vuelve a continuar en su rotación) de esa contemplación *in universitatem* (como la fotografía de un solo instante de un fenómeno dinámico), que retrata en su preciso momento la situación jurídica objeto de la *successio*, es peligroso quererla hacer perdurar como realidad más allá de ese su momento, fosilizándola como un objeto estático (148).

Hereda la persona a cuyo favor se opera este fenómeno sucesorio. Heredero es aquel en quien se produce o en quien se ha producido, es decir, la persona que hereda o ha heredado.

Del mismo modo que quien nace y reúne las condiciones exigidas para ser persona no puede dejar nunca de haber sido persona, el que ha sucedido *in locu ius* tampoco puede dejar nunca de haber sido heredero. Ese es el sentido del principio *semel heres semper heres*: el que ha sido heredero no puede deshacer su *successio in ius*, como el nacido no puede destruir su nacimiento.

La cualidad de heredero deriva de la actuación del sujeto como entrante en un fenómeno sucesorio. Si este fenómeno no puede destruirse no se puede perder aquella cualidad. No se trata de una posición, de un estar (que puede sufrir cambios), sino de una cualidad derivada de un hecho dinámico que—aunque se agota en un momento—imprime carácter perpetuo a sus sujetos (149).

A primera vista todo cuanto decimos puede parecer muy especulativo, demasiado teórico. Pero no es así. Obedece a una lógica y a una ontología llenas de trascendencia empíricas.

El que hereda no puede dejar de ser heredero de su causante, porque no puede dejar de haberle heredado (150).

Por eso, no es posible heredar bajo condición resolutoria, que presupondría la posibilidad de la retroacción del fenómeno sucesorio; es decir: la vuelta al difunto *universum ius*, más difícil si cabe que el regreso del parto al claustro materno. Regreso que no es admisible ni siquiera limitándolo al momento de yacencia de

(148) Muchos errores resultan de esa equivocada transformación en un patrimonio estático. La herencia no es sino un conjunto de relaciones jurídicas de tránsito, es decir, en momento dinámico. Sin incurrir en dicha confusión quedan nitidamente diferenciados los conceptos de heredero y de legatario de parte alicuota. Aquél sucede *in universum ius*; éste sólo adquiere unos bienes correspondientes a una cuota líquida de la herencia que debe entregársele como resultado de su liquidación.

(149) No puede dejar de serlo el heredero aparente, porque en realidad no lo fué nunca. La eficacia de alguno de los actos del heredero aparente no deriva más que del valor que se concede a algunas apariencias jurídicas.

(150) La titularidad de un derecho—como la propiedad—es un estado actual que por eso puede concluir; la cualidad de heredero como derivada de un hecho que ya ha sido no puede perderse, porque el hecho que la motivó no puede dejar de haber ocurrido.

la herencia, porque presupondría la posibilidad de retrotraerla otra vez al momento de la apertura de la sucesión, borrando de la historia lo que por haber ocurrido no puede dejar de haber sido. Los efectos de esa retroacción no se limitarían tan sólo a la invalidación de los actos de disposición formalizados por el heredero que la sufriera, ni a plantear la cuestión de si éste debe o no devolver los frutos percibidos, sino que afectaría incluso a todos los actos particionales, así como al pago de las deudas hereditarias y al cobro de sus créditos. Teleológicamente, aunque sólo fuera por esta razón, debería rechazarse como fenómeno jurídico normal.

Por igual razón, el que ha heredado no puede dejar de ser heredero en un término final, cierto o incierto—es decir, pendiente de condición extintiva (no retroactiva)—. Ni es heredero el instituido para después del término, es decir, desde el día de la cesación del derecho del primeramente llamado a los bienes que heredó. Porque, si la sucesión ya se había operado en la persona del primer instituido, el llamado para después del heredero ya no puede suceder en el *universum ius defuncti*.

Lo contrario ocurre en la institución bajo condición suspensiva porque ésta únicamente retarda el fenómeno sucesorio abriendo un período interino de pendencia, con administración de la herencia que, como tal, se prolonga temporalmente. Esa condición afectará a quien en definitiva sea heredero, en virtud de la doble retroacción del cumplimiento de la condición suspensiva y de la aceptación de la herencia, de modo que el administrador de la herencia habrá sido en definitiva el administrador de quien resulte ser en definitiva el heredero.

No cabe, por tanto, la concurrencia complementaria de un heredero bajo condición suspensiva y otro bajo condición resolutoria (151). Contrariamente, en todo caso de institución bajo condición suspensiva habrá en pendencia, por lo menos, dos posibles herederos: el instituido bajo condición y su sustituto, si se hubiere designado o, en otro caso, el que lo sería *abintestato* de no cumplirse la condición. Los artículos 801, 802, 803 y 804 del C. c. confirman esa construcción.

C) Ante la divergencia de las dos perspectivas que hemos contemplado no tenemos más remedio que buscar su síntesis armónica.

La adecuada conjunción de ambas realidades, la *ius* positiva y la lógica-ontológica, sólo es posible admitiendo que la primera sólo persigue un fin práctico que el texto legal expresa con terminología técnicamente incorrecta o inexacta, recogiendo la que es usual en el léxico de aquellos testadores que dan lugar al problema por emplear sin precisión científica ciertas denominaciones para expresar su voluntad práctica.

(151) GONZÁLEZ PALOMINO (Op. últ. cit., pág. 903) ha señalado certeramente el error que supone la creencia de la solidaridad recíproca como cara y cruz de una misma moneda de las condicionalidades suspensiva y resolutoria.

Por eso, para hallar la solución ajustada debemos arrancar de la raíz de esa impropiedad. Es decir, hay que buscar la intención empírica perseguida por quien instituye *ad tempus* o bajo condición resolutoria.

El Derecho romano hizo todo lo contrario y estimó no puesta aquella determinación de tiempo o aquella condición resolutoria incompatibles con la perpetuidad del carácter de heredero. Desde Baldo, los autores de Derecho común—como hemos visto—empezaron a rectificar esa solución, inclinándose a dar preferencia sobre la expresión formal del título de heredero a la determinación empírica de la voluntad del testador, aunque nada más que cuando éste la reforzaba y reiteraba prohibiendo que el heredero lo fuese pasado el tiempo fijado o designando otro heredero para ese momento, con expresiones impropias en uno y otro caso. Hoy, en todo caso, debe atenderse a la voluntad expresa del testador, imponiéndola sobre la expresión incorrecta del *nomen*.

¿Cuál es la intención empírica de quien instituye a una persona desde o hasta cierto tiempo o bajo condición resolutoria?

Evidentemente, en el primer caso el disponente quiere limitar el tiempo de goce de los bienes hereditarios y en el segundo pretende establecer la misma limitación al instituido para el solo caso de que la condición impuesta dé lugar a ello. En esta segunda hipótesis, el causante puede incluso pretender que el instituido devuelva los frutos percibidos. Lo que no resulta concebible es la pretensión de que la sucesión se deshaga, ni la de que se invaliden todos los actos realizados por el instituido, es decir, que se repitan sus cobros y pagos, y que se deba volver a verificar la partición en la cual intervino. Ni tampoco que el fenómeno sucesorio ocurrido entre el causante y el heredero se repita en una nueva persona. Esta, aunque traiga su causa del propio causante, no le sucede directamente, sino que si recibe—más o menos modificada—la masa de los bienes, total o parcialmente integrantes de aquella sucesión, es después de haber pasado por el patrimonio del que fué instituido y la recibió al momento de abrirse la sucesión. Por lo tanto:

a) El instituido hasta cierto tiempo debe estimarse como heredero gravado de restitución—para cuando llegue aquel día—a favor del llamado para entonces o, de no haberse designado, a favor de los sucesores abintestato (152).

(152) Así lo entiende el Derecho alemán vigente § 2.104 B. G. B. Ver: THEODOR KIPP: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, trad. de la 8.ª ed. alemana, con notas de ROCA SASTRE, Barcelona, 1951, § 45, II, pág. 266; JULIUS BENDER: *Derecho de Sucesiones*, trad. esp. y notas de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, § 11, II, pág. 110. Así lo entiende, en sus notas a esta última obra, LACRUZ, pág. 11 e.

b) Al instituido bajo condición resolutoria hay que entenderlo como heredero gravado de restitución condicionada al cumplimiento de la condición resolutoria a favor o bien del instituido para dicho evento o de los sucesores abintestato (153).

c) Los llamados para después de cierto tiempo o para el caso de haber lugar la condición resolutoria impuesta al primer instituido deben ser considerados como sustitutos fideicomisarios a plazo (sin perjuicio de que a su vez puedan estar condicionadas las sustituciones) o bajo condición, respectivamente (154).

La posibilidad de la institución de heredero bajo una verdadera condición resolutoria ha sido muy discutida en Francia e Italia, después de la abolición de los fideicomisos. Luego, al tratar específicamente la cláusula *si sine liberis decesserit*, nos ocuparemos de esta discusión, que indudablemente ha venido forzada en estos dos países por la necesidad de hallar un cauce que supliera las más elementales soluciones cegadas con la abrogación de las sustituciones fideicomisarias.

El doble llamamiento a término ha sido contemplado en la doctrina española por Díaz Cobeña y por Jerónimo López. El primero (155) consideró que implicaba sustitución fideicomisaria la cláusula por la que el testador «dejaba heredera de todos sus bienes a su legítima esposa doña M. A. y M. y después del fallecimiento de ésta a la hermana del testador doña L.» El segundo (156), critica esta opinión y afirma que «en el supuesto antedicho se trata meramente de herederos a término».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de octubre de 1954 se enfrentó con una cláusula testamentaria del tenor siguiente: «Declaro y constituyo heredera universal de todos mis bienes existentes... a mi criada M. C. G. T., y al fallecimiento de ésta a los cuatro sobrinos de ésta mancomunadamente que la sobrevivan y en la actualidad habitan en mi compañía J. G. M., J. M. E. y E. M. G.» Al juicio de nuestro más Alto Tribunal en esta disposición testamentaria se cumplían los requisitos exigidos para que pudiese tener lugar la sustitución fideicomisaria, ya que había un doble llamamiento dispuesto sucesivamente a favor de personas distintas y que llevaba implícito la obligación de conservar.

(153) Lo mismo se entiende en Derecho alemán. Ver KIPP y BINDER, locs. cit. En cambio, LACRUZ, pág. cit., estima que en este caso no ocurre así, tal vez por valorar nuestro docto amigo la expresión técnica «condición resolutoria», por encima de las consideraciones antes expuestas.

(154) Concuere da con esta doctrina el § 2.105 del B. G. B. Ver KIPP: Op., vol y § cit., págs. 265 y ss. y BINDER: Loc. cit. LACRUZ: Loc. cit., acepta esta tesis para nuestro derecho.

(155) LUIS DÍAZ COBEÑA: *Sustitución fideicomisaria*. Art. 781 del Código civil—16 noviembre 1916—en *Dictámenes*. Madrid, 1919, págs. 181 y ss. El punto central del dictamen se concretaba a determinar si la instituida en primer lugar podía disponer o no de los bienes heredados, o si, por el contrario, la segunda institución implicaba fideicomiso con la consecuente vinculación de los bienes.

(156) JERÓNIMO LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo*, loc. cit., nota 120, pág. 777.

Hemos expresado nuestra opinión coincidente con el dictamen de Díaz Cobeña y con lo declarado en la referida Sentencia. Para completar el panorama nos falta analizar la verdadera fisonomía de la disposición, es decir, lo que son en nuestro Código las sustituciones fideicomisarias, y por observar la repercusión práctica que pueda tener la forma directa y no oblícua del segundo llamamiento.

De momento anticipamos que el Derecho italiano, tanto en el *Código civil* de 1865, en su artículo 851, como el vigente artículo 637, ha mantenido y mantiene la inacceptabilidad de la institución de heredero a término inicial o final, que ordena se considere como no impuesto.

Ruggiero (157) explica que con el término inicial pugna la continuidad ininterrumpida de las relaciones del difunto mediante la sucesión, y que el término final contradice los principios de la perpetuidad del título y de la irrevocabilidad de la aceptación y—en Italia—la prohibición de las sustituciones fideicomisarias (que impiden esa resolución práctica, posible en nuestro Código y en el alemán sin contradicción ontológica alguna). De esto—según el propio Ruggiero—«puede extraerse otro argumento para probar la improcedencia de la condición resolutoria, que funciona analógicamente al término final, ya que si la ley prohíbe éste de modo expreso, tal prohibición debe aplicarse a aquélla». Como luego veremos, la doctrina italiana (158) quiere eludir esa contradicción apoyándose en la retroactividad de la condición resolutoria (lo cual estimamos pura ficción incompatible con la realidad fenomenológica y con su limitada eficacia fáctica).

§ 3.º *La esencia de la sustitución fideicomisaria: el orden sucesivo. Su expresión dispositiva.*

Suele decirse por la doctrina nacional (159) y por la extranjera (160) que la sustitución fideicomisaria se caracteriza por: 1.º el llamamiento múltiple; 2.º la obligación de conservar y restituir,

(157) ROBERTO DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (traducción española de la 4.ª ed. italiana, anotada por Ramón Serrano Súñer y José Santa Cruz Teijeiro), Madrid, 1931, § 147, pág. 1159.

(158) Ver BARASSI: Op. cit., núm. 142, pág. 407, que estima que la retroactividad hace compatible esa condición con la perpetuidad de la institución de heredero; y AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 266, pág. 473, en rel. número 285, pág. 502, quienes entienden que esa retroactividad *ex tunc*, excluye la prohibición de la sustitución fideicomisaria.

(159) Ver FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano*, Madrid 1925, pág. 38 y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. II, Madrid, 1939, pág. 240 y ss.

(160) Ver ERNEST ROGUIN: Op. y vol. cit., núm. 1.760, págs. 107 y ss.; ROBERTO DE RUGGIERO: Op. cit., § 147, pág. 1165; LODOVICO BARASSI: *Le successione per causa di morte*, 3.ª ed. Milán, 1947, núm. 155, pág. 450; FRANCESCO SAVERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ y GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed., Padova, 1948, núm. 285, págs. 501 y siguientes; FRANCESCO MESSINEO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, III-II, 8.ª ed., Milán, 1952, § 184, 2.ª ter, págs. 125 y ss.

o mejor dicho, la sujeción de los bienes a la restitución, y 3.º el orden sucesivo.

Pero, como ha subrayado Roca Sastre en su discurso (pág. 29), es el orden sucesivo impuesto por el testador la nota característica y típica de la sustitución fideicomisaria. Jerónimo López (161) recientemente ha demostrado cumplidamente que la llamada obligación de conservar—es decir, la sujeción intervivos a la restitución mortis causa—no es esencial en la sustitución fideicomisaria, dentro de la cual queda incluido el llamado fideicomisario de residuo. Podemos precisar que dicha sujeción es una característica natural de la sustitución. Es decir, que se debe sobreentender en toda sustitución fideicomisaria si no ha sido dispensada por el fideicomitente.

Caracterizan, por lo tanto, la sustitución fideicomisaria estos dos datos: el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, como nota esencial, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, como característica natural que el disponente puede dispensar.

Pero para precisar la esencia y efectos de la institución es necesario examinar la posición jurídica de sus sujetos. Trataremos de bosquejarla partiendo de la hipótesis normal de que no se haya excluido la sujeción del instituido a la restitución total de los bienes fideicomitidos.

A) *Posición del instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria.*

Roca Sastre (págs. 31 y ss. y 63 y ss.) ha expresado perfectamente que el fiduciario, o primer llamado gravado con una sustitución fideicomisaria, es heredero y no deja de serlo por la restitución. (Tampoco dejan de serlo el heredero vendedor de su herencia o el que debe entregar todo su contenido agotado en legados de parte alícuota o de otra clase.) Lo que el fiduciario tiene limitada, en cuanto al tiempo, es la propiedad de los bienes heredados, salvo en el caso del fideicomiso de residuo. De esa calificación derivan interesantísimas consecuencias. Trataremos brevemente de las principales:

a) *Si la sustitución fideicomisaria resulta ineficaz, por cualquier causa, el gravado por ella queda liberado del gravamen, lo mismo que el heredero gravado con legados o cargas que caduquen.*

Núñez Lagos (pág. 131) cree lo contrario. Conceptúa que el fiduciario está *instituido heredero a término resolutorio* si su situación no resulta afectada *ex re* (v gr., por haber sido instituido *ex re certa*, en cuyo caso lo califica de legatario a término resolutorio) o *ex persona* (por la situación de los fideicomisarios. v. gr., si la sustitución se ha establecido sobre una finca). Esta concepción como heredero temporal a término resolutorio le arrastra a Núñez Lagos a considerar que, a la inversa que en el fideicomiso ro-

(161) JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español*, en «An. Dr. Civ.», VIII-III, págs. 743 y ss.

mano y catalán, en el Código civil, por aplicación de los artículos 805 y 764, el instituido con gravamen de sustitución fideicomisaria, «como el legatario, como el usufructuario, como el titular de derecho real en cosa ajena, no purifica nunca su condición y no adquiere jamás *iure fideicommissi* el derecho del fideicomisario». Y que a falta de éste y de los sucesores del mismo, cuando el término concluye, se entenderán llamados los sucesores legítimos del fideicomitente.

He ahí una consecuencia heterodoxa derivada, con lógica perfecta, de una calificación dogmática inexacta. Ello nos demuestra la importancia que tienen las matizaciones perfectas para evitar que una imperceptible desviación en el diagnóstico nos lleve a resultados no sólo dispares, sino incluso opuestos. En este caso la falsedad del resultado a que llega nuestro querido amigo queda probado sin necesidad de salir de la regulación de la sustitución fideicomisaria en el Código civil.

En el artículo 786 C. c. contempla precisamente un supuesto en el cual las sustituciones fideicomisarias no pueden tener efecto por nulidad de la sustitución, y lo soluciona así: «*La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento. Sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.*»

Si no llega a tener efectividad la cláusula fideicomisaria queda purificada la institución y el heredero liberado del fideicomiso. Esta norma responde a la tradición jurídica castellana y ha llegado al Código civil a través del artículo 637 del Proyecto de 1851 (162). Con la doctrina romano-común aplicada por los clásicos castellanos se llegaba a esta solución. El Derecho dado por Carlos III el 28 de abril de 1789 y la Cédula del Consejo, de 14 de mayo del mismo año, que pasó a ser ley 13 del título XVII, libro X de la Novísima Recopilación al decretar nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren sin real facultad, expresó el derecho de «los parientes inmediatos del fiador o testador para recamaras y suceder libremente». Al comentar el artículo 637 del Proyecto de 1851, precedente del 786 C. c., García Goyena (163) explicó que a la vista de la imprecisión de las expresiones *parientes inmediatos* de la citada ley 13 y *parientes que según derecho sean herederos ab intestato* del Decreto de 30 mayo 1840 (que, subrayémoslo, se referían a los herederos del primer llamado y no a los del disponente): el artículo del Proyecto no recogió estas expresiones y buscó otra fórmula para expresar que la sucesión (del primer llamado) habría de regirse por las disposiciones de la sección anterior, que se ocupaba de la institución de heredero. Es decir, que al primer llamado le sucederían quienes fueran sus propios herederos, testamen-

(162) Ver JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ: *Carácter de la nulidad de la sucesión fideicomisaria...*, en «AN. DR. CIV.», III-II, cit., págs. 507 y ss.

(163) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, moitos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, art. 647, págs. 851 y ss.

tarios o *ab intestato*, en su caso respectivo, y nunca los del disponente (164). Respectivamente, González Palomino (165) y Díez Pastor (166) coinciden en decir: «Si el fiduciario tiene la obligación de entregar los bienes, de «transmitir» los bienes al segundo, en el momento en que no haya segundo y no tenga a quien «transmitir» ni entregar habrá desaparecido su obligación», y «Que el fiduciario sea heredero no me ofrece duda; supuesto que el segundo llamamiento haga defecto, la herencia se purifica en él, no pasa a los herederos abintestato».

Ahora bien, como la voluntad del testador es la ley de la sucesión, en caso de duda debe atenderse a su intención según el tenor del mismo testamento (art. 675 C. c.). De las propias palabras del testador o de su intención podrá deducirse si no quiso liberar de la restitución al instituido para el caso de no resultar efectiva (por nulidad o por otra causa) la sustitución fideicomisaria. Esta intención deberá resultar del mismo testamento (167) y no podrá

(164) Notemos que la ley 13 antes citada, se refería a un supuesto de nulidad total de la vinculación mientras que el artículo 637 del Proyecto de 1851, así como el 786 C. c., sólo se ocupan de la nulidad de la sustitución de un solo grado. Por eso estamos completamente de acuerdo con JERÓNIMO LÓPEZ: *Op. últ. cit.*, en su crítica a la desafortunada sentencia de 29 de octubre de 1949, la cual, partiendo de la nulidad de las sustituciones de más del segundo grado, invalidó los llamamientos de los sustitutos comprendidos en los grados permitidos y sólo mantuvo la institución.

(165) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, cit., pág. 901.

(166) Díez PASTOR: *Las disposiciones...*, cit., pág. 565.

(167) Un supuesto interesante es el que se plantea en la hipótesis de designación de usufructuario vitalicio con llamamiento de herederos *post mortem* de aquél. Se trata de una secuela de un viejo problema (ver JOAN MARTÍ MIRALLES: *Principis del Dret Successori*, Barcelona 1925, 5.ª lectura, 3.ª y 4.ª fórmulas, págs. 194 y ss.), que fué resucitado por nuestro querido compañero JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario*, en «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio», «Anales Ac. Matr. del Not.», vol II, págs. 547 y ss., y dió lugar a su polémica con otro querido compañero, JOSÉ LUIS Díez PASTOR: *Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos y Apéndice pseudo polémico*, en «Anales Ac. Matr. del Not.», vol. VI, págs. 543 y ss.

Nuestra opinión es la de que no cabe una solución unitaria, sino que debe resolverse en cada caso interpretando la voluntad del disponente, según el tenor de su testamento. Eso es lo que hizo la sentencia de 6 de marzo de 1944. Si en ella se consideró a la usufructuaria como heredera fiduciaria y a los instituidos *post mortem* como sustitutos fideicomisarios condicionales y no como nudo propietarios, no fué por el camino lógico dogmático seguido por GONZÁLEZ PALOMINO, sino porque en aquel caso de la expresión testamentaria se deducía que aquella era la voluntad del testador. Así, aquella disposición, determinaba que si uno de los instituidos en usufructo en segundo grado fallecía sin sobrevivirle hijos, su derecho acrecería al de su hermano, y a su muerte lo heredarían los descendientes legítimos de éste. Con lo que si el primero dejaba descendencia, se cortaba el camino a toda posible transmisión de los derechos de los llamados *post mortem* del segundo. A falta de alguna circunstancia clara, como la indicada, creemos que lo correcto y normalmente lo más conforme con la voluntad del causante, será considerar al llamado como usufructuario, meramente como tal, y que la nuda propiedad está transitoriamente incierta hasta el fallecimiento del usufructuario. Por tanto, sólo en caso de darse aquellas cir-

presumirse nunca, no sólo porque la regla general es la expresada, sino, además, por la prohibición de los fideicomisos conjeturados (art. 785, núm. 1 C. c.). Evidentemente la restitución a los herederos *ab intestato* del fiduciante a la muerte del fiduciario, significaría una sustitución fideicomisaria que, de no resultar del mismo testamento, como presunta debe ser rechazada.

En cambio, el problema se agudiza en los casos en que el fideicomiso no haya sido dispuesto imponiendo textualmente al heredero dicha restitución u ordenándosele con palabras comunes, sino impropriamente designando un segundo heredero cronológicamente ulterior, es decir, usando la fórmula de designar dos herederos a términos sucesivos (168). ¿Puede deducirse de este modo de expresión que fué intención del testador no liberar de restitución al heredero, que llamó hasta un tiempo cierto, aunque aquél a quien designó para después no pudiera o no quisiera suceder? La cuestión debe ser resuelta subdistinguiendo, según la hipótesis de que se trate, conforme al contenido de la disposición testamentaria.

Instituidos un heredero hasta cierto día y otra persona para después, si resultare nulo ese segundo llamamiento, no aceptare el llamado o éste premuriese sin dar lugar a la transmisión de su derecho por falta de herederos (recordemos que el Estado sucede en los bienes *tamquam vacantia* no *tamquam heres*) (169): ¿deberá entenderse que el heredero primeramente llamado queda liberado del término por aplicación de las reglas de la sustitución fideicomisaria, o por el contrario, habrá que aplicar el artículo 805 del Código civil y entrarán al llegar el día los herederos abintestato del

cunstances de haber premuerto al usufructuario todos los llamados *post mortem usufructuarii*, la herencia en cuestión, al fallecer, aquél, pasaría a los herederos del pseudousufructuario. De no darse, los bienes pasarían a los herederos abintestato del causante.

Como acertadamente expuso Díez PASTOR: *Las disposiciones...*, cit., página 573, «habrá sustitución fideicomisaria, aunque se le llame usufructo, cuando el testador haya querido hacer heredero al llamado usufructuario, pero no cuando le haya querido dar sólo el usufructo. Claro es que toda la cuestión no pasaría de ser un juego de palabras si en su contenido se identificasen ambas situaciones. Para mí, el contenido de facultades del fiduciario no puede ser sino muy distinto de las del mero usufructuario».

(168) En Derecho alemán se entiende, según explica KIPP: *Op. cit.*, volumen I, § 45, II, al comentar el § 2.104 del B. G. B., que: «Si el causante ha instituido para un caso herederos fideicomisarios y para otro no, de ello no hay que concluir sin más que en este último caso los herederos legales han de ser fideicomisarios. Únicamente lo son cuando el causante ha dado a entender que tampoco en este caso el primer heredero debe conservar la herencia.

(169) En el § 2.105, *Op. cit.* del B. G. B. excluye expresamente al Fisco a efectos de la disposición de dicho § de su calidad de heredero legítimo. ROCA SASTRE, notas a KIPP, § 45, pág. 268, vol. cit., y LACRUZ BERDEJO (notas a BINDER, cits. § 11, pág. 113), creen que en España, a falta de disposición expresa en igual sentido, el Estado tendrá, a efectos del 805, la condición de heredero legítimo.

Estimamos más convincentes las razones de los prácticos castellanos que sostuvieron la tesis que recordamos en el texto.

testador? El artículo 805 se refiere sólo al caso de que se instituya un heredero hasta o desde cierto tiempo sin prever para el resto del tiempo, con lo que implica la vocación como fideicomisario, en el primer caso, o como heredero gravado de restitución, en el segundo, de los herederos intestados; o, también comprende los supuestos de doble llamamiento para tiempos cronológicamente sucesivos si falla por cualquier causa alguno de los llamados? (170). Nos inclinamos por la primera hipótesis siempre que la intención del testador no resulte ser otra, según el tenor de su testamento. La Sentencia de 12 de febrero de 1915 confirma, en esencia, esa opinión. En un supuesto de sustitución del instituido por los hijos que dejare a su fallecimiento y anulada en otro litigio la institución por incapacidad de aquél, resolvió que en el tiempo que mediara entre la apertura de la sucesión y la muerte del instituido en primer lugar, cuya institución fué declarada nula, no debía aplicarse al artículo 805, sino que los sustitutos ya nacidos debían heredar directamente al causante (sin perjuicio de que si dejase al morir aquél más hijos legítimos también heredarían éstos, lo que sólo daría lugar a la consiguiente corrección en la determinación de la cuantía correspondiente a los ya nacidos al abrirse la sucesión), aún cuando no hubiere fallecido el primer instituido.

b) *El heredero gravado de restitución responde ilimitadamente de las deudas del causante si no ha aceptado su herencia a beneficio de inventario y puede cobrar sus créditos (171), sin perjuicio de imputar el importe de unas y otros a la cuenta de la masa a restituir (art. 83, § 2.º).*

La opinión opuesta, respecto a la responsabilidad personal e ilimitada de fiduciario, fué defendida por Roca Sastre (172). El razonamiento de nuestro maestro y amigo, parte de una exacta explicación del doble fenómeno de la sucesión y la restitución del

(170) ¿En qué momento deberían determinarse los herederos abintestato? ¿En el de la muerte del causante o en el del día fijado?

En hipótesis, de instituirse heredero desde cierto día y deber entrar previamente los legítimos, conforme al artículo 805, ¿qué ocurriría si fallare aquél?, ¿quién entraría al llegar ese día?, ¿continuarían los actuales causahabientes, o entrarían los que fueron al fallecer el causante sus herederos abintestato?, ¿o su lugar deberían ocuparlo aquellos que hubieren sido los herederos legítimos del causante al llegar el día? (v. gr.: al morir A., causante, le sucedieron hasta el día en que debe entrar B. los herederos legítimos del propio A., sus hermanos C. y D. Estos premueren a B., heredándose a su vez, testamentariamente, sus esposas M. y N. Llega el día y B. repudia, ¿continuarán M. y N. en el goce de los bienes heredados de A. o deberán pasar a X, Y y Z, primos de A. y que en el día cierto fijado para la entrada de B. serían los herederos abintestato de aquél?). Las normas de la sustitución fideicomisaria abonarían la primera solución—por la que nos inclinamos—, mientras que la aplicación extensiva del artículo 805—que rechazamos en el texto—nos llevaría a la contraria.

(171) Puede incluso cobrar créditos garantizados con hipoteca y cancelar éstas (Res. 12 mayo 1903) recogida en el artículo 178 R. H.

(172) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, vol. II (Madrid, 1948), pág. 48.

heredero gravado de fideicomiso: «Una vez ha aceptado la sucesión el fiduciario, se produce una confusión entre su patrimonio y el hereditario; pero esta confusión es provisoria o interina, pues una vez llegue el momento de la restitución desaparece esta confusión y el fiduciario o sus herederos pueden reclamar los créditos que aquél tenía contra la herencia y que mientras aquél era heredero se hallaban bloqueados o congelados por causa de confusión de titular.» Pero, la conclusión que después formula, de que sería absurdo que el fiduciario tuviera que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos por no adquirir efectivamente un valor libre, ya no nos parece del todo aceptable. La responsabilidad *ultra vires* o *intra vires*, frente a los acreedores del causante, afecta a éstos que son terceras personas respecto la relación entre fiduciario y fideicomisario. La respetabilidad de los derechos de aquellos reclama las debidas garantías para que no sean defraudados (173). Para esto se halla establecida la aceptación a beneficio de inventario con su reglamentación legal a la que puede acogerse el heredero gravado de restitución. No olvidemos que sin tomar el debido inventario el sustituido ni siquiera podría detraer al sustituto la cuarta trebeliánica, ni puede hacerlo en las legislaciones que la admiten (174).

c) *El gravado de restitución puede realizar con sus coherederos la partición de la herencia afectando a sus sustitutos.*

La cualidad de heredero autoriza para realizar la partición. Esa facultad no puede ser contrarrestada por la limitación temporal de su titularidad de los bienes, que no puede hacernos confundir el heredero gravado de fideicomiso con un usufructuario ni con un mero administrador.

Esa fué la doctrina aceptada en Derecho común (175) y creemos que sigue siendo la correcta en el régimen del Código civil. Sin perjuicio de las facultades de control que puedan corresponder a los fideicomisarios, a tenor del artículo 1.054 o, incluso, a base del artículo 1.121 a través del 791 del Código civil. Y sin obstar,

(173) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (Op. cit., § 28, pág. 246) estima también que si el fiduciario acepta sin beneficio de inventario responde ilimitadamente y, en este caso, observa que: «Surge la duda de si los débitos heredados continúan gravando además a la apertura de la sustitución su propio patrimonio, o si al suprimirse la confusión dejan absolutamente de afectarle.» A su juicio, «la primera solución corresponde mejor al concepto de responsabilidad ilimitada y favorece los intereses del tráfico, además de evitar que la garantía patrimonial de los acreedores pueda disminuir con los herederos sucesivos. Mas es preciso reconocer que, al desaparecer la confusión de patrimonios, desaparece el motivo fundamental en el derecho vigente, de la responsabilidad por deudas hereditarias».

(174) BORRELL Y SOLER (Op. y vol. cit., § 461, núm. 5, pág. 176) dice que para detraer la cuarta trebeliánica el fiduciario universal debe tomar inventario «en tiempo y forma legal, o sea, como si lo tomase para gozar del beneficio de inventario».

(175) Ver ANTONIUS PEREGRINUS: *Tractatus de Fideicommissis* (edit. novísima, Lugduni, 1670), art. LIII, núm. 18, pág. 765.

la ulterior posibilidad de impugnar las particiones verificadas en fraude de sus derechos.

Creemos que la resolución de 10 de junio de 1916 confirma nuestra opinión. No la contradice la Resolución de 22 de mayo de 1944, ya que en el supuesto de hecho que la motivó, quienes verificaron la partición no eran verdaderos herederos gravados de restitución (aunque los nudo propietarios estuvieran testamentariamente indeterminados) sino meros usufructuarios vitalicios.

La tesis opuesta ha sido defendida por nuestro querido amigo y compañero, Manuel de la Cámara (176), que basó su conclusión en las premisas de que la partición es un acto dispositivo o traslativo y de que, como tal, no puede verificarla el fiduciario.

No aceptamos ninguna de las dos premisas.

Falla la mayor (177): Porque sobre cada bien hereditario no hay sino una titularidad transitoriamente indeterminada (178) o sólo alternativamente determinada entre los herederos, y el acto particional —conforme nos enseñó nuestro querido compañero José Martín López (179)—sólo tiene carácter determinativo o especificativo.

Y, también rechazamos la premisa menor: Por que el heredero gravado de fideicomiso no deja de ser propietario aunque sujeto a restitución (180).

Por estas razones históricas y dogmáticas tampoco estamos de

(176) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, en «Rev. Der. Priv.», XXXII (julio-agosto 1948), págs. 639 y sigs.

(177) CÁMARA (Loc. cit., nota 27, pág. 651) se apoya en las palabras del artículo 1.068 C. c. («La partición legalmente hecha *confiere* a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados») y en la obligación recíproca de evicción y saneamiento (art. 1.069 C. c.) que a su juicio sólo tiene explicación clara en un sistema traslativo. Pero la palabra *confiere*, en la que especialmente se fija nuestro amigo, va referida a *propiedad exclusiva* y no simplemente a *propiedad*. Y la obligación recíproca de evicción y saneamiento —que ciertamente, por regla general, presupone un contrato conmutativo y traslativo del dominio—sigue aplicándose en las particiones verificadas por el comisario e incluso por el mismo testador—si aparece o racionalmente puede presumirse ser ésta la voluntad del propio testador (art. 1.070, núm. 1)—en las que no puede decirse haya traslación recíproca de cuota alguna (ver MANUEL ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en «An. Dcho. Civ.», I-III, pág. 978).

(178) Ver FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo I, páginas 653 y sigs.

(179) JOSÉ MARTÍN LÓPEZ: *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «Rev. Der. Priv.», XXIII (marzo 1936), págs. 94 y ss.

(180) No olvidemos que los términos «disposición» (opuesto a «administración») y «enajenación» no coinciden entre sí. A veces porque un mero administrador sin poder de disposición puede realizar enajenaciones (verbigracia: un administrador puede vender frutos; el gerente de una Sociedad que tenga por fin la compraventa de inmuebles puede realizar la enajenación de bienes de esta clase) y otras, porque un titular puede tener limitada sin excluirla totalmente la facultad de enajenar sus bienes por la sujeción de los mismos a determinado destino (como en nuestro caso ocurre).

acuerdo con otro querido amigo, Lacruz Berdejo (181), que si bien cree que los fiduciarios tienen derecho a que la partición se practique, estima que de no concurrir los fideicomisarios o de no hacerse aplicación, cuando éstos no sean conocidos, del régimen de representación del ausente, dicha partición queda resuelta a la muerte del fiduciario, señalando al efecto el artículo 1.054. Pero este precepto se refiere a la partición practicada por los herederos llamados bajo condición suspensiva (puesto que habla de que no podrán pedir la partición hasta que aquélla *se cumpla*) hipótesis muy diversa y a tono con el artículo 801. Teleológicamente, la seguridad jurídica repele esa solución por la incertidumbre a que incluso somete las adjudicaciones verificadas a favor de los coherederos instituidos sin gravamen de restitución (182).

d) *Como propietario—aunque lo sea temporal—le corresponde ejercitar las pertinentes acciones dominicales; tiene derecho a hacer mejoras y a cobrarlas en caso de restitución* (art. 783, § 2).

Incluso desde este punto de vista parece que con respecto a las minas, caza, tesoro oculto, debe considerársele propietario (183). Y el derecho de preferente suscripción de las acciones fideicomitidas puede plantearse en términos distintos que el de las usufructuadas.

e) *Pero, como propietario temporal, el heredero sujeto a sustitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de su restitución, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa* (art. 783, § 2.).

Como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*, sus actos de enajenación no pueden rebasar ese ámbito temporal, a no

(181) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 29, pág. 240.

(182) En caso de que no haya más que un solo heredero en parte libre y en parte gravado con fideicomiso, estando en juego intereses contrapuestos el problema de la autocontratación se suma al que hemos resuelto.

Para la hipótesis de que sea heredero único totalmente gravado de restitución el cónyuge viudo, propone GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit. últ., págs. 470 v ss.) para la liquidación de la sociedad conyugal, la solución resultante de la remisión que hace el artículo 1.428 a la sec. V, cap. V, Tit. III, lib. III, relativa a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. «Y una vez formado el inventario—explica PALOMINO—que es lo más difícil y vidioso de cualquier operación particional (relación de bienes, tasaciones, bajas, etc.) lo demás no tiene en nuestro caso gran importancia, no cabe que el viudo haga manejos fraudulentos ni perjudique a los eventuales herederos, ni se beneficie él mismo inmoral ni ilegalmente... *hecho el inventario judicial* puede el viudo por sí sólo establecer las adjudicaciones de bienes por todos los conceptos y terminar la liquidación de la sociedad conyugal *unilateralmente*».

Creemos que esta solución cabría extenderla en nuestro caso a la partición cuando el único heredero lo sea en parte libremente y en parte sujeto a sustitución fideicomisaria.

(183) Dice ROCA SASTRE (*Estudios...*, pág. 29) que en materia de tesoros, minas y caza el fiduciario tiene la condición de propietario. Otro criterio es el que sostiene LACRUZ (Notas cit., § 28, pág. 238): «En materia de tesoros y minas—dice—tiene la condición de propietario, aunque la propiedad de lo adquirido en cuanto no puede calificarse de fruto, es tan resoluble como la de masa de la herencia (no parece que proceda aquí la aplicación del art. 1.632).»

ser que el testador lo haya autorizado (según ocurre en los fideicomisos de residuo).

Ha dicho certeramente Manuel de la Cámara (184) que admitida «la posibilidad de una propiedad a plazo, no hace falta imponer una prohibición de disponer, al primer llamado, para conseguir los fines propios de la sustitución fideicomisaria, aunque imponiéndola se logren indirectamente parecidos fines. Percibe este matiz con toda claridad el número 2 del artículo 0785 del Código civil. La sujeción de los bienes a su restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de aquella sujeción» (185).

Como ha dicho Díez Pastor (186), «La tendencia contraria a la trayectoria histórica que intenta reducir su posición (*la del fiduciario*) a la de mero usufructuario a través de una supuesta prohibición absoluta de disponer anquilosa la función conservativa del fiduciario, dificulta la solución del problema siempre grave de la responsabilidad hereditaria y contribuye al movimiento, que

(184) MANUEL DE LA CÁMARA: Loc. cit., pág. 648.

(185) En este sentido GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación...*, loc. cit., págs. 923 y ss.) y JERÓNIMO LÓPEZ (*La regulación del fideicomiso de residuo...*, loc. cit., nota 151, pág. 787). Por eso admiten que el fiduciario pueda enajenar con fines conservativos. Y por esa misma razón los autores de Derecho común, apoyándose en la ley *Ita constante* (Dig. XXIII-III, 26) aceptaron la posibilidad de enajenación por causa de permuta o de convertir por conmutación del precio de las cosas fideicomitidas en otras más útiles y cómodas y productivas (véase PEREGRINUS: Op. cit., art. XL, núm. 32, pág. 552: «Permittitur alienatio de rebus subiacentibus fideicommissio universali; ex causa permutatio nis, seu commutationis precii, in aliis res utiliores aut magis commodas, et proficuas»).

Posibilidad que expresa ROCA SASTRE (*La subrogación real*, «Revista de Derecho Privado», XXXII, abril 1949, pág. 298) denominándola facultad de subrogar. Esta facultad es la causa legitimadora de la posibilidad de enajenar como libres los bienes que deban ser subrogados. (En contra de este orden causal, que quiere invertir, ver PALOMINO nota 69, loc. últ. cit., págs. 888 y sigs.).

Sobre los requisitos formales para la enajenación como libres de los bienes fideicomitidos pueden consultarse los trabajos citados en estas notas, de CÁMARA (págs. 658 y s.), GONZÁLEZ PALOMINO (págs. 931 y ss.) y ROCA SASTRE (págs. 299 y siguientes).

En todo caso creemos que es necesario examinar cuál fué el contenido de la sujeción restitutoria ordenada y cuál la persona en cuya utilidad se dispuso (es decir, si fué en interés de los fideicomisarios o del propio fiduciario, de cuyas cualidades se desconfía). El contenido de la sujeción restitutoria lo integran los bienes, pero éstos pueden ser considerados como masa de valor o individualmente, es decir, específicamente determinados. En este segundo caso, la subrogación no puede aceptarse nunca; al contrario que en el primero. Así, si el fideicomiso afecta a una masía, un caserío, una casa solariega, con las tierras que constituyen la explotación agrícola familiar, no podrá admitirse nunca la enajenación de sus elementos básicos y sólo la de los elementos accesorios en caso de evidente utilidad (permuta de parcelas para mejorar la explotación racional de la finca) o necesidad (venta de una parcela para cancelar una hipoteca vencida y exigida que grave la finca básica del fideicomiso). En cambio, es aceptable que se autorice, con las debidas garantías, la enajenación para subrogarlos por otros si los bienes están considerados en la disposición del fideicomiso meramente como valor sujeto a restitución.

(186) Díez PASTOR: Op. cit., pág. 565

me parece regresivo, que visiblemente tiende a limitar las posibilidades creadoras de nuestro magnífico Registro de la Propiedad.»

B) *Posición del sustituto fideicomisario.*

Para captar la posición del sustituto fideicomisario debemos distinguir la hipótesis de que quien fué instituido heredero con dicho gravamen llegue a adquirir la herencia y la de que por cualquier causa no llegue a heredar:

a) *Si el instituido heredero gravado de restitución no llega a heredar ni hay designado sustituto vulgar, el sustituto fideicomisario ¿hereda directamente o sigue siendo sustituto fideicomisario de los herederos intestados?*

En el estudio histórico que brevísimamente hemos bosquejado en la primera parte de este trabajo hemos percibido la evolución que llevó a permitir que el sustituto fideicomisario universal adquiriera directamente—sin rodeo ni circuito inútiles—cuando el instituido no aceptaba la herencia. Menos claro resultaba si de premorir el instituido se producía automáticamente el mismo resultado o bien si eran los sucesores abintestato quienes heredaban, aunque gravados igual como lo hubiese estado el premuerto por la sustitución fideicomisaria. La última fase de la evolución tendía hacia la primera solución—que ya habían propugnado Gregorio López, Matienzo, Tello Fernández y otros clásicos—es decir, a que el sustituto fideicomisario adquiriese directamente como heredero, siempre y cuando el instituido no llegara a heredar, bien fuese por incapacidad, repudiación o premoriencia.

El artículo 785 del Código civil determina el momento de adquisición de su derecho por el fideicomisario y de su transmisibilidad. Pero, en cambio, no trata directamente la cuestión que ahora planteamos. Es decir, no aclara específicamente, para el caso de que el instituido no heredase por premorir, repudiar la herencia o ser incapaz, si el sustituto debía heredar directamente como si hubiese sido nombrado sustituto vulgar de aquél, o bien si debe seguir siendo sustituto fideicomisario, en tal caso de los herederos abintestato.

La sentencia de 13 de febrero de 1943 declaró que la doctrina científica ni la jurisprudencia patrocinan de una manera general y decidida la solución de que en la sustitución fideicomisaria, cuando el testador no haya empleado una fórmula de las llamadas compendiosas, deba considerarse sobrentendida la sustitución vulgar.

En cambio, la sentencia de 13 de noviembre de 1948 afirmó que el llamado en segundo lugar en la sustitución fideicomisaria adquiere la herencia a la muerte del testador, porque en ese momento su derecho hereditario quedó perfeccionado cual si hubiera sido llamado por sustitución vulgar. (Al contrario de lo que declaró para el sustituto de residuo, si otra cosa no resultara de la vo-

luntad del testador expresa o sobrentendida, como, v. gr., por el uso de una fórmula compendiosa.)

De Buen (187) expresó su creencia de que en nuestro Derecho como en el Código alemán (§ 2.012) «si el fiduciario premuere al testador el fideicomisario debe heredar como si fuera un sustituto vulgar» Nuestro querido amigo Albaladejo se inclina por admitir el mismo resultado (188).

González Palomino (189) aboga decididamente por la consideración del segundo llamado como sustituto vulgar del primero: «Si el primer llamado renuncia o no puede adquirir por cualquier causa desaparece el obstáculo que cerraba o dificultaba el camino del fideicomisario y entrará derecho en la propiedad de los bienes. A no ser que exista alguna otra dificultad».

Díez Pastor (190) estima que no cabe otra solución sin atropellar al mismo tiempo la voluntad del testador, el artículo 675 y la esencia misma de la sucesión voluntaria.

Compartimos la tesis de nuestros admirados amigos. A ella ineludiblemente nos lleva la línea evolutiva y progresiva que hemos observado en nuestra breve excursión a través de la historia.

Y la entendemos aplicable tanto a los supuestos en que la sustitución fideicomisaria es pura como cuando sea condicionada (191). Si la sustitución fideicomisaria es pura, la sustitución vulgar subsidiaria también será pura; si aquella era condicional, será igualmente condicional la sustitución vulgar subsiguiente.

No vemos obstáculo para ello en el artículo 805 del Código civil. Como tampoco lo vimos al examinar la hipótesis inversa de consolidación de la titularidad del gravado por el fideicomiso. La aplicación rigurosa del artículo 805 sólo puede referirse al supuesto literalmente previsto en el mismo. Es decir, a la institución *desde o hasta* cierto tiempo sin previsión para el otro tiempo. Esa imprevisión para el resto del tiempo, es lo que supone un explícito llamamiento a los herederos legítimos. En cambio, en los llamamientos sucesivos parece más lógico entender que la determinación de tiempo es un recíproco límite puesto exclusivamente por la concurrencia temporal, querida tan sólo entre los

(187) DEMÓFILO DE BUEN: Notas al «Curso elemental de Derecho civil de Colín y Capitan» (Madrid, 1928), vol. VIII, pág. 309.

(188) MÁNUEL ALBALADEJO: *La sustitución vulgar*, en «Rev. Der. Not.», página 179 y en *Sustituciones hereditarias* (Oviedo, 1858), pág. 106. «Para mí —concluye— y salvo disposición del testador en contrario, parece más acorde con la presumible voluntad del causante que el fideicomisario sea llamado, sino llega a ser heredero el fiduciario. Esto, tanto si se cree que la sustitución fideicomisaria encierra lo vulgar, como si no. Porque en este caso igual resultado práctico cabe obtener, bien mediante una conversión de negocio jurídico, bien sosteniendo que fué realmente—y no hipotéticamente—querida en defecto de la otra.»

(189) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación de bienes pseudosufructuados*, loc. cit. pág. 901

(190) DÍEZ PASTOR: Loc. cit. pág. 562. Ver también pág. 558.

(191) Ver DÍEZ PASTOR: Loc. y pág. últ. cit., pág. 566, que afirme la aplicación del art. 801 C. c., mientras la condición no se verifique.

llamados para *hasta* o para *después* del término. Límites que deben desaparecer al faltar dicha concurrencia limitativa. A esa solución nos acompaña la sentencia antes referida de 12 de febrero de 1915, que rechazó la aplicación del artículo 805 en un caso de nulidad de la institución por incapacidad del llamado y de llamamiento como sustitutos de los hijos legítimos *que al fallecer aquél dejare*, y admitió que heredasen directamente al causante aquellos de dichos sustitutos que ya habían nacido al causarse la sucesión sin perjuicio del derecho de los que nacieren después (aun cuando esta sentencia se apoyó en considerar el supuesto en cuestión como una condición comprendida en el artículo 799 que no afectaba a la preexistencia de los derechos de los sustitutos).

Cuando el sustituto fideicomisario condicional deba entenderse llamado como sustituto vulgar condicionalmente, deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 801 a 804 del Código civil, en cuanto no contradigan la voluntad del causante.

Hay que observar que en aquellos supuestos en los que la intención del causante, según el tenor del testamento, resulta ser meramente la de aplazar—aun sin condicionar su llamamiento—la libre disposición del llamado como sustituto, habrá de respetarse esa voluntad y la herencia deberá ponerse en administración conforme a los artículos últimamente citados, que estimamos aplicables por analogía a esta hipótesis.

En todo caso, hay que tener presente que la voluntad del testador, donde no choque con leyes imperativas, es la ley de la sucesión, y que debemos interpretarla siempre a tenor del artículo 675 del Código civil.

b) *Si el heredero gravado de restitución llega a heredar, el sustituto fideicomisario, aunque lo sea universal, no será nunca heredero del causante, sino que su posición jurídica se aproximará más bien a la del legatario de una parte alicuota o de una universalidad de derecho.*

Anteriormente hemos sostenido que heredero de una persona es aquél en quien se opera o se ha operado el fenómeno sucesorio: la *successio in universum ius*. Añadiremos que esa cualidad, que acompaña siempre al sujeto en quien se produce dicha sucesión, continúa en los herederos de éste, lo cual concuerda con el hecho de que el heredero del heredero debe responder *ultra vires* de las obligaciones del causante. Por eso en Derecho romano—como ha observado Biondi (192)— en las herencias sucesivas los patrimonios de todos los causantes quedan confundidos con y en el patrimonio del que resulte ser el último heredero de toda la serie de sus predecesores (193).

Eso ocurre así, pese a que no es inmediata la causa que el últi-

(192) BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., núm. 142, págs. 437 y ss.

(193) Ver Dig. V-III, 3; XXVIII-VI, 10, § 2.º, 7, § 2.º y L-XVII, 194.

mo heredero trae del primer causante, ya que ambos están concatenadas por la mediación de todas y cada una de las sucesiones intermedias (194). En cambio, a pesar de que el sustituto fideicomisario—aunque reciba los bienes oblicuamente a través del gravado de restitución—trae directamente su causa del fideicomitente, no puede estimarse como heredero suyo (195). En el primer caso hay una concatenación de causas sucesivas que arrastran las cualidades de heredero correspondientes a sus titulares; en el segundo hay una causa directa e inmediata—pese a la transmisión oblicua de los bienes—, pero esa misma causa directa—que no es una *successio in loco ius*—excluye la concatenación causal a través del heredero entre el causante y el sustituto. Este adquiere, aunque oblicuamente, con causa directa del causante; pero no le sucede como heredero suyo—porque el fenómeno sucesorio no se operó en él—; ni sucede a su heredero, el fiduciario, del que recibe los bienes, pero de quien no trae causa.

El sustituto fideicomisario no es heredero directamente del fideicomitente, ni por intermediación del sustituido porque tampoco es heredero de éste (como tal sustituto). La causa jurídica que trae del causante es distinta, por lo tanto, de la que acompaña al título de heredero.

El fenómeno restitutorio es muy diferente del fenómeno sucesorio. Por lo menos, en los regímenes de raíz romana. El heredero se subroga en la posición jurídica del causante—bien él solo o bien en comunidad—; el sustituto fideicomisario adquiere una universalidad diferenciada. La universalidad en la sucesión sólo significa la contemplación unitaria del fenómeno—por eso en ella tiene un sentido relativo y transitorio—. En cambio, en la restitución supone la objetivización como masa patrimonial individualizada del complejo fideicomitido, que no llega a confundirse con el patrimonio del sustituto mientras no sea totalmente líquida aquella masa—por lo que tiene un sentido absoluto mientras se mantiene como un complejo de derechos y obligaciones.

(194) Así expuso GAYO: «Si hemos sido hechos herederos de Ticio, que fué heredero de Seyo, así como podemos sostener que es nuestra la herencia de Ticio, así también la de Seyo» (Dig., V-III, 3). Y PAULO dijo: «En todas las sucesiones, el que fué heredero de quien fué heredero de Ticio, se considera que es heredero también de Ticio, y no puede dejar de aceptar la herencia de Ticio.»

(195) No puede confundirnos el texto de ULPIANO (Dig. XXVIII-VI, 10, § 2.º) que refiriéndose al sustituto pupilar dice que éste no puede separar la herencia del hijo impúber y la del padre «sed ut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius». Este texto contempla la hipótesis de una sustitución pupilar y examina un supuesto de herencias verdaderamente sucesivas y concatenadas, pues el pupilo heredó a su padre y el sustituto pupilar al pupilo, ya que el padre testó por él. En la sustitución pupilar romana el padre no actuaba como fideicomitente del hijo impúber, sino que testaba por él (Dig. XXVIII-VI, 2)

Incluso en los regímenes jurídicos en los que predomina la idea de la *adquisitio per universitatem* (196) se ha discutido por algunos autores (Helwig, Grosse), si el sustituto fideicomisario era heredero del disponente. Binder (197) reconoce que «la herencia no se transmite al postheredero tal como se encontraba al salir de manos del causante.» Pero ante el absurdo, a su juicio, «de estimar al preheredero como predecesor jurídico del postheredero» y estimando que «la situación de heredero tiene su fundamento en la situación del causante y por objeto el patrimonio de éste», concluye que puede ser considerado el que llama postheredero como heredero del causante. Kipp (198) también reconoce que el fideicomisario: «Es cierto que recibe el patrimonio de la manera que se ha configurado en poder del fiduciario, en cuanto éste haya podido disponer del mismo con eficacia contra él y en este sentido también es completamente exacto que el heredero fideicomisario es *sucesor jurídico del fiduciario*. Pero lo uno no se opone nada a lo otro, pues es muy frecuente que, con respecto a una misma situación jurídica, alguien resulte por sucesor jurídico de varios causantes en derecho... Con respecto al heredero fideicomisario, esto es cierto tanto respecto del testador como del fiduciario...».

Los raciocinios—no coincidentes en todo—de ambos ilustres juristas germanos parten de un concepto de la sucesión hereditaria diferente del que creemos corresponde a nuestro sistema. Suceder en una universalidad y suceder a título universal no es lo mismo (199). Objetivizar la herencia u observarla como fenómeno sucesorio universal son cosas harto diversas. El sustituto fideicomisario no hay duda de que trae causa del disponente y no del heredero sustituido, pero esto, si bien basta para no considerarlo heredero de éste, no implica que necesariamente haya de ser heredero de aquél (200).

La adquisición del sustituto fideicomisario se asemeja más a

(196) Basta comparar el artículo 661 del C. c. y el § 1.922 del B. G. B. Este dice: «*Con la muerte de una persona, pasa su patrimonio como un todo a otra u otras.*»

(197) JULIUS BINDER: Op. cit., § 28, IV. págs. 243 y sigs.

(198) THEODOR KIPP: Op. cit. vol. II, § 92, II. págs. 85 y sigs.

(199) Ver cómo resalta esa diferencia ARNOLDO VINNIO (*Cuestiones selectas*, trad. castellana, Barcelona, 1847, T. II del *Comentario...*, cap. XXIII, página 617) que distingue la alegación del título universal—o *pro haerede*—o de un título singular y, en este caso, referido a la universalidad, o sea a la herencia, o a la parte de ella, o a una cosa singular.

(200) En este extremo—por las razones ontológicas, antes expuestas—discrepamos de quienes, como, v. gr., nuestro buen amigo JERÓNIMO LÓPEZ (op. ult. cit., págs. 754 y sigs. y pág. 780), califican de herederos a los sustitutos fideicomisarios universales, estimando esa asimilación como fruto de una larga y complicada evolución. Anteriormente hemos examinado esa evolución que creemos no puede llevar sino a dos resultados fundamentales: 1.º La consideración del sustituto fideicomisario como sustituto vulgar del heredero (salvo exclusión de esa conversión por el causante). 2.º El automatismo de la adquisición o restitución independizada de la voluntad del heredero. El hecho de que haya autores que llamen heredero fideicomisario al sustituto no es

la del legatario de parte alicuota. Incluso de *facto* fenomenológicamente coincide con la de éste cuando recibe totalmente líquidos los bienes fideicomitidos, es decir, cuando recibe el activo liquidado por el heredero, diferenciándose por la adquisición automática de los bienes—como en los legados vindicatorios—al contrario que en los legados de herencia (201). Pero puede recibir la masa sin estar aún totalmente liquidada—v. gr., por haber muerto el sustituido antes de concluir dicha liquidación del pasivo—y entonces se asemeja al legatario de una universalidad (v. gr., de un patrimonio mercantil con su activo y su pasivo), que recibe como masa unitaria—o patrimonio autónomo—que se mantiene como tal y no se confunde totalmente en el patrimonio del sustituto mientras no quede completamente liquidado de su pasivo.

La herencia del fideicomitente ni la del heredero fideicomitido (a no ser que sea por otro título) no se confunden en el patrimonio del sustituto fideicomisario. A diferencia de lo que ocurre en el patrimonio del heredero con las herencias de su causante y del causante de éste, que se confunden en él a falta de aceptación a beneficio de inventario, de modo que el heredero del heredero responde personal e ilimitadamente *ultra vires hereditatis* de las obligaciones de su causante y de las del causante de su causante. El sustituto fideicomisario no responde personalmente, sino sólo *cum viribus*, de las deudas del fideicomitente (202), y en modo alguno (a no ser que directamente, por otro título, sea heredero suyo), de las del heredero sustituido, salvo de las mejoras (art. 783, § 2.º) por subrogación (art. 1.111) (203).

Ontológicamente, la naturaleza de las cosas e históricamente los precedentes que desembocan en el Código civil, y que éste no excluye, nos llevan a estas conclusiones, que no se pueden considerar como meramente teóricas por su riqueza en consecuencias. Frente a ellas no puede oponerse la expresión del artículo 785, número 1 del Código civil, que considera fideicomisaria la sustitución que se haga «imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un *segundo heredero*». La falta de rigor técnico-jurídico en la terminología del Código civil impide

sino fruto de una errónea objetivización y petrificación de la contemplación *per universitatem* del fenómeno sucesorio con olvido de que sólo con referencia a la *successio in ius* debe enfocarse ese especial modo unitario de contemplarlo.

(201) Sobre el legado de parte alicuota expusimos nuestra opinión en *Apuntes de Derecho sucesorio...*, II, § 4.º, págs. 247 y ss. y en «An. Der. Civ.», V-III, págs. 255 y ss.

(202) En contra LACRUZ BERDEJO (Notas a Binder, § 28, pág. 246) que entiende que el fideicomisario tiene una responsabilidad sucesiva, pero ilimitada, si no acepta a beneficio de inventario.

(203) LACRUZ BERDEJO (loc. ult. cit.) dice que: «Las deudas de herencia (posteriores a la apertura de la sucesión), son, sino han sido directamente imputadas a otro por la ley, deudas personales del heredero y no pasan al fideicomisario, puesto que en ellas no cabe la sucesión universal. Pero en la relación interna deben ser abonadas—limitada o ilimitadamente—por el fideicomisario en la medida determinada en el artículo 783 C. c.»

valorar dicha expresión por encima de las anteriores consideraciones. Además, en este caso, el precepto en cuestión se concretó a señalar el sentido de una forma de expresión haciéndola equivalente a la expresa disposición de una sustitución fideicomisaria, pero sin tener la pretensión de definir la condición jurídica del sustituto fideicomisario.

C) *Expresión dispositiva de las sustituciones fideicomisarias.*

De lo dicho resulta confirmada la afirmación de que la sustitución fideicomisaria se caracteriza por el orden sucesivo en el llamamiento al disfrute de bienes hereditarios, bien sean determinados en masa, *per universitatem* (fideicomiso universal), o específicamente (fideicomiso singular). Es característica natural de la sustitución fideicomisaria la sujeción restitutoria de los bienes fideicomitidos. Y, en cambio, la cualidad de heredero no es esencial en el primer llamado (cabe gravar con fideicomiso universal a un legatario de cuota y de fideicomiso singular a cualquier legatario) y no es posible en los designados para sucesión ulterior (salvo en el caso de que por sustitución vulgar ocupen el lugar del primer llamado).

Formalmente, la manera de expresar la disposición de sustituciones fideicomisarias suele acompañarse con el carácter que fácticamente tienen. Causalmente todos los llamamientos dimanar del disponente, pero de hecho las transmisiones se realizan indirectamente con intermediación del llamado con prioridad cronológica. Esa realidad fáctica ha hecho que la forma normal de disponer sustituciones fideicomisarias fuera la *oblicua*, a diferencia de la forma *directa* de expresión de la institución de heredero y de la disposición de legados. Pero esa forma oblicua puede manifestarse correctamente, sea con palabras comunes o bien con sintetismo técnico, o, por el contrario, con incorrección técnica, aceptada por la ley que da cauce jurídico a la intención empírica del disponente prescindiendo de la impropiedad de su expresión terminológica jurídica.

Por ello podemos distinguir tres formas de disposición de las sustituciones fideicomisarias, a saber:

a) *En forma oblicua expresada con palabras comunes*: imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado (art. 785, núm. 1, forma segunda). Esta obligación terminante de entregar puede sustituirse con otras expresiones comunes que signifiquen un resultado igual, como, verbi gracia, expresando que los bienes, llegado el día o cumplido el evento, «*pasarán a otro u otros llamados*».

b) *En forma oblicua expresada sintéticamente con términos técnicos*: es decir, llamando a una o varias personas como sustitutos fideicomisarios dándoles esta denominación técnica (art. 781, número 1, forma primera).

c) *En forma directa, pero sucesiva: llamando incorrectamente como herederos «ad tempus» con carácter sucesivo a varias personas, bien sea de modo puramente temporal o condicionado resolutoriamente al primero o suspensivamente al segundo llamados*

(artículos 805 en rel. 790 y 791 C. c.). Antes hemos visto que implicaban sustitución fideicomisaria—como traducción técnico-jurídica de la intención empírica que las partes expresaron incorrectamente. Expresión incorrecta que no puede confundirse con las meras conjeturas que el Código civil ha querido desterrar (arts. 783 y 785, número 1). No obstante, se discutió si estos llamamientos sucesivos suponían la sujeción de los bienes, es decir, lo que el Código llama encargo y obligación de conservar y restituir. El dictamen de Díaz Cobeña y la Sentencia de 25 de octubre de 1954, antes referidos, son consecuencia de esa duda, resuelta por uno y otra de modo afirmativo. Podemos decir que el llamamiento sucesivo y temporalmente limitado de varios herederos *equivale* (art. 805, párrafo 1.º) a la imposición terminante—es decir, que es un modo de expresarla— que exige el artículo 785, núm. 1.º, forma segunda, para que las sustituciones fideicomisarias surtan efecto (204).

En cambio, el llamamiento de varios sujetos como primeros herederos bajo condición suspensiva, de modo que el cumplimiento o incumplimiento de ésta determine cuál de ellos deba serlo, no supone sustitución fideicomisaria (205). El carácter retroactivo del cumplimiento de la condición puesta a la institución (artículo 791, en rel. 1.120 y 800 C. c.), cuando no va unida a una determinación de tiempo inicial (como en cambio presupone la puesta al sustituto fideicomisario), impide que haya efectivamente el orden sucesivo característico de la sustitución fideicomisaria. Ni siquiera habrá sustitución fideicomisaria condicional cuando se imponga al primer llamado una condición potestativa, sino que habrá dos llamamientos bajo condición suspensiva, aunque la administración corresponda al sujeto de quien dependa el cumplimiento de la condición (art. 800).

§ 4.º *Dos fideicomisos condicionales y a plazo incierto. Su régimen en materia de la transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos.*

Hemos visto anteriormente la posibilidad de someter a condición las sustituciones fideicomisarias. E incluso, que el llamamiento inmediato de un heredero sometido a condición resoluto-

(204) Muy certeramente trata esta cuestión GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudosufructuados*, loc. cit., pág. 918 y ss.). Al examinar el número 1 del artículo 785 (pág. 920) dice: «*Si se suprime la interpretación extensiva, pero no la interpretación de voluntad del testador* (art. 675) y con ella se niega eficacia a las sustituciones fideicomisarias tácitas es natural que las válidas deban hacerse de una manera expresa en el sentido de ser claramente establecidas. La claridad se patentiza por el *empleo del nombre* o por el *empleo de la cosa*. La cosa es el paso de los bienes de uno a otro heredero *por voluntad del testador y no del heredero* y la *obligación terminante de entregar* los bienes no es tanto una obligación como *necesidad jurídica*, esencial de la obligación según la definición romana.»

(205) En este mismo sentido, ver LACRUZ BERDEJO (Notas cit., § 11, página 113).

ria implicaba una sustitución fideicomisaria condicional, como única traducción jurídica correcta de la intención empírica del disponente (206) expresada técnicamente de modo incorrecto. Ahora debemos examinar sucesivamente la estructura jurídica de las sustituciones fideicomisarias condicionales, la asimilación o no a ellas de las dispuestas bajo término incierto y de las disposiciones del residuo, y el régimen de transmisión de los eventuales derechos de los sustitutos condicionales.

A) *Estructura de las sustituciones fideicomisarias condicionales.*

Tres tesis explican la sustitución fideicomisaria condicional:

a) *Tesis que estructura la institución del primer llamado como la de un heredero bajo condición resolutoria y la del segundo como un heredero bajo condición suspensiva.*

Se trata de una explicación elemental que, como veremos, ha sido desechada por la certera crítica de nuestro compañero José González Palomino. Ya Manuel de la Cámara (207), observó «que, o la sustitución fideicomisaria condicional no contiene una institución hecha bajo condición resolutoria en favor del fiduciario o que, si la contiene, la condición resolutoria no surte efectos retroactivos.» «Si se dota de fuerza retroactiva a estas condiciones, una vez cumplidas, se alteran los fines propios de la sustitución fideicomisaria y los perseguidos normalmente por el testador, pudiendo en muchísimas ocasiones (siempre que los eventualmente llamados no estén concebidos al morir el causante) quedar frustrada la última voluntad de aquél» (208).

González Palomino (209) señala con toda precisión la incompatibilidad entre la sustitución fideicomisaria y la institución bajo condición resolutoria del primer llamado: «Si el fiduciario hubiera sido instituido bajo condición resolutoria, una vez cumplida ésta, resultaría que no habría habido restitución. La retroacción de efectos borraría hasta el recuerdo de que alguna vez hubo en el mundo tal fiduciario. En vez del escalonamiento (estructural) de grados tendríamos un grado sólo. No un heredero *después* de otro, sino un heredero *en vez* de otro.» Y explica que: «El error en que ha incurrido a veces la doctrina, y no menos nuestra Dirección General, se debe a la creencia de que las dos condicionalidades: suspensiva y resolutoria, son solidariamente recíprocas y constituyen como la cara y la cruz de una misma moneda.»

(206) Ha dicho con exactitud MANUEL DE LA CÁMARA (op. y loc. cit., página 648) que: «Quien dispone que sus bienes los herede cierta persona y que a la muerte de ésta pasen, si se cumple determinado evento, a terceros, persigue fines para cuya consecución el instrumento adecuado es la sustitución fideicomisaria.»

(207) MANUEL DE LA CÁMARA: Op. y loc. cit., pág. 647.

(208) Página 648

(209) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...* loc. cit., pág. 903.

b) *Tesis que estima el llamamiento del instituido como hecho a término final (cierto o incierto) y el segundo llamamiento como una ulterior institución de heredero hecha bajo condición suspensiva para el momento de extinguirse aquel término.*

González Palomino (210) llega a ella desde el punto de vista realista de la interpretación de la voluntad del testador. «Lo que suelen querer los testadores es esto otro: Beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido, con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos* (la condición, en el caso examinado por Palomino, era *si sine liberis decesserit*). Respecto la propiedad de la herencia no sólo entra en juego una condición sino también un término final. Hay una institución conectada con ella para después del momento en que el término final se cumpla, que es condicional, doblemente condicional, y *con doble condición suspensiva*: una a favor del instituido y otra a favor del *otro* para el caso de incumplirse la primera. Y no hay retroacción de efectos. O si no se quiere prescindir de la retroacción hay que retrotraerlos no al día de la muerte del causante, sino al día del cumplimiento del término.»

Esta explicación podría formularse con iguales resultados prácticos estimando un juego híbrido de condiciones y términos que actuara sobre el llamamiento como herederos de sustituido y sustituto (211).

La objeción fundamental que hay que oponer a esa construcción, deriva de un tema que ya hemos debatido. A saber: Que la institución de heredero no puede ser sometida a plazo ni condicionada a término final ni resolutoriamente; que el fenómeno sucesorio *in loco ius*, operado entre causante y heredero, no se repite en la restitución entre causante y sustituto fideicomisario; y que la restitución tiene por causa la voluntad del causante, pero no equivale a una sucesión del sustituto en las relaciones jurídicas del causante transmitidas a su muerte, sino a la adquisición por aquél de una masa de bienes procedente de éste.

c) *Tesis que considera que lo que únicamente se halla condicionado (y condicionado suspensivamente) es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio del heredero instituido al del sustituto fideicomisario condicional.*

Hemos visto que ésta es la doctrina clásica, la que expusieron los juristas castellanos de la época áurea, y la que únicamente cabe desde un punto de vista ontológico. Es, además, la que fenomenológicamente y teleológicamente responde más perfectamente a la realidad.

La *successio in loco ius* se verifica a favor del primer llamado.

(210) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit., pág. 916.

(211) La posibilidad del mestizaje de condición y plazo la explican ENNECERUS-NIPPERDEY: (*Tratado de Derecho civil*, vol. I-2. Barcelona, 1944, párrafo 180, pág. 312).

Pero éste, aunque heredero, se halla gravado condicionalmente de restitución de la universalidad adquirida en virtud de su sucesión hereditaria, mas no tal como la recibió del causante sino liquidada (pagadas deudas, cobrados créditos) o en el estado de liquidación en que se halle al llegar el día de su restitución y con las mejoras y deterioros producidos y sin perjuicio del derecho del fiduciario, o de sus herederos, a su reintegro o a que se deduzca a su favor al realizarse la restitución lo que le corresponda «por gastos legítimos, créditos y mejoras.» (Entre los créditos, deben comprenderse tanto los correspondientes al fiduciario por pago de deudas hereditarias como los que tuviere contra el causante que, sin duda, forman parte del pasivo de la masa a restituir.) Esta restitución es la que se condiciona suspensivamente a la realización del evento previsto.

Como dice Roca Sastre (pág. 57) «en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento».

Lo único que se condiciona resolutoriamente es la eficacia, después del día de la restitución, de las enajenaciones verificadas por el heredero gravado de restitución (cuando éste no esté facultado —por la causa que fuere— para realizarlas con eficacia definitiva).

El sustituto fideicomisario no es heredero bajo condición suspensiva, salvo en el caso de que no llegue a heredar el heredero gravado ni sus sustitutos vulgares si los hubiere. Si aquél o éstos llegan a heredar, el sustituto sólo tiene en pendencia la restitución de la masa o de los bienes fideicomitados.

B) *Naturaleza de las sustituciones fideicomisarias a término incierto y en especial de las «post mortem instituti» y «post mortem usufructuarii».*

El problema enunciado no ha variado su planteamiento de como lo vimos debatido por los autores castellanos de los siglos XVI y XVII.

Núñez Lagos (pág. 127) nos dice: «La muerte del fiduciario es un evento cierto en el *an* aunque se ignore *cuando*, por lo que en el Código civil es término y no condición.»

Pero González Palomino (212) había precisado —con la misma perspicacia que hemos observado, v. gr., en Luis de Molina— que el testador ha podido «diferir no sólo el ejercicio de los derechos del fideicomisario sino la propia adquisición sometiendo su llamamiento a una condicionalidad suspensiva». «El momento de la muerte de una persona, por muy sana que esté, es un *día cierto* que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuándo, porque todos somos mortales... Ese *día cierto* debería ejercer las funciones de su cargo (art. 1.125, párrafo primero), que es de *término propio*. Pero en nuestro caso no puede ejercerlas, ya que la incerti-

(212) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit. pág. 911.

dumbre del día (de la llegada del día) está desvirtuada por la incertidumbre de la adquisición. El fideicomisario, en nuestro caso, es un señor que no se sabe ni quién será, ni si será.»

La sentencia de 20 de octubre de 1954, en este sentido, distingue claramente: *a*) el hecho de la muerte del sustituido como término cierto en el *an*; y *b*) la sobrevivencia del sustituido, como «suceso causal y no de los que necesariamente han de venir», establecido como una verdadera condición.

Y Lacruz Bernejo—con la mejor ortodoxia—explica que «No hay que considerar como condición o término a los designados como tales en la declaración testamentaria sino a los que realmente lo son, para lo cual resulta decisiva la voluntad del causante. Incluso habrá casos en los cuales una modalidad que ordinariamente juega como condición, según la real intención del testador, deba constituir simplemente un término que, como tal, no hace incierta la disposición, y si sólo difiere el momento de ejecutarla. Por ejemplo, el tiempo que tarda una persona en alcanzar cierta edad funcionará por lo general como condición—se subordina la eficacia de la disposición a la supervivencia de la persona hasta la edad señalada—pero puede funcionar como plazo si, lo que no ha de presumirse, el testador ha querido, con sus palabras, simplemente señalar un período de tiempo. Inversamente el señalamiento de un número de años de plazo puede funcionar como condición si el testador ha pretendido subordinar la efectividad de la institución o el legado a que el favorecido viva al término fijado (la S. 14 de diciembre 1944 admite esto con excesiva facilidad).»

La voluntad del testador deberá resultar del tenor del testamento (art. 675 C. c.). Como hicieron los autores clásicos, habrá que examinar si las palabras con que se expresa la disposición tienen significación condicional o meramente dilatoria y, en especial, si la intención del testador fué la de condicionar la sustitución o meramente la de suspender su efectividad.

C) *Naturaleza de las disposiciones de residuo.*

No nos ofrece duda de que las disposiciones del residuo son sustituciones fideicomisarias—pese a la reiteración en contra de nuestro Tribunal Supremo—. E incluso creemos que—por las razones expuestas en el epígrafe anterior—éstas pueden ser condicionales o meramente a plazo. Serán a plazo si la sobrevivencia del sustituto o la muerte del instituido no se señaló como evento condicionante de la sustitución, sino que se configuraron simplemente como términos suspensivos de la efectividad de la restitución del residuo que hubiere.

Las dudas de Clemente de Diego (214) inspiradas en la bi-

(213) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 8, pág. 75

(214) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza de las disposiciones y cláusulas de residuos* (Madrid, 1926), págs. 68 y sigs.

bliografía extranjera, que entró en ellas para escapar de las fronteras de la prohibición de los fideicomisos (215) han sido sin duda la fuente—falseada por plantear un problema extranjero que nosotros no tenemos—de la desorientación de nuestra jurisprudencia (216).

Como observó certeramente González Palomino (217): «En nuestro Código civil la cláusula de residuo aparece instalada por las buenas en medio de las normas de la sustitución fideicomisaria (art. 783, frase final) con domicilio confortable. Su intrínquilis consiste en que el testador flexibiliza la obligación del fiduciario en cuanto a su contenido permitiéndole consumir o disponer del todo o parte de los bienes.» «El segundo llamado adquiere *su derecho al residuo eventual* desde la muerte del causante, porque su sustitución no está condicionada en sí misma, sino en su contenido (salvo que también se condicione la propia adquisición).»

Lacruz Berdejo (218), en igual dirección, piensa que «no es su calidad de sustituto lo condicionado sino sólo el *quantum* de los bienes que debe percibir, cuya ausencia no es obstáculo para ser segundo heredero».

El pretendido obstáculo de la obligación de conservar y restituir—que como ya hemos dicho es elemento natural, pero no esencial, de las sustituciones fideicomisarias—ha quedado demostrado que no lo es para la consideración como sustituto fideicomisario del llamado en el residuo, lo que ha probado exhaustivamente Jerónimo López en su magnífico trabajo sobre este tema (219).

D) *Régimen de transmisión de los eventuales derechos del sustituto fideicomisario condicional que sobreviva al causante y premuera al cumplimiento del evento condicionante.*

Aceptado que en el régimen del Código civil español caben las sustituciones fideicomisarias condicionadas debe plantearse si la regla del artículo 784 es aplicable a esas sustituciones condicionales.

Dice así el artículo 784: «*El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.*»

Como dijo González Palomino (220): «En las sustituciones *puras* (o con segundo llamamiento *a término*) el fideicomisario ad-

(215) Ver GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...* págs. 912 y sigs.

(216) Sentencias de 13 de noviembre de 1942, 13 de febrero de 1943, 18 de junio de 1947 y 10 de julio de 1947. (Véase la breve nota crítica que nuestro compañero DOMINGO IRURZUN dedica a este último fallo en «An. Der. Civ.», VII-IV, páginas 1.208 y sigs.).

(217) GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación...*, loc. cit., págs. 913 y 914.

(218) LACRUZ BERDEJO: *Notas cit.*, § 28, pág. 241.

(219) JERÓNIMO LÓPEZ: *La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil*, «An. Der. Civ.», VII-III, págs. 764 a 777 en especial

(220) GONZÁLEZ-PALOMINO: *Enajenación...*, pág. 910.

quiere su derecho en el momento de la apertura de la sucesión (*dies venit*).»

Pero este precepto se refiere a la sustitución fideicomisaria del mismo modo que el artículo 661 a la institución de heredero. Ambos determinan el *dies cedit* en los casos de que la respectiva figura jurídica no esté condicionada. De igual modo que el artículo 758, párrafo tercero, y el artículo 759 retrasan el *dies cedit* de la institución condicional al momento de cumplirse la condición—pese al artículo 661—, lo mismo debemos entender en la sustitución fideicomisaria condicional—no obstante el artículo 784.

«El testador ha podido —como dice G. Palomino (221)—no limitarse a la estructura mínima y normal de la sustitución y añadirle algún otro adorno que la haga más atractiva y complicada. Ha podido no sólo diferir el ejercicio de los derechos del fideicomisario sino la propia adquisición del fideicomisario sometiendo su llamamiento a una condicionalidad suspensiva.» Y entonces la solución del artículo 784—que «es la adecuada para el término»—resultaría «inadecuada e incompatible con el juego de la condición suspensiva e inaplicable a los casos de sustituciones con segundo llamamiento suspensivamente condicionado» (222).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha entendido así en las sentencias de 9 de julio de 1910, 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952 y 20 de octubre de 1954.

Ahora bien, la proximidad visual que aparentemente pueden presentar en Derecho sucesorio el término y la condición, al entrecruzarse las incertidumbres en el *an* y en el *quando* con la suspensión de la eficacia y el condicionamiento del llamamiento, ha complicado aquella distinción—que en principio pareció fácil—entre los principios del artículo 784 y los del 759, diferencia que la existencia del artículo 799 ayuda a enturbiar aún más.

A los llamamientos con término incierto en el *quando*, pero cierto en el *an*, el Tribunal Supremo aplica el artículo 799 del Código civil en sentencias de 22 de marzo de 1890, 12 de febrero de 1915, y 11 de febrero de 1928.

Las sustituciones *post mortem* son las que principalmente se hallan en la encrucijada.

Pero la solución debemos buscarla, como hemos visto antes, examinando si juega como una condición o un término. Sin olvidar que cabe un término incierto enmascarado de condición y una verdadera condición encubierta en un término incierto (223).

Volvemos a insistir en que el tema sigue planteado en iguales términos que entre los autores de Derecho común. Los antecedentes que hemos estudiado pueden ayudarnos mucho a resolverlo y a

(221) Página 911.

(222) Página 910.

(223) Ver el párrafo antes transcrito de las Notas de LACRUZ BERDEJO, § 8, página 75.

hallar el *quid* de la aparente antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil.

Nuestro querido maestro Federico de Castro (224) distingue al efecto «La heredabilidad de la titularidad del heredero instituído bajo condición suspensiva depende de la naturaleza que haya dado el testador a la condición: si la establece como condicionante de la cualidad de heredero (capacidad) habrá de darse antes de su muerte y no será, por tanto, heredable; si simplemente ha de depender de ella la apropiación de los derechos, será posible la herencia de la titularidad condicionada; compárense artículos 759 y 799 de Código civil...»

Sapena Tomás (225) señala que la clave de la cuestión se halla en la averiguación de si la voluntad del testador era la de ordenar la condición como supuesto simple o como supuesto doble, entendiéndose, como supuesto doble la exigencia de la vida del llamado al cumplirse la condición.

La sentencia de 20 de octubre de 1954, para salvar la contradicción literal entre los artículos 799 y 759 del Código civil, dijo que: «ha de entenderse que el primero de dichos artículos no emplea la palabra condición, en sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignore cuándo, y cuyo efecto mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituído, transmisibles a sus herederos desde la muerte del testador».

En definitiva, más que la terminología, que puede ser engañosa (226), hay que atender a la verdadera intención del testador, según resulte de una cuidadosa interpretación de su testamento. Hay que atender a si se trata de condicionar el llamamiento exigiendo la existencia de la persona en el momento de cumplirse el evento, o bien si sólo se ha pretendido suspender su efectividad queriendo que llegado el momento beneficie no sólo al sustituto, sino, a falta de éste, a sus herederos. En la condición, la regla general es la intransmisibilidad, pero—como vimos en del Castillo Sotomayor—la transmisibilidad puede y debe tener lugar si el testador así lo ordenó expresamente o si resulta de la interpretación del testamento (hipótesis de verdadera sustitución vulgar del sustituto por sus herederos). En el término incierto la regla general es la de la transmisibilidad, pero puede excluirse si de la inten-

(224) Op. y vols., págs., 685 y sig., nota 6.

(225) SAPENA TOMÁS: *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», 192, julio-agosto 1954, páginas 48 y sigs.

(226) No nos dejemos seducir por la simplicidad de la afirmación de que mientras la condición suspende el nacimiento del derecho, el término sólo suspende su ejercicio (ver CASTRO: Op. y vol. cita., págs. 680 y ss., en cuanto al plazo, y nuestro trabajo *Donación, condición y conversión jurídica material*, en «An. Der. Civ.», V-IV, págs. 1254 y ss., en cuanto a la condición).

ción del testador, resultante de su testamento, se deduce que la existencia del sustituto a la llegada del término fué configurada como requisito esencial (condicionante) del llamamiento.

«Como ha dicho Díez Pastor (227): «Nadie discute que el testador puede impedir la transmisión del llamamiento de fideicomisario, contra lo dispuesto en el artículo 784, como puede ordenar que transmita el heredero condicional, contra lo dispuesto en el 759. El técnico dirá que en el primer caso ha transformado el plazo en condición; en el segundo, ha hecho una sustitución en el llamamiento sin alterar su naturaleza. Pero todo eso entra en las facultades del testador.»

«Ahora bien—prosigue—para que estos efectos se produzcan, ¿será forzoso que la voluntad del testador se exprese en ciertos términos o bastará que conforme a las normas espiritualistas de todo nuestro Derecho se pueda de algún modo conocer? Concretamente: ¿entenderemos que el testador quiere que funcione el llamado *jus transmissionis* de modo distinto según la fecha de nacimiento de los fideicomisarios o pensaremos que si no dice otra cosa expresamente les otorga el mismo trato? Mi opinión va implícita a la pregunta. Como dice Ennecerus, la condición y el plazo no son sino instrumento de la voluntad, recursos mediante los cuales adaptamos nuestros negocios a las eventualidades del porvenir y por eso la intención racionalmente conocible del que los pone debe prevalecer sobre su mecanismo, que es dispositivo y no coactivo» (228).

No debe confundirse la transmisión del eventual derecho del sustituto con su *representación* en la sustitución por sus descendientes. La *transmisión* opera a favor de los herederos del sustituto muerto antes del *dies venit* pero después del *dies cedit* (229). La *representación*, de ser factible, actuaría en beneficio de sus descendientes, que por ser stirpes, conforme a las reglas de la sucesión intestada, ocuparían su lugar (230). Pero precisamente cuando tenga lugar, conforme al artículo 784, la transmisión del derecho del sustituto fideicomisario a sus herederos, holgará siempre la representación, que presupone la falta del representado al tener lu-

(227) Díez PASTOR: Loc. cit., pág. 582.

(228) Díez PASTOR: Págs. 582 y sigs.

(229) Sobre el *jus transmissionis* ver MANUEL ALBALADEJO: *La sucesión a iure transmissionis*, «Anuario de Derecho Civil», V-III, págs. 912 y ss. y en *Estudios de Derecho civil* (Barcelona, 1955), págs. 257 y ss.

(230) Enlaza lo dicho con el problema de la representación en la sucesión testamentaria. Estamos de acuerdo en este punto con nuestro compañero MANUEL DE LA CÁMARA (*El Derecho de representación en la herencia testada y la preferencia de herederos forzosos*, en «Rev. de Der. Notarial», VII, enero-marzo 1955, págs. 14 y ss.) en estimar improcedente querer trasplantar a la sucesión testada la representación que tiene su asiento adecuado en la sucesión intestada. Como acertadamente explica (págs. 20 y sigs.), la cuestión en realidad debe ser referida a la posibilidad de entender establecida en ciertos casos una sustitución vulgar tácita a favor de quienes serían herederos abintestato del sustituido.

gar la delación (231). Y si la condicionalidad de la sustitución retrasa el *dies cedit* del sustituto, no es posible la transmisión (conforme al art. 759 del Código civil) mientras dicho día no ceda (es decir, mientras la delación no tenga lugar). Pero tampoco cabe hablar con propiedad de *representación*, sino de la posibilidad o no de entender *tácitamente dispuesta la sustitución vulgar* a favor de quienes sean los herederos intestados del sustituto fideicomisario muerto antes de purificarse la condición (232). Sólo en estos términos, si se dan los suficientes datos interpretativos y con las salvedades dichas, puede aceptarse que quepa la sustitución vulgar tácita a favor de los descendientes del fideicomisario premuerto y a los que *ab intestato* correspondería representarles (233).

§ 5.º *La cláusula «si sine liberis decesserit» y los hijos puestos en condición.*

A) *Naturaleza del llamamiento consiguiente.*

Históricamente nadie había dudado—como hemos visto—de que la cláusula *si sine liberis decesserit* entrañaba la imposición condicionada de una sustitución fideicomisaria dispuesta a favor de la segunda persona a la que se llamaba para dicha eventualidad. Hoy día, al cerrarse el cauce jurídico del fideicomiso en algunas legislaciones extranjeras, se ha tratado en ellas de dar pasaporte jurídico a esa cláusula por otras vías. Pero lo notable del caso es que innecesariamente nos hemos hecho eco de estas cuestiones, que fuera de nuestras fronteras intentan enmascarar la realidad para dar salida a justas aspiraciones allí donde se les niega su paso natural.

Lo cierto es que se ha sostenido su configuración de las siguientes estructuras:

a) Como doble institución bajo condición suspensiva, positiva para uno (el llamado si fallece con hijos) y negativa para el otro (el llamado para el caso de que aquél fallezca sin hijos). De Diego (234) explica así esa forma de disponerla: «instituyendo a

(231) Como ha dicho ALBALADEJO (*La sustitución vulgar*, en «Revista de Derecho Notarial», VII, enero-marzo 1955, págs. 174 y sigs., y en *Sustituciones hereditarias*, Oviedo 1956, pág. 101): «En la denominada representación no hay delación a favor del representado, sino solamente a favor del representante.»

(232) Dicha sustitución vulgar tácita deberá deducirse de la interpretación de la voluntad del testador según el tenor del testamento. El tema es de interés cuando un ascendiente sustituya a algún hijo por los hijos o los hermanos que al fallecer tenga el propio instituido. ¿Cuándo podrá estimarse que los descendientes del hijo o hermano premuertos del instituido han sido tácitamente llamados como sustitutos vulgares de su ascendiente fideicomisario premuerto al *dies cedit*?

(233) Este sentido deberá darse a la referencia que hace NÚÑEZ LAGOS (páginas 135 a 137) al derecho de representación a favor de los descendientes—en los límites del art. 925 C. c.—del sustituto fideicomisario premuerto.

(234) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza jurídica de...*, pág. 68.

uno si muere con hijos, pero llamando a otro si esta condición no se realiza».

León Michel (235) opinó que sólo en este caso no se incurre en sustitución fideicomisaria.

En esta hipótesis, conforme al Código civil español, los bienes deberían ponerse en administración hasta fallecer el designado para el caso de morir sin hijos (art. 801, § 1.º); sería administrador el coheredero instituido puramente si hubiere derecho de acrecer entre él y los llamados condicionalmente (art. 802); de no haber coherederos instituidos puramente, o de no haber derecho de acrecer entre éstos y los condicionales, correspondería la administración bajo fianza al heredero condicional, y, si no la prestase, al heredero presunto también bajo fianza (art. 803); corresponderán a estos administradores los mismos derechos y obligaciones que los que lo sean de los bienes de un ausente (art. 804). Para la aplicación del artículo 803 existiría en este caso la dificultad de que hay dos herederos recíproca e inversamente condicionados bajo la misma condición suspensiva que juega contrariamente para uno y para el otro. No obstante, parece que deba darse prioridad como administrador a aquel a quien se refiere la circunstancia de fallecer con hijos (*suyos, de él mismo*).

Ahora bien, dudamos de que la intención del testador pueda justificar ese resultado. Por eso nos parece inaceptable esa solución de la doble institución bajo condición suspensiva, recíproca e inversamente impuesta, fuera de los casos en que claramente resulta ser ésta la intención del testador.

b) Como institución bajo condición resolutoria del primer llamamiento y con condición suspensiva para el segundo llamamiento,

Es la tesis defendida en su contestación por Rafael Núñez Lagos (pág. 141 y sig.). También la había aceptado De Diego (236), que señala la formulación de la misma: «instituyendo a uno, pero llamando a otro si muere sin descendencia».

Esa fórmula ha sido y es muy discutida en Italia. Para unos autores y según varios fallos de la jurisprudencia, es perfectamente viable y es inconfundible su resultado con el de las sustituciones fideicomisarias (237). Para otros es inaceptable en cualquier caso, y no faltan quienes distinguen, según las circunstancias del caso, para apreciar si incide o no en la prohibición de las sustituciones fideicomisarias (238).

(235) Citado por MANUEL DE LA CÁMARA: *Partición...*, cit., nota 19, página 647.

(236) DE DIEGO: *Op.* y pag. últ. cit.

(237) Véase especialmente la defensa de esta tesis por ANTONIO BUTERA: *La cláusula «si heres cum liberis vel sine liberis decesserit» e la sostituzione fideicommissaria vietata*, en «El Foro Italiano», vol. LIV (1929), págs. 130 y ss. Ver también MESSINEO: *Op.* y vol. cit., § 184, 2.ª ter., pág. 124.

(238) Consúltese la síntesis que ALFREDO ASCOLI hace de la posición de la doctrina, clasificada según la triple distinción que hemos recogido en el texto,

c) Como sustitución fideicomisaria condicionalmente impuesta (*si sine liberis decesserit*) al instituido.

Aunque se emplee la fórmula de una primera institución bajo condición resolutoria y una segunda bajo la condición suspensiva de que aquélla se resuelva, implicará necesariamente, en Derecho alemán, una sustitución fideicomisaria condicional por aplicación de los §§ 2.104 y 2.105 del B. G. B.

La misma opinión con respecto al Derecho francés la vemos expresada por Savatier (239), que estima inconciliable su pretendido desgajamiento de las sustituciones fideicomisarias con la historia de estas sustituciones y con la voluntad del disponente. «Lo que éste pretende disponer es *designar un sucesor*, por causa de muerte—dice Savatier—a la persona que instituye directamente, haciendo indisponibles los bienes así reservados para el llamado.»

También entre los autores italianos abundan los que hacen desembocar necesariamente esa fórmula en una sustitución fideicomisaria condicional y, por tanto, prohibida por su *Codice civile*. Para De Ruggiero (240) la implica «la institución de heredero y sustitución por otro en el caso de que el primero muera sin hijos, pues en esta hipótesis se daría en el primer llamado la obligación de conservar y retransmitir hasta su muerte, oculta dicha obligación bajo la apariencia de una condición *si sine liberis decesserit*». Asimismo otros autores, como Polacco (241), Barassi (242) y Azzariti y Martínez (243), han estimado que bajo la condición que deba cumplirse o incumplirse coincidiendo precisamente con la muerte del instituido, como necesariamente ocurre en la impuesta *si sine liberis decesserit*, o si se hubiera dispuesto que al tener lugar la resolución no deban devolverse los frutos percibidos, se oculta un fideicomiso.

Butera (244) defendió contra esta calificación la eficacia de su disposición como condición resolutoria, aunque su cumplimiento no debiera dar lugar a la restitución de los frutos percibidos. La retroactividad de la condición—dice—«es una ficción y la plenitud de sus efectos puede ser modificada por el disponente»; pero—añade—que «basta que uno cualquiera de los efectos persista para que la disposición deba tenerse por condicional».

La alegación de Butera sería certera si la objeción a la que replica se centrara en la médula de la cuestión. Para nosotros, la restitución o no de los frutos percibidos carece de transcendencia para la calificación jurídica de la institución (245). Mas no en

en su nota 2 a la página 394 de la segunda edición (Milán, 1937) de la obra de VITTORIO POLACCO, *Della successioni*, vol. I.

(239) RENÉ SAVATIER: Op. y vol. cit., núm. 929, pág. 471.

(240) ROBERTO DE RUGGIERO: Op. y vol. cit., § 147, pág. 1.166.

(241) VITTORIO POLACCO: Op. y vol. cit., págs. 394 y sigs.

(242) LODOVICO BARASSI: Op. y vol. cit., § 155, pág. 450.

(243) AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., § 285, pág. 502.

(244) BUTERA: Loc. cit., pág. 143.

(245) Así ULPIANO en el Libro XV de sus Comentarios a Sabino (Dig. XXXVI-I, 18 pr.), señala que si bien en la restitución de la herencia por

el sentido alegado por dicho autor, sino en el contrario. O la retroacción se acepta como una realidad plena—lo que no admite Butera—y, en tal supuesto, se admite el imposible de deshacer la *sucesio*, ya operada entre el finado y el instituido bajo condición resolutoria, y la inaceptable transformación en pagos y cobros de lo indebido de los realizados por el primer llamado de las deudas y créditos del causante. O bien, la mal llamada retroacción se conceptúa simplemente como un ficción—y así la estima Butera—, para explicar la ineficacia respecto al llamado suspensivamente de las disposiciones realizadas por el que fué instituido bajo la condición resolutoria cumplida. Y, en este caso, como antes hemos visto, lo que realmente ocurre es únicamente que se impone al que fué instituido bajo dicha condición la restitución de la masa de bienes heredados. Es decir, el efecto real característico de las sustituciones fideicomisarias.

d) Indistintamente, según la voluntad del disponente y los términos de la disposición, con una u otra de las configuraciones antes expresadas.

Así, De Diego (246) admite que se emplee tanto como condición suspensiva como condición resolutoria.

Y Roca Sastre, en su discurso de ingreso (págs. 56 y sig.), acepta como fórmulas distintas, pero posibles ambas, la institución de heredero bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit* y la institución de heredero con gravamen de fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*.

A su juicio (pág. 57), la diferencia consiste en que «así como en el primer caso la condición es resolutoria y retroactiva y afecta a la institución hereditaria en sí, de suerte que, una vez se cumpla, destruye la institución misma, así como destruye el tiempo intermedio; en cambio, en la segunda, o sea, en el fideicomiso *sine liberis*, la condición no es de tipo resolutorio y retroactivo ni afecta a la institución hereditaria, sino tan sólo a la sustitución fideicomisaria como tal, de manera que en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento».

Discrepa Roca (pág. 59) de quienes dicen «que esta diferencia de efectos proviene de que en la sustitución fideicomisaria la condición *sine liberis* actúa *ex nunc*, o sea, a partir del momento de fallecer el fiduciario sin hijos, mientras que en el otro caso opera *ex tunc*, o sea, retroactivamente; pero hay que destacar que aquella actuación *ex nunc* del fideicomiso condicional no es consecuencia de una cancelación de los efectos retroactivos de la condición cumplida, sino más bien mera secuela de la circunstancia de afectar la condición no a la existencia de la institución here-

fideicomiso no se comprenden los frutos, debían devolverse cuando «quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere».

(246) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza...*, págs. 68 y sigs.

ditaria, sino tan sólo a la del fideicomiso que eventualmente la gravaba».

Además—prosigue—«la retroacción no es una constante de toda condición cumplida y la voluntad puede excluirla, así como ha dejado de ser necesaria en varias legislaciones modernas (Código federal suizo de obligaciones y Código civil alemán). Pero es que en las sustituciones fideicomisarias condicionales la propia estructura de las mismas repele toda idea de retroacción destructora de la fase de propiedad realmente ejercida *medio tempore* por el fiduciario sobre los bienes hereditarios».

Cuanto hemos afirmado con anterioridad nos excusa de detallar por qué razón no aceptamos la posibilidad de ese dualismo.

Insistimos en que no cabe ontológicamente ni jurídicamente una condición resolutoria que deshaga la *successio in loco ius* ni cancele la condición de heredero obtenida por un hecho pretérito (la sucesión) que si acaeció no puede dejar de haber acontecido. Y en que teleológicamente tampoco puede admitirse por los resultados inadmisibles a que daría lugar, Cámara (247) aludió en este sentido a que el efecto retroactivo aplicado resolutoriamente a la institución del primer llamado y constitutivamente al llamamiento del segundo daría lugar a que los llamados suspensivamente no podrían heredar, precisamente en virtud de dicha retroacción, cuando en la fecha de la sucesión (es decir, al morir el causante) fuera *noudum concepti*. Nosotros hemos insistido en la repercusión que tendría su aplicación rigurosa en los pagos y cobros de deudas y créditos hereditarios verificados por el primer llamado en caso de operarse una verdadera resolución de su institución (248).

A juicio nuestro, fuera de la hipótesis improbable y no presumible de doble institución bajo condición suspensiva de sentido contrario para cada llamado, que hemos analizado en primer lugar, no cabe otra vía jurídica posible para la institución con la cláusula *si sine liberis decesserit* que la de configurarla como la disposición de una institución gravada con sustitución fideicomisaria condicional.

El origen de las dudas no se halla precisamente en razones puramente dogmáticas, sino en otras diferentes.

González Palomino (249) lo vió con su característica agudeza y lo expresó con su inconfundible y agresiva claridad:

«Los juristas súbditos de potencias extranjeras enemigas de la sustitución fideicomisaria se distribuyen en dos bandos: a) Los gubernamentales, que la ven con malos ojos, y b) Los de la oposición, que hacen lo posible por que circule, aunque sea con pasaporte falso. Frente a una cláusula testamentaria sospechosa, los

(247) MANUEL DE LA CÁMARA: *Partición*..., loc. cit., pág. 647.

(248) Véase la certera crítica que dedica GONZÁLEZ PALOMINO: *Enajenación*..., loc. cit., pág. 916, a las tesis que configuran la cláusula en cuestión como meros supuestos de condición suspensiva y de condición resolutoria puestas a la institución.

(249) GONZÁLEZ PALOMINO: Loc. últ. cit., pág. 912.

primeros se esfuerzan en declararla incurso en la condena legal; los otros se ingenian para declararla válida, eficaz y exenta de pecado original. Tanto los unos como los otros, sobre todo los segundos, más que argumentos lógicos emplean argumentos tácticos. Los juristas españoles, que no tienen necesidad de andar con tapujos para dar validez a las cláusulas de sustitución, porque están legalmente admitidas, toman al pie de la letra las disertaciones forasteras y por argumentos lógicos los tácticos. O sea, toman por razonamientos jurídicos los que no lo son; navegan en conserva, por no decir van de reata, y caminan por los vericuetos que los juristas extranjeros les llevan con los ojos, ya que no cerrados, si entornados graciosamente.»

Desde el punto de vista realista de la interpretación de la voluntad del testador, dice el mismo Palomino: «Lo que suelen querer los testadores es esto otro: beneficiar *en todo caso e irrevocablemente* al instituido con el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la herencia *sino en el caso de morir con hijos*» (250). «En nuestro supuesto la institución es pura con término final; la sustitución es condicional» (251).

B). *Los problemas de los hijos puestos en condición.*

Nótese que hablamos en plural de problemas, porque fundamentalmente cabe contemplar dos series de cuestiones totalmente diversas. Son: a) el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse llamados como sustitutos vulgares del instituido (o del sustituto, al que también condicionen su adquisición definitiva o su sucesiva restitución), y b) el problema de si los hijos puestos en condición deben entenderse puestos en sustitución fideicomisaria del instituido (252).

Roca Sastre en su discurso (pág. 76 y ss.) y Núñez Lagos en su respuesta (pág. 250) se ocuparon de esta segunda cuestión, y el mismo Núñez Lagos en su respuesta (págs. 136 y ss.) se ocupa de materia entroncada en la primera. Someramente bosquejaremos ambos temas.

a) *¿Puede entenderse o no que los hijos puestos en condición son llamados como sustitutos vulgares del sujeto a que se refiere la condición?*

(250) Pág. 916.

(251) Pág. 917. Destaca PALOMINO que esa solución es la que señala de DIEGO para el supuesto de que la restitución se ordene bajo una condición negativa que sólo se podrá saber si se ha sido cumplida al fallecer el instituido (como, v. gr., la condición de no casarse). Y comenta que no tiene justificación ese diverso criterio del sabio profesor, en uno y en otro caso, sino porque el verbo *restituir* en el último le aclara la verdadera esencia de la disposición.

(252) Véase el planteamiento de estas cuestiones en BORRELL I SOLER: (Op. y vol. cit., § 455, págs. 140 y sigs.), así como la bibliografía que cita en la nota 2, y en ROCA SASTRE: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*. Barcelona, 1948, págs. 8 a 10.

El profesor Juan Iglesias Santos (jurista no catalán que ha sabido captar la realidad del sistema sucesorio usual en Cataluña) (253), plantea este problema enfocado certeramente en el panorama del Derecho catalán.

La cuestión es ésta: Si el instituido premuere, ¿debe estimarse como sustituto vulgar suyo al nombrado sustituto fideicomisario? o ¿deben preferirse a éste los hijos del instituido puestos en condición de la sustitución fideicomisaria?

Iglesias (254) vió claro que la finalidad fundamental del fideicomiso familiar catalán es la de que el patrimonio de la familia, concebido como *unidad*, se mantenga en un heredero *único*. Por eso razona que: «si se admitiese que los *positi in condicione* lo eran *in dispositioe* se contrariaría tal finalidad. El patrimonio, en efecto, se fraccionaría. Se fraccionaría también si se admitiera un derecho de representación, una sustitución legal que tampoco se vislumbra en la voluntad del testador (255). Se fraccionaría, en fin, por la premoriencia, y en este sentido, cuando no hay previsión respecto a ella, creemos que el legislador debe ordenar la transmisión al sustituto».

Por eso, en Derecho catalán, los hijos puestos en condición no deben entenderse llamados como sustitutos vulgares del instituido bajo esa condición, si no resulta ser otra la voluntad—expresa o conjeturada—del testador (256).

Cierto que primero la ley 2, título XV de la Partida segunda y después la ley 40 de Toro para la mayorazgos—es decir, también para un régimen de transmisión unitaria—formularon una solución que parece más justa—aunque tal vez resultara menos útil

(253) JUAN IGLESIAS SANTOS *Sobre fideicomisos y substitutiones fideicomisarias* en «Rev. Jur. de Cat.» XLVII, marzo-abril 1949, págs. 133 y ss.

(254) Pág. 135.

(255) El propio IGLESIAS (págs. 133 *in fine* y sig.) aclara que: «La representación en la sucesión testamentaria —y hablamos así para ajustarnos a la terminología moderna no bien precisa— es contraria, evidentemente, a la libertad de testar y mucho más cuando el testador ha ordenado expresamente el propio régimen de una sustitución.»

(256) BORRELL y SOLER (op. vol. y § últ. cits., pág. 141), MARTÍ MIRALLES (*Cuestiones fideicomisarias* en «Rev. Jur. de Cat.» XI, pág. 676) y ROCA SASTRE (*El problema fideicomisario...*, cits., págs. 12 y sigs.) señalan que este problema no puede confundirse con los del *derecho de transmisión*, del *derecho de representación*, ni con el significado de la palabra hijos.

La cláusula examinada por la Sent. del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1942 y más recientemente por la de 28 octubre 1953 del Juzgado de Primera Instancia de Igualada (publicada en «An. Dr. Cv.» IX-II, págs. 547 y ss.), en la que se instituye al heredero universal *libremente* si falleciere con hijos legítimos sucesores *pero a favor de los mismos* (copiamos del supuesto de la Sentencia del Juzgado de Igualada), nos parece más bien un supuesto de fideicomiso de residuo, es decir, que no limita la libre disposición a título oneroso, y dispuesto a favor del descendiente que el propio testador elija (parece que así se compaginan mejor las dos expresiones subrayadas que a primera vista parecen contradictorias). Pero lo que nos parece totalmente inaceptable del fallo del Juzgado de Igualada es que compute en el montante de su cuarta trebeliánica la donación hecha por el pretendido fiduciario a una de las hijas (págs. 553 y

para la conservación de una casa labradora cuando incluso el mayor de los hijos del sustituido fuere menor de edad—. Consistía en preferir los hijos del primogénito al segundogénito, pero prefiriendo aquéllos no conjuntamente, sino uno a uno por el orden de sucesión de la Corona. Régimen que, por cláusula expresa—en éste u otro orden parecido—, suelen disponer expresamente muchos testadores catalanes para compaginar la conservación unitaria de la casa y su preferencia por los hijos del primogénito, que muchas veces ya había dejado en la casa sus sudores, mientras con los frutos de los esfuerzos de éste y del causante se habían situado en otras actividades los segundones (*cabalers*) ventajosamente preparados.

Ahora bien, el régimen normal de las provincias de Derecho común—exceptuamos Galicia, Asturias y Guipúzcoa—, incluso en el agro, no es el de conservación unitaria, sino el distribución y división. El problema, por lo tanto, debe plantearse en términos muy diversos de los anteriormente observados certeramente para Cataluña.

Núñez Lagos ha dicho (pág. 137) que: «Los premuertos antes del *dies cedit* y con más razón antes del *dies venit*, en toda sucesión legal compartida por ficción de la representación, se consideran vivos en su estirpe, sucediéndoles «en todos los derechos que tendría si viviera (art. 924 C. c.) dentro de los límites del artículo 925 del Código civil.» Pero resulta difícil hallar apoyo legal para la aplicación a la sucesión voluntaria *in fideicommissio* de una norma referente a la sucesión legal *ab intestato*. Sólo la intención del testador, deducida del tenor del testamento—inducida con criterio más favorable en régimen de división que en los regímenes de conservación unitaria—, puede servir para entender llamados como sustitutos vulgares a los hijos puestos en condición con preferencia al sustituto fideicomisario y en el orden y proporción resultantes de aplicar—como supletorias—las reglas de la sucesión intestada.

b) *Los hijos puesto en condición no deben estimarse llamados como sustitutos fideicomisarios si del testamento no resulta ser otra la voluntad del testador.*

Según Roca Sastre (pág. 8) el Código civil ha seguido con ca-

559). Hay en ello una aplicación indebida de la *Authentica Res quae*, pues si en este caso el causante podía disponer libremente entre los hijos, la donación hecha a uno de ellos, no debía, en modo alguno, disminuir la trebeliánica, a la cual, por lo menos, tenía derecho el fiduciario en el caso de que el fideicomiso no se conceptuara de residuo. El error del fallo estriba en aplicar una norma que amplía las facultades del fiduciario, haciéndola jugar restrictivamente —*contra natura*— como limitación de su más amplia facultad dispositiva. *La Authentica Res quae* autoriza para disponer a cuenta anticipada de la trebeliánica al fiduciario que no puede disponer de las otras tres cuartas partes, mientras que en el caso cuestionado el título de la disposición del fideicomiso autorizaba al fiduciario para disponer, por lo menos a favor de los hijos, es decir, *extra quartae*.

rácter general el criterio histórico de no entender en principio llamados como sustitutos fideicomisarios a los hijos puestos en condición. He ahí su razonamiento:

«En su artículo 783 dispone que «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos». Por consiguiente, según el Código, los hijos puestos en condición no se entenderán nunca llamados por conjeturas que existan. Como declara la Resolución de 11 de junio de 1923, dicho precepto ha rechazado, en materia de fideicomisos, los llamamientos conjeturables.»

En cambio, Núñez Lagos (pág. 141) es de otra opinión, que también razona como sigue:

«El problema de si los hijos puestos en condición están instituidos o no, resuelto de plano por la transcrita Ley de Partidas, en el Código civil se centra, dentro del párrafo primero del artículo 675, como una mera cuestión de interpretación de voluntad. Ya no rige aquí el número primero del 785 del Código civil, sino el párrafo segundo del 772. Al margen de todo enrevesado mecanismo de conjeturas, la cuestión se limita al modo, forma o manera de designar heredero, para lo cual, como recurso técnico y precedente de autoridad (puede ser que incluso como principio de derecho contenido en fuente formal histórica), se puede y se debe invocar la indiscutible autoridad de las Partidas.»

La ley de Partidas a que se refiere Núñez Lagos es la 10 del Tít. IV, Partida Sexta. Pero, como hemos visto anteriormente (257), no se interpretó esa ley, ni debe interpretarse, con la literalidad con que lo ha hecho Rafael, sino en el mismo sentido de la *lex Cum avus*. Esto destruye el fundamento histórico de su opinión. Dogmáticamente, por las razones que hemos visto antes, tampoco puede sostenerse la remisión al artículo 772, sino que queda en pie el escollo de los artículos 783, § 1 y 785, número 1.º.

§ 6.º ¿Cabe la condición «*si sine liberis decesserit*» tácita en el régimen del Código civil como limitación de los fideicomisos impuestos a los descendientes del testador?

Se trata de la resolución de la ley *Cum avus* y de la ley 10, título IV, Partida 6.ª. Es decir, de convertir los fideicomisos a término impuestos a descendientes del disponente en fideicomisos *si sine liberis decesserit*.

Roca Sastre, en otro trabajo (258), expresó su creencia de que la cuestión, a pesar del sentido humano de la misma, debía contestarse negativamente en el régimen del Código civil.

Núñez Lagos (pág. 140) también opina que: «Como condición tácita extratestamentaria no nos parece posible su admisión dentro del Código civil, a no ser que se entendiera, por alguna razón que

(257) Ver antes, II, § 1, A.

(258) ROCA SASTRE: *Estudios...*, vol. cit., pág. 47.

se nos escapa, dado el artículo 1.796 del Código civil, que la antes invocada Ley de Partidas tenía de algún modo vigencia. Mas dentro del Código civil la voluntad del testador se puede investigar «según el tenor del mismo testamento». Habría de dar pie la relación de unas cláusulas con otras para llegar al resultado de la Ley de Partidas, que puede regir como regla de interpretación.»

Coincidimos con Rafael en que la voluntad del testador, según el tenor del testamento, es decir, con el criterio interpretativo que señala el artículo 675 del Código civil, debe darnos en cada caso la solución. Con la diferencia, con respecto al régimen anterior, que esa conjetura de piedad no puede *sobrentenderse*, sino que debe *deducirse*.

CONCLUSION

Estas son las acotaciones que nos sugirieron el solidísimo discurso de nuestro querido maestro y amigo Ramón María Roca Sastre y la brillante, sugestiva y sugerente contestación de nuestro querido amigo y compañero Rafael Núñez Lagos, al escucharlas atentamente, releerlas y cotejarlas con la doctrina de los más conocidos clásicos catellanos y los más recientes escritos de los autores que se han ocupado de este tema ya bajo el régimen del Código civil español.

Como resumen, diremos que nos parece probado que no existen verdaderas diferencias fundamentales en materia de disposiciones fideicomisarias entre el sistema romano, evolucionado por influencias canónicas, que rige en Cataluña y el sistema recogido por el Código civil. Las hay de carácter secundario (v. gr., respecto al fideicomiso de residuo, a la cuarta trebeliánica y a los límites de llamamientos posibles). Pero, en especial, lo que a primera vista destaca en una y otra reglamentación es lo completa que es la primera, como elaboración a través de los siglos de una institución constantemente vivida, y la breve e incompleta visión del Código civil, como obra de una época en que las modas extranjeras eran contrarias a las instituciones fideicomisarias y de unos juristas de la capital de una nación cuyo agro no foral salía, en su mayor parte, de la desamortización o de la desvinculación y en la que, por tanto, el pueblo humilde carecía del sentido jurídico que forja la idea de la continuidad secular de la explotación agrícola familiar y de la función social de la casa solariega de labradores. De ahí que muchas soluciones de detalle puedan diferir por no haberse recogido excepciones y limitaciones expresas del Derecho anterior o por la diversidad de la estructura general del régimen sucesorio usual de las regiones forales y del Código civil (v. gr., por el segundo motivo, en el problema de la preferencia de los hijos puestos en condición respecto al sustituto fideicomisario, o por el primero, en la interpretación de la exclusión del fideicomiso en caso de nacimiento ulterior y sobrevivencia de hijos del sustituido).

La filiación y el Registro civil

JOSÉ PERÉ RALUY

Juez Municipal de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Entre las instituciones jurídicas que en el momento actual despiertan la atención de los juristas españoles destacan dos que a su interés general unen el específico, que ofrecen para quienes desenvuelven sus actividades en el campo de la Justicia Municipal: el Registro civil y la filiación.

El Registro civil se halla en un primer plano de la actualidad como consecuencia de los trabajos, ya muy avanzados, que se desarrollan en orden a remozar el vetusto ordenamiento de 1870. En cuanto a la filiación, durante tanto tiempo descuidada por nuestros civilistas, más propicios, en general, a discurrir por los trillados caminos del Derecho patrimonial que por el apenas desbrozado sendero del Derecho de personas, ha merecido por fin la atención de nuestros juristas, que han iniciado en los últimos años la ardua tarea de reelaborar las añejas y poco estructuradas concepciones del Derecho que rige, la persona, el matrimonio y la filiación (1), materias éstas que como afectantes al estado civil guardan un íntimo entronque con el Registro destinado a la publicidad y prueba de dicho estado.

En la intersección del Derecho del Registro civil y del de filiación se halla, por tanto, una zona del máximo interés, en la que nuevas concepciones técnicas—como la referente al título de estado—, en cuanto afecta al primero, y una nueva orientación jurídico-política, en lo que se refiere al segundo, plantean una rica problemática, de la que cabe entresacar, las tres siguientes cuestiones fundamentales:

- 1.ª Categorías de filiación que deben tener acceso al Registro.
- 2.ª Mecánica de dicho acceso; y
- 3.ª Características de la publicidad formal del Registro civil en materia de filiación.

(1) Los estudios monográficos de ALBALADEJO sobre Derecho de filiación, natural, el sintético, pero sustancioso *Derecho de familia*, de ROYO MARTÍNEZ, y la magistral exposición del profesor DE CASTRO sobre el Derecho de personas y del estado civil son claro exponente de la moderna renovación de los estudios españoles sobre Derecho privado no patrimonial.

Al lado de ellas pudiera colocarse una cuarta e interesantísima cuestión: la del valor de los asientos registrales como títulos de estado de filiación, problema que, sin embargo, por sus especiales características, su aspecto más general y por su extensión, debe quedar al margen de los restantes, siquiera por su carácter tangencial respecto a alguno de los anteriores, sea conveniente formular algunas consideraciones incidentales acerca del mismo.

II. PRINCIPIOS JURÍDICO-POLÍTICOS SOBRE LA MATERIA

Las cuestiones a tratar—particularmente la primera y la tercera de las enunciadas—, por ser función de criterios político-jurídicos, precisan algunas aclaraciones fundamentales. La filiación es materia de tal suerte ligada al matrimonio, institución básica del Derecho de familia, que nada más lógico que el violento choque con relación a la misma, de contrapuestas tendencias políticas y confesionales, choque que, por el juego de diversas circunstancias, ha creado en torno al Derecho de filiación, un ambiente enrarecido y confuso, en el que, con frecuencia, el juego de criterios excesivamente absolutos y poco propicios a deslindar materias conexas pero diferenciadas y el imperio de ciertos prejuicios sociales, ha conducido a notorias incongruencias y a paradójicas conclusiones.

Basta advertir cómo habitualmente se barajan indebidamente dos cuestiones entre sí tan diversas, cuales son: de un lado, la relativa al establecimiento legal de la filiación en sus diversas clases—investigación libre de la paternidad, reconocimiento de la filiación ilegítima no natural, etc.—y de otro, la que hace referencia a la natural preeminencia de la familia legítima. Quien mantiene una orientación progresiva en cuanto a la primera cuestión, suele aparecer como sospecho de hostilidad hacia la concepción confesional de la institución familiar, en tanto que por otra parte se observa que los enemigos del orden tradicional de la familia suelen enarbolar como bandera de combate la supresión de las normas jurídicas que vejan indebidamente a los hijos ilegítimos y violan sus naturales derechos; en uno y otro caso se olvida que uno es el problema de la atribución de un estado legal de filiación a toda clase de hijos extramatrimoniales, y otro, el referente al contenido que dicho estado debe tener, en relación con el de los hijos legítimos y que, en todo caso, la solución que se dé al primer problema y aun al segundo, no es función necesaria de una concepción determinada sobre el papel que el matrimonio ha de desempeñar como eje de la familia.

Hora es, por ello, de deslindar problemas completamente independientes y de analizar los problemas de filiación a la luz del Derecho natural y la moral católica, cuyos principios no coinciden ciertamente con los del régimen legal de la filiación, en la Roma pagana o en la Francia napoleónica, que son cabalmente los que

han venido informando hasta nuestros días el Derecho de filiación en la generalidad de los países. Hora es que se advierta que, como dice González Pérez (2), «todo nuestro Derecho privado responde a una concepción burguesa de la vida y de la sociedad, que debe ser superada; esta concepción burguesa—que en ocasiones acude, para justificar sus principios, a una falsa interpretación del catolicismo—se muestra acusadamente en la regulación de las relaciones paterno-filiales», agregando el mismo autor que las corrientes favorables a permitir, en todo caso, que el vínculo jurídico de la filiación se acomode al hecho físico de la procreación, «no supone, como alegremente se ha dicho, a veces, el abandono de los principios católicos; por el contrario, por curiosa paradoja, acoger las nuevas normas supone un acercamiento a los más elementales principios evangélicos».

Y adviértase, en fin, que el Derecho canónico sustentó, en materia de filiación, una serie de progresivos principios—difícilmente asimilados, a veces, por la dureza de los ordenamientos seculares del Medioevo y de la Edad Moderna—, de los que, sin escrúpulo alguno, se apropiaron los corifeos de tendencias políticas corrosivas del orden tradicional, de la sociedad y de la familia, que han encubierto solapadamente sus ataques al valor básico del matrimonio, en sus aspectos fundamentales—admisión del divorcio vincular, reconocimiento de efectos jurídicos al concubinato, etc.—, enmascarándolos con activas campañas en pro de ciertas justas reivindicaciones en materia de filiación, al tiempo que se imputaba a la Iglesia católica una posición respecto a la prole extramatrimonial, que la misma jamás mantuvo (3) y que, por el contrario, debe ser cargada en la cuenta de ciertos ordenamientos seculares y muy particularmente del Código civil engendrado por la Revolución francesa y alumbrado por Napoleón Bonaparte.

Síguese, de todo ello, que los problemas de filiación deben ser examinados desde un enfoque totalmente distinto del que proporciona nuestro Código civil, que, sin haber llegado tan lejos en muchos recusables aspectos, como el Código napoleónico, hubo de mostrar, al fin, sus innegables lazos de parentesco con él. Son los eternos principios de la moral católica los que, en trance de renovar nuestras instituciones de Derecho paterno-filial, han de inspirar el nuevo ordenamiento, a la vez más cristiano y más progresivo.

Con arreglo a tales principios, que ulteriormente serán objeto de más detallado desenvolvimiento, pueden sentarse, como orientación en la ruta expositiva a seguir, las siguientes afirmaciones:

(2) Vid. «Rev. Gen. de Leg. y Juris.», 1954, pág. 5.

(3) Aun juristas como J. B. Nappi pretenden que «las tradicionales doctrinas confesionales» constituyen un obstáculo para las nuevas concepciones sobre filiación extramatrimonial (vid. en la «Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.», 1952, pág. 905).

1.^a El matrimonio es la piedra angular de la familia, y como tal, exige la máxima protección del Derecho.

2.^a La relación paterno-filial legítima debe gozar del máximo favor de la Ley.

3.^a La filiación concebida extramatrimonialmente constituye un vínculo real, que el ordenamiento jurídico no puede desconocer.

4.^a Los hijos extramatrimoniales tienen derecho, sin distinción alguna, a exigir de sus progenitores el cumplimiento de los deberes que a los mismos impone la naturaleza, singularmente el de reconocimiento (4), deberes cuyo cumplimiento ha de garantizar en forma eficaz la Ley positiva; y

5.^a El estatuto de los hijos ilegítimos no debe sufrir otras restricciones que las que necesariamente imponga el debido homenaje a la familia legítima, y, singularmente, la concurrencia de tales hijos con los procreados dentro del matrimonio.

Estos principios son, por otra parte, los que tienden a informar los modernos ordenamientos, siendo de notar que en muchos países se ha llevado la humanización del Derecho de filiación al campo constitucional (5), sin que tal tendencia sea patrimonio de las legislaciones de un continente—siquiera, en este aspecto, el europeo marche algo a la zaga del americano—, ni de los regímenes de determinada orientación política y confesional, pues un mismo espíritu anima en materia de filiación a legislaciones de orientación tan diversa como la Constitución de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, que declara a la religión católica confesión del Estado, como la guatemalteca, de 11 de marzo de 1945—hoy derogada—, de manifiesta inspiración sectaria.

III. CLASES DE FILIACIÓN QUE DEBEN TENER ACCESO AL REGISTRO

1. *Premisas teóricas.*—Parece algo axiomático, que la filiación, vínculo real y físico, derivado de la procreación, debe integrar también un vínculo jurídico; no en balde la procreación establece un lazo natural entre padres e hijos y crea entre los mismos un complejo de derechos y deberes morales, que deben tener una inexcusable proyección en el plano jurídico. Nada más lógico, pues, que exista el mayor paralelismo posible entre el hecho natural y el hecho jurídico de la filiación, ya que el mundo del Derecho no puede vivir al margen de la realidad de las cosas; podrá el Dere-

(4) Moralistas católicos de la reputación de A. Vermeersch, afirman que los padres «prolem agnoscere et nomine suo appellare debent, ita ut graviter peccent qui prolem hospitio vel loco publico exponant» (*Teologia Moralís*, Roma, 1945. II, pág. 209).

(5) Vid. artículos 24 de la Constitución del Sarre de 17 de diciembre de 1947, 42 de la C. uruguaya de 26 de octubre de 1951, 6 de la C. alemana de 8 de mayo de 1949, 181 de la C. salvadoreña de 14 de septiembre de 1950, 35 de la venezolana de 1953 y los correlativos de la generalidad de las constituciones hispanoamericanas.

cho valorar y aun encauzar los hechos naturales; pero no puede desconocerlos, so pena de vivir de espaldas a la realidad y crear un mundo de conceptos hueros y construcciones ficticias.

Y, sin embargo, debe reconocerse que en materia de filiación el Derecho histórico y el comparado acusan un brutal divorcio entre la realidad natural y la realidad jurídica, divorcio que si en parte ha sido debido a la específica naturaleza de la filiación, cuya mecánica biológica ha dejado, hasta el presente al menos, en cierta incertidumbre la demostración física de la paternidad, debe su origen de modo primordial a una serie de prejuicios, que en el fondo no son sino exponente de una mentalidad acomodaticia, más propicia a desconocer los problemas que a resolverlos, y que ha conducido a los mayores absurdos y a una violenta ruptura entre la realidad y el Derecho. Y así ha sido cómo buen número de legislaciones ha venido forzando una manifiesta falta de correlación entre el Registro civil y la realidad, en materia de filiación extramatrimonial, ya sea por las cortapisas puestas a la investigación de la paternidad, ya por negar un estado legal de filiación a los hijos procreados fuera de matrimonio, por padres que, al tiempo de la concepción de aquéllos, no hubieran podido contraer matrimonio entre sí, restricciones estas últimas sin seria justificación, como luego se demostrará, y que se traducen en una patente quiebra de la integridad del Registro civil.

2. *Los sistemas tradicionales.*—Dos son los grandes sistemas históricos en materia de filiación, sistemas que, aunque superados hoy en bastantes países, siguen teniendo un dilatado campo de vigencia.

El primero de ellos describe históricamente un arco, cuyos pilares extremos son el Derecho romano y el Código civil del II Imperio alemán y se basan en el establecimiento de una radical diferenciación entre la filiación paterna y la materna, al tiempo que se prescinde, al menos a efectos prácticos, de toda diferenciación interna, entre las distintas categorías de ilegítimos. En este sistema la paternidad extramatrimonial no existe como verdadera cualidad de estado civil, ya que aunque un varón consienta en asumir la paternidad de un hijo ilegítimo, de tal acto jurídico derivarán limitadas consecuencias, entre las que no se halla el establecimiento de un verdadero lazo de parentesco entre el padre y el hijo, e igual cabe decir del supuesto, en que se concede al hijo una pretensión de alimentos contra su probable progenitor. La relación materno-filial, en cambio, se establece por el simple hecho del alumbramiento y produce entre la madre y el hijo un verdadero vínculo legal de filiación, de contenido amplísimo en el B. G. B., cuyo parágrafo 1.705 equipara a los hijos legítimos e ilegítimos en su posición respecto a la madre.

Este sistema, al que puede adscribirse también un mundo jurídico independiente, el islámico, se basa en la consideración de que la maternidad es siempre cierta, en tanto que la paternidad

carece de una exteriorización física probatoria, pudiendo ser fijada tan sólo dentro del matrimonio por el juego de las presunciones legales. Un fragmento de Paulo, recogido en el Digesto (6), ha constituido la base de este sistema, que ha suscitado la crítica de la doctrina germánica y que en la actualidad, con el inmenso progreso de las técnicas biológicas en sus diversos métodos—grupos sanguíneos, morfología vertebral, etc. (7)—, se halla en trance de perder su relativa justificación práctica.

Radicalmente opuesto al anterior, el sistema del Código napoleónico se caracteriza por dos ideas fundamentales, respecto a la filiación ilegítima; la filiación extramatrimonial puede establecerse en principio, como propio vínculo de estado civil y con idéntico contenido, tanto respecto al padre como con relación a la madre—siquiera la investigación de la paternidad se desarrolle sobre bases distintas de las que presiden el establecimiento de la maternidad—; se diversifica, en cambio, la filiación ilegítima, en razón a la mayor o menor irregularidad de la unión que dió vida a los hijos, admitiéndose el establecimiento legal de la filiación de los hijos naturales, por vía de reconocimiento voluntario o forzoso, y negando, en cambio, un estado civil familiar a los hijos ilegítimos «estricto sensu», que no pueden tener padre ni madre ante la Ley, aunque en la realidad de los hechos los progenitores sean perfectamente conocidos.

Este absurdo sistema, que ha prevalecido en la generalidad de las legislaciones del grupo latino, debe su origen al influjo directo de Napoleón, a quien, como digno hijo de la sociedad que lo encumbrara, importaba más que el prestigio de la familia legítima, a la que se fingía servir con tales normas, dotar a los protagonistas de uniones ilegítimas de la situación más cómoda posible respecto a las consecuencias de las mismas. La frase atribuída al Corso: «L'Etat n'a aucun intérêt a ce que la filiation des enfants naturels soit constatée» es fiel reflejo, con su brutal despreocupación y cinismo, de un estado de opinión cristalizado en los Códigos que más o menos servilmente siguieron las huellas del francés, entre los que no fué excepción el español de 1889. El designio napoleónico se servía con dos principios fundamentales: el prohibitivo del reconocimiento de la filiación adulterina e incestuosa—consagrado en el artículo 335 del *Code*—y el que proscribía la investigación de la paternidad extramatrimonial—artículo 342 del pro-

(6) «Quia (semper) certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant» (II, 4, 5).

(7) Véase sobre esta materia, «Rev. de Der. Priv.», 1951, págs. 283 y 666; 1953, pág. 265, y 1955, pág. 626 (notas bibliográficas); «Inf. Jur.», 1953, pág. 629 (jurisprudencia) y los trabajos de CÓMEZ MARCOS, en «Rev. de la Univ. de Oviedo», 1953, pág. 55; FAIRÉN, en «An. de Der. Civ.», 1950, pág. 629, y GARCÍA BARBERENA, en la «Rev. Esp. de Der. Can.», 1949, pág. 997.

pio cuerpo legal—; uno y otro elevaron una cómoda barrera en torno a los progenitores ilegítimos.

3. *Crítica del sistema francés y evolución legislativa.*—Expuestas quedan las líneas fundamentales del sistema legislativo sobre filiación imperante en un área geográfica muy extensa del mundo jurídico occidental, y en verdad que nada más lejos de lo cierto la afirmación de que tal sistema es consecuencia del respeto debido a la familia legítima y de razones de índole confesional. Tales afirmaciones revelan el más craso desconocimiento de la legislación canónica, cuya orientación ha sido muy otra. La Iglesia católica, que ha santificado el matrimonio elevado por Jesucristo a la dignidad sacramental, que ha mantenido el principio de su indisolubilidad, que ha condenado el concubinato y toda clase de uniones sexuales realizadas al margen del matrimonio, no ha vuelto las espaldas a la realidad, ni ha permitido la sanción de seres inocentes, ni el desconocimiento de los sagrados deberes que la naturaleza establece entre padres e hijos, sea cual sea la ilicitud o licitud de la unión que a los últimos engendrara. La Iglesia, más justa y humana que los legisladores seculares, no ha estampado jamás en sus códigos un brutal precepto cual el contenido en el artículo 335 del Código civil francés, ni ha pretendido imponerse a la propia naturaleza, negando la paternidad o maternidad por ésta establecida.

Basta examinar el más venerable de los textos legales de la Edad Media, las Decretales, para advertir con qué amplitud se admite en su libro IV, título XVII, la investigación de la paternidad extramatrimonial, y aún hoy el canon 777 del vigente cuerpo fundamental de Derecho canónico—paradigma insuperable para las legislaciones seculares—pone de manifiesto la piadosas orientaciones seguidas por la legislación eclesiástica.

Tan desmesurada parecía la posición del legislador francés, tan irracional en su espíritu y tan en pugna con el Derecho común de la Europa prerrevolucionaria, que a la larga, pese al tan inmenso como inmerecido prestigio del *Code*, hubo éste de ser modificado, en materia de filiación, como en tantas otras, y así una ley de 1907 introdujo alguna excepción al principio contrario al reconocimiento de la filiación no natural, excepción ampliada por ley de 25 de abril de 1924, que ha reformado el artículo 335 del texto primitivo, continuando la orientación progresiva en los actuales trabajos de reforma general del Código civil francés, siendo de notar la reciente ley de 15 de julio de 1955, que, aunque mantiene el principio general prohibitivo, reconoce a los hijos incestuosos y adulterinos el derecho a reclamar de sus progenitores alimentos.

La evolución legislativa, en la generalidad de los países, muestra en lo que va de siglo una tendencia favorable a la posibilidad—ya sea sin restricción alguna, ya con algunas reservas—del reconocimiento de la filiación ilegítima «*stricto sensu*»; basta citar

en tal sentido el Código civil mejicano de 1928, los modernos Códigos de Venezuela y el Perú, la Constitución de Costa Rica de 1949, con la castiza fórmula de su artículo 53, a cuyo tenor «toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres»; los proyectos de reforma del B. G. B., las notables innovaciones introducidas en el Derecho italiano por los artículos 251 y 252 de su vigente Código civil (8) y, por último, la reciente ley 14.367 promulgada en la República Argentina en 1954, de la que inexactamente se ha dicho que borra toda diferenciación entre la familia legítima y la ilegítima (9) y que representa, por el contrario, una fórmula a la vez progresiva y ponderada, reflejo fiel de los principios enumerados al iniciar la presente exposición.

Nótese, por el contrario, que la legislación soviética, a partir del Decreto del Presidium del Soviet Supremo de 8 de julio de 1954, al tiempo que ha tendido a robustecer la institución familiar—amenazada de quiebra por la disolvente legislación de la primera etapa revolucionaria—con la eliminación del matrimonio meramente consensual y la instauración de fuertes restricciones en materia de divorcio, ha empañado la bondad de tales reformas con un manifiesto retroceso en cuanto al establecimiento legal de la filiación, surgida al margen del matrimonio, retrocediéndose en este aspecto a los caducos patrones del Código napoleónico.

La doctrina extranjera muestra también, casi sin excepción, una orientación progresiva. Kipp y Wolff (10), en Alemania; Planiol-Ripert, en Francia (11), son prototipos de esta tendencia, y, por lo que a Italia se refiere, la encuesta del profesor Cicu, a través de la «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» (12), ha evidenciado un estado de opinión análogo, pues figuras de tan distintas tendencias, como Grassetti, Stella Richter, J. B. Nappi, Gennai Tonietti, Trabucchi, Ondei y Funaioli se han mostrado propicios ya a eliminar toda distinción entre las diversas clases de hijos ilegítimos, ya a reconocer al lado de los *status* de filiación legítima y natural un tercer estado o cualidad de estado de filiación ilegítima, estricto sensu, legalmente establecido.

4. *El sistema español.*—Procediendo el Código civil español, por generación más o menos legítima, del francés, nada más natural que responda a los principios inspiradores de éste y que se

(8) El reciente proyecto Rossi-Nenni propugna la inversión del sistema actual por reducción a excepción de la actual regla general prohibitiva.

(9) Basta leer el artículo 8.º de dicha ley para advertir que subsisten diferencias en el campo de los derechos sucesorios entre los hijos legítimos e ilegítimos.

(10) *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, 2.ª ed. esp., V, 2.º, pág. 189.

(11) *Traité Élémentaire de Droit civil*, Paris, 1948, I, pág. 501. En igual sentido, Ch. BEUDANT (*Cours de Droit civil français*, III, Paris, 1936, pág. 403), que ciertamente afirma: «Cuando un hecho por lamentable y reprobable que sea se produce, no se gana nada teniéndolo ficticiamente como no probado, si es conocido.»

(12) Año 1952, págs. 813 y sigs.

halle divorciado en materia de filiación, como en tantas otras, de nuestro Derecho histórico. Tanto el antiguo Derecho castellano como el de los territorios de la casa de Aragón, seguían la línea tradicional del viejo Derecho común europeo, inspirado en criterios de relativa o absoluta flexibilidad en materia de investigación de la paternidad, aun la de carácter adulterino. El Código civil, separándose de tales precedentes, prescindió en forma radical de la investigación de la paternidad ilegítima—ya que los supuestos aparentemente admitidos no presuponen, salvo en el caso de ciertos delitos sexuales, sino la homologación judicial de un reconocimiento no realizado en forma auténtica—y negó a los hijos ilegítimos no naturales el derecho a exigir de sus progenitores otra cosa que la mezquina prestación alimenticia prevista en el último párrafo del artículo 143. Pero no ha sido ello lo más lamentable; lo sensible ha sido que el Tribunal Supremo por un lado y la Dirección General de Registros por otro han interpretado el Código civil más bien a la luz del patrón napoleónico—del que, en definitiva, como luego se verá, le separaban notables variantes—que a los precedentes del Derecho patrio. Y así se ha visto cómo por una parte se interpretaba el número 1 del artículo 135 con una rigidez incompatible con la propia letra de la Ley y con nuestra tradición jurídica y cómo por otra la jurisprudencia registral, en reiteradas resoluciones, culminadas en la dictada con carácter general en 13 de marzo de 1950, negaba la posibilidad del reconocimiento voluntario de la filiación ilegítima no natural, aun realizada con el carácter de tal y con sus limitados efectos, vedando terminantemente el acceso al Registro de tal clase de filiación.

Y, sin embargo, justo es reconocer que, como ha afirmado González Pérez, en el sugestivo trabajo a que antes hice referencia, el último de los criterios citados carece de sólida base legal. Ciertamente es que el artículo 139 del Código civil niega a los hijos adúlteros e incestuosos el derecho a exigir de sus padres el reconocimiento, pero ninguno de los preceptos de dicho cuerpo legal se opone a que dicho reconocimiento se produzca voluntariamente, siendo a este respecto altamente significativo que nuestro Código civil, que tan servilmente suele reproducir los preceptos del Código napoleónico, no haya incorporado a su articulado el contenido del artículo 335 de este último Código, a cuyo tenor «*este reconocimiento—se refiere al voluntario—no podrá tener lugar en provecho de los hijos nacidos de unión incestuosa o adulterina*».

Cierto es también que el artículo 48 de la Ley del Registro civil indica que en el acta de nacimiento se hará constar el dato de filiación, si los progenitores pudieran ser legalmente designados, pero no lo es menos que tal precepto no debe entenderse necesariamente referido a una norma discriminatoria de las diversas clases de hijos ilegítimos, ya que puede entenderse concordante con el artículo 51 de la propia Ley, que proscribía la mención registral de los progenitores ilegítimos, realizado a virtud de decla-

ración de terceros, siendo de notar que este último precepto se refiere genéricamente a hijos ilegítimos, sin establecer distinción alguna entre los naturales y los que no lo son.

El criterio jurisprudencial que niega el acceso al Registro civil de la paternidad y maternidad ilegítimas no naturales es recusable desde diversos puntos de vista, se halla en pugna con el criterio que trasciende, al menos implícitamente, de los textos legales, ofrece gravísimos riesgos y combinado con otras normas legales, conduce a resultados verdaderamente absurdos e incongruentes.

En efecto, las anteriores citas legales muestran ya la precaria fundamentación jurídica del criterio mantenido por el Centro Directivo, pero la inconsistencia de éste aparece más manifiesta si se examina el artículo 46 del Código civil, en el que paladinamente se habla de hijos ilegítimos no naturales *cuya madre fuera legalmente conocida*. Por otra parte, resulta absurdo que en la inscripción de nacimiento se haga constar la condición de hijo ilegítimo—exigencia del artículo 48 de la Ley de Registro civil—sin que la constancia en el asiento de los datos relativos a los progenitores ilegítimos no naturales permitan contrastar la legalidad de tal calificación. El peligro a que antes se aludía salta a la vista, si se considera que la clandestinidad de la filiación ilegítima *estricto sensu* trae consigo el grave riesgo de que se vulneren las normas prohibitivas del matrimonio, por razón de parentesco, al eliminar del Registro los datos de parentesco real, que habrían de servir para determinar la existencia de los correspondientes impedimentos, y por otra parte la prohibición del reconocimiento voluntario, hace muy difícil en la práctica, en muchos casos, el ejercicio de los limitados derechos que a la prole ilegítima no natural concede el Código civil. En cuanto a los absurdos e incongruencias del sistema vigente, citaré uno tan sólo, suficientemente significativo: el hijo incestuoso no puede ser reconocido; su filiación permanece en el incógnito, ante la Ley no tiene ni padre ni madre, y ello es debido, según se ha dicho en alguna resolución de la Dirección General de Registros (13) a que la concepción de tales hijos presupone un delito; ahora bien, si los culpables de tal unión a la ilicitud del incesto agregan la comisión de un delito de matrimonio ilegal, atentando un enlace desde luego inválido, la prole nacida de tal unión gozará de filiación conocida y además será reputada legítima a tenor del artículo 69 del Código civil. De suerte que un delito de sus progenitores hace al hijo de filiación desconocida y no reconocible, en tanto que la comisión de dos delitos lo eleva a la categoría de hijo ilegítimo; he aquí un resultado que califica a todo un sistema.

Parece, por tanto, patente, a la vista de lo expuesto, la conveniencia de que toda clase de filiación de hecho alcance rango jurídico, con lo cual se evitará que el Derecho positivo, en fari-

(13) Resolución de 19 de septiembre de 1949.

saica postura, imponga la comisión de falsedades oficiales, cual la de que conste como desconocida una filiación que en la realidad de los hechos se halla perfectamente establecida; nada más antijurídico que una falsedad, no sólo autorizada, sino impuesta por el legislador. Claro es que el establecimiento legal de la filiación nada prejuzga acerca del contenido jurídico, atribuible a los diversos *status*, que, por razón de la misma, se considere oportuno distinguir, siendo de notar que resulta absurdo, en cuanto a este último problema, que el mayor grado de ilicitud de la unión extramatrimonial determine una mayor liberación de obligaciones de los progenitores para con sus hijos; mucho más lógica debe ser una discriminación basada no en la mayor o menor ilicitud de la unión que engendrara a los hijos, sino en la concurrencia o no concurrencia de los hijos extramatrimoniales con los procreados dentro del matrimonio.

La orientación progresiva que acabo de defender halla en sus líneas generales ambiente propicio en la doctrina patria. Antes he hecho alusión a la postura de González Pérez en orden al acceso al Registro civil de la filiación ilegítima no natural; ahora debo recordar las palabras del maestro Castán, cuando decía hace ya más de veinte años que «los derechos de la prole nacida fuera del matrimonio deben ser regulados con criterio liberal y sin tener en cuenta la índole más o menos ilícita de la unión sexual a que debe aquélla la existencia» (14), y la opinión de Borrell, de nada dudosa ortodoxia, a quien parece más justa la postura legal favorable a una amplia investigación de la paternidad (15), orientación acogida, por otra parte, en el recientemente elaborado proyecto de Apéndice Foral Catalán (16), y, finalmente, la decidida posición de Taulet (17) que califica el sistema actual de «enorme desafuero» y propugna radicales reformas sobre la materia.

IV. MECÁNICA DE ACCESO DE LA FILIACIÓN AL REGISTRO

1. *Cuestión preliminar.*—El papel asignado a la inscripción de nacimiento, en orden a la publicidad de la filiación, puede revestir dos modalidades: o tal inscripción se limita a dar publicidad a los datos de los progenitores del inscrito sin calificar la naturaleza de la filiación, o bien se erige al acta de nacimiento en un completo título de estado de filiación por la constancia no sólo de los nombres y circunstancias de los progenitores, sino de la nota de legitimidad o ilegitimidad del inscrito. Esta última solución es la aceptada por nuestra ley registral y por buen número de orde-

(14) Vid. *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, pág. 134.

(15) *Derecho civil español*, 1954, IV, pág. 94.

(16) Cuyo artículo dispone que «los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden investigar libremente quiénes sean sus padres y exigirles el cumplimiento de las obligaciones que su condición les impone».

(17) «Rev. Gen. de Der.», 1947, pág. 587.

namientos extranjeros (18), que más o menos conscientemente han pretendido atribuir a la inscripción de nacimiento el rango de título de estado de filiación, pretensión que aparece muy clara en el artículo 115 del Código civil español, a cuyo tenor «la filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil».

Y, sin embargo, nada más absurdo que llegar a tal solución partiendo de una mecánica cual la existente en nuestro Derecho —y en la generalidad de los ordenamientos extranjeros— para la inscripción del nacimiento en el Registro civil. Basta pensar que nuestro sistema registral sólo ha cuidado, y ello en los últimos tiempos, de garantizar la certeza del nacimiento y, a lo sumo, la identidad de la madre, pero en modo alguno exige que el declarante aporte la prueba de los hechos en que en su caso ha de basarse la legitimidad del inscrito o su condición de hijo natural.

La legitimidad supone el alumbramiento del hijo por mujer casada o viuda y que el nacimiento haya ocurrido en tiempo y condiciones tales que permitan presumirlo concebido dentro de matrimonio, o cuando menos, que se den las circunstancias necesarias para que el hijo goce de la legitimidad por ficción legal prevista en el artículo 110 del Código civil. Pues bien, ninguno de estos hechos necesitan ser acreditados por el declarante, a quien la ley atribuye la misión de calificar la filiación del sujeto de la inscripción (19) sin otra garantía que la remotísima de una responsabilidad penal difícilmente exigible, tanto por razones de índole práctica como por la posible entrada en juego de una eximente de ignorancia de Derecho extrapenal y sin que el declarante se halle siquiera obligado a facilitar al Registrador civil los datos necesarios para comprobar la posible inexactitud de la calificación, ya que, por ejemplo, entre las circunstancias de la declaración se halla la relativa al estado civil de los progenitores, pero no la referente al matrimonio entre sí de los mismos. Igualmente imperfecta es la calificación en lo que a la filiación natural hace referencia.

Sobre tan deleznable bases se ha erigido un título de estado de amplísimos efectos probatorios, al menos en teoría, ya que la jurisprudencia, advirtiendo los peligros encerrados en la fórmula del artículo 115 del Código civil, se ha visto obligada a desconocer la literalidad del tal precepto y a afirmar que la prueba de la filiación legítima resulta de la confrontación de la partida de nacimiento del hijo con la del matrimonio de los padres (20), lo que es perfectamente lógico dado el mecanismo de la inscripción. Ahora bien, admitida esta tesis hay que convenir en que la mención de le-

(18) Véase, por ejemplo, el artículo 240, número 5 del C. R. portugués. de 22 de diciembre de 1932.

(19) Sin reparar en que tal calificación en no pocos casos entraña graves problemas jurídicos, basta pensar en el supuesto de aplicación del artículo 111 del C. c.

(20) Sentencia de 24 de junio de 1897.

gitudinalidad en la inscripción de nacimiento carece virtualmente de valor y por ello, en tanto no se modifique el sistema de inscripción, puede prescindirse de tal mención sin que padezca la economía del sistema registral.

La cuestión debe plantearse, por tanto, de *lege ferenda*, en los siguientes términos: o es conveniente que la inscripción de nacimiento integre un título completo y unitario de estado de filiación, en cuyo caso hay que rodear a la inscripción de toda clase de garantías y condicionar la constancia del dato de legitimidad a la incorporación al acta de nacimiento del dato, fehacientemente acreditado, del matrimonio de los progenitores y el correcto juego de las presunciones legales en relación con las fechas del nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, reservando en todo caso al Registrador civil la calificación de la filiación—sin perjuicio de las impugnaciones procedentes en vía judicial o gubernativa—, o bien se estima que las ventajas de tal sistema no son bastantes a justificar la complicación que habría de suponer la nueva mecánica de la inscripción, y en tal caso es preferible que se omita en la inscripción de nacimiento el dato relativo a la clase de filiación, que habría de figurar sin garantía alguna y que no habría de surtir apenas verdaderos efectos jurídicos.

En el actual estado de cosas, rudimentario todavía el desarrollo de la institución registral y con el riesgo de entorpecer el funcionamiento del Registro civil con una complicación excesiva de la mecánica de la inscripción, parece arriesgado propugnar la instauración del primero de los sistemas apuntados, por lo que sin perjuicio de su posible implantación en fecha más lejana es preferible mantener cierta simplicidad en las operaciones registrales y prescindir de toda referencia a la clase de filiación del inscrito (21).

2. *La mención de la paternidad y la maternidad en la inscripción de nacimiento.*—El ordenamiento español resulta tan liberal en cuanto a los requisitos necesarios para la constancia en el Registro civil de los progenitores legítimos—o que se señalan como tales—como restrictivo en lo que hace referencia a la filiación ilegítima. Los padres del hijo legítimo—o al que el declarante atribuye la condición de tal—constan en la inscripción de nacimiento, por manifestación del declarante, que puede ser un progenitor, un familiar o incluso un extraño; en la actualidad la exigencia de un certificado facultativo del alumbramiento proporciona cierta garantía acerca de la identidad de la madre, pero la paternidad se atribuye sin garantía alguna. En cambio, los progenitores del hijo extramatrimonial sólo pueden constar en el asiento cuando los mismos, personalmente o por medio de mandatario con poder auténtico, asumen la maternidad o paternidad del inscrito.

(21) Con lo que se aligeraría el folio de nacimiento de datos y circunstancias sin real valor probatorio, disminuyéndose además el número de inexactitudes registrales.

Hay que reconocer que este sistema es el propio de buen número de legislaciones extranjeras, como la italiana—artículo 73 del Real Decreto regulador del Registro civil de 9 de julio de 1939—y la portuguesa—artículos 260, 401 y 402 del Código del Registro civil—; la legislación francesa responde en general a esta tendencia, cuando menos a partir de la sentencia del Tribunal de Casación de 3 de abril de 1872, en la que se declaró que la mención del nombre de la madre natural, contenida en la inscripción de nacimiento del hijo a virtud de manifestación de tercero, no es prueba bastante de dicha maternidad ni equivale al reconocimiento, si bien precisa reconocer que en la práctica registral francesa es muy frecuente que la inscripción señale el nombre de la madre a virtud de simple manifestación de cualquier declarante, aunque tal mención produce muy limitados efectos (22).

El sistema vigente en España merece severa crítica, tanto en lo referente a la inscripción de hijos legítimos como en lo relativo a la de los hijos extramatrimoniales, ya que si el criterio amplísimo en cuanto a la inscripción de los primeros, abre un portillo a la comisión de gran número de falsedades, la adopción de un criterio restrictivo respecto a la constancia de la maternidad natural—no respecto a la paternidad, pues con referencia a ésta es lógico que no se admita su atribución por declaración de terceros—provoca frecuentes dificultades, particularmente en un sistema en que, como el nuestro, la reducción a un brevísimo plazo de tres días del tiempo hábil para la declaración del nacimiento, imposibilita a la madre para acudir al Registro a realizar, dentro del plazo legal, el reconocimiento de los hijos naturales en el acta de nacimiento.

La solución más plausible del problema es la que afluye de la naturaleza misma de la filiación. La maternidad es siempre cierta, ya que el hecho del alumbramiento establece de modo indubitable el vínculo de filiación, sea ésta legítima o ilegítima entre la madre y el hijo; basta probar el hecho del parto y la identidad de sus protagonistas para que la filiación materna pueda ser tenida por cierta. La paternidad, en cambio, no puede aún ser objeto de prueba biológica decisiva, por lo que no existen más que dos caminos para su establecimiento legal en la inscripción de nacimiento: el de la asunción o reconocimiento de la paternidad, realizada personalmente por el propio progenitor—o mandatario con poder auténtico especial—, y el de la prueba de ser el pretendido padre el marido de la madre del inscrito y de haber nacido el hijo en tiempo hábil para ser legalmente considerado como fruto de dicha unión.

La solución concreta que de tales premisas se deduce es la siguiente: la paternidad debe constar—en un sistema registral idóneo—en todo caso en que el declarante del nacimiento asuma la paternidad del hijo, y cuando aun formulada la declaración por

(22) Véase PLANIOL-RIPERT, en ob. cit. en la nota 11, pág. 517.

tercera persona se acredite que el varón designado como padre goza a su favor de la presunción de paternidad establecida en el artículo 108 del Código civil, acreditándose, claro está, el hecho del matrimonio de los progenitores. La maternidad, en cambio, debe tener constancia registral, a virtud de declaración de cualquiera de las personas llamadas por la Ley a realizar la manifestación del nacimiento, cuando conste al declarante el hecho del alumbramiento y la identidad de la madre y cuando tales datos sean corroborados por el parte del facultativo que hubiera asistido al parto o por las averiguaciones subsidiarias que por el Registrador civil se practiquen a efecto de acreditar la realidad de aquellos hechos fundamentales.

La fórmula propuesta, particularmente en cuanto en ella se prevé la posibilidad de que la maternidad extramatrimonial pueda constar en el Registro civil, a virtud de declaración de tercera persona, parecerá quizá sorprendente y en pugna radical con nuestro sistema de Derecho civil, que concibe el reconocimiento como un acto personalísimo—artículo 129 del Código civil—; sin embargo, lo cierto es que el sistema que se propugna, aun implicando innovaciones sensibles respecto al régimen registral vigente, no repugna a un Derecho material, que admite la libre investigación de la maternidad—que puede ser impuesta aun contra la voluntad de la madre—en tanto se acredite el hecho del parto y la identidad del hijo.

La legislación comparada tiende a ofrecer, por otra parte, un predominio cada vez mayor de soluciones similares a las que se acaban de propugnar, particularmente en lo que se refiere a la posibilidad de que la madre del inscrito conste en todo caso a virtud de declaración de un tercero; basta citar en tal sentido la conclusión que implícitamente se infiere del Capítulo III de la *Personengesetz* alemana de 3 de noviembre de 1937, y más explícitamente el artículo 67 de la Ordenanza registral suiza de 1 de junio de 1953, el 46 del Reglamento del Registro civil checoslovaco de 29 de diciembre de 1949, el artículo 60 del Código civil mejicano y 468 del venezolano, etc., que en tanto exigen para la constancia de la paternidad extramatrimonial el reconocimiento del padre, permiten y aun imponen la designación en todo caso del nombre de la madre con base en la simple declaración de quien formula la manifestación de nacimiento, o en el parte facultativo del alumbramiento o en la combinación de uno y otro.

Aun en los países del grupo europeo latino, aferrados a sistemas similares al vigente en España, se advierte una reacción en pro de fórmulas más progresivas; antes hacía referencia a la práctica registral francesa y ahora debo aludir, al citado respecto, al proyecto Bianchi, presentado a la Cámara italiana, en fecha no lejana, y en el que como fórmula de transacción entre el sistema vigente en Italia y los de tipo centro-europeo, se preveía que en el supuesto de que la madre natural omitiera el reconocimiento del hijo en el

acta de nacimiento, el Ministerio fiscal habría de promover la acción judicial de reconocimiento forzoso, propuesta sometida a amplia controversia en la encuesta de Cicu a que antes se ha hecho referencia y que sólo halla la repulsa de quienes como Concetti y Funaioli estiman tal norma peligrosa para el hijo por ser propicia a provocar infanticidios y exposiciones peligrosas; en cambio, la mayoría de los consultados, Stella Richter, J. B. Nappi y Brusa, se pronuncian en favor de la admisión de la acción pública en materia de reconocimiento forzosa de la maternidad, y aun alguno de ellos, como el magistrado Ondeï, considera que debe obligarse al declarante a manifestar el nombre de la madre aun en el caso de que aquél sea un facultativo, juzgando que es en todo caso del máximo interés social «que por encima de cualquier ficción se reconozca a los hijos engendrados por sus verdaderos padres», y agrega que la ocultación de la paternidad o maternidad «acarrea perjuicios mayores que el escándalo—hoy ya bastante atenuado en la conciencia pública—de la paternidad o maternidad ilegítima» (23).

Pero aún hay más, el sistema que propugno respecto a la mención de los progenitores ilegítimos del inscrito viene a concordar con la prudente fórmula del canon 777 del Código de Derecho canónico, que en este aspecto como en tantos otros da una maravillosa pauta a las legislaciones seculares; según el citado canon, «tratándose de hijos ilegítimos debe consignarse el nombre de la madre, si es públicamente conocida su maternidad o si ella espontáneamente lo pide, por escrito o ante dos testigos; asimismo ha de consignarse el nombre del padre, si él mismo lo pide espontáneamente al párroco, por escrito o ante dos testigos o si es conocido como padre a virtud de documento auténtico»; en los demás casos inscribese al nacido como hijo de padre o padres desconocidos. Nótese que este precepto ninguna diferencia establece entre las diversas clases de hijos ilegítimos a efectos de su inscripción en el Registro parroquial y cómo la mención del nombre de la madre puede basarse en el simple hecho de la notoriedad del alumbramiento.

V. LA PUBLICIDAD FORMAL DE LA FILIACIÓN

1. *El doble aspecto de la filiación.*—Al abordar la tercera y última de las cuestiones propuestas, la relativa a la publicidad formal de la filiación, es decir, a las características y condiciones en que los datos registrales sobre filiación trascienden al exterior por medio de certificaciones del contenido de los asientos o por la exhibición de los libros (24), precisa distinguir en la filiación dos aspectos de interés capital respecto a la cuestión a tratar.

(23) «Rev. Trim. di Dir. e Proc. civ.», 1952, pág. 858.

(24) Forma esta de publicidad no prevista en la legislación española de Registro civil a diferencia de otras extranjeras, como la venezolana (arts. 456 del C. c.) y que de admitirse sin restricciones entorpecería en gran manera la mecánica del Registro.

La filiación se muestra, por un lado, como una cualidad de estado civil, y en tal aspecto los hechos o actos jurídicos relativos a la misma son objeto de la publicidad registral; pero por otra parte, la filiación, los datos referentes a los progenitores de cada persona, integra una de las circunstancias que sirven para individualizar jurídicamente a la misma. La filiación, por tanto, puede interesar al Registro civil en cada uno de los dos aspectos, en forma primaria en cuanto estado civil de las personas, y secundariamente en cuanto integra una circunstancia personal individualizadora de interés para la identificación jurídica de la persona a quien se refiere el hecho inscribible en el Registro civil.

Hecha esta distinción, claro es que si la proyección probatoria del Registro ha de referirse a un determinado vínculo familiar, a un hecho en que el *status* de filiación entre en juego, es indispensable dar una publicidad amplísima y sin restricción alguna al dato registral de filiación, pues sólo así el Registro civil servirá a sus naturales fines. En cambio, cuando las certificaciones emanadas de tal institución no hayan de afectar directamente a la filiación, sino a hechos o cualidades de estado civil que aun refiriéndose a la persona inscrita sean independientes del lazo de filiación, por ejemplo, la edad, sexo, ciudadanía, etc., la constancia de dicho dato sólo ofrecerá interés, en tanto en cuanto el mismo sea necesario para la debida individualización de la persona a la que la certificación registral haya de referirse, por la cual, si tal necesidad no existiere en la práctica, no habría inconveniente alguno en prescindir de tal dato.

Sin la existencia de la filiación ilegítima ningún problema hubiera surgido, sin embargo, en esta materia, pues la superfluidad, en muchos casos del dato de filiación, no hubiera sido obstáculo a que el mismo siguiera figurando en toda clase de certificaciones del Registro civil, cuando menos como consecuencia de una larga tradición que ha visto en la designación del nombre de los progenitores un dato individualizador de primera fuerza junto con la edad y lugar de origen. La filiación ilegítima ha planteado, sin embargo, el problema de la conveniencia de restringir la publicidad de la misma en forma que no ocasione un patente perjuicio moral a los hijos concebidos extramatrimonialmente, que constantemente, en su vida civil, habrán de ver divulgada la ilegitimidad de su origen si en las certificaciones de estado civil se hace constar el dato de filiación.

El problema es grave por la intensidad del perjuicio irrogado a quienes se hallan en tal condición y por elevado número de personas a que afecta; basta pensar que en Italia el porcentaje de hijos ilegítimos alcanza a un 8 por 100, en Francia a un 11 y en Venezuela a un 60 por 100 (25), y que en diversas repúblicas hispano-americanas, como Honduras, afecta a la mayor parte de la pobla-

(25) Según datos de G. B.^a NAPPI (véase loc. cit. en nota 23, pág. 894)

ción por el gran predominio de las uniones libres (26). En España, aun siendo menor el porcentaje de hijos ilegítimos—un 6 por 100 apenas—no deja de constituir un acuciente problema el planteado por la necesidad de evitar la divulgación de la ilegitimidad de origen, en tanto ello no lesione derechos preferentemente atendibles.

Ello ha motivado que las legislaciones registrales que en un principio apenas contuvieron fórmulas restrictivas, hayan tendido, en forma más o menos intensa, a permitir la ocultación de la ilegitimidad de filiación en todos aquellos casos en que la publicidad formal del Registro no se centre sobre el hecho mismo de la filiación, sino sobre otros hechos, cualidades o actos de estado civil.

2. *Fórmulas restrictivas de la publicidad registral.*—La legislación española intentó ya dar una solución parcial al problema con el Decreto de 4 de julio de 1912, sobre certificaciones en extracto, disposición complementada por otras posteriores que autorizan la expedición de certificaciones no literales, en las que aun constando la filiación no se especifica la naturaleza de la misma. Dada la amplia utilización de las certificaciones en extracto, la ocultación de la ilegitimidad de origen de los hijos naturales reconocidos por ambos progenitores, se ha conseguido plenamente; pero, en cambio, en cualquier otro supuesto, la ilegitimidad se evidenciará, aun en las certificaciones en extracto, por la omisión del nombre del progenitor o progenitores real o legalmente desconocidos. Una fórmula similar regía en Italia por virtud del artículo 186 del Real Decreto del Registro civil de 1939, modificado por ley de 28 de julio de 1950, hasta la reciente innovación legislativa de que luego se hace mención.

Un paso más dió la legislación francesa por medio de leyes de 30 de noviembre de 1906 y 29 de julio de 1939, que instauraron un sistema bastante complejo, cuyas líneas generales son las siguientes: existen dos tipos de certificaciones en extracto, uno de contenido más amplio, en el que se hacen mención de los progenitores del inscrito, y otro en el que se prescinde de dichas circunstancias y se indica sólo el año, día, hora del nacimiento, así como el lugar del mismo y el sexo y nombre del inscrito; las certificaciones del primer tipo sólo pueden ser expedidas a petición del Ministerio fiscal, del propio sujeto de la inscripción, de sus ascendientes o descendientes en línea recta, cónyuge, tutor o representante legal, herederos, oficinas de Administración pública o por persona que aun no hallándose comprendida entre las anteriores obtenga autorización para ello del Juez de Paz—equivalente a nuestros Jueces Municipales y Comarcales, no a los españoles de Paz, que no tienen correspondencia en Francia—. La finalidad perseguida por el artículo 57 del Código civil francés, en la redacción que al mismo han dado las leyes citadas, sólo parcialmente alcan-

(26) Véase «An. de Der. civil», 1950, pág. 1239.

za sus objetivos, ya que siendo utilizados normalmente los certificados en extracto que contienen la indicación de los progenitores el solo hecho de la presentación de un extracto sin tal dato hará presumir la ilegitimidad de la persona a que se refiere el asiento.

Las legislaciones del grupo centro-europeo han abordado el problema, por lo general, limitando el círculo de personas que pueden obtener por simple petición certificaciones del Registro civil no concernientes a la misma. Así el artículo 138 de la Ordenanza registral suiza de 1953 limita la expedición de los certificados registrales al propio interesado, a sus parientes consanguíneos o adoptivos en línea recta, a las Autoridades de cierto orden y a los particulares que acrediten un interés digno de protección y directo, mientras por su parte el artículo 148 de la propia Ordenanza prohíbe la constancia en los extractos de la calidad correspondiente a la filiación del inscrito; el artículo 61 de la ley alemana de estado civil de 1937 exige se acredite por el peticionario de las certificaciones registrales un interés legítimo, y aún se muestra más restrictiva que las anteriores a legislación checoslovaca en el artículo 35 de su Reglamento registral.

La insuficiencia de las fórmulas anteriores y la irresistible tendencia a eliminar las discriminaciones sobre filiación en los documentos oficiales, tendencia puesta de manifiesto en las asambleas y organizaciones de carácter internacional y prácticamente evidenciada con la supresión del dato de filiación de ciertos documentos de tipo interestatal, como los pasaportes, ha motivado que diversos textos constitucionales patrocinaran soluciones más radicales y que algunas leyes, ya relativas al ámbito registral estricto, ya de carácter más general, haya desenvuelto fórmulas más progresivas. La mayoría de las constituciones hispanoamericanas, entradas en vigor a partir de 1940—de Bolivia, Cuba, El Salvador, Venezuela, Panamá, Costa Rica, etc. (27)—, o han proclamado con normas de excesiva amplitud la equiparación completa de la filiación legítima e ilegítima, o han impuesto la eliminación del Registro civil de las calificaciones sobre filiación, y aun—en los extractos—del dato relativo a los progenitores.

En Italia los proyectos Dal Canton y Bianchi, sometidos a intensa controversia parlamentaria y al debate doctrinal abierto por Cicu en la *Trimestrale*, han evidenciado el ambiente favorable que entre los medios jurídicos italianos de más dispar tendencia existen en orden a la adopción de medidas que eviten la innecesaria publicidad de la filiación ilegítima. La audacia de ambos proyectos, su repercusión legislativa, al menos parcial, y el interés que ofrecen como tema de confrontación en orden a una posible reforma del ordenamiento español, exigen se dedique a ambos proyectos particular atención.

(27) Véase amplia información sobre esta materia en la «Rev. Not.», de Buenos Aires, en febrero 1955, pág. 7 y sigs.

La proposición de ley número 1.901, presentada por María Pía del Cantón en 15 de marzo de 1951, tendía a eliminar de los extractos registrales el dato de filiación, omitiendo toda referencia a los progenitores del inscrito. Mucho más audaz, la proposición que con el número 1.951 presentara Bianca Bianchi en 24 de abril del propio año, pretendía que al efectuarse la inscripción de infantes, cuyos progenitores fueran en todo o en parte desconocidos, el Registrador civil supliera tal falta atribuyendo a los inscritos padres ficticios, proyecto éste que con algunas modificaciones obtuvo la aprobación del Parlamento en 17 de julio de 1952, según un texto en el que se preveía que tratándose de hijos de padres desconocidos el Registrador debía imponer a los mismos nombre y apellido, así como también, por nota marginal, un nombre para el padre desconocido y nombre y apellido para la madre ignota, haciendo preceder en ambos casos la partícula *fu*—difunta— a los nombres de los ficticios progenitores.

La encuesta de Cicu (28) ha permitido sondear el estado de opinión de buen número de juristas italianos, acerca de la conveniencia de reformar el sistema de publicidad de la filiación ilegítima, vigente hasta hace poco en Italia. Grassetti (29) se ha mostrado opuesto al proyecto Bianchi, al que califica de absurdo, haciendo notar que ni aun la ley húngara de 19 de diciembre de 1946 (30), que pudiera considerarse como su antecedente, ha llegado tan lejos como el proyecto italiano, defendiendo, en cambio, la propuesta Dal Canton y sugiriendo que la eliminación del dato de filiación sea total, abarcando no sólo al campo registral, sino a toda la esfera administrativa. El profesor Trabucchi (31), de la Universidad de Padua, acepta la propuesta Bianchi con tal que en la inscripción de nacimiento quede bien claro que la paternidad y maternidad atribuidas con arreglo al mismo son de carácter ficticio. G. Nappi (32), de la Universidad de Génova, apoya resueltamente la propuesta que tiende a eliminar el dato de filiación de los extractos registrales y comparte el criterio extensivo de Grassetti, sugiriendo que en toda clase de documentos y enumeración de circunstancias personales se prescinda del dato de filiación y que se utilice, si es preciso, la hora del nacimiento como dato individualizador complementario. J. B. Nappi (33), de la curia milanesa, encuentra aún insuficiente la propuesta de María Pía Dal Canton,

(28) Véase el cuestionario en la *Trimestrale*, 1952, pág. 815, y las contestaciones al mismo en las págs. 827 y sigs., y el resumen de Cicu en la pág. 900 y siguientes.

(29) «Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.», 1952, pág. 981.

(30) Rev. cit. en nota anterior, pág. 987. La ley húngara en cuestión prevé tan sólo la atribución de padre—no de madre—ficticio, y obedece a la finalidad de dotar a los hijos de padre desconocido de un apellido distinto del de la madre.

(31) Rev. cit. en nota 29 (pág. 982).

(32) Rev. cit. en nota 29, pág. 906.

(33) Rev. cit. en nota 29, pág. 895.

advirtiendo los inconvenientes del proyecto Bianchi. Las dos propuestas de ley hallan, en cambio, la favorable acogida de G. A. Brusa (34), de la curia piamontesa, en tanto que el magistrado On-dei (35) combate la idea de crear una paternidad ficticia diciendo con acierto «la filiación natural no es una humillación sino para los progenitores que rehusan cumplir sus deberes; una ficción no elimina una realidad», y agrega que es suficiente la eliminación del nombre de los progenitores de las circunstancias personales del inscrito. El diputado Migliori (36) estima que el proyecto Dal Canton ofrece el riesgo de provocar confusión acerca de la identidad de las personas, y combate la propuesta de Bianca Bianchi, a la que también se muestra hostil el magistrado Azzariti (37). Como resumen puede afirmarse que en tanto la idea de crear progenitores ficticios provocó las naturales reservas, el proyecto Dal Canton apenas si suscitó oposición y tuvo, en cambio, entusiastas defensores (38).

Resta, por fin, hacer referencia, antes de realizar la crítica de los sistemas propuestos y esbozar las soluciones más adecuadas a dos recientes textos legislativos, en los que se condensan las más progresivas fórmulas elaboradas por el Derecho comparado sobre la materia; la ley argentina número 14.367, publicada en 3 de noviembre de 1954, y la ley italiana número 1.064, promulgada en 31 de octubre del pasado año 1955.

Con arreglo al artículo 5 de la ley argentina «el Registro civil expedirá únicamente certificados de nacimiento expedidos en forma que no resulte si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio. El testimonio de la partida sólo podrá otorgarse a pedido del propio interesado, de sus progenitores, de sus representantes legales o por orden judicial a pedido de quien acredite un legítimo interés». Este texto es interpretado por la doctrina argentina (39) en el sentido de que en las certificaciones registrales habrá de prescindirse de la mención de los progenitores—al menos en los extractos—. Con éste y los demás preceptos de la ley 14.367 la República Argentina ha modificado, en materia de filiación, el viejo ordenamiento de Vélez Sársfield, cuya dureza respecto a la filiación extramatrimonial había suscitado la crítica de los juristas de la República del Plata (40).

(34) Rev. cit. en nota 29, pág. 873.

(35) Rev. cit. en nota 29, pág. 861.

(36) Rev. cit. en nota 29, pág. 851.

(37) Rev. cit. en nota 29, pág. 840.

(38) BARBERO, MENGONI, ATTARDI, FUNAIOLI, BERRI y STELLA RICCIERER no se pronunciaron sobre esta materia.

(39) Cfr. la opinión de J. A. CORONAS en el lugar citado en la nota 27 y en la «Rev. de la Fac. de Der. y Cien. Soc.», de Buenos Aires, 1955, pág. 317 y siguientes, y la de LAZCANO, en la «La Ley», 25 de noviembre de 1954, págs. 1 y sigs. Véanse también los trabajos de TERÁN LOMAS y PORTAS, citados por CORONAS.

(40) Autores del prestigio de BUNGE, LAFAILLE, ORGAZ, SPOTA, ANZOATEGUI, DASSEN, HERRERA ORUS y DÍAZ GUIJARRO habían coincidido en sus ataques

Más recientemente aún, la ley italiana número 1.064, llega a idéntico resultado con fórmula a la vez más amplia y más explícita; se dice, en efecto, en su artículo 1.º «La indicación de la paternidad y maternidad será omitida: 1.º, en los extractos por resumen y los certificados referentes a las actas de nacimiento, de matrimonio, de ciudadanía, en las actas atestiguando la situación de familia y en las amonestaciones matrimoniales expuestas al público; 2.º, en todos los documentos de reconocimiento», en tanto que en su artículo 2.º se dice que «la indicación de paternidad y maternidad también será omitida en toda otra acta, declaración, denuncia o documento en el cual sea prescrita por las normas vigentes al tiempo de la aprobación de la presente ley y en los cuales la persona sea indicada a fines diferentes del correspondiente al ejercicio de derechos o deberes derivados del estado de legitimidad o filiación». Para compensar esta falta del dato de filiación el artículo 3.º de la propia ley dispone que en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores deberá indicarse siempre el lugar y la fecha del nacimiento (41).

3. *Juicio crítico y solución propugnada.*—A la vista de los antecedentes expuestos no parece tarea difícil la de sentar las bases que deben regir la publicidad formal del Registro en materia de filiación para que la misma cumpla la doble finalidad de permitir el cumplimiento de los normales fines probatorios del Registro civil, en orden a los diversos hechos y cualidades de dicho estado y de no producir una innecesaria divulgación del dato de la ilegitimidad de origen.

Dicha doble finalidad puede alcanzarse sobre la base de mantener el sistema actual de dualidad de certificaciones registrales—en extracto y literales—, si bien retocado en cuanto a las aplicaciones de una y otra modalidad y en cuanto a las características de las certificaciones no literales. Para estas últimas no hay inconveniente alguno, antes bien, indudables ventajas, en la admisión del nuevo sistema italiano, es decir, en eliminar el dato de filiación. Cuando la certificación registral no tiene otro objeto, como en la generalidad de los casos ocurre, que acreditar la existencia de una persona, su edad, su emancipación, el fallecimiento, un acto adquisitivo o modificativo de su ciudadanía o vecindad civil, etcétera; claro es que el dato de filiación no es de esencia, que conste, cuando se logre con los restantes datos identificar e individualizar cumplidamente a las personas, y parece evidente que la designación del nombre y apellidos, lugar de nacimiento y fecha de éste, con indicación de la hora si pareciere oportuno, permiten una identificación tan cumplida como la que en la actualidad pro-

al Derecho de filiación establecido en el Código civil argentino. Los proyectos OBLIGADO (1898), QUIRÓS (1922), DÍAZ VIVAR (1946), MADARIAGA (1950) y BENÍTEZ (1954) responden a una tendencia culminada felizmente en la ley 14.367.

(41) El texto de la ley italiana número 1.064 me ha sido facilitado por la amabilidad de don Roberto Scaglione, cónsul general de Italia.

porcionan los nombres de pila paterno y materno, que en la actualidad figuran en las certificaciones en extracto; téngase en cuenta, además, que el sistema de apellido dual, vigente en España, reduce en gran manera los supuestos de homonimia en relación con lo que sucede en Italia, en que la regla general es el apellido único y donde, sin embargo, se ha instaurado la modalidad propugnada. Y en todo caso, el peligro de confusión desaparece si se toma en consideración el número del folio y libro de la inscripción, que consta y debe seguir constando en toda clase de certificaciones de hechos inscritos.

Evidenciada la inexistencia de serios inconvenientes en materia de individualización de las personas, resta sólo rebatir una objeción hecha al sistema propuesto: la de que con el fin de evitar el perjuicio de que los hijos ilegítimos aparezcan ostentando tal condición en las certificaciones del Registro, se arbitra un medio que arroja la sospecha de ilegitimidad sobre todas las personas; este argumento, ya utilizado entre nosotros por Luna (42) en relación a un problema similar planteado hace algunos años, es rebatido acertadamente por el profesor Grasseti (43), de la Universidad de Milán, que irónicamente afirma que atribuir tal inconveniente a la eliminación del dato de filiación representa tanto como suponer que la eliminación en los pasaportes del dato somático del color de los ojos haría recaer sobre la generalidad de sus titulares la sospecha de ceguera.

Con lo expuesto queda bien claro—y los datos estadísticos adjuntos al proyecto Dal Canton, que sirviera de base a la ley italiana lo confirma—que ningún inconveniente existe para la eliminación de las certificaciones en extracto del Registro civil del nombre de los progenitores. El problema, el único problema que puede surgir en esta materia, es el relativo a la delimitación del campo en que han de ser utilizadas las certificaciones en extracto en relación con las literales. El establecimiento de la línea divisoria puede hacerse, a mi juicio, señalando como norma fundamental, la de que las certificaciones en extracto constituyan la regla general y las literales la excepción, reservando el empleo de estas últimas para todos aquellos supuestos en que haya de hacerse valer un derecho derivado de la filiación o en que sea necesario el conocimiento íntegro del asiento, a efectos de procedimientos gubernativos o judiciales de rectificación del Registro y, desde luego, en los procesos sobre filiación. Con ello, en la inmensa mayoría de los casos en que es necesaria la aportación de certificaciones registrales y en los que la filiación para nada entra en juego, se evitaría a las personas de origen ilegítimo una innecesaria publicidad de tal circunstancia sin mengua alguna de la eficacia probatoria del Registro.

(42) *El Registro civil en la legislación comparada*, Madrid, 1932, pág. 4.

(43) *Trimestrale*, 1952, pág. 986.

En cambio, no parece procedente recibir las normas de ciertos ordenamientos extranjeros que restringen el campo de las personas que pueden obtener por simple petición certificaciones de hechos de estado civil que no les conciernan personalmente. El Registro civil, por su propia naturaleza, debe gozar de una publicidad absoluta, sin que sea procedente dejar al arbitrio del Registrador o de un órgano jurisdiccional, actuando en funciones de jurisdicción voluntaria, la decisión acerca de la legitimidad del interés del peticionario. El ejercicio habitual de los derechos civiles, tanto en el orden judicial como en el administrativo, impone facilitar a quien lo solicite datos registrales sobre cualquier persona sin entorpecer la mecánica registral con enojosos trámites previos; restrínjase en buena hora la publicidad de la filiación limitando, no ya la expedición, sino el simple uso de las certificaciones literales a los supuestos indicados, pero no se coarte el acceso de los particulares al Registro civil.

Con todo lo expuesto quedan esbozadas las líneas fundamentales de lo que pudiera ser una nueva ordenación del acceso de la filiación al Registro y de la publicidad formal de dicha cualidad de estado civil, en términos tales que a la vez que mantuvieran la eficacia de la institución, robusteciéndola incluso, eliminaran algunas de sus sensibles fallas actuales y limaran las asperezas de la legislación vigente con mira a tornarla más humana y más progresiva; cumpliríase así, además, en el campo del Registro civil, el cristiano mandato que la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código de Derecho canónico daba en 14 de julio de 1922 con relación al Registro parroquial al advertir: hágase la inscripción de los hijos ilegítimos de tal suerte que se evite cualquier ocasión de infamia.

El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal

JOSE MARIN DESANTES GUANTER
Colaborador Científico del I. N. E. J.

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. El Decreto-Ley número 40.333.—2. Antecedentes históricos.—3. Elaboración del texto vigente.—4. Finalidad de estas notas.—II. *El nuevo régimen de la propiedad horizontal y el actual Derecho civil portugués*: 5. El Decreto-Ley y el plan general de fevisión del Código civil vigente.—6. Referencia a la bibliografía.—7. El nuevo Decreto-Ley y el Código civil.—8. Carácter del Decreto-Ley.—III. *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal según la nueva regulación*: 9. Objeto y contenido. 10. La «fracción autónoma».—11. El edificio.—12. Las cosas comunes.—13. El criterio de accesoriedad.—14. Correlación entre objeto y contenido.—15. El uso de la fracción autónoma.—16. El uso de los elementos comunes.—17. La facultad de disposición.—18. Conclusiones críticas.—IV. *Nacimiento y extinción*: 19. Modos de constitución.—20. Modos de extinción: la destrucción total o parcial.—21. El derecho de preferencia.—V. *Gastos comunes*: 22. Contribución a los gastos.—23. Competencia para decidirlos.—24. Carácter real de los gastos.—VI. *Administración*: 25. Generalidades.—26. La Asamblea. 27. El administrador.—VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *El Decreto-Ley número 40.333*

El día 14 del pasado octubre de 1955, usando de la facultad conferida en el artículo 109 de la Constitución, el Gobierno portugués decretó y el Presidente de la República promulgó, para que valiese como Ley, el Decreto-Ley número 40.333, que establece para Portugal el régimen jurídico de la propiedad horizontal.

El Decreto-Ley va precedido de una amplia exposición de motivos que abarca ocho apartados. Comprende 37 artículos, ordenados sin agrupación alguna de categoría superior y divididos, algunos de ellos, en párrafos de desigual extensión.

2. *Antecedentes históricos.*

La legislación portuguesa se une con esta disposición legal al conjunto de ordenamientos que han prestado atención, desde la Ley belga de 1924, a este problema nuevo y complejo de la propiedad horizontal (1).

(1) Vid. por todos BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas por pisos*. Alcoy, 1954, núm. 5, págs. 30 a 33. BAERMANN, Johannes: *Zur Dogmatik des gemeinen Römischen Rechts*, en «Archiv. für die Civilistische Praxis», 155 (1956), pág. 2. En esta última relación no se cita la ley alemana (WEG) de 15

La historia legislativa del nuevo Decreto-Ley es paralela a la de la casi totalidad de las legislaciones latinas. La exposición de motivos cita una disposición del título LXVIII del libro I de las Ordenaciones Filipinas (2), en la que se contempla el supuesto de hecho de que una casa sea de dos propietarios, de modo que cada planta pertenezca a uno de ellos. Pero la disposición citada tiene más que ver con las servidumbres de vistas que con la propiedad horizontal, puesto que es la apertura de ventanas del piso superior lo que se regula. Se trata de un dato más de erudición para unir a los antecedentes legislativos que se buscan a la propiedad horizontal, ya a partir del Derecho babilónico (3).

Los antecedentes realmente interesantes de la propiedad horizontal son los que vertieron su espíritu y, aun su letra, en el artículo 664 del *Code*. Los redactores del mismo no habían previsto la inclusión de este precepto. Pero los Tribunales de apelación de Lyon y de Grenoble observaron la necesidad de regular las «obligaciones respectivas de los propietarios de porciones divididas de una casa» (4). Sobre ellos pesaban gran número de litigios en torno a la materia. Lo mismo ocurría en las ciudades medievales amuralladas de Italia que, como sus contemporáneas francesas, conjugaron la reducción del espacio edificable con la elevación de los edificios, sobre los que se ejercían formas diversas de titularidad, entre ellas la que ha prevalecido como propiedad horizontal (5). Correlativamente fueron las *Coutumes* francesas (6), que tanto influyeron en la redacción del *Code* y, aunque más indirectamente, los *Statuti* de Italia (7), los que se preocuparon, con criterios puramente empíricos y muy variables, de regular el uso y los gastos de conservación de los edificios.

El Código francés que, aunque huyó de establecer normas generales sobre comunidad de bienes, tuvo que incluir, esparcidos bajo rúbricas diferentes, verdaderos casos de cotitularidad sobre un mismo objeto, situó por mera relación de analogía el artículo 664 junto a los preceptos que regulaban, entre las servidumbres, los muros y fosos medianeros. Su localización exacta se hizo en el

de marzo de 1951, ya que el trabajo se refiere precisamente a ella. No se recoge todavía el Decreto-Ley portugués.

(2) Promulgadas en 1603 por Felipe II de Portugal y III de Castilla.

(3) Cfr.: BATTLE, *ob. cit.*, núms. 1 a 3, págs. 17 a 24 y bibliografía que cita.

(4) Vid. más extensamente BUTERA, Antonio: *La comproprietà di case per piani*. Turin, 1932, núm. 4, pág. 7 y bibliografía allí citada.

(5) Para la Edad Media francesa, vid. por todos RAMARONY, Charles: *Etude sur la copropriété d'édifice en France*, en «Propiedad y Construcción», 1 (1952), págs. 167 y ss. (Se cita la paginación del texto francés porque la traducción castellana es muy deficiente.) Para la Edad Media italiana, LION, Arturo: *Muri, edifici e fossi comuni*, en «Enciclopedia giuridica italiana», volumen X, Milán, 1901, pág. 693.

(6) Vid. RAMARONY, *ob. cit.*, págs. 161 a 163, 167, 169 y 171.

(7) Vid. GUIDI, Humberto: *Il condominio nel nuovo Codice civile*, Milán, 1942, núm. 3, págs. 11 y 12.

libro II, título IV, capítulo II, sección 1.ª (8). Su redacción transcribió literalmente el artículo 257 de las *Contumes* de Orleáns.

Este precepto es, pues, el verdadero antecedente de la primera regulación que en Portugal tuvo la propiedad horizontal: el artículo 2.335 del Código civil de 1 de julio de 1867, que no experimentó alteración en la reforma parcial que el Código sufrió en 16 de diciembre de 1930.

Dada la sistemática del Código portugués, la ubicación del precepto tuvo que ser distinta a la francesa, ya que los muros y paredes medianeras pasaron a regularse en la parte III, libro único, título VI, capítulo II, sección IV (9), con lo que se evadió su confusión con las servidumbres y adquirió un sentido distinto al que tenía en su modelo. Sin embargo, entre su contemporáneos, fué el Código portugués el que más fielmente reprodujo la redacción francesa (10).

3. *Elaboración del texto vigente.*

La propiedad horizontal no tuvo hasta tiempo muy reciente verdadera importancia como hecho en Portugal. Al portugués gusta, en general, ser propietario o inquilino de una casa constituida por una o dos plantas, «más en consonancia con la pureza de las costumbres y la tranquilidad de nuestra vida doméstica», según explica el preámbulo del Decreto-Ley. Pero durante los últimos años la institución ha adquirido importancia por las mismas razones económicas, sociales, urbanísticas y jurídicas que en los demás países (11).

(8) L. II: «Des biens et des différents modifications de la propriété»; T. IV: «Des servitudes ou services fonciers»; C. II: «Des servitudes établies par la loi»; S. I.: «Du mur et du fossé mitoyens».

(9) P. III: «Do direito de propriedade»; T. VI: «Do direito de transformação»; C. II: «Das restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia»; S. IV: «Dos muros e paredes meias».

(10) La redacción fué más explícita en el Código civil italiano de 1865, artículo 562, aun cuando también en él, como en el francés, se incluyera el precepto entre las servidumbres legales. La razón fué la influencia de los *Statuti* en los Códigos anteriores a la unificación italiana, cuya redacción se tuvo en cuenta al par que el artículo 664 del *Code*.

Incluso, aunque en menor medida que el Código italiano, se separó de la redacción literal del art. 664 francés nuestro Proyecto de 1851, en su art. 521. La razón de estas infidelidades la señala GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, pág. 450. Estaba también incluido en la Sección IV, del Capítulo II, del Título V, del Libro II, dedicada a la servidumbre de medianería. El Proyecto de 1882 reproduce, en su art. 398, el 521 de GARCÍA GOYENA, con pequeñas variantes de puntuación y división de párrafos. Sin embargo, ALONSO MARTÍNEZ lo incluyó aquí en el Libro II: «De la división de las cosas y de la propiedad»; Título III: «De la comunión de bienes»; Sección primera: «De la comunidad en general». De ahí la colocación de nuestro art. 396, que retocó, puntualizando, la redacción dada en 1851.

(11) RIBEIRO DOS SANTOS, José: *Propriedade horizontal*, Lisboa, 1954, sobre todo en el Capítulo I, págs. 7 a 16. Incluso actualmente, toda la legislación de fomento de la propiedad de la vivienda se orienta en el sentido de construir, en lo posible, viviendas unifamiliares. Esta legislación anotada en

La insuficiente regulación del artículo 2.335 se puso de manifiesto al elaborar el texto de la Ley 2.030, promulgada en 22 de junio de 1948, que, a pesar de llamarse Ley de inquilinato, incluye en su articulado las principales relaciones jurídicas de que es susceptible la propiedad inmueble urbana. Fruto de esta advertencia (12) fué el artículo 30 de dicha Ley, que concedía al Gobierno un plazo de seis meses para proceder a la revisión del artículo 2.335 del Código civil, estableciendo el régimen jurídico de la propiedad por pisos o propiedad horizontal. La reforma ha llegado bastante más tarde de lo previsto en la Ley de 1948. En la práctica tenían que resultar escaso tiempo los seis meses previstos para la elaboración de un texto legal de la envergadura que presenta el Decreto-Ley de 1955.

En virtud del artículo 30 de la Ley de 1948, el Gobierno pudo haber decretado el régimen de la propiedad horizontal sin más. No obstante, sometió el Proyecto a la Cámara Corporativa, cuya Sección de Intereses de Orden administrativo, Subsección de Justicia, elaboró un extenso dictamen, firmado por seis Procuradores (13), en el que se aceptaba sustancialmente el Proyecto de Decreto con modificaciones tan sólo en la distribución de sus artículos, y proponía que se le diese el rango de Decreto-Ley. El Gobierno aceptó esta última propuesta e introdujo pequeñas variantes en el texto del dictamen. Así quedó definitivamente redactado el Decreto-Ley promulgado en 14 de octubre de 1955.

4. *Finalidad de estas notas.*

Con estas notas no se pretende hacer un estudio exhaustivo del Decreto-Ley número 40.333. Ni siquiera se glosan los aspectos fundamentales de la disposición como se haría con una finalidad interpretativa o exegetica.

Más que estudiar la legislación portuguesa tal como resulta de incrustar el nuevo régimen en su ordenamiento civil general, interesa aquí destacar lo que en la evolución de la legislación compa-

CACHULO DA TRINDADE: *Casas económicas*, Coimbra, 1951, 190 págs. Las razones de su orientación en SARAIVA E SOUSA, Alberto: *O problema de Habitação. Suas causas e soluções a adoptar*, Lisboa, 1949, principalmente en páginas 48 y ss. El Decreto-ley se refiere expresamente a las viviendas construidas acogándose a aquella legislación (art. 2.º, núm. 3).

(12) El primer Proyecto de Ley no contenía ninguna alusión a la materia. El entonces Ministro de Justicia, doctor Cavaleiro de Ferreira, lo propuso a la Cámara Corporativa, que ya había dictaminado sobre el Proyecto en general. Esta propuesta dió lugar a un nuevo dictamen, del que fué relator el Procurador doctor Pinto de Mesquita, y que incluía una Base, la XXV-A, para la redacción del artículo 30. La Base fué discutida en la Asamblea Nacional y aprobada por mayoría. Vid. la discusión en RIBEIRO DOS SANTOS, *ob. cit.*, número 12, págs. 22-30, que transcribe el Diario de Sesiones de la Asamblea.

(13) José Gabriel Pinto Coelho, Guilherme Braga da Cruz, Julio César da Silva Gonçalves, Henrique José Quirino da Fonseca, Inacio Peres Fernandes y Manuel Duarte Gomes da Silva, relator.

rada significa el último intento, que es el portugués. Intento que, a pesar de sus buenos auspicios, no es considerado como definitivo por el mismo legislador en cuanto que prevé en su preámbulo que «el Gobierno no dejará, sin embargo, de seguir con el debido interés la evolución de la institución y de adoptar las providencias legislativas que el tiempo mostrase necesarias u oportunas».

Al mismo tiempo es posible decantar los aspectos en que el legislador portugués ha acertado a dar unas soluciones más ceñidas a la Justicia y a la técnica. Soluciones que en su día pueden ser acogidas en una nueva regulación española. Y que aun vigente el texto actual de nuestro artículo 396, puedan servir para la mejor redacción de los reglamentos de comunidad.

Este propósito aconseja, sin embargo, unas consideraciones, previas al examen del articulado, sobre el carácter del Decreto-Ley.

II. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL ACTUAL DERECHO CIVIL PORTUGUÉS

5. *El Decreto-Ley y el plan general de revisión del Código civil vigente.*

El Decreto-Ley aparece cuando el Código civil portugués está sometido a una revisión general en virtud del Decreto número 33.908, de 4 de septiembre de 1944 (14). Ni en el dictamen de la Cámara Corporativa ni en el preámbulo, existe ninguna alusión a este hecho. Sin embargo, desde el punto de vista español, no sobran unas pequeñas consideraciones a este punto.

El artículo 30 de la Ley de 1948 ordenaba al Gobierno proceder a la «revisión y reglamentación» del artículo 2.335. Precisamente porque el Proyecto del Gobierno tenía mucho más de revisión que el de reglamentación, hasta el punto de que, sin disposición derogatoria expresa, deroga implícitamente las normas del 2.335, es por lo que se le dió categoría de Decreto-Ley a instancia de la Cámara Corporativa. Tal vez el reducido alcance que en relación a lo que ha resultado el texto del Decreto-Ley tenía el artículo 30 de 1948 no ha preocupado al legislador. Sin embargo, surgen dos cuestiones.

(14) Sobre el mismo véase el trabajo del Profesor ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA: *A revisão geral do Código civil. Alguns factos e comentários*, aparecido en el volumen XXII del «Boletim da Faculdade de Direito», de Coimbra, del que existe publicación separada, Coimbra, 1946, pág. 63, que es de la que aquí se cita. VAZ SERRA era Ministro de Justicia en 1944 y es actualmente Presidente de la Comisión encargada de redactar el Proyecto del nuevo Código. Debe verse también el artículo publicado en el volumen XXIV del mismo «Boletim» por GREGORIO J. ORTEGA PARDO, *La revisión del Código civil portugués. Aportación para la reforma española*, también en edición separada. Coimbra, 1948, 65 págs. En él se exponen ideas comparativas útiles para el Derecho español. Finalmente, el reciente trabajo del Profesor de la Universidad de Lisboa Dr. INOCENCIO GALVAO TELLES, titulado *Revisão do Código civil português*, en «Anales de la Universidad de Murcia», vol. XIII, núms. 3-4, 1954-55; págs. 827 a 841.

La primera se refiere a si el actual Decreto-Ley se incorporará al nuevo Código, como ocurrió con la Ley italiana de 1934 con respecto al Código de Mussolini, o mantendrá el carácter «extravagante» que actualmente tiene o, lo que podía ser una solución intermedia, servirá de reglamento complementario a una norma general incorporada al Código. Como la nueva redacción, en lo relativo a los Derechos Reales, no está en período avanzado de elaboración como las de otras partes del nuevo Código; no se puede más que conjeturar a base de lo que con carácter general dispuso el Decreto de 1944 y explicó su extenso preámbulo. En este se decía que no deben acogerse en el Código «ideas que aún no estén suficientemente maduras para poder resistir al embate o a las lecciones de la experiencia», y que en el Código no es «aconsejable introducir doctrinas que, pasado poco tiempo, hayan de someterse a revisión» (15). De ahí que entre las directrices fijadas por la Comisión de reforma exista una por la que se reduce a la inserción en el Código de ciertos principios o cláusulas generales en lo que respecta a «ciertas instituciones modernas, aun imperfectamente elaboradas, o cuya reglamentación minuciosa alargaría desproporcionadamente el Código, y que pueden, por su amplitud, constituir disposiciones separadas» (16). Ya hemos visto que esa inestabilidad tiene el Decreto-Ley para el legislador portugués. Sin embargo, hasta que la Codificación se lleve a cabo, la disposición de 1955 puede mostrar si sus bases son lo suficientemente seguras para intentar su incrustación en el primer ordenamiento civil portugués, con todas las ventajas que la Codificación lleva consigo y dejando la posibilidad de legar a la jurisprudencia la tarea de adecuar el Derecho a los intereses de la práctica» (17).

La segunda cuestión es la de si existe correlación entre la labor llevada a cabo por el legislador portugués al redactar el Decreto-Ley y las normas promulgadas o acordadas para la revisión del Código civil. Teniendo en cuenta la diferencia de procedimiento de trabajo exigido por la entidad de la nueva norma en preparación (18), se puede afirmar, en conjunto, que en la redacción de la disposición que nos ocupa, voluntaria o inadvertidamente, se ha seguido el sentido de la reforma del Código. Hay, es cierto, normas que no se han seguido; por ejemplo: no se ha redactado en presente, como está acordado para el Código, sino indistintamente en presente y futuro (19). Pero junto a esta variante hay otras

(15) Vaz SERRA, *ob. cit.*, pág. 8.

(16) *Ibid.*, pág. 19.

(17) *Ibid.*, pág. 19.

(18) Los componentes de la Comisión se encargaron, por partes del Código, de hacer una redacción del ante-proyecto parcial para la Comisión fundir todos ellos y preparar el anteproyecto total. Véase la distribución del trabajo y las modificaciones posteriores al día en el citado artículo de GALVAO TELLES, pág. 835.

(19) Vaz SERRA, *ob. cit.*, pág. 21

coincidencias de mayor entidad; así: el agrupamiento de disposiciones conexas en un mismo artículo y su separación en párrafos (20); la redacción científica—no estrictamente popular—, pero clara sobria y precisa, conservando, dentro de lo posible, la terminología del Código civil vigente (21); la prudencia de la revisión en cuanto fuese posible (22); el evitar paralizar la evolución de las instituciones sometidas, hoy por hoy, a discusión (23).

6. *Referencia a la bibliografía.*

Todavía existe otra coincidencia. Cuando se ordenó la revisión del Código civil se arguyó en contra la situación de la doctrina portuguesa (24). La objeción no era justa tratándose del Derecho civil en general ni siquiera refiriéndose a algunas materias concretas en que existen valiosas monografías o aportaciones doctrinales y teniendo en cuenta que ya la reforma de 1930 había incorporado al Código acertados principios expuestos por la doctrina anterior (25). El Profesor Vaz Serra dijo entonces que «si los estudios no existen habría que hacerlos ahora». La realidad, comenzando por la obra del mismo Catedrático de Coimbra, ha venido a darle la razón. Sin embargo, en lo referente a la propiedad horizontal, poco había de notable en 1948 ni ha sido publicado con posterioridad (26). Ello hace más laudable el esfuerzo que supone la redacción del nuevo texto legal. Posteriormente a él sólo conozco un comentario del doctor Luis de Cunha Gonçalves (27). Es de esperar que pronto aparezcan nuevos estudios teóricos o de exégesis acerca de la materia.

7. *El nuevo Decreto-Ley y el Código civil.*

Interés más inmediato presenta el engranaje de la nueva disposición con el ordenamiento civil portugués, especialmente con el Código vigente.

(20) *Ibid.*, pág. 20.

(21) *Ibid.*, pág. 20.

(22) *Ibid.*, pág. 22.

(23) *Ibid.*, pág. 23.

(24) *Ibid.*, pág. 30.

(25) Véase VAZ SERRA, en el lugar citado en la nota anterior, sobre todo en la nota 2 de la misma página. Un ejemplo concreto del acierto en la reforma de 1930, véase en mi trabajo *Evolución de la prescripción adquisitiva en las servidumbres prediales*, en el volumen XXX del citado «Boletim» y en edición separada, Coimbra, 1954. 69 págs., especialmente núm. 24, páginas 62 a 68.

(26) Vid. el libro de RIBEIRO DOS SANTOS, citado en la nota 11 y reseñado por mí en este ANUARIO, tomo VII, págs. 1226-1227. Ha influido poco en la redacción del Decreto-ley.

(27) *Da propriedade horizontal ou por andares*. Lisboa, 1956, 170 páginas. Es, probablemente, la última obra de este autor, fallecido recientemente. En ella, referencias a los lugares en que se preocupó de la propiedad horizontal en sus obras anteriores. La reseña A. A. TAVARES DE ALMEIDA, en «Boletim do Ministerio de Justiça», núm. 55, abril de 1956, págs. 311-318, nos releva de dar un juicio general del libro.

El Decreto-Ley es una norma especial que rige con preferencia a la norma general, representada aquí, principalmente, por el articulado del Código, y que tiene a éste como Derecho supletorio, aunque hayan de conjugarse también sus disposiciones con otras normas, por ejemplo, las registrales, las de proceso civil, las del contrato de seguro, etc.... A veces la remisión se hace expresamente en el Decreto-Ley: así en el artículo 23 que se remite al 46 del Código el Procedimiento civil para el reconocimiento de título ejecutivo al acta de las sesiones de la Asamblea, cuando en ella se acuerden gastos; el 24 que remite al Código a efectos de consideración preferente de crédito por obras en el edificio propiedad horizontal, etc. Otras veces la remisión es tácita, como en los artículos 6 a 9, que regulan la inscripción en el registro predial. El preámbulo se refiere a las lagunas del Decreto-Ley, que no pueden sorprender, dada la «complejidad de la materia» a regular. Su «integración se deja al juego de los principios generales válidos para el caso dentro de nuestro sistema jurídico».

En este sentido y en el de coordinar las disposiciones del Decreto-Ley con el juego de aquellos mismos principios es donde podrían surgir dudas. Ciertas cuestiones, como la compra-venta de pisos, la cesión en uso o usufructo, tanto en lo que se refiere al contrato como al derecho real, son de fácil localización. Más difícil resulta la aplicación de normas—o a determinación de las normas de las que inducir principios generales—en lo que se refiere a la misma relación jurídica de propiedad horizontal, cuando se la contemple en su conjunto. Ya veremos más adelante cómo el mismo Decreto-Ley establece unos principios que van más allá de lo que el mismo legislador anuncia, de modo que puede ser difícil coordinar las normas especiales con las generales a que una consideración superficial parece inclinar. Y de acoger, pongamos por caso, como supletorias o análogas las normas referentes a la propiedad a acoger las de la copropiedad, pueden resultar soluciones diversas. En principio parece que el Decreto-Ley se decida por las primeras en el artículo 10, que estudiaremos más adelante (28). Pero en el 12 se hace referencia a las relaciones de vecindad y a la copropiedad, que habrá que tener en cuenta.

8. *Carácter del Decreto-Ley.*

Ya veremos que la constitución de la propiedad horizontal, aun cuando es potestativa, excepto en el caso del número 2.º del artículo 2.º (sentencia de división de cosa común), no puede hacerse sin intervención administrativa y judicial. Pero, además, caso de hacerse, su régimen se constituye «en los términos del Decreto-Ley».

(28) La Ley alemana (WEG), en su artículo 4.º, remite como supletorias a las normas sobre propiedad. El Código italiano, en su art. 1.139, a las de comunidad en general. El problema tiene gran importancia en nuestro Derecho, al carecer el art. 396 de norma de remisión, sin que sea decisivo el hecho de estar incluido en el Título de la comunidad de bienes.

Parece con estas últimas palabras del artículo 1.º que se da a sus normas carácter necesario. Sin embargo, la misma redacción de la disposición da pie para separar las normas que tienen naturaleza de *ius cogens* y las que tienen carácter meramente dispositivo.

Por otra parte, el articulado nada dice del Reglamento de la comunidad. El preámbulo se refiere a él para razonar que no ha parecido conveniente establecerlo como obligatoriamente previo a la constitución de la propiedad horizontal, como se hace en el Código italiano y en la Ley argentina. Sin embargo, lo juzga conveniente, antes o después de estar constituida la relación jurídica, quedando siempre como supletorio el Decreto-Ley. Y, aunque el preámbulo no lo diga lógicamente habrán de carecer de valor en todo reglamento las disposiciones que tienen carácter de orden público. como son, por ejemplo, las que regulan el valor relativo de los votos en la asamblea (art. 28) o los bienes obligatoriamente comunes (art. 13).

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SEGÚN LA NUEVA REGULACIÓN

9. *Objeto y contenido.*

El dictamen de la Cámara corporativa, después de rechazar las varias teorías que sobre la propiedad horizontal existen (29), define así su naturaleza jurídica: «es un conjunto de propiedades exclusivas de departamentos incorporados en un mismo edificio, integrados por una comunidad en las parcelas no adscritas a ninguna habitación en particular, comunidad accesorias y de naturaleza real, de la cual resulta cierta interdependencia entre los condóminos, de carácter igualmente real». Y afirma que así como el artículo 2.335 del Código contiene un régimen ambiguo que se podría encuadrar en este concepto o en otro, «el proyecto, por el contrario y muy ajustadamente, parece fundamentarse en la doctrina antes defendida, aunque en algunos aspectos no la presente con el carácter imperativo que viene impuesto por la naturaleza de la institución». Hasta qué punto esto resulta exacto lo veremos analizando las normas pertinentes de la nueva regulación.

El precepto fundamental para conocer la naturaleza jurídica que, según la legislación portuguesa, ha de atribuirse a la propiedad horizontal es el artículo 10 del Decreto-Ley número 40.333. Dice así:

«Cada uno de los propietarios tiene derecho de propiedad sobre la fracción autónoma correspondiente y, accesoriamente, el derecho de copropiedad en la parte común del predio.

§ único. El complejo de estos derechos es inescindible salvo disposición en contrario de la Ley, y está sujeto, a todos los efectos, al régimen de la propiedad de cosas inmuebles.»

(29) Vid en el trabajo de BAERMANN, citado en la nota primera, una revisión bastante completa de las teorías formuladas, que no era necesaria hacer con tanto detalle en el dictamen.

El carácter central de este artículo exige para intentar su exégesis entrar radicalmente en conexión con los preceptos correlativos. Su conjunto disciplina—paralelamente al artículo 10—el complejo contenido de Derechos encuadrados en la relación jurídica regulada por el Decreto-Ley y el objeto sobre el que recaen estos derechos. Por ello se impone un examen simultáneo de ambos extremos en los apartados sucesivos.

10. *La «fracción autónoma».*

El objeto sobre el que recae el Derecho de propiedad enunciado en el art. 10 es la llamada por el Decreto-Ley *fracción autónoma*.

La Ley número 2.030 empleaba, indistintamente, los términos *propiedades horizontal* y *propiedad por andares*. En el preámbulo del Decreto-Ley se discute esta terminología, concluyendo la conveniencia de la primera expresión, aun cuando no sea exacta. El empleo del término *andar*, equivalente al nuestro *piso*, tiene para el legislador portugués la quiebra de que generalmente cada planta se divide en varias viviendas.

El § 11 del artículo 577 bis, introducido en el viejo *Code* por la Ley belga de 8 de julio de 1924, el artículo 1.º de la Ley argentina de 13 de octubre de 1948, el artículo 1.117 del Código italiano de 1942 y nuestro artículo 396, se refieren a los pisos como objeto de propiedad exclusiva. La objeción portuguesa se resuelve—excepto en la Ley argentina, que habla tan sólo de «pisos de un edificio»—con fórmulas similares a la que se empleó en España en la nueva redacción de 26 de octubre de 1939: «piso o parte de piso susceptible de aprovechamiento independiente» (30). El empleo de esta fórmula evita definiciones, es cierto, pero la palabra *piso*, entendida como objeto de un Derecho, resulta técnicamente menos exacta que la expresión que Portugal innova. A la utilización de este vocablo como referencia se deben en gran parte los errores que en torno a la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal se han sostenido.

De los dos términos de la expresión *fracción autónoma*, el preámbulo del Decreto-Ley parece más preocupado por el que hace referencia a la autonomía. La aplicación del régimen específico de la propiedad horizontal no puede dejarse «dependiente de la simple voluntad de los interesados», para evitar que se convierta en «un factor de promiscuidad de personas y en una fuente permanente de discordias y litigios». La cuestión tiene gran importancia, pero desde el punto de vista técnico tiene por lo menos tanta el empleo del término *fracción*.

(30) Es cierto que ni los textos antecedentes ni nuestro 396 abarcan en su expresión abreviada el caso de aquella vivienda que, constituyendo un todo, ocupa locales situados en más de una planta, con comunicación interior. Pero no creo que a nadie quepa duda de que este caso debe ser tratado, a todos los efectos, como si la vivienda ocupase una sola planta.

Lo que son estas fracciones autónomas está definido en el artículo 1.º:

«Las fracciones de que se compone un edificio, susceptibles de constituir unidades independientes para fines de habitación, actividad cultural, actividad económica o semejantes.»

Y el artículo 4.º abunda:

«Sólo pueden ser objeto de propiedad horizontal las fracciones autónomas que constituyan unidades aptas para los fines mencionados en el artículo 1.º y que estén suficientemente distinguidas y aisladas entre sí.»

La legislación portuguesa no deja, por tanto, a la significación vulgar del piso la noción de este objeto de la propiedad exclusiva. Combinando los artículos 10, 1.º y 4.º el objeto de la propiedad exclusiva viene definido por tres propiedades correlativas:

1) Ser mera fracción de un edificio. Pero no una fracción cualquiera, sino precisamente aquélla.

2) que constituya una unidad apta para la finalidad de la vivienda o el desarrollo de una actividad cultural o económica. Esta aptitud postula

3) que la fracción sea autónoma, independiente, distinta o separada de las demás.

11. *El edificio.*

El objeto de la propiedad exclusiva es mera fracción de un edificio. El edificio comprende así un conjunto de fracciones. El gran paso dado por la nueva disposición portuguesa consiste en la advertencia de que la principal característica de la propiedad horizontal es que se ejerce por los titulares *en un edificio común*. En cuanto el Decreto-Ley no pierde de vista esta nota, da una normación sistemática a la propiedad horizontal.

El edificio, considerado como unidad física y orgánica en que coinciden un conjunto de derechos homogéneos, determina la existencia de partes obligatoriamente comunes (art. 13), recorta los derechos de los propietarios (art. 12), exige una administración común (art. 27), un seguro único (art. 22), etc. El preámbulo del Decreto-Ley señala como «privativo de la nueva institución» el hecho de que exista una «articulación de todas las fracciones en un todo o unidad que es el edificio». El dictamen de la Cámara Corporativa es concorde con este punto de partida.

Así, bajo los dos aspectos en que el edificio puede considerarse: como cosa compuesta, *corpus ex coherentibus*, y como cosa única o unidad, *corpus unitum*; el legislador portugués ha tenido en cuenta esta segunda realidad, tan evidente y, sin embargo, tan poco observada por la doctrina y por el Derecho comparado.

En el edificio existen fracciones autónomas y existen también las que se llaman partes comunes. Es difícil expresarse de modo que se eviten los equívocos. Pero empleando la misma terminología

de la Ley, también las partes comunes son fracciones, aunque no autónomas.

El sentido de estas fracciones—tanto de las autónomas como de las comunes—no puede ser puramente físico, sino jurídico. Y hay que obtenerlo por referencia al edificio como unidad.

Desde un primer punto de vista esta fracción no es una parte material y separable de la cosa, no es una parte constitutiva. El edificio, considerado como cosa compuesta, sí tiene partes, los ladrillos, por ejemplo. Pero no es este el aspecto que interesa.

Desde otra perspectiva las fracciones no son porciones que conserven las propiedades del todo. Esto sólo es posible en las cosas divisibles, como un área de terreno, y el edificio como *corpus unitum* es indivisible.

Esta indivisibilidad hace que cuando el edificio se destruye existan fragmentos no utilizables indirectamente, como pedazos de muro. Tampoco a ello nos podemos referir.

De este modo el término fracción no representa una individualidad física actual ni potencial, sino una referencia jurídica o legal determinada por su destino económico-social. La cuestión así planteada zanja para la doctrina portuguesa la discusión sobre los límites físicos de los pisos, imposibles de determinar por planos horizontales o verticales. La fracción es tal en cuanto que sirve para un fin. No importan sus límites físicos. Físicamente no puede hablarse de separación. La independencia de las fracciones en un edificio es meramente funcional. Su apreciación requiere por eso en el Decreto - Ley un dictamen técnico: aprobación del proyecto cuando el edificio se constituya para ser dividido horizontalmente; autorización de la *Cámara municipal* cuando un edificio ya construido se distribuye por negocio jurídico; autorización del juez para el caso en que la propiedad se distribuya en virtud de decisión judicial (art. 4.º, § 1.º). Cuando el título constitutivo sea el testamento se respeta en principio la voluntad del causante, de modo que sólo es necesaria la autorización para la inscripción (art. 4.º, § 2.º). La autorización municipal o, cuando sean necesarias obras, la aprobación del correspondiente proyecto se extiende incluso al caso en que se modifique la composición de estas fracciones autónomas (art. 5.º, § único).

Teniendo en cuenta el fin es, por tanto, fácil determinar la fracción objeto de la propiedad exclusiva. En último término bastará atenerse en la práctica a la resolución administrativa o judicial. La fracción del edificio que constituyen las cosas comunes debería definirse por exclusión de las fracciones aptas para los fines especificados en el artículo 1.º Pero no puede hacerse de una manera tan simple, dado el sistema seguido en la nueva regulación.

12. *Las cosas comunes.*

El Decreto-Ley establece una distinción fundamental. Hay partes que son obligatoriamente comunes. Otras se presumen comunes.

El preámbulo explica cómo se llegó a adoptar esta solución, recogida en el artículo 7.º

Normalmente «deben considerarse comunes, a falta de título contrario, las cosas que se encuentran afectadas al uso común de los diversos propietarios». Pero si esto es lo normal no quiere decir que no puedan existir cosas sometidas al uso de todos cuya propiedad sea solamente de alguno o de algunos. En esta línea se halla el artículo 5.º de la Ley francesa de 28 de junio de 1938, que «a falta de título contrario presume que son copropietarios del suelo y de todas las partes del edificio que no están afectadas al uso exclusivo de uno de ellos», y enumera a continuación, de forma ejemplificativa, alguna de estas posibles partes comunes.

El Decreto del Gobierno así lo recogió y su redacción se estampó en los cuatro primeros números del § 1.º del artículo 13. La Cámara Corporativa sugirió que hay cosas que no deben dejarse a la actuación probatoria de los propietarios, sino que deben ser consideradas siempre comunes. El parecer de la Cámara Corporativa señaló un paso adelante en la progresión legislativa de la propiedad horizontal. Según el artículo 13,

«Son comunes las siguientes partes integrantes o pertenencias del predio :

- 1.º El terreno, así como los cimientos, columnas pilares, paredes maestras y todas las restantes partes estructurales del predio.
- 2.º El tejado, así como las terrazas de cobertura, aunque estén destinados al uso exclusivo del último piso.
- 3.º Los portales, las escaleras y los corredores de paso común.
- 4.º Las instalaciones generales de agua, electricidad, calefacción y semejantes».

En esta enunciación hay tres grupos de elementos bien diferenciados. El primero está compuesto por aquellas partes necesarias para que el edificio sea tal: terreno y partes estructurales, incluso el techo o terrazas, que constituyen el sistema de sostén y equilibrio del edificio. Por eso no importa para nada la distribución del uso: las terrazas de cobertura son comunes aun cuando se usen exclusivamente por algún copropietario. Lo mismo, aunque no se diga, ocurre con las porciones de pilar o de pared maestra comprendidas entre los planos horizontales, que son aparentemente utilizados en exclusiva por los propietarios singulares.

El segundo, las zonas del edificio que ineludiblemente son de uso común, sea éste más o menos frecuente o simplemente que puedan usarse por todos.

El tercer grupo está constituido por el que pudiéramos llamar aparato circulatorio del edificio. Todas las redes de conducción que prestan servicio a todas y cada una de las fracciones autónomas, pero que constituyen un sistema centralizado, aun cuando atraviesen en diversa medida a través de dichas fracciones.

Aparece de nuevo como condicionante el edificio. Sea porque se considere su constitución estática, sea desde el punto de vista de

su utilización confortable, la Ley portuguesa muestra de nuevo el sentido práctico del legislador que va más allá de la apariencia externa para observar lo que ocurre en la realidad de las cosas.

En contraposición a estas partes obligatoriamente comunes, según el § 1.º del mismo artículo 13, se presumen comunes:

«1.º Los patios y jardines anexos al edificio.

2.º Los ascensores.

3.º Las dependencias destinadas al uso y habitación del portero.

4.º Los garajes.

5.º En general, las cosas que no fuesen afectadas al uso exclusivo de cualquiera de los condóminos.»

Es decir, que en caso de conflicto, corresponderá al que pretenda tener un derecho exclusivo sobre cualquiera de estos bienes, probar que sobre ellos tiene un derecho exclusivo de propiedad.

La cuestión está clara y justificada en el número 4.º En el caso de garaje común para todo el edificio puede no haber interesado adquirir derecho alguno sobre él a algún propietario. En caso de garajes separados es posible que esté cada uno asignado a una fracción autónoma. No será, por tanto, gravosa la carga de la prueba.

En menor grado se justifica el caso del número 1.º: patios y jardines anexos. Y en esta proporción aumenta la dificultad de la prueba. La prueba habrá de hacerse en sentido negativo, la no utilización de los demás condóminos, no meramente facultativa, sino por carecer de derecho a ella. Más fácil resultará cuando el acceso a estos recintos se haga directamente desde las fracciones autónomas y no desde alguno de los elementos comunes. Pero en este segundo caso la cuestión será un círculo vicioso, pues habrá de probarse que no hay derecho a utilizarlo porque no se utiliza y que no se utiliza porque no hay derecho a utilizarlo. No se ha tenido en cuenta que por medio de planos verticales imaginarios se puede separar geoméricamente lo que es exclusivamente terreno en que se asienta el edificio—obligatoriamente común, según hemos visto—y lo que es terreno sin edificar y, por tanto, no pertenece a lo que estrictamente podemos entender como objeto de la relación jurídica de propiedad horizontal. La titulación, por otra parte, debe tener resuelta de antemano esta duda, según describa los límites del terreno y según mencione o no la pertenencia del no edificado. Pues en cuanto alguno de los propietarios no tenga derecho a estos elementos y constituyan una sola finca con el edificio, las cuotas de participación de los demás están modificadas en lo que a ello respecta, lo que tiene importancia no sólo para las cargas, sino también para el cómputo de votos.

Más dudoso todavía se presenta el número 3.º. Aquí la prueba puede ser aún más difícil, puesto que no sería decisivo el contrato de servicios con el portero. Podría un propietario no servirse del portero sin que esto afectase para nada a la titularidad de la ha-

bitación, y podría servirse de él sin que la habitación fuese bien común. La cuestión es más fácil cuando las fracciones autónomas tienen diferentes accesos y la portería, por su situación, resulta inservible para alguno de ellos.

Esto mismo puede ocurrir con los ascensores que enumera el número 2.º, habiendo de entender por tales las cabinas, huecos e instalación completa. En otro caso no existe razón alguna para no considerarlo en paridad con las escaleras. Mucho más cuando siendo éste, además de un conjunto de elementos, un servicio, interesa al que no tiene derecho sobre él librarse de los gastos que ocasiona. A pesar de esto, entre nosotros, la práctica generaliza que, incluso los propietarios de plantas bajas y hasta los de tiendas con acceso directo desde la calle, tengan su parte en el ascensor y pchen, en la proporción de su cuota, con sus gastos.

Hubiera sido, tal vez, más fácil y seguro, obligar a definir en los títulos los derechos sobre estos elementos y servicios, incluyéndolos en una fórmula amplia, como la del número 5.º, que dejaba en situación de ambigüedad las cosas de uso común no especificadas entre las que son obligatoriamente comunes. En esto, el Decreto-ley portugués no se ha librado de la tendencia enumerativa corriente en todas las legislaciones, que al no poder ser exhaustiva adopta una redacción meramente ejemplificativa, como hemos visto en la ley francesa, pero no evita una fórmula amplia y genérica, como en el apartado 3.º del artículo 1.117 italiano, o ha de terminar con un «etc.», como en el artículo 396 español.

La existencia de las cosas consideradas como obligatoriamente comunes hay que destacarla, sin embargo, como un acierto. El § 2.º del artículo 13 saca de ella la primera conclusión a efectos de régimen: la indivisibilidad e inseparabilidad de estas cosas; mientras que las que sólo son presuntivamente comunes pueden dividirse y enajenarse, aun cuando con el acuerdo de todos los condóminos. Esta última parte plantea cuestiones graves (31). Pero lo interesante a nuestro objeto es ver la transcendencia de este agrupamiento de cosas.

13. El criterio de accesoriadad.

En último extremo, el legislador portugués, al diferenciar los elementos *necesariamente* comunes de los *voluntaria* o *presuntivamente* comunes, está poniendo de manifiesto que, desde el punto de vista del edificio como unidad que acertadamente mantiene, no tiene sentido considerar las partes *necesariamente* comunes como accesorias de las fracciones autónomas.

Es cierto que el artículo 10 refiere el término *accesoriamente* al derecho de copropiedad y no al objeto de este derecho. Ya ve-

(31) Si el acuerdo de todos los condóminos es necesario siempre, o si lo es tan sólo cuando las cosas pertenezcan a todos ellos si la enajenación de las partes presuntivamente comunes, o de sus cuotas de participación, puede hacerse a terceros ó solamente a los condóminos, etc....

remos que tampoco en este sentido está justificada la apreciación. Pero lo cierto es que en el Decreto-ley están pesando los antecedentes doctrinales y legislativos al hablar de accesoriadad. Y se atiende más a estos antecedentes que a la realidad de las cosas.

Los elementos *necesariamente* comunes no pueden considerarse, en el conjunto del edificio, accesorios de las fracciones autónomas. Por una razón muy sencilla: físicamente muchos de estos elementos pueden existir por sí sin las fracciones. Las fracciones, en cambio, no pueden existir ni imaginarse sin el suelo y sin los elementos estructurales y no pueden utilizarse sin los elementos de uso común, ni llenan su cometido sin los servicios centrales (32).

La finalidad que delimitaba jurídicamente—y no en sentido físico—la fracción exige tanto la autonomía, para evitar la promiscuidad de los hogares, cuanto la inserción en la textura del edificio. La utilización común del edificio impone, precisamente porque hay autonomía funcional, la existencia de elementos constitutivos del edificio que—se usen o no—proporcionan utilidad a todos.

Por eso, la fracción autónoma tal como en el conjunto de la ley portuguesa se ofrece, ha de considerarse como una «unidad jurídica», que incluye estos elementos comunes de utilización solidaria. Sobre ella recae el «complejo inescindible» de derechos de que habla el artículo 10 en su § único, anteriormente transcrito. Sobre ella recae el derecho subjetivo de propiedad horizontal (33), «interdependiente» con los demás derechos de su misma naturaleza como integrados en una relación jurídica que tiene por objeto el edificio (34).

En el mismo Decreto-ley hay una prueba evidente de que esto es así. El artículo 3.º dice que el título constitutivo debe, entre otras cosas:

«2.º Fijar el valor relativo de cada fracción, expresado en tantos por ciento o tantos por mil del valor total del predio.»

Si se toma como cien o como mil el valor del predio, en su conjunto, la suma de valores económicos de cada fracción separada

(32) En sentido análogo, CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 27. Dice gráficamente que «la palma de la mano no es accesoria de los dedos, ni éstos lo son de aquélla».

(33) La Ley alemana, WEG, distingue el derecho sobre la fracción dependiente, en sentido estricto, *Sondereigentum*, y el derecho sobre la unidad jurídica vivienda. PALAÑÓT, B. G. B., 11.ª edición, 1953, pág. 2083. Esta misma unidad jurídica es el objeto de la relación arrendaticia. Nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos, al hablar de arrendamiento de vivienda—o de local de negocio, para el caso es igual—se refiere tanto a la utilización exclusiva del «piso» (según el sentido del artículo 396 de nuestro Código civil), como a la solidaria de los elementos comunes.

(34) Los conceptos de relación jurídica y derecho subjetivo se manejan aquí según los expone el Profesor de la Universidad de Madrid doctor FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*. Parte general, 2.ª edición, Madrid, 1949, págs. 556 y ss., y 571 y ss., respectivamente. El de «unidad jurídica» está tomado del dictamen de la Cámara Corporativa y se emplea aquí como equivalente el de «unidad real», empleado por el doctor F. DE CASTRO en sus explicaciones de Cátedra, como más adecuado que los de «cosa» y «bien».

—si es que lo tuvieran prescindiendo de los necesarios elementos comunes—nunca sería igual al total del edificio. El tanto por ciento o tanto por mil ha de ser, en realidad, el que represente cada «unidad jurídica» en la totalidad del edificio, ya que ella es la que constituye un valor patrimonial, un valor jurídica y económicamente negociable, y, por tanto, numéricamente comparable con las de las demás unidades interdependientes. A esta interpretación presta apoyo también el artículo 15 sobre la cuota de participación en los bienes comunes, que examinaremos más adelante.

14. *Correlación entre objeto y contenido.*

Así se hace posible que a cada especie de objeto corresponda una determinada categoría técnico jurídica, que se manifiesta en un conjunto de principios. El edificio es objeto de la relación jurídica de propiedad horizontal. Aquél integra las fracciones autónomas, objeto del derecho subjetivo de propiedad horizontal. A su vez, las fracciones, por su misma naturaleza, tienen unas zonas de utilización independiente y otras de utilización (consista o no en uso efectivo) solidaria, a las que corresponden respectivamente unos derechos que forman un «complejo inescindible», como son las mismas zonas del edificio sobre que recaen.

La perfecta correlación entre el objeto y el contenido viene determinada, como siempre ocurre en las relaciones jurídicas, por la naturaleza del objeto. En el preámbulo así se explica. «Los caracteres fundamentales del régimen jurídico de la vulgarmente llamada propiedad horizontal, están dados por la verificación cumulativa de las siguientes circunstancias»: y aquí se exponen las características de los objetos, bien que se incurra en cierta petición de principio, al decir que hay «varias propiedades singulares», que es lo que se quiere explicar por la existencia de zonas de utilización singular.

Esta circunstancia—sigue el preámbulo—postula la aplicación de las llamadas relaciones de vecindad. La de existir «bienes comunes» y la del edificio único tienen carácter *específico*, apartándose la primera en puntos fundamentales del régimen general de la comunidad (35).

La referencia a criterios generales que tomen por base relaciones jurídicas clásicas no cuadra exactamente con lo que resulta después el régimen establecido, sobre todo cuando el legislador es consecuente con los hechos, aun cuando no lo sea tanto con sus declaraciones.

El artículo 11 dice que

«El propietario de la fracción autónoma puede usar y disponer de ésta libremente, en los términos generales del derecho.»

(35) El preámbulo enlaza esta especialidad con el carácter accesorio de la comunidad. Ya veremos que en realidad está exigida por la unidad del edificio.

El derecho de propiedad sobre la fracción autónoma correspondiente proclamado en el artículo 10 fija aquí su contenido en dos grupos de facultades: de uso y de disposición. Son las facultades que constituyen el paradigma clásico de la propiedad, aun cuando en el art. 2.169 del Código civil portugués se especifique más (36).

15. *El uso de la fracción autónoma.*

El artículo 12 comienza estableciendo que

«En el ejercicio de su derecho deben los propietarios soportar las limitaciones necesarias al bien de todos...»

Se invocan después las relaciones de vecindad, el hecho de existir bienes comunes y de que las fracciones pertenezcan al mismo edificio.

«§ unico.—En especial está prohibido a los propietarios:

1.º Perjudicar, sea con obras nuevas, sea por falta de reparaciones adecuadas, la seguridad, la línea arquitectónica o el aderezo estético del edificio.

2.º Destinar su fracción a usos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.

3.º Darle uso contrario al fin para que fué destinada la fracción, salvo la autorización de todos los propietarios o la competente autorización judicial cuando aquélla fuese negada injustamente.»

La limitación 1.ª es típica en la legislación comparada y tiene en cuenta, sobre todo, la unidad edificio. La limitación 2.ª podría sólo con una concepción amplia de las llamadas relaciones de vecindad ser incluida entre éstas. La limitación 3.ª es la que tiene difícil encuadramiento puesto que por una parte no afecta al edificio como tal, ni a los bienes comunes, sino a cada una de las fracciones. Pero ni en el concepto más amplio de relaciones de vecindad es encuadrable.

Supone, en efecto, el límite más serio, no ya al derecho de propiedad sino, a la misma facultad de libre uso enunciada en el artículo 11. El uso queda así limitado al fin para el que fué destinada la fracción: sea de vivienda, de actividad cultural o económica (artículo 1.º), y según la aprobación administrativa o judicial (artículo 4.º). El derecho de propiedad sobre la fracción autónoma señalado en el artículo 10 queda así constreñido en su mismo núcleo y sometida no ya a la deliberación de la asamblea de propietarios, sino a una medida más rigurosa: la autorización de todos, aun cuando haya de ser justa. En qué medida se considerará esta justicia no lo dice la ley, ni da base para establecerlo. Habrá que pensar en que el cambio de destino ha de contar con la aptitud de la fracción autónoma para el nuevo fin (art. 4.º) sin modificación alguna, o con modificación aprobada conforme al artículo 5.º Que no menoscabe el uso que hasta entonces vienen realizando los demás propietarios en sus fracciones autónomas conforme a su fin. Y

(36) Vid más adelante, núm. 18.

que no suponga tampoco alteración en el uso de los bienes considerados comunes, lo que supone un serio obstáculo, sobre todo cuando se cambie un local de vivienda para convertirlo en sede de actividad cultural o económica.

16. *El uso de los elementos comunes.*

«El derecho de copropiedad en la parte común del predio», que establece también el artículo 10 tiene su traducción práctica, en cuanto al uso se refiere en el artículo 14 :

«Los propietarios pueden usar los bienes comunes conforme a su respectivo fin y sin privar a los cotitulares del ejercicio del mismo derecho.»

Cuantitativamente este viene delimitado en el artículo 15 :

«El derecho de los propietarios sobre los bienes comunes estará, a falta de título en contrario, representado por una cuota igual al tanto por ciento o al tanto por mil previsto en el número 2.º del artículo 3.º» (37).

Ya vimos (supra, 13) que estos porcentajes no podían hacerse sin contar incluidos en el valor total del edificio también los elementos comunes. De este modo el artículo 15 resulta ocioso ya que entrando en el tanto por ciento o tanto por mil también el derecho sobre los bienes comunes—el título en contra solamente puede referirse a los presuntiva o potestativamente comunes—queda ya, sin necesidad de la declaración que contiene, determinado el derecho sobre ellos. Claro está que en todo aquello que haya de reflejarse este derecho—que a veces será en forma de obligación—contará el valor económico de la propiedad horizontal total en relación con los valores económicos de los demás «complejos inescindibles de derechos», fijados—según el preámbulo razona—, en la fecha de la construcción.

Ahora bien, si en cuanto a la utilización general de los elementos estructurales puede pensarse que esta proporción se conserva, no se puede decir lo mismo en cuanto al uso de los elementos que, siendo necesariamente comunes, lo son en cuanto imprescindibles para el acceso. Así, por ejemplo, en una vivienda de la mitad de valor que otra puede habitar una familia de doble número de miembros. Para el uso normal de los elementos comunes no existe, por tanto, una medida cuantitativa como para valorar los votos o para repartir la cuantía de las reparaciones.

(37) Es el mismo criterio seguido en el art. 1.118 del Código civil italiano y en el tercer párrafo del art. 6.º de la ley francesa. Nuestro art. 396, en cambio, sigue un doble criterio: «Las partes en copropiedad..., salvo pacto, se presumen iguales.» Para los gastos y para la adopción de los acuerdos se está, en cambio, a la proporción del valor de la parte privativa.

(38) En algún caso la realidad se impone al legislador. Así, § único del art. 17: «No son permitidas innovaciones... que puedan perjudicar la utilización por parte de alguno de los condóminos, tanto de las cosas propias como de las comunes.»

La medida es de tipo cualitativo, la establecida en el artículo 14: el uso conforme al fin y sin perturbar a los cotitulares. Fácilmente se advierte la semejanza con las normas del artículo 12 para el uso de las fracciones autónomas: uso conforme al fin y limitaciones necesarias para el bien de todos. La diferente formulación está teñida por la distinta modalidad del uso: solidario en un caso, exclusivo en otro. Pero no hubiera existido dificultad para referirse al uso, no separadamente como facultad en un caso de la propiedad y en otro de la copropiedad, sino como facultad del «complejo inescindible», es decir, del derecho subjetivo único de cada titular (38). Se hubiera incluso ganado en precisión ya que el uso de los elementos comunes no está determinado exclusivamente por su fin, sino por éste en relación con el de la fracción autónoma, de la que—por vía de interpretación—hemos visto que forma parte, si se la considera como una unidad jurídica. Precisamente por eso es necesario para el cambio de fin la autorización unánime de los cotitulares.

17. *La facultad de disposición.*

Si es cierto que la facultad de uso queda así muy reducida con respecto a la del propietario exclusivo de un bien cualquiera, queda en pie la facultad de disposición. En algunos casos, como en nuestro artículo 396, ensombrecida por un derecho de preferencia, que tiende a desaparecer en la legislación comparada y que el Decreto-Ley portugués rechaza taxativamente, veremos que con acierto.

Los autores ven en esta facultad de disposición el reducto fuerte desde donde defender la propiedad exclusiva de los pisos. Por eso se ha dicho que el propietario horizontal de un piso tiene libertad de disposición, ya que no de goce (39).

La cuestión no ofrece dudas. Pero no porque la propiedad exclusiva de la fracción autónoma lleve consigo una facultad libre de disponer, sino porque la facultad de disposición—que es «externa» al derecho—(40) no es privativa de la propiedad, sino común a todos los derechos subjetivos. No se dispone de las cosas, sino del derecho sobre las cosas. Lo que ocurre es que cuando este derecho es pleno, la disposición afecta totalmente a la cosa. En este sentido lo que transmite un condómino, titular de una comunidad ordinaria, no es una fracción de cosa, sino el derecho «comprimido» que sobre la cosa le corresponde.

La facultad de disposición existe, por tanto, plenamente. Pero no hay que referirla a la fracción autónoma. Ni siquiera al derecho

(39) ZAPPULLI, Carlo: *In concetto di uso e di innovazione nella comunione*, en «Studi in onore di M. D'Amelio», vol. III, pág. 458. En el mismo sentido GUIDI, *ob. cit.*, núm. 17, pág. 34, y BRANCA, *Condominio negli edifici*, en «Commentario del Codice civile» de SCIALOJA, y el propio BRANCA, Libro III, arts. 1.117 a 1.132, pág. 283.

(40) Vid. por todos FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco: *La facultad de disposición*, en «Anuario de Derecho civil», tomo III, pág. 1043 y bibliografía allí citada.

sobre la fracción autónoma, porque este derecho (a pesar de que así parece decirlo el § único del art. 6.º) no es transmisible separadamente del que corresponde sobre los elementos comunes, como no es transmisible tampoco el derecho sobre estos, ni es gravable, ni renunciable separadamente de aquél (arts. 25 y 26). La facultad de disposición se refiere también, aunque el artículo 11 no lo diga claramente, al complejo inescindible de derechos que recae sobre la unidad jurídica vivienda.

En su caso, el valor en venta de esa vivienda será conjunto y no separado para la fracción autónoma y los elementos comunes. Como conjunto es también su valor patrimonial, si nos fijamos en el aspecto del poder, y su valor en ejecución, si nos fijamos en el de la responsabilidad.

Esta consideración unitaria es la que sujeta el «complejo de derechos» o diríamos más bien, el derecho subjetivo de propiedad horizontal al régimen de la propiedad de cosas inmuebles en el artículo 10.

18. *Conclusiones críticas.*

El artículo 2.170 del Código portugués dice que el conjunto de derechos (diríamos más técnicamente facultades) que abarca el derecho de propiedad, puede quedar limitado «por la naturaleza de las cosas, por voluntad del propietario o por disposición expresa de la ley». Creo que en este caso es la naturaleza de las cosas la que viene a imponer unas características especiales a la propiedad horizontal. Siguiendo la enumeración del artículo 2.169, la facultad de disfrute, la de transformación y la de exclusión vienen determinadas por el fin económico-social de la vivienda y, en relación con él, los fines de las fracciones autónomas y los elementos comunes. La facultad de restitución e indemnización y la de disposición, comunes a todos los derechos subjetivos, funcionan también aquí conforme al ejercicio de éstos.

La consideración, bien que superficial del texto del Decreto-Ley portugués deja bien sentados estos puntos. La peculiaridad de la relación jurídica de la propiedad horizontal, viene determinada por la cotitularidad de propietarios sobre el edificio. La del derecho subjetivo que corresponde a cada titular—que se ejerce de modo distinto en unas zonas o en otras del edificio—porque recae sobre una unidad jurídica: la vivienda. Que, por una parte, no es algo aislable del conjunto del edificio y, por otra parte, requiere autonomía, independencia.

Todo planteamiento de la naturaleza jurídica, necesario sobre todo para interpretar de modo homogéneo los preceptos de la ley, para salvar sus lagunas y elegir el derecho supletorio aplicable (41), ha de partir de esta base, que da la ley especial misma.

(41) O encontrar una solución justa no prevista tampoco en la legislación civil. Así, por ejemplo, a quien corresponde el derecho de elevar nuevos pisos.

El conjunto de relaciones que plantea la propiedad horizontal ha de tenerlas en cuenta también. De hecho la ley portuguesa los ha tenido, como veremos sucintamente, en los extremos en que ha sido necesario. En los demás, las determinaciones del Decreto-Ley se caracterizan, en general, por su prudencia.

IV. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN

18. *Modos de constitución.*

Como la WEG alemana, el Decreto-Ley portugués regula el modo de constitución de la propiedad horizontal. Tanto allí como aquí lo que preocupa al legislador, no es el modo de acceso a la propiedad de una vivienda—que expresamente el preámbulo deja al juego del derecho general—sino el establecimiento del régimen de propiedad horizontal en un edificio construido (núms. 1 y 2 del artículo 2.º) o por construir (núm. 3 del mismo artículo).

Esta constitución no queda al arbitrio del propietario o propietarios, del constructor o constructores, sino sometida a la intervención administrativa o judicial, según los casos. Como vimos, con la finalidad, sobre todo, de salvaguardar la autonomía de las viviendas.

El Decreto-ley determina a efectos legales, y según los casos, lo que debe entenderse por título constitutivo (art. 2.º, § único) y el contenido obligatorio de este título (art. 3.º), que debe ser complementado, en su caso, por acuerdo de los interesados expreso en documento publico, o por arbitrio judicial (art. 3.º, § 2.º). El título debe ir acompañado, en ocasiones, de planos y documentos que especifica el § 1.º, del artículo 3.º y no puede modificarse si no con arreglo a la forma establecida en el artículo 5.º y con la intervención administrativa establecida en el § único del mismo artículo.

La constitución y la modificación deben ser inscritas en el registro para que surtan efectos frente a terceros y para poder establecer gravámenes o crear derechos sobre las viviendas (art. 6.º). La inscripción se realiza por edificios, haciendo mención expresa de estar destinados a propiedad horizontal y especificando en ellos las fracciones autónomas según una serie de pormenores (arts. 7.º y 9.º).

19. *Modos de extinción: la destrucción total o parcial.*

El Decreto-Ley no regula de un modo general o sistemático los modos de extinción, en el sentido de desaparición del régimen de propiedad horizontal del edificio (42).

El artículo 20 se refiere a la desaparición del edificio mismo o

que el artículo 1.127 del Código civil italiano vigente, por arrastre del 564 del Código de 1865, atribuye injustamente al propietario del último piso.

(42) Véase un conjunto de supuestos, que no resulta tampoco exhaustivo, en CUNHA GONÇALVES, ob. cit., pág. 66.

de una porción que represente, por lo menos, las tres cuartas partes de su valor. En este caso cualquiera de los condóminos podrá exigir la venta del terreno y de los materiales. Es decir, desaparecida la posibilidad de utilizar las viviendas, la propiedad horizontal queda convertida en una comunidad ordinaria con las mismas cuotas que aquélla en el conjunto del edificio y con la facultad de pedir su disolución, acorde con el artículo 2.180 del Código civil portugués.

Cuando la destrucción interese a una porción menor del edificio también entra en juego la relación comunitaria, pues por mayoría absoluta del número de «condóminos» (sic, en el Decreto-Ley) y de capital en relación a todo el edificio puede decidirse la reconstrucción de éste (art. 21). A los disidentes no se les obliga a permanecer en esta comunidad y pueden ceder sus derechos no a un tercero, sino a otro u otros de los condóminos a su elección (art. 21, §§ 1.º y 2.º).

La diferencia de trato que resulta de establecer esta preferencia y negarla en la enajenación ordinaria de la vivienda, como se hace en el § 1.º del artículo 11, se justifica en el preámbulo, porque en período de reconstrucción puede ser peligrosa la entrada de extraños en la comunidad.

Estos preceptos no dejan de plantear problemas. Alguno está previsto en el preámbulo: la posibilidad, en el caso del artículo 20, de que, los condóminos que quieran, adquieran los derechos del solar y materiales de los que los quieran enajenar. Nada dice, en cambio, el preámbulo acerca de si las viviendas o locales de negocio utilizables, dadas las características de la destrucción parcial, pasan también al régimen de propiedad común. Tal como está redactado el precepto parece que sí. En algún caso puede, quizá resultar una medida drástica.

Desde un punto de vista del fomento de la reconstrucción de viviendas podría favorecerse más, en ambos casos de destrucción, la tendencia reestructurativa, dado que es obligatorio el seguro del edificio contra incendios (art. 22). Lo mismo, en caso de estar asegurado frente a otro riesgo que sea la causa concreta de la destrucción.

20. *El derecho de preferencia.*

La extinción no ya del régimen general de todo el edificio, sino del derecho subjetivo de propiedad horizontal se remite a las normas generales del Derecho civil. Ya vimos las características especiales de la facultad de disposición. El Decreto-Ley, en su artículo 11, párrafo único, establece:

«En caso de enajenación de las fracciones los demás propietarios no gozan de preferencia alguna fundada en la copropiedad sobre las partes comunes del predio.»

Priva, por tanto, del derecho de preferencia tan corriente, aun-

que en decadencia, en la legislación comparada y existente: en nuestro artículo 396 (43).

La Cámara Corporativa, en su dictamen, insistió en que se estableciera el régimen general de preferencia de los comuneros según el artículo 1.506 del Código portugués. El Gobierno expone las razones—a mi entender acertadas—para no sólo no establecerlo, sino negarlo, no dejando así lugar a dudas. La principal, que va en contra de las razones que hacen recomendable la propiedad horizontal sobre todo, el acceso de los más a la propiedad de la vivienda. Habría que añadir a las razones secundarias allí expuestas (44) que la concentración de viviendas en poder de un propietario puede llegar a darle el control de la Asamblea en perjuicio del interés común.

V. GASTOS

21. *Contribución a los gastos.*

La norma general es que para determinar la cuota de contribución a los gastos rige la proporción del valor de la unidad jurídica tal como la vimos determinada en el número 2.º del artículo 3.º (artículo 16). Esto rige en lo que se refiere a los bienes necesariamente comunes y comunes de hecho, con dos excepciones:

1) La escalera queda a cargo, en sus diversos tramos, de los propietarios que de ella se sirven (§ 1.º del art. 16).

2) A los gastos de sostenimiento del ascensor sólo deben contribuir los propietarios de aquellas viviendas que, dada su situación en el edificio, puedan servirse de ellos (§ 2.º del art. 16).

Ambas reglas se contradicen. El ascensor no se divide en tramos como la escalera, quizá porque se considera un todo funcional. De todos modos la primera excepción complicará la administración, dará lugar a conflictos y supondrá volver al viejo sistema del *Code*, superado incluso por la Ley francesa de 1938.

22. *Competencia para decidirlos.*

Los gastos normales de mantenimiento y funcionamiento podrán acordarse en la asamblea por mayoría absoluta (art. 31). El acta de la sesión en que se hubieren acordado tiene valor de título ejecutivo contra el propietario que dejare de pagar en la fecha establecida, incurriendo desde entonces en mora (art. 25) con todas sus consecuencias legales.

(43) En el Anteproyecto de reforma del artículo 396, que redactó el profesor doctor Ignacio de Casso Romero, no se establecía la preferencia. Según me contó una vez, la introducción se hizo en la Comisión de Codificación a propuesta de don Jerónimo González y contra el parecer del fallecido Catedrático de la Universidad de Madrid.

(44) Ser restricción de un poder y, por tanto odiosa; ser fuente de fraudes, falseando el precio; no garantizar absolutamente de la intromisión de extraños a vivir en el edificio desde el momento que es posible el arrendamiento o la cesión del uso de las viviendas.

Los gastos por reparaciones indispensables y urgentes competen para su decisión al administrador. En su ausencia, a la iniciativa de cualquier propietario (art. 19). En este caso no prevé la Ley cuál será el título ejecutivo.

Los gastos por obras que constituyan innovación han de someterse a la asamblea, requiriéndose un *quorum* favorable de votos de dos tercios del valor total del edificio (art. 17).

El preámbulo explica las razones lógicas de este diverso tratamiento.

23. *Carácter real de los gastos.*

Está en la Ley patentizado en dos aspectos:

1) Frente a terceros por concesión a éstos de un derecho de preferencia en la ejecución sobre bienes muebles e inmuebles, según los casos, por remisión a las reglas del Código civil (art. 24).

2) Frente a los demás propietarios por la negación del derecho de abandono de los derechos sobre los elementos comunes (artículo 26). Puede renunciar a las innovaciones los propietarios disidentes que muestren este propósito, si su disidencia no fuese considerada judicialmente como infundada. Pero en cualquier momento podrán, sufragando los gastos proporcionalmente a su participación, disfrutar de ellas (art. 18).

VI. ADMINISTRACIÓN

24. *Generalidades.*

Siguiendo la pauta de la legislación comparada, la atención del legislador se detiene en la administración. El artículo 27 dice:

«La administración de los bienes comunes compete a la Asamblea de los propietarios y a un administrador elegido por ella.»

Recorriendo las atribuciones de uno y otro órganos de la administración se ve claramente que ésta no se reduce a los bienes comunes, sino al edificio como tal, con exclusión de las fracciones de utilización independiente.

La asamblea es el órgano de superior jerarquía: ella nombra y depone al administrador (art. 33) y es el órgano al que se recurre contra los actos de éste (art. 36).

25. *La Asamblea.*

Minuciosamente regula el Decreto-Ley su funcionamiento: tiempo y lugar de las reuniones (arts. 29 y 30, respectivamente); *quorum* de asistencia y de votación (art. 30); convocatoria (artículo 30), etc. Hay unas normas dignas de mencionarse.

El cómputo de los votos no se hace por propietarios, sino en proporción al valor de sus unidades jurídicas (art. 28). Los reglamentos de comunidad no podrán establecer en este punto norma distinta, lo que es importante. Entre nosotros se sigue el sistema personal en gran número de estos reglamentos, lo que trae como

consecuencia práctica la alianza de los votos de los propietarios de viviendas menos valiosas, con intereses ordinariamente distintos a los de viviendas que representan más valor.

Pero el Decreto-Ley no atribuye a cada voto un valor distinto a los demás. Sigue el sistema de conceder a los propietarios tantos votos como unidades enteras tengan los tantos por ciento o por mil que representen las correspondientes viviendas. Es un modo de simplificar los escrutinios. Pero habrá que tener en cuenta, tanto para los casos de mayoría absoluta cuanto para los de mayorías cualificadas, que éstas no han de calcularse sobre cien o sobre mil, sino sobre lo que resulte de restar a estas cantidades la suma de las fracciones desechadas.

La Asamblea, aparte de otras facultades, tiene dos extraordinarias, reconocidas en el párrafo 2.º del artículo 29: 1) El establecimiento obligatorio de la celebración de compromisos arbitrales para la solución de los conflictos entre sí y con el administrador. 2) El establecimiento—dentro de ciertos límites cuantitativos—de penas pecuniarias a los componentes de la misma por incumplimiento del Decreto-Ley, de las decisiones de la Asamblea o del administrador. En los dos últimos casos puede ser eficaz como cláusula penal facultativa para el incumplimiento de las obligaciones que nacen de la comunidad.

Finalmente, el artículo 32 regula el procedimiento para conseguir la anulación, por parte de cualquiera de los condóminos, de las deliberaciones de la Asamblea, contrarias a la Ley o al reglamento de comunidad.

26. *El administrador.*

También el Decreto-Ley regula minuciosamente este órgano ejecutivo de la administración.

Su nombramiento o deposición, si no son hechos por la Asamblea, puede hacerse por autoridad judicial a requerimiento de un condómino (§§ 1.º y 2.º del artículo 33); duran dos años, puede ser remunerado y ejercido por un propietario o por un tercero (§ 3.º del artículo 33). Mientras en un edificio destinado a dividirse en propiedad horizontal no se hubiesen enajenado por la empresa u organismo constructor todas las viviendas, puede aquella o éste reservarse la administración (§§§ 1.º, 2.º y 3.º del art. 27).

Las facultades del administrador son muy amplias (núms. 1.º y 8.º del art. 34); debe obligatoriamente llevar unos libros que representa una contabilidad elemental (art. 36); contra sus actos cabe recurso a la Asamblea que, en este caso, puede ser convocada por el propietario impugnante (art. 37); está legitimado activa y pasivamente contra los condóminos o un tercero y representa a aquéllos ante las autoridades administrativas: se exceptúan las acciones relativas a cuestiones de propiedad o posesión, salvo que se le concedan poderes especiales (art. 35).

VII. CONCLUSIÓN

De lo expuesto se deduce que en la evolución viva, legal y extralegal, que la propiedad horizontal está experimentando a nuestros ojos, el Decreto-Ley portugués supone un avance en cuanto que consolida legalmente soluciones ya adoptadas en la práctica y en cuanto que adopta soluciones nuevas, aliando valentía y prudencia en el régimen que establece.

Sobre el legislador portugués pesa la carga doctrinal que separa, dentro del edificio, unos bienes singulares y otros comunes, una propiedad exclusiva y una copropiedad. Partiendo de la base del edificio, como *corpus unitum*, aquella dicotomía queda reducida en el Decreto-Ley 40.333 a proclamaciones casi exclusivamente verbales. El sentido común ha impuesto, como en tantas otras ocasiones, una regulación portuguesa de la propiedad horizontal que es hoy no sólo la más de la vanguardia, sino también—y quizá por eso—la que técnicamente resulta en sus líneas fundamentales más perfecta.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

EXTRANJERAS

La Ley Griega de Nacionalidad

En un Decreto-Ley de 20 de septiembre último, que consta sólo de treinta y cinco artículos, Grecia regula la materia de nacionalidad, con pretensión exhaustiva. Proclama, sin embargo, la subsistencia de algunas disposiciones particulares anteriores.

Dentro del sistema tradicional en esta clase de normas, resaltan algunos preceptos por su significación técnica, unas veces, y jurídico-política, otras. Se citan a continuación.

Figuran entre los griegos por nacimiento los hijos de madre griega y de padre apátrida, y los legitimados y reconocidos, antes de los veintiún años, por un padre griego.

La naturalización puede ser por carta, excepcionalmente, o por residencia. En este segundo caso el Ministerio del Interior puede denegarla, no obstante el cumplimiento del tiempo y demás requisitos exigidos. La denegación no precisa ser fundada.

Los individuos de origen étnico griego, apátridas o de nacionalidad desconocida domiciliados en el extranjero, que se comporten efectivamente como griegos, pueden obtener la nacionalidad, solicitándolo en el Consulado helénico o en el Ministerio del Interior.

La esposa del individuo naturalizado en Grecia puede adquirir la nacionalidad de aquél, declarando su voluntad en tal sentido.

La pérdida se produce para quienes, previa autorización, adquieren voluntariamente una nacionalidad extranjera o asumen una función pública en el Estado extranjero, si tal hecho origina la adquisición de la ciudadanía de este Estado. La renuncia simple a la nacionalidad helénica ha de ser aceptada por el Ministerio del Interior.

La mujer griega que casa con un extranjero pierde la suya de origen si por el matrimonio adquiere la de su marido, salvo que antes de contraerlo declare su voluntad de conservarla.

La extranjera que ha adquirido la nacionalidad helénica por matrimonio puede renunciarla después de la disolución, haciendo manifestación expresa al efecto.

El individuo de origen étnico no griego que abandona el territorio helénico sin propósito de regresar puede ser privado de la nacionalidad; pueden serlo igualmente los que adquieren voluntariamente una ciudadanía extranjera, los que aceptaron funciones públicas en el extranjero y continúen en ellas luego de haber sido advertidos por el Ministerio del Interior, y los

que residiendo en el extranjero realizan actos incompatibles con su cualidad de helenos.

La adopción no influye sobre la nacionalidad del adoptado.

El Decreto-Ley que extractamos declara expresamente el respeto a los tratados internacionales suscritos por Grecia.

A. G. R.

II. DICTAMENES

1. Interpretación de cláusula capitular

En capitulos matrimoniales otorgados en una población catalana en 1880 se estipuló la siguiente cláusula:

«Los venideros consortes, M. R. y R. B., obrando con aprobación de sus mayores, han convenido: que en concurso de hijos de éste u otro matrimonio, los hijos de éste sean preferidos a la herencia a los de cualesquiera otro matrimonio posterior, esto es, hijos por hijos e hijas por hijas y con el solo objeto de evitar un intestado nombran un heredero de los bienes de aquél o ambos de los venideros consortes que fallecieren sin testamento, al primer hijo varón, y en defecto del primero al segundo, y así de grado en grado a los demás con preferencia de sexo y edad, primero a los varones y después a las hembras, *estipulando, para mayor claridad*, que nunca entrará el sustituto en posesión de la herencia mientras hubiere hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la edad de testar, *que entonces podrá disponer libremente de la herencia*, pues consideran que los hijos del tal son partes o pedazos de su padre y madre y nunca quieren ni consienten que mientras hubiere hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la referida edad de testar, sucedan los otros o el otro de los sustitutos nombrados; esto no obstante, se reservan los venideros consortes, R. y B., la libre facultad de variarlo en testamento, en cuyo caso este nombramiento de heredero preventivo no tendrá fuerza ni valor y se entenderá como no hecho.»

Habiendo heredado en virtud de la expresada disposición el mayor de los hijos de los otorgantes y careciendo dicho heredero de descendientes, se desea saber si puede disponer libremente de los bienes heredados, es decir, si debe estimársele como heredero libre o bien gravado con fideicomiso *si sine liberis decesserit*.

DICTAMEN

La cláusula transcrita contiene un heredamiento prelativo y otro preventivo. Es en el heredamiento preventivo, es decir, en el establecido para el caso de fallecer sin testamento, donde se plantea la cuestión consultada.

La duda se origina precisamente en la aclaración cuando convienen, *estipulando, para mayor claridad*, que nunca entrará el sustituto en posesión de la herencia mientras hubiera hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la edad de testar, *que entonces podrá disponer libremente de la herencia*, pues consideran que los hijos del tal son partes o pedazos de su padre y madre y nunca quieren ni consienten que mientras hubiere hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que alguno

de ellos antes o después de su muerte llegue a la referida edad de testar sus cedan los otros o el otro de los sustitutos nombrados...».

Para interpretar rectamente esta *aclaración* hay que arrancar inequívocamente de la cláusula principal que se quiere aclarar. En ella, «con el solo objeto de evitar el intestado», se designa el *heredero de ambos cónyuges*, señalando una serie de reglas para determinar, en su día, la preferencia; pero no se establece sustitución fideicomisaria alguna. Queda claro en ella que el heredero debe ser *el primer hijo varón*, y sólo en defecto de éste establece una serie de sustituciones que evidentemente debemos calificar de *sustituciones vulgares*.

Sobre esta base firme hay que examinar la *aclaración* que, según se comprueba leyéndola, determina únicamente:

1.º Una condición para que, en defecto de los anteriormente instituidos, herede aquel a quien corresponda entre los sustitutos vulgares, expresada en forma negativa al decir «que nunca entrará el sustituto en posesión de la herencia mientras hubiere hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la edad de testar».

Es decir, la entrada de un sustituto vulgar se condiciona no sólo al defecto del instituido y de los sustitutos anteriores, sino, además, a que no dejen hijos «que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la edad de testar», porque «consideran que los hijos de tal son partes o pedazos de su padre y madre».

La *aclaración* significa que al nombrar a un hijo o hija se entienden llamados, en su defecto y con el mismo criterio que rige para la designación entre los hijos, los descendientes del mismo. Al llamar a un hijo se llama a su rama, que hay que agotar antes de pasar a otro hijo o hija o a sus respectivas ramas. Lo cual equivale a interponer entre el sustituido y el primer sustituto vulgar, designados en la disposición básica, a todos los descendientes de aquél; del mismo modo entre el primero y el segundo de los sustitutos vulgares determinados en dicha disposición principal, y así sucesivamente.

Eso es lo que se aclara, es decir, lo que «se expresa para mayor claridad».

2.º Esa interposición de sustitutos vulgares entre uno y otro hijo, esa preferencia de una u otra rama para determinar—por sustitución vulgar—quién será efectivamente el heredero, *se condiciona a que* los descendientes del hijo, instituido con prioridad, para heredar como sustitutos vulgares—es decir, en caso de premoriencia del mismo—*hayan llegado o lleguen a la edad de testar*. Eso es lo que significa la exigencia de «que alguno de ellos, antes o después de su muerte, llegue a la edad de testar».

En consecuencia, si al causarse la herencia resultare que el hijo instituido en primer lugar hubiera premuerto dejando descendencia legítima, habría que examinar si el que fuese preferente entre ellos—es decir, el varón mayor de los hijos del hijo premuerto—había llegado o no a la edad de testar. En caso afirmativo sería éste quien heredaría. En el supuesto contrario, se entendería condicionado su llamamiento a que después llegare a dicha edad de testar.

3.º La limitación de *disponer* se refiere precisamente a ese periodo de pendencia, existente mientras no llegare a la edad de testar el descendiente a

quien corresponda heredar en defecto de un hijo premuerto del causante. La expresión «que entonces podrá disponer libremente de la herencia» se refiere, en cuanto a la persona, a aquel de los hijos o descendientes de legítimo matrimonio del primero instituido heredero que «llegue a la edad de testar», y, en cuanto al tiempo, a la fecha en que se cumpla esta condición, es decir, al día en que éste cumpla dicha edad.

Por lo tanto, en armonía al carácter condicional de su llamamiento, el descendiente a quien corresponda suceder y que al causarse la sucesión no haya llegado a la edad de testar, sólo podrá disponer libremente de la herencia si llega a la edad de testar y desde que la alcance.

En resumen, resulta que en el heredamiento preventivo examinado:

a) No hay ninguna sustitución fideicomisaria, sino una serie de sustituciones vulgares.

b) Que la existencia o inexistencia de descendientes «de legítimo matrimonio del primero instituido heredero, que alguno de ellos antes o después de su muerte llegue a la edad de testar», no condiciona la sucesión dispuesta a favor del «primero instituido», sino la entrada como heredero en lugar de éste—en caso de que hubiere premuerto al causante—de «los otros o el otro de los sustitutos nombrados». Es decir, no condicionan la institución del primer heredero, sino el llamamiento de los nombrados como sustitutos vulgares.

c) Dicho en otros términos: Los descendientes legítimos «del primero instituido heredero» no están puestos en condición del llamamiento de éste, sino en sustitución vulgar con carácter preferente a «los otros o el otro de los sustitutos nombrados».

d) El instituido no tiene limitada la libre disposición de la herencia en caso alguno. Será aquel de sus descendientes a quien en caso de premoriencia hubiera correspondido ocupar su lugar, si no hubiese llegado a la edad de testar al causarse la herencia, quien no podría disponer libremente de ella hasta cumplirla.

Y, en conclusión, habiendo fallecido los otorgantes sin testar y rigiendo, por tanto, el heredamiento preventivo examinado, viviente el «primer hijo varón», éste debe entenderse llamado como heredero libre, sin que la circunstancia de que el mismo no tenga hijos obste para nada su libre disposición de la herencia.

Este es el dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

2. Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales, en fraude de su mujer (1)

SUMARIO.—I: Supuesto.—II: Breve esquema de los actos que sobre gananciales puede realizar el marido.—III: Análisis del acto realizado por el marido.—IV: Posición de la Jurisprudencia.—V: Examen de las posibles acciones a ejercitar por la mujer y de su fundamentación.—1) Inexistencia.—2) Falta de poder.—3) Nulidad de pleno derecho.—4) Anulabilidad.—5) Rescisión.—6) Acción de indemnización de daños y perjuicios.—VI: El problema de la restitución.—VII: La prodigalidad.—VIII: Conclusiones.

I

SUPUESTO

1. Supuesto general: ¿Cómo impugnar los actos que sobre bienes gananciales realiza el marido en fraude de su mujer?

2. Supuesto especial: El régimen económico de un matrimonio es el de gananciales.

El marido compra con dinero ganancial usufructos cuyo término extintivo es su propia vida. (O bien: transmite la nuda propiedad de bienes gananciales a cambio del usufructo de otros bienes distintos, y reservándose el usufructo de aquellos cuya nuda propiedad transmite. El término extintivo es siempre su propia vida.)

El marido repite estas enajenaciones con frecuencia, hasta conseguir que la totalidad o casi totalidad de los bienes gananciales, queden sustituidos por derechos reales de usufructo en su favor (o en el de la sociedad) y que se extinguirán todos ellos al morir él.

La mujer quiere saber si tales actos pueden ser impugnados de alguna forma.

II

BREVE ESQUEMA DE LOS ACTOS QUE SOBRE GANANCIALES PUEDE REALIZAR

EL MARIDO

- A) El marido puede, en relación con bienes gananciales:
- 1.º Administrar (Artículos 59, p. 1.º y 1.412 C. c.).
 - 2.º Enajenar y obligar a título oneroso sin el consentimiento de la mujer (Artículo 1.413, p. 1.º C. c.).
 - 3.º Disponer por testamento de la mitad que le corresponde (Art. 1.414 C. c.).
 - 4.º Hacer donaciones, en favor de hijos comunes, para su colocación o carrera (Arts. 1.409 y 1.415, p. 1.º C. c.).
 - 5.º Hacer donaciones moderadas, para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo (1.415, p. 2.º C. c.).
- B) El marido no puede, en relación con bienes gananciales:

(1) Este trabajo es el resultado de una ponencia de su autor discutida en el Seminario del Anuario de Derecho Civil.

1.º Disponer a título gratuito por actos intervivos, con las excepciones antes señaladas (núms. 4.º y 5.º) (Arts. 1.413, p. 1.º y 1.415 C. c.).

2.º Disponer por testamento de más que de su mitad (Art. 1.414 C. c.).

C) El marido puede realizar enajenaciones o convenios, dentro de las facultades señaladas más arriba (A), pero si se hacen en contravención al Código civil o en fraude de la mujer, no perjudicarán a ésta ni a sus herederos.

Es de notar, aunque el Código parece unificar ambas cosas, que son distintos los efectos de los actos del marido en contravención del Código civil y de los realizados en fraude de la mujer. En el primer caso, la ineficacia vendrá dada, en cada caso, por el precepto infringido, y generalmente se tratará de nulidad de pleno derecho por aplicación del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil. En el segundo caso, la regulación legal es muy imprecisa y su interpretación es objeto de estudio en este dictamen.

III

ANÁLISIS DEL ACTO REALIZADO POR EL MARIDO

1. La sustitución de bienes gananciales en pleno dominio, por derechos reales de usufructo, en favor del marido y sobre su vida, o en favor de la sociedad de gananciales, pero también extinguiéndose con la vida de aquél, puede realizarse de dos maneras. Antes de exponerlas, indicaremos que es indiferente que el marido constituya el usufructo en su favor o en el de la sociedad, porque en todo caso, el usufructo es en favor de esta última, pues se adquirió a título oneroso con bienes gananciales (Art. 1.401, núm. 1.º y 1.407 C. c.) y aunque no fueran gananciales, los frutos o rentas que produjesen, si lo serían (artículo 1.401, núm. 3.º C. c.).

La primera forma de realizar el acto que analizamos consiste en transmitir el marido el pleno dominio de determinados bienes gananciales (probablemente dinero o fincas rentables) a cambio del usufructo de otros de más valor. Si los bienes cuyo usufructo se adquiere, no valen más que aquellos cuyo pleno dominio se pierde, creemos, aunque haya contraprestación, que se trata, en esencia, de un acto gratuito (la bilateralidad no excluye la gratuidad), pues se cambia un usufructo por otro (sobre bienes de igual valor) y se pierde, sin recibir nada a cambio, la nuda propiedad de los bienes que se transmiten en pleno dominio. En este último caso el acto es claramente nulo por infringir los artículos 1.413 y 1.415 del Código civil.

La segunda forma de realizar el acto que analizamos consiste en transmitir, reservándose el usufructo, la nuda propiedad de determinados bienes gananciales (probablemente fincas rentables), adquiriendo a cambio el usufructo de otros distintos.

2. El acto que examinamos, en cualquiera de sus variantes, es, con la salvedad señalada, de que encubra un acto gratuito, un acto a título oneroso, y, en principio, válido.

IV

POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

1. La Jurisprudencia ha abordado varias veces el problema de la impugna-

ción por la mujer de actos relativos a gananciales, realizados por el marido, en fraude de aquélla. Vamos a ver las sentencias más interesantes:

A) S. T. S. DE 8-V-1900

a) Supuesto general: Matrimonio que vive bajo el régimen de gananciales, aceptado libremente en capitulaciones matrimoniales. En éstas se especifica la aportación de una serie de bienes de la mujer como dotales estimados e inestimados.

b) Actos del marido sospechosos de fraude:

1.º Arrendamiento por tres años de una casa que tiene el carácter de dotal inestimada, por un precio total de 15.000 pesetas. Antes del arrendamiento rentaba, en el mismo período de tiempo, 44.505 pesetas. El arrendatario cede con posterioridad a tercero su derecho de arrendamiento.

2.º Contrato de préstamo, en condiciones muy desfavorables, en el que el marido prestatario garantiza la devolución con hipoteca voluntaria sobre el derecho real de usufructo, que cree le corresponde, en las participaciones proindiviso que a su mujer pertenecen en varias casas que tienen el carácter de dotales inestimadas.

c) Diversas cuestiones surgidas:

1.º Varios acreedores del marido, entre ellos el prestamista (b, 2), incoan juicio ejecutivo contra aquél.

2.º El cesionario del arrendatario (b, 1.º) interpone tercera de dominio.

3.º La mujer interpone demanda de tercera de mejor derecho, impugnando varios contratos realizados por su marido, entre ellos los referidos arrendamientos y préstamo. Antes del fallo en primera instancia, presenta, además, sentencia de otro Juzgado declarando pródigo al marido. El Juzgado dicta sentencia: se estima la tercera interpuesta por el cesionario del arrendatario; se desestima, en cambio, la rescisión y nulidad de los contratos sospechosos celebrados por el marido, pero, reconociendo a la mujer, que tiene un derecho preferente a reintegrarse, antes que el prestamista, con los productos de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, del valor de su dote estimada y del de determinados bienes de la inestimada, enajenados, y cuyo precio ha percibido su marido.

d) Contra dicha sentencia apelan el prestamista, el cesionario del arrendatario y la mujer. La Audiencia dicta sentencia, declarando ineficaces en cuanto pudieran perjudicar los derechos de la mujer, los dos contratos reseñados (b 1.º y 2.º), así como el de cesión del arrendamiento (b 1.º).

e) Interponen recurso de casación el cesionario del arrendatario y el prestamista contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo falla a favor de la mujer manteniendo la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo, entre otras cosas, dice: «... es evidente que la sentencia de la Audiencia no puede menos de prevalecer en cuanto en ella se declara la ineficacia de dichos contratos... puesto que el párrafo 2.º del artículo 1.413 del Código civil, terminantemente establece que toda enajenación o convenio que sobre los bienes de la sociedad de gananciales haga el marido en fraude de la mujer, no perjudicará ni a ésta ni a sus herederos... El fraude se determina por el objeto y finalidad con que el marido celebra los contratos..., que pueden ser válidos en

si mismos e ineficaces en cuanto a la mujer si se han realizado con visible intento de perjudicar a ésta sin fin alguno de beneficio para la sociedad...»

B) S. T. S. DE 12-XII-1929

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial: El marido vende bienes gananciales a un pariente de una sirvienta con la que mantiene amistad íntima.
- c) Fallo del Tribunal Supremo: Puede resumirse en los siguientes puntos:
 - 1.º Se admite la fraudulencia, que se considera cuestión de hecho.
 - 2.º Puede utilizarse el derecho de impugnación desde que se realiza la enajenación fraudulenta.
 - 3.º Tiene la sentencia el valor de una información *ad perpetuam*, a fin de obtener la base necesaria, para que, llegado el caso de hacer el inventario del artículo 1.418 del Código civil, pueda traerse a colación el importe de las enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas.
 - 4.º Se niega la anotación preventiva de la sentencia, por considerarse que la Ley Hipotecaria no la concede expresamente.

C) S. T. S. DE 14-III-1932

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial:
 - 1.º La mujer interpone demanda de divorcio obteniendo sentencia que condena al marido al pago de 500 pesetas por *litis expensas* y 75 pesetas mensuales por alimentos.
 - 2.º Se decreta embargo de bienes del marido que se hace efectivo en la mitad indivisa de una casa. Esta mitad indivisa tienen carácter ganancial.
 - 3.º El marido vende en una misma escritura, y a una hermana suya, la mitad indivisa de la casa dicha (b 2.º), que fué adquirida, después del matrimonio, por él y por su hermana, en régimen de comunidad. En la misma escritura vende, también a su hermana, una finca rústica, comprada por el marido, también después del matrimonio, y en la que se habían hecho edificaciones, así como una finca urbana, propiedad del marido.
- c) La mujer solicita en primera instancia la rescisión, por fraude, de la venta de la finca rústica ganancial y de la mitad indivisa, también ganancial, de la casa. El Juzgado estima rescisión total, por fraude, de dichos contratos.
- d) El demandado apela y obtiene que sólo se estime la demanda de la mujer en la parte relativa a la efectividad de los alimentos, «litis expensas» y costas. Es decir, los contratos, según la Audiencia, sólo son rescindibles en cuanto no puedan satisfacerse los alimentos, «litis expensas» y costas señaladas en b 1.º
- e) La mujer recurre en casación, donde prevalece la tesis del Juzgado, de rescisión total, si bien se hace la misma reserva, en cuanto a la ejecución de la sentencia, que se señaló en la S. T. S. 12-XIII-1929 (B. c. 3.º).

D) S. T. S. DE 17-IV-1950

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial: El marido vende bienes gananciales a un pariente suyo.

c) La mujer impugna en primera instancia, después de la muerte del marido, las enajenaciones, obteniendo sentencia favorable, en la que se dice: «... Que son nulas y carentes de toda eficacia, por simulación de la causa y falsedad de la misma, las escrituras de compraventa celebradas por el marido y el comprador...»

d) La Audiencia da asimismo la razón a la mujer diciendo: «... Que procede rescindir los contratos de compraventa contenidos en las escrituras de (fechas) celebrados entre el marido y el comprador, cuyos contratos se declaran rescindidos en lo que sea necesario para pagar a la viuda... y adjudicarle la mitad... de los gananciales.»

e) El T. S. dice: «Considerando que la sentencia, en tal sentido, no infringe los artículos 1.291 y 1.294 del C. c., disposiciones reguladoras de la rescisión con carácter general, pero cuya aplicación al caso de autos ha de subordinarse a la especial, para tal caso, contenida en el art. 1.413 C. c., que, interpretado, ... permite a la mujer ejercitar su acción desde la enajenación de bienes de la sociedad conyugal, para obtener la declaración de perjuicios y fraude, como base para reclamar después de la disolución de dicha sociedad los derechos que le concede el art. 1.413, si al hacerla no hubiese otro medio de reparar el perjuicio..., lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal...»

E) OTRAS SENTENCIAS

Conocemos varias sentencias más que tratan, más o menos directamente, el mismo tema, pero que no añaden, a nuestro juicio, ningún elemento nuevo a lo ya expuesto, entre otras las SS. T. S. de 29-X-1907, 13-XII-1913 (que declara la rescisión del acto fraudulento sin hacer ninguna especificación en cuanto al tiempo de ejecución de la sentencia, como se hace en las otras examinadas más arriba, salvo en la de 8-V-1900), 13-XI-1917, 26-V-1930, etc.

2) Breve comentario a la Jurisprudencia.

La Jurisprudencia citada comienza con una sentencia del año 1900, que es, para nosotros, la más perfecta de cuantas conocemos relacionadas con el caso en cuestión. El T. S. declara llanamente la ineficacia de los actos fraudulentos, sin ninguna reserva en cuanto a la ejecución de la sentencia. Esta, por tanto, podrá ejecutarse de manera inmediata. La protección de la mujer es eficaz.

Otras sentencias posteriores (la citada de 13-XII-1913) se mantienen dentro de la misma línea.

La S. T. S. de 12-XII-1929 introduce una importante novedad, que puede frustrar, en gran número de casos, la protección que a la mujer le concede el art. 1.413, p. 2.º: la sentencia, que puede obtenerse en vida del marido, no tiene otro valor que el de constatar el fraude, para que, después de disuelta la sociedad y al hacer el inventario del art. 1.418, pueda traerse a colación el importe de la enajenación fraudulenta. Y para que la indefensión sea aún mayor, no cabe siquiera obtener anotación preventiva, sobre los inmuebles afectados, por la declaración de fraude, de la sentencia que lo declara. El adquirente, en fraude, de los bienes, que conoce por la sentencia el peligro que corre, se apresurará, normalmente, a hacer desaparecer los bienes, fingir una insolvencia, etc...

El criterio de la sentencia de 12-XII-1929 es mantenido por las posteriores de 14-III-1932 y 17-IV-1950.

Otros datos interesantes, que podemos entresacar de la Jurisprudencia, son: La fraudulentencia es una simple cuestión de hecho a decidir en cada caso por los Tribunales (S. T. S. 12-XII-1929 y otras) y la figura jurídica, en la que encaja la impugnación, parece ser la rescisión. Sobre este último punto insistiremos más adelante.

V

EXAMEN DE LAS POSIBLES ACCIONES A EJERCITAR POR LA MUJER Y DE SU FUNDAMENTACIÓN

1) Inexistencia. Si el acto fraudulento (declarado en cada caso concreto como fraudulento por los Tribunales) fuera inexistente, la sentencia no haría sino declarar esta cualidad del mismo. La acción no correría por el cauce de los arts. 1.300 y siguientes, ni se le aplicaría la caducidad del art. 1.301.

No parece viable esta solución, que no encuentra apoyo legal. Las escasas normas que han dado lugar a la teoría de la inexistencia (arts. 1.261, 1.300, 1.310, 1.081, etc. del C. c.) no parecen tener aquí el más mínimo encaje. El acto fraudulento, por el solo hecho de serlo, no carece de ningún elemento esencial (consentimiento, objeto, causa, forma en su caso, etc., si se trata de un contrato). Estos, en cada caso, y según la clase de acto (contrato generalmente), existirán, o no, con independencia del fraude.

2) Falta de poder. Puesto que el marido es el representante legal de la sociedad de gananciales, salvo pacto en contrario, puede sostenerse, quizá, que siempre que sobrepase el ámbito de su poder (arts. 1.714 y 1.727 C. c.), su actuación es nula, salvo la posible ratificación del representando (artículos 1.727, p. 2.º, y 1.259, p. 2.º). Como aquí a quien representa es a la sociedad de gananciales (en último término, a un conjunto de bienes en régimen de comunidad, si bien, esta comunidad tenga una configuración legal especial), el otro cotitular de la misma puede verificar esta ratificación, de la misma manera que hubiera podido otorgar conjuntamente el acto de enajenación, excluyéndose así su posible impugnación por fraude (práctica que sería muy útil que se introdujese en el comercio jurídico).

El problema estriba en saber si un acto fraudulento del marido, y concretamente, si el contrato de adquisición de usufructo que nos sirve de tema es, en efecto, un acto que excede del contenido del poder que la Ley le confiere. Para nosotros, la solución es negativa. Sería ir demasiado lejos lo contrario. El marido «puede» actuar a título oneroso de manera amplísima, y por eso mismo, y como medida correctora, está la posible impugnación por fraude. Nuestra Jurisprudencia, creemos, que ni siquiera sospecha esta posibilidad. Otra cosa distinta es el considerar el que en una reforma legal, la cotitularidad de los cónyuges sobre los gananciales, se traduzca en unas facultades dispositivas conjuntas. Si acaso, como mecanismo corrector, y para evitar la oposición injustificada de uno de ellos, podría arbitrarse una licencia judicial que sería el elemento sustitutivo de la voluntad que falta. Y no es que la licencia judicial (quizá «consentimiento judicial») pueda sustituir nunca a una voluntad, pero es que, en la práctica, no queda otro remedio (como tampoco

queda otro recurso, en las ejecuciones, que el de que el juez otorgue la escritura de venta a nombre del ejecutado, si éste no lo verifica: art. 1.514 L. E. C., 127 L. H., etc.).

3) Nulidad de pleno derecho.

Dos bases legales existen para admitir esta fundamentación de la impugnación de la mujer: la infracción del art. 1.413, p. 2.º, o la del art. 1.275. El contrato fraudulento infringe, evidentemente, el art. 1.413, y parece que también el art. 1.275.

Pero examinando la primera cuestión: la infracción del art. 1.413, ¿da lugar o no a la nulidad de pleno derecho del art. 4.º, p. 1.º, C. c.? Es decir, ¿la Ley quiere que el acto sea nulo, o simplemente le otorga una eficacia distinta, o le somete a una impugnación que debe correr por las vías de los arts. 1.300 y ss. (anulabilidad) o de los arts. 1.290 y ss. (rescisión)? Los límites entre la nulidad y la anulabilidad no están nada claros en nuestro Derecho. No vamos a examinar aquí estos conceptos, pero sí, sólo, a indicar que hay que acudir a preceptos dispersos para construirlos, y que, en caso de duda, no quedan otros caminos que la analogía y la lógica. Vamos a dejar de lado el problema de si la ilicitud o la falsedad de la causa dan lugar a nulidad de pleno derecho (arts. 1.275 y 1.276 C. c.) o sólo a anulabilidad (arts. 1.301, p. 4.º; 1.305 y 1.306), y siguiendo la opinión más común vamos a admitir la primera posición, como base para nuestra argumentación. Siguiendo con la primera cuestión, a un acto, que reúna todos los elementos esenciales exigidos por el Derecho, pero al que se superponga la voluntad de defraudar, ¿puede aplicársele el art. 4.º C. c.? ¿Equivale a un contrato con causa falsa o ilícita? ¿O es, por el contrario, un acto perfecto en sí y que, por el ánimo de defraudar, es equivalente a un contrato con consentimiento viciado (por error, violencia, intimidación o dolo: arts. 1.265 y ss. C. c.), y por tanto, solamente anulable? (art. 1.301 C. c.). Es decir, la oposición a la Ley, el ir contra ella, ¿es algo tan definido, tan terminante, que debe aplicarse el artículo 4.º, o se trata de un simple vicio (art. 1.300 C. c.) y el contrato es anulable? La solución es muy difícil. Si el art. 1.413, p. 2.º, dijese «sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer serán nulos», nos inclináramos por la nulidad de pleno derecho; pero el final de este artículo parece querer excluir la nulidad radical al decir solamente «no perjudicará a ésta ni a sus herederos». Esta opinión se confirma con el texto del párrafo 2.º del artículo 1.419, que no prescribe la nulidad plena del acto, sino solamente el traer a colación el importe de lo defraudado (y precisamente el importe, y no los mismos bienes enajenados). La Jurisprudencia del T. S., desde luego, no apoya la teoría de la nulidad radical.

La ilicitud de la causa, desde el ángulo que ahora la enfocamos, constituye una posibilidad muy interesante. No nos hace falta ya el p. 2.º del art. 1.413, sino que basta el art. 1.275 para atacar el acto fraudulento. Un acto realizado por un marido, sobre bienes gananciales, con la finalidad de defraudar a su mujer, es un acto, desde luego, contrario a la moral (art. 1.255 C. c.), a las buenas costumbres (art. 1.271 final C. c.) y, probablemente, con causa ilícita (art. 1.275 C. c.). La doctrina clásica de la causa suele distinguir ésta (como algo objetivo) del motivo (como algo subjetivo) para negar relevancia jurídica

a este título, como algo que escapa entre los agujeros, excesivamente gruesos, de la malla del Derecho. Pero una corriente nueva, consagrada ya por la Jurisprudencia, viene dando relevancia al móvil en los casos en que supone ilicitud, para obtener como consecuencia, la nulidad radical del acto. Casos de extraordinario interés son las SS. T. S. de 2-IV-1941, 12-IV-1944 y 12-IV-1946. Las dos últimas relativas, respectivamente, a la ilicitud de la causa del contrato de venta simulada para defraudar legitimarios, o de donación con la misma finalidad, presentan una analogía importante con el problema que examinamos. Pero, ¿y si sólo el marido actúa con ánimo fraudulento? En los casos citados, parece que ambas partes estaban afectadas por el móvil ilícito. Creemos que, en efecto, para que el móvil, a caballo sobre la causa, tenga relevancia jurídica, debe radicar en todas las partes contratantes. Un importante elemento de analogía puede proporcionarlo el requisito de la complicidad en el fraude, exigido por la Jurisprudencia, por la doctrina y por la Ley (arts. 1.295, p. 2.º; 1.297 C. c. y 37 L. H.) para que pueda prosperar la Acción Pauliana. Por todo ello, concluimos, que para considerar que el contrato a título oneroso celebrado por el marido, con ánimo de defraudar a su mujer, es, radicalmente nulo, por oposición a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o por ilicitud de la causa, se requiere connivencia entre el marido y la otra parte contratante. Así, pues, con absoluta independencia de la impugnación por vía de rescisión, que parece patrocinar nuestro T. S., la mujer puede gozar de una impugnación mucho más fuerte (pedir que se declare que el acto fué radicalmente nulo) y no subordinada al resultado del inventario que exige la liquidación de gananciales (art. 1.419, p. 2.º C. c.). Pero, ¿aceptará esta tesis nuestro más Alto Tribunal y tendrá éxito la mujer, si fundamenta su impugnación en la ilicitud de la causa? Es muy dudoso. Pero no vemos inconveniente en que se pida la nulidad radical por ilicitud de la causa, y, subsidiariamente, por si los Tribunales no la aceptan, la rescisión en los términos que veremos más adelante.

4) Anulabilidad. Si se admite la simple anulabilidad, el acto es válido, pero impugnabile, y el plazo para la impugnación es de sólo cuatro años (artículo 1.301 C. c.). (Pero, ¿desde cuándo corre el plazo? ¿Desde el acto fraudulento o desde la disolución del matrimonio?). Cabe confirmación (art. 1.309 C. c.).

Estamos en el reverso de la moneda. Donde termina la nulidad de pleno derecho comienza la anulabilidad. Pero, ¿dónde termina aquella? Si se considera que la infracción del art. 1.413 o del art. 1.275 da lugar a nulidad de pleno derecho, es inadmisibile la anulabilidad; pero, en caso contrario, hay que aceptar esta última, o bien la rescisión. Nosotros, para no salirnos del tema, insistiremos solamente en que, si la impugnación se basa en el artículo 1.275, dependerá, del encaje previo que demos a la ilicitud de la causa, el que exista una nulidad radical (art. 1.275 C. c.) o una simple anulabilidad (artículos 1.301, p. 4.º; 1.305 y 1.306 C. c.). Por tanto, todo lo dicho antes vale aquí, y si el acto, por aplicación de la teoría general de la causa y de la anulabilidad de pleno derecho, no es radicalmente nulo, es anulable (o rescindible). Desde luego, la opinión dominante, basada en el art. 1.275, considera que el contrato con causa ilícita es radicalmente nulo y no anulable.

Si pasamos al estudio de la infracción del art. 1.413, nos ocurre algo similar. Ya indicábamos antes, que era muy dudoso que este artículo, en relación

con el 1.419, «quisiera» la nulidad radical del acto contrario a él, y nos inclinábamos a rechazar la teoría de la nulidad de pleno derecho. Pero, en este caso, caben dos variantes. El acto puede ser anulable o rescindible. La posibilidad de rescisión la estudiaremos en epigrafe aparte. La anulabilidad, volvemos a decirlo, se aplica donde no quepa la nulidad. Si el acto va «contra» la Ley, es nulo. Si tiene un vicio, solamente es anulable (art. 1.300 C. c.). Si prescindiésemos de la jurisprudencia del T. S. no podríamos ocultar nuestra inclinación hacia la anulabilidad. Es muy duro decir que el acto fraudulento es radicalmente nulo. El fraude, ¿no es algo superpuesto, añadido, al acto, y que debe probarse en juicio? ¿No tiene una gran analogía con el dolo, la intimidación, la violencia o el error, que hacen solamente anulable el acto? ¿Cómo admitir que sin necesidad absoluta de juicio (que sin embargo será necesario para deshacer una falsa apariencia, proteger a terceros, etc.), y sin plazo prescriptivo especial, el acto es nulo? ¿Cómo van a calificarlo los Notarios, Registradores, etc? ¿Debe negársele la entrada en los Registros públicos. sin necesidad de una declaración judicial previa? ¿Es posible que no pueda ser confirmado válidamente por la mujer? Todo eso habrá que admitir, si se sigue el sistema de la nulidad radical. La anulabilidad tiene notables ventajas: plazo breve (cuatro años) para el ejercicio de la acción (creemos que se cuenta desde el acto fraudulento si lo conoce en su integridad la mujer, y si lo desconoce, desde la disolución del matrimonio); necesidad en todo caso de una declaración judicial; presunción favorable a su validez; entrada en los Registros públicos, de toda clase, etc. Pero, ante las normas legales, ¿cabe admitir la anulabilidad? Creemos que sí. Y esta admisión puede ir compaginada con la reserva de la ejecución hasta la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.419 C. c.). Entre la rescisión que parece patrocinar nuestro T. S. y la anulabilidad, no hay diferencias prácticas de importancia. Todas las consecuencias que predicábamos más arriba de la anulabilidad van unidas a la rescisión. Pero para admitir la rescisión hay que saltar un gravísimo escollo: el núm. 5.º del artículo 1.291, el art. 1.293 y el art. 1.294 C. c. Es decir, en la duda, es aplicable, por mandato legal, la anulabilidad. A la rescisión sólo se acude en último lugar (art. 1.294 C. c.), en los casos predeterminados por la ley (art. 1.291, número 5.º C. c.), y si la base es la lesión, no hay más casos predeterminados por la Ley que los del art. 1.291, núm. 1.º y 2.º (art. 1.293 C. c.) Pero sobre todo esto insistiremos al tratar de la rescisión.

Para concluir: si no existiese una jurisprudencia, que parece sostener lo contrario, nosotros defenderíamos la anulabilidad, ejercitable inmediatamente después de realizado el acto fraudulento, y pudiendo ejecutarse la sentencia que la declare, sin esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo demás es dejar a la mujer en la más completa indefensión. Pero a la vista de la interpretación de la Jurisprudencia, creemos que, mientras que en esta materia no se reforme el Código, no es viable sostener ante los Tribunales la anulabilidad de ejecución inmediata, sino la rescisión de ejecución diferida.

5) Rescisión. La rescisión tiene, en nuestro Derecho, una configuración imprecisa. No se acaba de ver su diferencia con la anulabilidad. El plazo para el ejercicio de la acción es de cuatro años en ambos casos (arts. 1.299 y 1.301 del C. c.), sus efectos similares (devolución de lo percibido: arts. 1.295, 1.303 C. c.), y la posibilidad de confirmación, que se regula sólo para la anu-

labilidad (arts. 1.309 a 1.313), es aplicada, en general, por la doctrina, también a la rescisión. Parece que esta última es una variante de la anulabilidad, o quizá, la misma anulabilidad, a la que, en casos especiales (arts. 1.291 y 1.292 C. c.), la Ley dedica normas especiales también. Así, pues, resulta que la rescisión es excepcional, y que solamente en los casos señalados en la ley cabe aplicarla (art. 1.291, núm. 5.º, C. c.), que es subsidiaria (art. 1.294 C. c.) y habiendo otro medio de reparar el perjuicio, a éste debe acudir, y que, cuando se basa en la lesión (art. 1.293 C. c.) ni la misma ley puede señalar otras causas que las del art. 1.291, núms. 1.º y 2.º.

Ante estas normas, sería preferible considerar el art. 1.413, párrafo 2.º, como un caso de anulabilidad. El contrato fraudulento, en sí es perfecto, pero a la causa se le suma un móvil ilícito. Este móvil ilícito la hace viciosa, y un contrato en que concurren los requisitos del artículo 1.261, pero que adolecen «de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley» es anulable (art. 1.300 C. c.). Pero ya hemos estudiado más arriba la posible aplicación de la anulabilidad.

Ahora bien, de admitirse la rescisión, ¿por qué causa? Caben dos variantes fundamentales: rescisión por fraude de acreedores y rescisión por lesión.

La primera tiene las siguientes ventajas: la posibilidad clara de apoyarse en la Ley (art. 1.291, núm. 3.º, C. c.) y la de aplicar la teoría, muy elaborada, de la Acción Pauliana. Pero observamos que la mujer no es acreedora de los bienes de la sociedad de gananciales, sino cotitular. No obstante, si al disolverse la sociedad se comprueba que algunos de los bienes que debía haber en la misma han salido de ella fraudulentamente, en virtud del párrafo 2.º del artículo 1.413 y del párrafo 2.º del artículo 1.419, la mujer tiene derecho a exigir la colación de «su importe». Pues bien, en este caso, el marido está obligado a dicha colación, es «deudor» de dicho importe. Y es deudor, como cualquiera, con todos sus bienes (art. 1.911 C. c.), tanto propios, como gananciales por mitad. Si con la mitad que al marido corresponde en los gananciales, y con todos sus bienes propios, no tiene bastante para satisfacer a la mujer la mitad de los «verdaderos» (sin enajenaciones fraudulentas) gananciales, podrán impugnarse, al amparo del artículo 1.111 y 1.291, número 3.º, las enajenaciones tanto de bienes gananciales como propios, siempre que se den todos los requisitos que la Acción Pauliana exige. Pero se plantea un problema muy importante. La Acción Pauliana requiere que la enajenación en fraude sea posterior al crédito. Pero el crédito de la mujer ¿cuándo nace? Porque si nace al liquidar la sociedad, la enajenación es anterior al crédito, y, por tanto, inatacable. Luego la única posibilidad de aplicar la citada acción es considerar que la mujer es, en todo momento, acreedora de la mitad de los gananciales. Esto, técnicamente, no es exacto; pero, ¿cómo considerar que quien es cotitular tiene menos defensas que quien es sólo acreedor? Por otra parte, y ya que por imperativo de la Jurisprudencia, la acción es rescisoria y el supuesto parecido al de la enajenación en fraude de acreedores, no vemos inconveniente en aplicar analógicamente la teoría y la jurisprudencia elaboradas sobre la Acción Pauliana, aunque la acción en cuestión, si bien rescisoria, no es Pauliana. Lo que ocurre es que, en la práctica, la mujer no es tal cotitular. El marido es el único propietario, en vida, de los gananciales. El los administra, él los enajena. La Ley tan sólo prevé una especie de sucesión

por mitad de la mujer, y, por ello, se prohíben al marido los actos dispositivos a título gratuito. Entiéndase bien, que esta consideración que hacemos de los gananciales, se deriva, no de lo que la Ley pretende, sino de lo que, en la práctica, resulta de los preceptos de aquélla, excesivamente rigurosos para la mujer. La sociedad de gananciales es la más leonina que se conoce.

En cuanto a la rescisión por lesión es, para nosotros, totalmente inadmisible, por lo terminante del artículo 1.293.

Vamos, por último, a estudiar la posibilidad de una rescisión especial, atípica. Esta es la solución, y no porque la Ley lo establezca claramente, sino por imperativo de la Jurisprudencia. Nuestro Tribunal Supremo emplea una terminología poco uniforme. A veces se habla ampliamente de «ineficacia» (sentencia T. S. 8 mayo 1900); otras, concretamente, de «rescisión» (sentencia T. S. 17 abril 1950). Pero en esta última sentencia, los términos son suficientemente claros. Ya la Audiencia ha empleado la palabra «rescisión», y el Tribunal Supremo, de manera concretísima, la vuelve a emplear, para decir, además, que la sentencia de aquélla no infringe los artículos 1.291 y 1.294, cuya aplicación ha de subordinarse a la rescisión del artículo 1.413. Estamos, pues, ante rescisión, sin lugar a dudas, según la Jurisprudencia. Pero estamos ante una rescisión rarísima. Una rescisión que no puede ejecutarse, y que no es más que base para reclamar, después de la disolución de gananciales, si no hay otro medio de reparar el perjuicio, la ineficacia, total o parcial, del acto fraudulento. Y todo ello, porque se subordina la ineficacia del acto a que no haya otro medio de reparar el perjuicio, lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal. Más que aplicar la teoría de la rescisión, se ha creado una acción nueva, especial, distinta de toda otra, de «constatación» (llamémosla así), que el Tribunal Supremo compara con una información *ad perpetuam* (sentencias T. S. de 12 diciembre 1929 y 14 marzo 1932), y que sirve de base a una actuación posterior. Así las cosas, la acción que tiene más probabilidades de prosperar ante los Tribunales es la de rescisión, con las especialidades indicadas.

Hay un problema que no ha abordado el Tribunal Supremo y que no es fácil de resolver: el plazo prescriptivo. Si la acción es rescisoria, ¿son cuatro años?, o ¿a pesar de emplearse la palabra rescisión, no es de aplicar este breve plazo? Y, en el primer caso, ¿cuándo empieza a correr? El Tribunal Supremo autoriza a ejercitar la acción desde la enajenación de bienes, pero parece que no obliga a ello, y que puede esperarse a la disolución de la sociedad. Así lo creemos. La mujer puede ejercitar la acción en vida del marido aunque hayan pasado más de cuatro años desde el acto fraudulento, y durante cuatro años desde la disolución del matrimonio. Es de lógica, que si se subordina la eficacia de la acción a que no existan bienes suficientes al disolverse la sociedad, la mujer puede renunciar a constatar el fraude antes de dicha disolución, y al hacerla, comprobar que no existen bienes suficientes y ejercitar la acción. Sirve de elemento analógico, en apoyo de esta opinión, el párrafo 5.º del artículo 1.301. No obstante, y mientras el Tribunal Supremo no diga lo contrario, aunque hayan pasado los cuatro años desde la disolución de la sociedad, puede intentarse la acción, cuyo éxito dependerá de muchas cosas; entre otras, de que no sea alegada la caducidad por la otra parte.

Otro problema básico es el de si se requiere complicidad en el fraude por

parte del que contrató con el marido la constitución de los usufructos en cuestión. Creemos que sí. El marido, en todo caso, está obligado a reparar el perjuicio derivado del fraude. Los bienes gananciales, y sus propios bienes, servirán para ello. Si no bastan, se acudirá a la rescisión total o parcial del acto fraudulento, sólo si la otra parte contratante actuó de mala fe. Entendemos por mala fe la complicidad en el fraude, y creemos que existe tal complicidad en el simple conocimiento de la finalidad de defraudar a la mujer, que persigue el marido, aunque la otra parte contratante no obtenga en la operación un lucro excesivo. Pero si la operación es a título gratuito, o si, sin serlo, la otra parte contratante obtiene un enriquecimiento desproporcionado) cabe también la rescisión. En el primer caso, la rescisión puede ser total, si es necesario; en el segundo, entra en juego la teoría del enriquecimiento injusto, y puede exigirse la devolución del lucro excesivo realizado en detrimento de los gananciales, en cuanto redundó en perjuicio de la mujer.

Por último diremos, en continuación de lo que más arriba apuntábamos, sobre la posibilidad de aplicación de la Acción Pauliana, que, aunque, a nuestro juicio, la rescisión especial del artículo 1.413, párrafo 2.º, no es una rescisión por fraude de acreedores, como los supuestos son bastante parecidos, a falta de otra regulación, pueden llenarse los huecos de esta rescisión especial, con las teorías, y, sobre todo, con la jurisprudencia, muy abundante, sobre la Acción Pauliana.

6) Acción de indemnización de daños y perjuicios. Aparte de la impugnación del acto fraudulento del marido, creemos que existe una posibilidad, por completo independiente: la de que la mujer reclame una indemnización de daños y perjuicios al marido, que por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia (no hace falta, por tanto, probar el fraude) causa un daño a aquélla (art. 1.902 C. c.). El plazo para ejercitar la acción es sólo de un año (art. 1.968, número 2.º, C. c.).

Esta acción puede ser utilísima. El marido puede tener bienes propios. Si en estas condiciones enajena fraudulentamente bienes gananciales, la mujer puede exigir que indemnice, no a ella misma, sino a la sociedad de gananciales (comunidad de gananciales, sería mejor decir), del daño que ésta sufre. O sea, el marido realiza una operación culposa (mucho más si es fraudulenta) que ocasiona a la sociedad una pérdida, y entonces la mujer, como cotitular de la sociedad, y en favor de ésta, reclama al marido, para que con sus propios bienes, indemnice a la sociedad. Contra esta teoría puede alegarse: que no se sabe si va a haber daño para la mujer hasta la disolución de la sociedad; y que la mujer no está legitimada para reclamar indemnizaciones en favor de la sociedad, sino sólo en su favor. A esto puede responderse: que lo que se alega no es el daño de la propia mujer, sino el daño de la sociedad (en último término la disminución de bienes, puesto que la sociedad no tiene personalidad jurídica) de la que es cotitular la mujer, que de rechazo sufre un daño, cuya cuantía exacta no se conocerá hasta la disolución de la sociedad. En cuanto a su legitimación, no está concedida ni negada por la Ley, y en su defecto, podemos aplicar las reglas de la comunidad de bienes (argumento arts. 1.395 y 1.669 C. c.) y en ésta la jurisprudencia concede a cualquier comunero legitimación para el ejercicio de acciones beneficiosas para la comunidad (sentencias T. S. 5 junio 1918, 4 abril 1921, 18 diciembre 1933-2).

Además, como el ejercicio de la acción es contra el marido, debe prescindirse totalmente de la anuencia de éste (art. 60 C. c.).

Dudamos también de la acogida que nuestra Jurisprudencia podrá dar a una acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por la mujer. Podría acumularse con la acción rescisoria que aquella viene admitiendo. Dentro del año del acto fraudulento la mujer puede interponer demanda solicitando que se declare su fraudulencia, que el marido indemnice a la sociedad, inmediatamente, en el perjuicio sufrido por ésta y, por último, que si al disolverse la sociedad y a pesar de la indemnización, la mujer resulta perjudicada, se le conceda, si no hay otro medio de reparar el perjuicio, la rescisión, en la medida necesaria, del acto fraudulento. (Hay una frase, en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1950, que hace temer que el Tribunal Supremo considera que la indemnización del perjuicio (partiendo de que es la mujer y no la sociedad la perjudicada) queda diferida también a la disolución de ésta. Habla, en efecto, de «... obtener la declaración de perjuicios y fraudes... para reclamar después de la disolución de la sociedad los derechos que le concede el artículo 1.413, si al hacerlo no hubiese otro medio de reparar el perjuicio...»). Es decir, parece que el mecanismo del Tribunal Supremo es el siguiente: la mujer sufre un perjuicio debido a un fraude; la sentencia lo constata; se espera a la disolución de la sociedad; se comprueba al realizarse ésta que la mujer sufre un perjuicio efectivo; se trata de repararlo con bienes del marido; si éstos no alcanzan se acude a rescindir en la medida necesaria el acto que se constató como fraudulento.

Dudamos por ello de que prospere la acción de indemnización en vida del marido, pero no vemos que se pierda nada con intentar, además de la constatación del fraude, la indemnización de presente, acumulando esta petición a aquella. Los Tribunales, en su fallo, pueden negar esta última, pero acceder a la primera, como probablemente ocurrirá.

VI

EL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN

Cualquiera que sea la figura jurídica en la que encajemos la acción de la mujer, es evidente que su resultado favorable dará como consecuencia la ineficacia total o parcial de un acto jurídico, si bien, con arreglo al criterio de la Jurisprudencia, esta eficacia está subordinada a que se haya disuelto la sociedad de gananciales, y la mujer defraudada no tenga otro medio de reparar el perjuicio.

Pues bien, la ineficacia tiene un resultado típico: la restitución. Bien claro lo establece el Código en los únicos casos que regula con algún detalle «los contratantes deberán devolverse las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses» (arts. 1.295 y 1.303 C. c.). Naturalmente que en los casos de inexistencia y nulidad de pleno derecho, si ha habido entrega de cosas o pago de precio, la regla es la misma, pues las partes deben volver al *status quo* anterior al contrato radicalmente nulo.

Pero en el caso que examinamos ¿qué devuelve la mujer a la que se defraudó convirtiendo bienes gananciales en usufructos sobre la vida del ma-

rido? El marido, ya hemos visto que pudo celebrar el contrato de varias maneras diferentes. Para nosotros es evidente que en cualquier caso se aplica la regla de restitución antes señalada. Pero ¿cómo se aplica a cada caso concreto? Si con dinero ganancial se compró el derecho real de usufructo de determinados bienes, la mujer restituye dichos bienes (que normalmente estará poseyendo, pero sobre los que, desde que murió el marido, no tiene derecho alguno) y todos los frutos o rentas que hubiesen producido desde que se constituyó el usufructo (o su valor, si no se puede devolver *in natura*). La otra parte debe devolver el precio recibido y sus intereses legales. Un ejemplo aclarará la teoría. El marido compró con 100.000 pesetas el usufructo de una finca rústica que produjo una renta de seis mil pesetas al año durante los diez que aquél vivió. La mujer debe restituir la finca y sesenta mil pesetas de rentas, y la otra parte, cien mil pesetas de precio y cuarenta mil de intereses (interés legal). Es decir, suponiendo que los frutos no se puedan restituir *in natura*, entregará éste ochenta mil pesetas a la mujer (ciento cuarenta mil menos sesenta mil) y recuperará la posesión de su finca. Pero ¿y si lo que la mujer tiene que devolver vale más que lo que tiene que devolver la otra parte? En este caso es evidente que nada puede reclamar la mujer (se sigue el sistema del artículo 1.295, p. 1.º). Se aclara con otro ejemplo: El marido compró con cien mil pesetas el usufructo de una finca rústica que produjo una renta de quince mil pesetas al año, durante los diez que aquél vivió. Pues bien, la mujer para recuperar sus ciento cuarenta mil pesetas debe devolver las ciento cincuenta mil pesetas que rentó la finca. Luego su reclamación es inútil.

En el caso de que el marido haya enajenado la nuda propiedad de bienes gananciales a cambio del usufructo de otros, ¿cómo se realiza la devolución? La mujer devuelve lo que recibió, es decir, los bienes que recibió en usufructo (ya extinguido) y todos sus frutos mientras aquél duró. La otra parte devuelve la nuda propiedad de los bienes de la sociedad (es decir, que ésta consolidó su pleno dominio). Veámoslo con un ejemplo. El marido enajena la nuda propiedad de una finca rústica ganancial, reservándose el usufructo vitalicio de la misma, y adquiere a cambio el usufructo de una casa, también sobre su propia vida (ni que decirse tiene que tanto en este caso como en el anterior los usufructos, aunque se pacten a nombre del marido y sobre su vida, son gananciales: núms. 1.º y 3.º del art. 1.401). Al morir el marido después de diez años desde dicha operación, la mujer devuelve las rentas que produjo la casa en diez años (por ejemplo sesenta mil pesetas) y la otra parte devuelve (pierde) la nuda propiedad de la finca, cuyo pleno dominio corresponde a la sociedad (y al disolverse, por mitad a la mujer). Si la mujer no puede devolver las sesenta mil pesetas, se harán efectivas sobre la finca cuyo pleno dominio conserva la sociedad al recuperar, por la acción de la mujer, la nuda propiedad, y si no cubre las sesenta mil pesetas, tampoco tiene derecho al ejercicio de la acción rescisoria.

Apliquemos este criterio al mecanismo patrocinado por el Tribunal Supremo. La mujer ejercita su acción (en vida del marido, o después de fallecido), y, en el primer caso, espera a la disolución de la sociedad para hacerla efectiva. Al calcular, mediante inventario, los bienes de la sociedad, a los que existan, se les suma el valor de los enajenados fraudulentamente (art. 1.419, p. 2.º C. c.). La mujer tiene derecho a la mitad (art. 1.426 C. c.) de ese

total. Si con los bienes que hay en la sociedad no se le puede entregar su mitad, se acude a los bienes propios del marido, y si con éstos tampoco hay suficiente, se acude, y sólo por la diferencia, al mecanismo de la restitución antes expuesto. Pero ¿cómo se hacen estas restituciones en forma parcial y por qué parte? Se hacen en la forma antes dicha, y por toda y sólo la parte que sea necesaria, para que en la restitución, la mujer obtenga la parte de su mitad de gananciales que no pudo percibir de otra manera. Vémoslo en el primer ejemplo. El marido compró, con cien mil pesetas, el usufructo de una finca rústica que produjo una renta anual de seis mil pesetas durante los diez años que aquél vivió. Al disolverse la sociedad no hay gananciales, y el marido tiene bienes muebles propios por valor de diez mil pesetas. El inventario de los gananciales arroja un resultado de cero. Se le suman las cien mil pesetas de la enajenación fraudulenta (art. 1.419, p. 2.º C. c.). El total es de cien mil pesetas de las que la mujer tiene derecho a cincuenta mil. Se le entregan las diez mil pesetas de los bienes propios del marido, y aún le faltan cuarenta mil, que son las que tiene que cobrar rescindiendo (en la terminología jurisprudencial) parcialmente el acto de constitución del usufructo. La mujer devuelve solamente la mitad (treinta mil pesetas) de los frutos que percibió la sociedad (sesenta mil pesetas) y la otra parte devuelve sólo la mitad (sesenta mil pesetas) de lo que debería devolver (ciento cuarenta mil pesetas) de ser total la rescisión. Si por no poder devolverse los frutos *in natura*, la devolución es, por ambas partes, en metálico, se compensan las deudas y la mujer percibe las cuarenta mil pesetas necesarias para el cobro total de su mitad de gananciales (setenta mil menos treinta mil).

VII

LA PRODICALIDAD

Se nos presenta una posibilidad interesantísima: ¿Puede la mujer, en evitación de futuros actos fraudulentos del marido, en relación con los gananciales, pedir y obtener la declaración de prodigalidad de éste?

El Código no define la prodigalidad ni dice qué actos de una persona dan lugar a ella ni en relación con qué bienes.

Desde luego que las normas sobre prodigalidad no han previsto el supuesto que nos interesa; pero, a pesar de ello, ¿cabe encajarlo dentro de ellas? Si la prodigalidad es «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro la situación patrimonial de su familia más cercana» (Federico de Castro, *Derecho civil de España*, tomo II, vol. 1.º, pág. 338), parece que en esa conducta pueden encajar ciertos actos del marido respecto a gananciales. Pero veámoslo con más detalles. Los requisitos de la prodigalidad son:

a) Una conducta. No basta un acto aislado. Así, pues, en el caso objeto de nuestro estudio, la constitución de un usufructo fraudulento no es causa de incapacitación por prodigalidad, pero la serie de actos de ese contenido, si, si concurren los restantes requisitos que señalamos a continuación.

b) Socialmente condenable. Este requisito creemos que se da claramente en este caso. La conducta del que pretende, burlando la Ley, privar a su mujer de los gananciales, es, socialmente, condenable.

c) Que ponga en injustificado peligro la situación patrimonial. Debe de haber peligro patrimonial, y además injustificado. Es evidente que los actos que examinamos ponen en peligro la situación patrimonial de su mujer y de sus restantes herederos forzosos. El problema estriba en que el peligro no es inmediato: mientras viva el marido subsisten los usufructos. Creemos que esto no obsta; basta el peligro, sea presente o futuro, para dar base a la acción de los legitimarios. Pero, y quizá esta es la clave, el peligro ha de ser injustificado. Si la actuación del marido se justifica por circunstancias de cualquier clase que sean (coyuntura económica, probabilidades de vivir mucho, situación angustiosa actual que fuerza a ello, etc.), no es posible hablar de prodigalidad. Es decir, no basta que el marido defraude a su mujer con el acto de que se trate, sino que se requiere, además, que el acto en sí, mejor dicho, la serie de actos, tengan un matiz de derroche, de despilfarro, para que, a nuestro juicio, se pueda aplicar la teoría de la prodigalidad.

d) De su familia más cercana. Este último requisito no crea problemas. La mujer está evidentemente legitimada para el ejercicio de la acción (artículo 222 C. c.).

Vamos a citar una importante sentencia (sentencia T. S. 25 marzo 1942) que perfila claramente la prodigalidad en apoyo de nuestra tesis. Dice, entre otras cosas: «Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles y desproporcionados a su situación económica social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal en perjuicio de sus familiares más íntimos: cónyuge, descendientes y ascendientes.»

Según esta sentencia, que abona cuanto hemos dicho, si los actos del marido pueden considerarse, por su repetición (y concretamente parece que sí), como conducta habitual, y ponen, en perjuicio de su mujer (puede ser que, además, de otros herederos forzosos), en riesgo injustificado su caudal, son constitutivos de la figura de la prodigalidad. Para nosotros el hecho de que generalmente Jurisprudencia y doctrina se refieran a la conducta que pone en peligro los bienes propios de una persona (el marido en este caso), no obsta a que la misma teoría sea aplicable a la conducta que pone en peligro los gananciales, bienes estos de los que es cotitular el marido, y que en una mitad constituyen una expectativa en favor de sus herederos forzosos, y en la otra mitad un derecho actual de su cónyuge.

Resumiendo, nuestra posición es la siguiente: para que sea aplicable la teoría de prodigalidad se requiere:

- 1.º Que los actos reiterados del marido reúnan todos los requisitos, sintéticamente expuestos, de la conducta del pródigo, delimitada por la Jurisprudencia y por la doctrina.
- 2.º Que no obsta a la aplicación de las normas de la prodigalidad el que dicha conducta vaya en contra de los bienes gananciales, en lugar de contra los bienes propios.
- 3.º Que el hecho de que el peligro no se convierta en ruina hasta el futuro, no excluye de que exista tal peligro.
- 4.º Que el cónyuge o los restantes legitimarios deben solicitar, expresamente, la declaración de prodigalidad.

5.º Que el que los actos fraudulentos del marido constituyan o no una conducta pródiga es algo a apreciar por los Tribunales en cada caso, no bastando, a nuestro parecer, el fraude, que debe ir unido a derroche.

6.º Que la declaración de prodigalidad no es suficiente para impugnar actos anteriores a ella (art. 226 C. c.) que podrán ser rescindidos, con independencia de aquella declaración, conforme hemos dicho y volveremos a decir en este dictamen.

7.º Que mientras no se arbitre otro medio, el de la prodigalidad es el único que goza la mujer para cortar una conducta del marido que ponga en injustificado peligro los gananciales.

VIII

CONCLUSIONES

Prescindimos, naturalmente, en nuestras conclusiones, de la reforma en estudio del Código civil, y nos atenemos a los textos vigentes y a la Jurisprudencia, pues aunque no estemos del todo en acuerdo con aquél ni con ésta, constituyen las únicas bases sobre las que puede apoyarse con éxito una reclamación ante los Tribunales.

Pasamos, según ello, a exponer las siguientes conclusiones:

1.ª La mujer puede ejercitar su acción en vida o después de fallecido su marido.

2.ª Si la ejercita en vida de aquél, debe esperar, para hacer efectiva la sentencia favorable, a que se disuelva la sociedad de gananciales.

3.ª En el inventario de los gananciales se computa o colaciona el importe de lo enajenado fraudulentamente.

4.ª La mitad que a la mujer corresponde de los gananciales adicionados, según acabamos de decir, se hace efectiva en los gananciales realmente existentes, en los bienes del marido, y si aún falta algo, se procede a la rescisión parcial o total, por la diferencia, del acto fraudulento.

5.ª La fraudulentencia del acto en cuestión deberá apreciarse por los Tribunales en cada caso. Por ello, conviene acumular cuantos datos sirvan de apoyo a la íntima convicción que aquéllos deben formarse. Pueden ser importantes: la persona con la que se contrataron los usufructos (por ejemplo, parientes del marido), el precio pagado (si es excesivo con relación al valor del usufructo), la edad (si es muy avanzada) y la salud (si es mala) del marido, el que los cónyuges no se lleven bien, etc.

6.ª No creemos que prescriba la acción hasta los cuatro años desde la disolución de la sociedad de gananciales. De todas maneras, parece conveniente ejercitarla en cuanto se conozca el acto fraudulento.

7.ª La acción correrá por los cauces de la rescisión, si bien, no obstarán a su ejercicio los artículos 1.291 y 1.294 del Código civil.

8.ª Para que pueda ser rescindido, en todo o en parte, el acto fraudulento, la parte que contrató con el marido deberá haber actuado de mala fe. Entendemos por mala fe la complicidad en el fraude, y creemos que existe tal complicidad en el simple conocimiento de la finalidad de defraudar a la mujer, que persigue el marido, aunque la otra parte contratante no obten-

ga en la operación un lucro excesivo. Pero si la operación es a título gratuito (cosa excepcional, pues el marido no puede disponer a título gratuito si no en contados casos) o si, sin serlo, la otra parte contratante obtiene un enriquecimiento desproporcionado, cabe también la rescisión. En el primer caso la rescisión puede ser total, si es necesario; en el segundo, entra en juego la teoría del enriquecimiento injusto y puede exigirse sólo la devolución del lucro excesivo realizado en detrimento de los gananciales, en cuanto redundó en perjuicio de la mujer. Cuando no pueda demostrarse el fraude, o el enriquecimiento injusto, si el contrato es a título oneroso, procederá todo lo dicho en la conclusión cuarta, menos la rescisión total o parcial del acto fraudulento.

9.ª Tampoco hay inconveniente ninguno, si bien no puede garantizarse el éxito ante los Tribunales en que si al ánimo de fraude por parte del marido se acumula una connivencia de la otra parte, se alegue la ilicitud de la causa del contrato fraudulento, y, en su virtud, se solicite la declaración de nulidad radical del mismo. Por si no prospera esta petición debe pedirse, subsidiariamente, la rescisión estudiada en las conclusiones primera a octava, que es la que tiene más probabilidades de éxito ante los Tribunales.

10.ª Con independencia de todo lo antes señalado, la mujer puede intentar, dentro del año siguiente al acto fraudulento, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra su marido, basada en el artículo 1.902 y sin más demostración que la de la actuación culposa de aquél. Pero como es dudoso que esta acción prevalezca ante los Tribunales, debe acumularse la petición de rescisión antes estudiada.

11.ª Con independencia de toda otra acción puede la mujer (o cualquier legítimo del marido) intentar también incapacitar por prodigo a éste al amparo de los artículos 221 y siguientes del Código. Si los actos fraudulentos del marido son reiterados, suponen en alguna forma un derroche y ponen en injustificado peligro los bienes de la sociedad de gananciales, no es difícil que tenga éxito la acción. Por este procedimiento, la mujer puede obtener la administración de sus bienes dotales, parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal; pero los actos anteriores del marido sólo pueden impugnarse por la vía de la rescisión estudiada en las conclusiones primera a octava.

FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ
Notario

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^o AMUSATEGUI, JOSE LUIS LLORENTE y ROGELIO PEREZ MARTINEZ.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS: *Sólo en «casos de fuerza mayor» podrán formar parte de la dotación de buques nacionales (vide infra. Derecho Mercantil, 2).*

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD: *Se regulan como límites definidores del contenido normal de la propiedad concretándose, según la calificación del suelo, con arreglo a su situación y destino, en restricciones de las facultades dominicales así como en imposición de deberes, a los titulares.*

COSAS INDIVISIBLES: *Los planes podrán determinar las parcelas consideradas como mínimas, siendo indivisibles aquellas cuya extensión sea inferior al doble de la superficie mínima. También podrán señalar la unidad mínima de cultivo prohibiéndose fraccionamientos que la rebajen.*

DERECHO DE SUPERFICIE: *Se estructura como medida de fomento de la edificación. Es transmisible y gravable y temporal. Se impone al superficiario la obligación de edificar bajo sanción de extinción de su derecho. Al extinguirse éste pasa la propiedad de lo edificado al concedente, debiéndose indemnizar al que la pierde.*

RESOLUCIÓN DE ENAJENACIONES: *Se concede al adquirente acción resolutoria en el plazo de un año para rescindir aquellos contratos en que se infrinja la obligación del transmitente de hacer constar la situación urbanística del inmueble.*

ARRENDAMIENTOS: *Se excluyen del régimen especial los que se constituyen sobre construcciones provisionales autorizadas por la Administración. Las demoliciones de edificios disconformes con el Plan para ajustar a él la reedificación se incluyen en la causa segunda de excepción a la prórroga de la L. A. U. sin que se exija el compromiso de constituir una tercera parte más de viviendas si lo prohíbe el Plan.*

ACTIVIDAD URBANÍSTICA: *Se concibe con gran amplitud, abarcando desde el régimen del suelo y la planificación hasta los actos concretos de ejecución, intervención y fomento. Se arbitra un cuadro flexible de sistemas de actuación que pueden adoptar la forma de gestión pública o de gestión privada.*

PARCELACIÓN Y REPARCELACIÓN: *Son medios hábiles para lograr la configu-*

ración del suelo y distribuir con equidad los beneficios y cargas de la ordenación urbanística.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: Es el instrumento que potencia al máximo la actividad urbanística. Se regula el supuesto de expropiación decidida por el expropiado cuando la actividad urbanística suprime los viales sobre que el inmueble tenía líneas directas o fachada.

VENTA FORZOSA: Tiene naturaleza de verdadera expropiación con doble transmisión, a la entidad expropiante y al beneficiario adquirente.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES: Se considera «materia administrativa» todo acto o convenio regulado en esta Ley entre la Administración y los propietarios o Empresas urbanizadoras (Ley 12 mayo 1956 («BB. OO.» 14 mayo y 5 junio).

A) EXPOSICIÓN.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA «LEY SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA».

a) *Ambito material.*—«Es objeto de la presente Ley la ordenación urbanística...» (art. 1.º).

b) *Ambito espacial.*—«Todo el territorio nacional» (art. 1.º, *in fine*).

c) *Ambito temporal.*

1) *Vigencia.*—«Entrará en vigor a los sesenta días de su publicación en el «B. O. del E.» (Disp. final 1.ª).

2) *Eficacia derogatoria.*

1º) En general, «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan...» (Disp. final 2.ª).

2º) En particular, se autoriza al «Gobierno para que, a propuesta de una Comisión designada por el Ministro de la Gobernación determine mediante Decreto cuáles son las disposiciones vigentes sobre las materias reguladas por la presente (Ley) que habrán de continuar en vigor» (Disp. final 2.ª).

d) *Normas complementarias.*

1) El Ministerio de la Gobernación dictará las disposiciones complementarias para la ejecución de esta Ley (Dis. final 4.ª).

2) Se autoriza al Gobierno para publicar un Anexo, que formará parte de esta Ley, con los coeficientes para determinar el valor urbanístico (Disposición final 3.ª).

II. ACTIVIDAD URBANÍSTICA.

a) *Competencia urbanística.*—Se agrupan en cuatro categorías (planeamiento, régimen del suelo, ejecución y fomento e intervención) una serie de facultades concretas, que termina en una cláusula general comprendiendo cuantas otras fuesen congruentes con aquélla (arts. 2 y 3).

b) *Planeamiento.*—Comprende la actividad planificadora y los planes

(1) Desarrollados en forma escalonada: Plan nacional de urbanismo, Planes provinciales, comarcales y municipales; los dos últimos pueden ser generales o parciales; y éstos de reforma interior o de ensanche. Los proyectos de urbanización tendrán por finalidad llevar a la práctica los Planes parciales.

(2) Referidos a la ordenación de ciudades artísticas, protección del paisaje y de las vías de comunicación, mejora del medio urbano o rural y de los suburbios de las ciudades, saneamiento de poblaciones y otros análogos.

1) *Planificación.*

1') *Carácter.*—Deberán ser formuladas en el plazo que fijen las autoridades superiores competentes (arts. 29 y 30). Como consecuencia, las poblaciones podrán tener o no Plan de ordenación urbana (art. 58).

2') *Garantía.*—Una vez aprobados por las Corporaciones u Organismos que lo hubieran redactado se someterá a información pública durante un mes, teniéndose en cuenta su resultado para efectuar modificaciones y al resolver sobre su aprobación definitiva (art. 32).

3') *Efectos.*—Los mismos Organismos podrán acordar la suspensión de licencias de parcelación y edificación por plazo de un año, ampliable por otro, sin que quepan nuevas suspensiones en otros cinco años y con obligación de indemnizar a los solicitantes con anterioridad a la publicación de la suspensión en el *Boletín Oficial* el coste de los proyectos (art. 22).

Las personas privadas, autorizadas por el Ayuntamiento para la formación de Planes, podrán ejercer en fincas particulares las ocupaciones necesarias para su redacción con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa (3) (artículo 40).

2) *Planes.*—Una vez aprobados (4) tendrán vigencia indefinida, siendo revisados periódicamente (arts. 36 al 39).

1') *Caracteres.*—Serán públicos (5), inmediatamente ejecutivos y obligatorios para la Administración (6) y para los particulares (arts. 43, 44 y 45).

2') *Garantías.*—Los actos de aprobación definitiva de Planes de ordenación y proyectos de urbanización serán recurribles ante el Tribunal Provincial Contencioso-administrativo con jurisdicción en el territorio del planeamiento, y si afectase a más de una provincia, ante el Tribunal Supremo (artículo 225, 1).

3') *Efectos.*—Limitaciones de la propiedad y legitimación de expropiaciones (vide infra).

c) *Ordenación del suelo.*

1) *Calificación urbanística de los terrenos:* 1') En Municipios con Plan de ordenación se clasificará el suelo en: urbano (7), de reserva urbana y rústico (art. 62); 2) Si no hay Plan podrá ser o urbano o rústico (art. 65).

2) *Efectos.*

1') *Límites de la propiedad.*—(Vide infra).

2') *Indemnizaciones.*—La ordenación de los terrenos no conferirá dere-

(3) Artículo 108, 1, Ley Expr Forzosa 16 diciembre 1954. Vid. A. D. C., t. VIII, f. II, págs. 539 y sigs.

(4) Por el Consejo Nacional de Urbanismo si se tratare de Planes provinciales o comarcales; Comisión Central de Urbanismo, si de capitales de provincia o poblaciones de más de 50.000 habitantes, y Comisiones Provinciales, para los restantes casos y para los proyectos de urbanización.

(5) Cualquier persona podrá consultarlos en todo momento, pudiendo solicitar del Ayuntamiento informe escrito en plazo de un mes sobre el régimen urbanístico aplicable a una finca o sector (art. 43).

(6) Serán nulas las *reservas de dispensación* (art. 46, 1).

(7) Por su destino pueden ser: viales (calles y plazas); parques y jardines; de edificación pública y de edificación privada (art. 63, 2).

cho a los propietarios a exigir indemnización, excepto en ciertos supuestos, para el suelo rústico (8); pero en todo caso será procedente la reparcelación de terrenos para la justa distribución de beneficios y cargas entre los propietarios (art. 70).

3') *Enajenación*.—La enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos en virtud de la misma por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado, en el lugar y puesto del anterior propietario, en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones públicas respecto a la urbanización y edificación» (art. 71).

d) *Ejecución* (Tít. III).

a') *Modos*.—Atendiendo al aspecto principalmente técnico se regulan los sistemas de gestión. Desde el punto de vista jurídico se consideran las dos formas de gestión: pública y privada.

1) *Sistemas de actuación* (arts. 113 a 130).

1') *Sistema de cooperación*.—Los propietarios deberán ceder gratuitamente la superficie destinada a viales, parques y jardines públicos y contribuir económicamente a las obras de plazas y grandes avenidas proyectadas en proporción al valor de los solares resultantes de la parcelación, edificando éstos en los plazos que se fijen (art. 115).

2') *Sistema de expropiación*.—(Vida infra).

3') *Sistema de compensación*.—Es aquel en que los propietarios de terrenos se unen con fines de urbanización y, en su caso, de edificación, con solidaridad de beneficios y cargas bajo una gestión común, para lo que constituyen una Junta de compensación con personalidad propia y plena capacidad jurídica, fijando las bases de su derecho según el valor de los terrenos y demás aportaciones que realicen (art. 124).

4') *Sistema de cesión de terrenos viales*.—Los propietarios deberán ceder los terrenos viales y los destinados a parques y jardines, igual que el sistema de cooperación (art. 129, 1). Las obras de urbanización comportarán obligatoriamente la imposición de contribuciones especiales (art. 130, 1 y 3).

2) *Forma de gestión*.—Será independiente del sistema de actuación y del sujeto público o privado al que correspondiere sufragar los gastos (artículo 131, 2). «Podrá encomendarse a órganos de carácter público, a la iniciativa privada y a entidades mixtas» (art. 4.º 1). «La gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada, y la sustituirá cuando ésta no alcanzase a cumplir los objetivos necesarios» (art. 4.º 2).

1') *Gestión pública*.—Las obras de urbanización se efectuarán por Corporaciones oficiales o concesionarios subrogados en el ejercicio de sus facultades, pudiendo constituirse Asociaciones Administrativas de los propietarios afectados a iniciativa voluntaria o por imposición de los Ayuntamientos (arts. 131, 1 y 136, 1).

2') *Gestión privada*.—El Estado y las Entidades locales podrán utilizarla

(8) «por implicar meras limitaciones y deberes que definen el derecho de propiedad...», explica el artículo 70, 1), lo cual es propio de la exposición de motivos y resulta impropio de un texto vinculante.

mediante la constitución de Sociedades Anónimas o de Empresas de economía mixta (arts 137. 1 y 138).

b') *Medios.*

1) *Patrimonio municipal del suelo* (arts. 72 a 76).—«Tendrán por finalidad prevenir, encauzar y desarrollar, técnica y económicamente, la expansión de las poblaciones, y se adscribirá a la gestión urbanística para la inmediata preparación y edificación de solares edificables y reserva de terrenos de futura utilización (art. 72, 2). La adquisición de terrenos para reservas podrá hacerse por expropiación, y su enajenación estará supeditada a la conveniencia de edificarlos o al cumplimiento del Plan general (artículos 73, 2 y 75).

2) *Parcelaciones y reparcelaciones.*—(Vide infra).

3) *Expropiación forzosa.*

1') *Sujetos.*—Podrán ser beneficiarias las personas subrogadas en las facultades del Estado o Entes locales para la ejecución de planes u obras determinadas (9) (art. 52. 2).

2') *Objeto.*—Las superficies que hubieran de ser materialmente ocupadas y las que fuesen necesarias para asegurar el pleno valor y rendimiento de aquéllas (10). (art. 53. 1).

3') *Legitimación.*—La aprobación de los planes y proyectos y de los polígonos de expropiación implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a los fines de expropiación o imposición de servidumbres (11) (art. 52. 1).

4') *Valoraciones.*—Se efectuarán por el procedimiento señalado en la Ley de Expropiación Forzosa y con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley (12) (arts. 85 a 101).

5') *Pago.*—Podrá verificarse en efectivo o, de acuerdo con el propietario, por permuta con otras parcelas del beneficiario de la expropiación (13) (artículo 100).

6') *Supuestos especiales.*

1") *Constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres.*—Para la imposición de servidumbres se requiere que la indemnización que procediese abonar no exceda de la mitad de lo que se pagaría por la *expropiación absoluta* (14) y autorización de la Comisión Provincial de Urbanis-

(9) A.t. 2.º, 2 y 3. L. Expr. F.

(10) Artículo 15, L. Expr. F., que entiende incluidos "los que sean indispensables para previsible ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate". Como puede apreciarse en la presente Ley del Suelo aún es más amplia la fórmula empleada.

(11) Artículos 10 y 17. 2, L. Expr. F., y 143 y 280. 1. Texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 junio 1955.

(12) "Las valoraciones de terrenos se efectuarán teniendo en cuenta los diferentes valores inicial, expectante, urbanístico y comercial" (art. 85. 2).

(13) Artículo 48. 2, L. Expr. F.: "El pago se verificará precisamente en dinero..., si bien la persona o entidad expropiante y la expropiada podrán convenir otra forma... (de) pago".

(14) El artículo 146 de la Ley de Régimen Local exigía que las expropiaciones fueran siempre absolutas.

mo. Los actos administrativos que impongan estas tres formas de expropiación serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (art. 53).

Cuando estas expropiaciones viniesen motivadas por un Plan y recayesen sobre terrenos no edificables por sus propietarios, habrán de llevarse a efecto en el plazo de diez años desde la entrada en vigor del Plan. Si no se hiciese, el propietario podrá reclamar su cumplimiento a la Administración para que se efectúe en tres meses, y si no se llevase a cabo recobrará el libre ejercicio de sus facultades dominicales (art. 56).

2^o) *Expropiaciones decididas por los expropiados.*—Cuando para regularizar o formar manzanas o espacios libres conviniera suprimir algún patio, calle o plaza, se expropiarán las fincas con fachada o luces directas sobre aquéllas a solicitud de los propietarios (art. 53. 4).

3^o) *Expropiación de fachada.*—Podrá efectuarse en caso de que los propietarios de inmuebles no realicen las obras de adaptación requeridas por planes, normas o proyectos de carácter histórico o artístico (15) (art. 54).

7^o) *La expropiación como sistema de actuación urbanística* (artículos 113. 1, b, y 121 a 123).—Se somete al régimen de expropiación la totalidad de los terrenos, edificaciones, aprovechamientos o servicios existentes en uno o varios polígonos, pudiendo optar el expropiante por el sistema de tasación conjunta, según normas que se especifican en la Ley (16).

e) *Fomento.*

1) Cesión de terrenos del Patrimonio Municipal (arts. 152-156).

1^o) *Capacidad.*—Para las cesiones a título oneroso no se precisa autorización ministerial (17) (art. 153. 2).

2^o) *Fin.*—Edificación o destino, en general, a los fines previstos en el Plan (art. 152).

3^o) *Forma.*—Subasta, como regla general, admitiéndose la enajenación directa en los supuestos taxativos y con los requisitos que se expresan.

2) Cesión de derechos de superficie.

3) Medidas de índole tributaria.

1^o) *Directas.*—Cesión parcial de cuotas del Tesoro y total de arbitrios locales, con carácter temporal en favor de las personas u organismos que ejecutasen a su costa o sufragaren íntegra y anticipadamente una nueva urbanización. Estos beneficios son enajenables y gravables, pudiendo servir de garantía para la concesión de créditos para la urbanización (arts. 189 a 192.)

2^o) *Indirectas.*—Arbitrio no fiscal sobre edificación deficiente (artículos 162 a 164).

f) *Intervención.*

1) *Licencias.*—Se sujetan a licencia previa las parcelaciones y reparcelaciones, obras de nueva planta, modificación y demolición de primera utilización de los edificios y demás actos que señalasen los planes. La denegación habrá de ser motivada (arts. 165, 1 y 166, 2).

(15) Quizá la fórmula empleada padece de poca exacta a fuerza de expresiva.

(16) Vid. artículos 59 y sigs., L. Expr. F., en que se utiliza un procedimiento semejante.

(17) Artículo 189. 3. L. Rég. Local: "Se exceptúan de la aprobación del Ministerio las cesiones autorizadas por leyes especiales".

2) *Ordenes de ejecución o suspensión de obras.*

3) *Declaración de estado ruinoso y orden de demolición.*—Se hará la declaración en los siguientes casos: 1) Daño no reparable técnicamente por los medios normales; 2) Coste de reparación superior al 50 por 100; 3) Circunstancias urbanísticas que aconsejen la demolición del inmueble. Será previa la audiencia del propietario y de los moradores, salvo inminente peligro (art. 170).

III. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD.

a) *Disposición general.*—«Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos por esta Ley o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios» (art. 61).

b) *Limitaciones derivadas de la obligatoriedad de la observancia de los planes.*

a') *Situaciones fácticas anteriores al Plan y en desacuerdo con él.*—En los edificios e instalaciones calificadas como fuera de ordenación por su desconformidad con el Plan no se podrán efectuar obras, salvo pequeñas reparaciones y las parciales y circunstanciales de consolidación que en casos excepcionales se autoricen (art. 42. 1, 2, y 3). Si la desconformidad no impide la edificación en el mismo solar que ocupe el edificio calificado como fuera de ordenación, el propietario podrá demolerlo sometándose al Plan; se entenderá comprendido el caso en el artículo 78 de la L. A. U. o normas que lo sustituyan, sin que sea exigible el compromiso de edificar un tercera parte más de las viviendas cuando lo exigiese el Plan (art. 48. 4) (18).

b') *Situación jurídica posterior.*

1) El uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto. Si se descubrieren usos no previstos al aprobar los planes y fuesen de tanta importancia que alterasen el destino del suelo, se procederá a la revisión de aquéllos. 2) Las nuevas construcciones se ajustarán a la ordenación aprobada (art. 47. 1). 3) Podrán autorizarse usos u obras justificadas de carácter provisional. Las obras se demolerán cuando lo acuerde el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización. Las autorizaciones provisionales deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad constando las indicadas condiciones (artículo 47. 2).

c') *Enajenaciones*

1) Si se trata de terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacerse constar en el correspondiente título de enajenación.

2) Cuando se enajenen terrenos de urbanizaciones particulares constará la fecha de aprobación de la misma y cláusulas sobre disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.

3) En el caso de enajenación de terrenos en proceso de urbanización deberán consignarse los compromisos del propietario, cuyo cumplimiento esté pendiente.

(18) Hay que entender que en todo caso se respeta el compromiso mínimo de construir el mismo número de viviendas preexistentes en la finca, aunque se ajustara más al Plan rebajar este mínimo.

4) Los Ayuntamientos podrán crear un documento acreditativo de las circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas, denominado «Cédula urbanística de terreno o edificio». Será obligatoria su creación para fincas comprendidas en polígonos en que se aplique cualquiera de los sistemas de actuación previstos en esta Ley.

5) «La infracción de las disposiciones expresadas en los tres primeros números facultará al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año, a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado» (arts. 50 y 51).

c) *Limitaciones derivadas de la calificación de los terrenos.*

a') *Suelo urbano.*

1) No podrá ser edificado hasta que la respectiva parcela mereciere la calificación de solar. Pero podrán autorizarse construcciones destinadas a fines industriales o a la explotación del suelo cuando la seguridad y salubridad queden suficientemente atendidas y el propietario asumiera las obligaciones del régimen de cooperación, mediante inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 67. 1 y 2).

2) Obligaciones de los propietarios:

1) Ceder terrenos viales y de parques y jardines y costear la urbanización en la proporción que se establezca al regular los sistemas de ejecución de los planes.

2) Edificar los solares (19) bajo la sanción de expropiación, dentro del plazo fijado en el Plan, proyecto, programa o acuerdo de declaración de interés inmediato de urbanización y edificación del polígono o manzana (artículos 67, 3, b, y 142, 1). Si el plazo no estuviere determinado será: de dos años desde que el polígono o manzana merezca la calificación de casco si el propietario de la parcela hubiere cedido los terrenos viales y de parques y jardines en la proporción, como mínimo, señalada para el sistema de cooperación. De tres años, en los demás casos, contados desde la recepción provisional de las obras fundamentales de urbanización (art. 142. 2). Estos plazos serán prorrogables: por un año mediando acuerdo del Ayuntamiento; por dos años en virtud de resolución motivada de la Comisión Provincial de Urbanismo; por más tiempo, por acuerdo de la Comisión Central de Urbanismo, fundado en el exceso de solares edificables. Las Corporaciones públicas y las Empresas industriales podrán retener solares sin edificar por plazos superiores para ampliaciones o futuras necesidades justificadas. Los plazos no se alterarán aunque durante su transcurso se efectuasen transmisiones de dominio (art. 143).

b') *Suelo de reserva urbana.*—No se podrán realizar obras ni instalaciones ni destinar los terrenos a usos o aprovechamientos distintos de los que determine el Plan (art. 68).

c') *Suelo rústico* (sólo se ocupa esta Ley de las limitaciones urbanísticas):

1) Los terrenos que, según el Plan, deban ser objeto de conservación y

(19) A estos efectos, se considerarán solares las fincas en que existieren construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas al lugar en que radiquen.

defensa no podrán ser dedicados a utilizaciones que implicasen transformación de su destino agrícola o forestal.

2) El límite máximo de edificación será de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados. Se exceptúan los casos de construcciones destinadas a explotaciones agrícolas, silos o viviendas obligatorias en fincas mejorables, según las normas o los planes del Ministerio de Agricultura. También podrán permitirse mayores volúmenes de edificación en los casos de construcciones o instalaciones necesariamente vinculadas a determinados terrenos; las que desarrollen un fin nacional, social, asistencial, educativo, sanitario o turístico que exija emplazarles en el medio rural, y la edificación singular de viviendas unifamiliar en lugares alejados de los centros urbanos, en los que no exista peligro de formación de un núcleo de población.

3) Los tipos de construcciones habrán de ser adecuados a su condición aislada, y quedarán prohibidas las edificaciones características de las zonas urbanas y, especialmente, los bloques de pisos con paredes medianeras al descubierto.

4) No podrán efectuarse fraccionamientos que rompan la unidad de cultivo señalada en los planes.

5) Los propietarios deberán llevar a cabo los aprovechamientos de acuerdo con las disposiciones del Ministerio de Agricultura (art. 69).

d) *Limitaciones a la facultad de disponer*: Ventas forzosas con carácter sancionador.

a') *Presupuestos*.—1) Incumplimiento de la obligación de edificar y continuar las obras a ritmo normal de solares y asimilados, dentro de los plazos legales; 2) Inclusión en el Registro Municipal de Solares.

b') *La situación de venta forzosa*.—1) Cualquier persona podrá adquirir un solar o finca incluido en el Registro, solicitando del Ayuntamiento que lo expropie y se lo adjudique mediante el previo depósito de justiprecio, calculado según valoración legal. 2) El Ayuntamiento podrá expropiarlos de oficio para edificar. Transcurridos años sin que se presente adquirente se sacará el inmueble a pública subasta al tipo de la citada valoración. El exceso que sobre él se obtenga será para el propietario expropiado. Se prevé segunda subasta con rebaja de tipo y posibilidad de adjudicación al expropiante. En último término se vuelve a la situación indefinida de venta forzosa. 3) El propietario primitivo tiene oportunidad de evitar la venta forzosa y la subasta mediante la venta voluntaria o el ofrecimiento al público de venta del inmueble (arts. 144 a 148).

c') *Efectos*.—1) En cualquier caso se adquiere con las obligaciones propias de cada inmueble en el orden urbanístico. 2) Derechos reales: no se extinguirán sino por incompatibles con la finalidad de la expropiación y el adquirente manifiesta que opta por su continuación. 3) Derechos personales: se extinguirán definitivamente indemnizándose como máximo en la cuantía de la L. A. U. (arts. 146. 1 y 4, y 149. 1 y 2).

e) *Otras limitaciones*.

a') Las construcciones de toda clase en terrenos urbanos y rústicos habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente estético de la localidad (artículo 60).

b') *Carreteras*.—No podrá construirse en lugar próximo a carreteras de nuevo trazado u objeto de variante sin construir las calzadas laterales a que se refiere la Ley de 7 de abril de 1952.

En las urbanizaciones laterales a carreteras ya existentes y en las construcciones con puente a las mismas, se construirán las expresadas calzadas o se reservará el espacio libre equivalente en los primeros 500 metros a partir del casco de las poblaciones, a partir de los cuales las construcciones adyacentes se emplazarán a ocho metros, como mínimo, del borde exterior de la sección tipo de carretera, definido en la citada Ley (art. 59).

IV. PARCELACIONES Y REPARCELACIONES (arts. 77 a 84).

a) *Conceptos legales*.

1) Parcelación urbanística es la «división de terrenos en dos o más lotes, cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situado en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma» (art. 77. 1).

2) Reparcelación es «la nueva división de terreno parcelado» que podrá imponerse para regularizar la configuración de las parcelas y distribuir justamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación (artículo 77. 2).

b) *Objeto: unidades parcelables*.—Podrán serlo: 1) toda la superficie afectada por el Plan parcial; 2) la agrupación de polígonos; 3) cada uno de los polígonos; 4) las manzanas aisladas (art. 80, 3).

c) *Requisitos*.

1) Que exista aprobado un Plan parcial de ordenación (art. 79, 1).

2) Que se conceda licencia o bien se imponga la parcelación que se considere conveniente (arts. 79. 2 y 80. 4 y 5).

d) *Limites*.

1) *La unidad mínima*.—Serán indivisibles aquellas parcelas cuya división diere lugar a unidades independientes inferiores a la fijada como de extensión mínima, permitiéndose la obtención de lotes menores al límite si se agrupan simultáneamente formando fincas nuevas. También serán indivisibles las parcelas edificables en proporción a su área cuando se construyese el volumen correspondiente a toda la superficie o si, en proporción menor, el exceso que no cumplierse las condiciones expuestas antes (art. 78. 1).

2) Podrá exigirse la reparcelación:

1') Cuando «en virtud del planeamiento resultaren terrenos de un propietario destinado a viales, jardines, zonas verdes o no susceptibles (20) de edificación privada, en proporción de más de un sexto con la superficie que le perteneciere respecto a la de los otros y a la total del polígono o manzana...» (art. 81. 1).

2') Cuando, por no distribuirse el volumen edificable según la superficie de las parcelas y la anchura de las vías a que dieran frente, se concentrare en algunas de aquéllas con perjuicio de más de un sexto para algún propietario (art. 81. 2).

(20) En la Ley dice "susceptibles", y no aparece corregida la errata en el "B. O." del 5 de junio.

e) *Directrices de la parcelación:*

1) Equiparar las circunstancias urbanísticas de las antiguas y nuevas parcelas;

2) Considerar las preferencias de los propietarios en orden a la forma de edificación de sus parcelas;

3) Regular las superficies para uso común, y

4) «Atribuir a los propietarios si hubiere de reducirse el número de parcelas, concentrando dos a más en una, un régimen de comunidad con arreglo al Derecho civil...» (art. 82).

f) *Efectos.*

1) «La aprobación de la reparcelación producirá efecto expropiatorio de las parcelas antiguas mediante simultánea adjudicación de las nuevas»; pero si algún propietario no se conformase con el resultado podrá renunciar en el plazo de un mes a la parcela nueva que se le adjudicase, exigiendo que se le expropie por el valor de su antigua propiedad (arts. 82. 1 y 83).

2) *Cargas reales.*—Su compatibilidad o no con la nueva situación de las fincas se declarará a instancia de parte por el Juzgado de 1.ª Instancia, por los trámites de incidentes y sin admitirse apelación. Caso de declararse la incompatibilidad se transformarán en derechos de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva en la cuantía en que la carga fuera justipreciada por la misma declaración. (art. 82. 4).

3) *Gastos.*—A cargo de los propietarios en proporción al valor de las fincas resultantes (art. 84. 1).

g) *Relaciones con los Notarios y con el Registro.*

1) Los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de «indivisible» cuando resulten serlo según lo expuesto antes (art. 78. 2) (21).

2) Las licencias de edificación para parcelas edificables en proporción a su superficie se harán constar en la inscripción (art. 78. 3).

3) Para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos se exigirá que se acredite la licencia correspondiente (art. 79. 3).

4) Mediante presentación del acta de reparcelación en el Registro se extenderá asiento en cada una de las fincas anteriores, haciendo constar que queda modificada la propiedad inscrita en los términos resultantes de la nueva, en la que subsistirán las condiciones y modalidades de titularidad y demás cargas que existiesen sobre el anterior inmueble del mismo propietario. El Registrador hará constar si alguna carga resultase incompatible con la nueva situación de la finca (art. 82. 3 y 4).

h) *Garantías.*

1) *Vía administrativa.*—Recurso de alzada ante la Comisión Central de Urbanismo, que deberá resolver en plazo de cuatro meses, sin ulterior recurso. Podrá interponerlo el propietario que alegue lesión en más de un sexto. La interposición tiene efectos suspensivos (art. 81. 4).

2) *Vía contencioso-administrativa.*—No se admite para obtener la nuli-

(21) Artículo 2.º. D. 22 septiembre 1955, Vid. A. D. C., t. VIII, f. IV, páginas 1297 y sigs.

dad o revocación del acto de reparcelación; pero si, agotada la vía administrativa, para que se declare si existe lesión en más de un sexto y, en su caso, la responsabilidad de los Organismos, Corporaciones o funcionarios (artículo 226. 1).

V. DERECHO DE SUPERFICIE:

a) Régimen jurídico: 1.º Los artículos 157 al 161 de la presente Ley; 2.º Título constitutivo, y 3.º Normas del Derecho privado (art. 157. 3).

b) Función: Construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación (art. 157. 1).

c) Elementos personales: Concedente y superficiario. Podrán ceder derechos de superficie el Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares (artículo 157. 1).

d) Elementos reales: «Cuando se constituya a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez» (art. 158. 3).

e) Elementos formales:

1) En todo caso deberá formalizarse la concesión del derecho de superficie en escritura pública y, como *requisito constitutivo de su eficacia*, se inscribirá en el Registro de la Propiedad (art. 158. 2).

2) La concesión por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, según lo que dispone esta Ley sobre cesión de terrenos por las mismas entidades (art. 158. 1).

f) Duración: La que se hubiera determinado en el acto de constitución; pero no podrá exceder de cincuenta años cuando fueran concedentes el Estado o las demás personas públicas (art. 161. 1).

g) Contenido:

1) Facultades del superficiario.—El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieran fijado al concederlo (art. 157. 2). Pero, en tanto que no hubiera edificado el superficiario en la mitad, por lo menos de lo convenido, no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario (artículo 159. 3).

En toda enajenación onerosa efectuada por el propietario del terreno, el superficiario ostentará derecho de tanteo y, a falta de preaviso formal y expreso, de retracto, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1.637 y siguientes del Código civil (art. 160. 2).

2) Obligación del superficiario.—Deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado sin que aquél pueda exceder de cinco años, en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas (art. 159. 1).

3) Derecho del concedente.—En toda enajenación onerosa de los derechos del superficiario ostentará los derechos de tanteo y retracto en los mismos términos expuestos antes (art. 160. 1).

h) Extinción. Sus causas y efectos:

1) No cumplir la obligación de edificar. Producirá siempre la extinción y el dueño del suelo no está obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora (art. 159. 2).

2) Transcurso del plazo (art. 161. 1). El dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, indemnizará al superficiario el valor de la construcción en el momento de la transmisión. La extinción del derecho de superficie provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario. Pero si éstos fueren de garantía, la indemnización a que el superficiario tuviere derecho quedará subrogada en la responsabilidad (artículo 161. 2 y 3).

3) Consolidación en una misma persona de los derechos de propiedad del suelo y los de superficiario por causa distinta del transcurso del plazo.— Los derechos reales que recayeran sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente (art. 161. 4).

VI. RÉGIMEN JURÍDICO:

a) Responsabilidad civil:

1) «Cualquier persona que por violación de la presente Ley o de los Planes de ordenación sufriese daño o perjuicio, podrá exigir del infractor el resarcimiento e indemnización» (art. 213. 1).

2) «El petionario de licencia, el propietario, el empresario de las obras y el técnico director de las mismas serán solidariamente responsables de las infracciones que se cometieren por ejecutarlas sin aquella o con inobservancia de sus cláusulas legítimas (art. 214. 1)

b) Garantías jurisdiccionales:

1) Disposición general: Los acuerdos de la Administración serán impugnables, salvo que no se permita recurso en ciertos supuestos, ante la jurisdicción competente «según la naturaleza del derecho que se considerase infringido» (art. 225. 2).

2) Jurisdicción contencioso - administrativa (materia administrativa): «Tendrán carácter jurídico-administrativo todas las cuestiones que se suscitasen con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la presente Ley entre la Comisión de Urbanismo o las Corporaciones locales, y los propietarios individuales o asociados o Empresas urbanizadoras, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar» (artículo 222).

3) Jurisdicción ordinaria (materia civil)— Los propietarios y titulares de Derechos reales podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren los estatutos respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos, que estuviesen directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas (art. 224).

3) Ejercicio de acciones.— La acción para exigir ante los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de esta Ley y de los Planes será pública (art. 223).

4) Efectos del ejercicio de acciones. Si se solicitare la suspensión de obras de urbanización por alguna de las partes, se pasará testimonio a la Comisión Provincial para que acuerde o deniegue la suspensión en plazo de quince días, exigiendo el Tribunal caución suficiente para cubrir los daños y perjuicios que de la suspensión o de la ejecución pudieran irrogarse (artículo 227).

5) Efectos de la sentencia.—Cuando en ella se disponga el desistimiento de la construcción o la destrucción de alguna obra de urbanización, se comunicará por el Juzgado o Tribunal ejecutor a la Comisión Provincial, que en el plazo de dos meses notificará al órgano jurisdiccional si hay que continuar o conservar la obra por motivo de interés público. Si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución. Cuando se disponga la continuación o conservación de la obra contra lo dispuesto en la sentencia, el órgano jurisdiccional fijará la indemnización abonable al perjudicado, siguiendo las normas de la L. E. C. o de la Ley de lo Contencioso-administrativo, según que hubiere pronunciado el fallo la jurisdicción ordinaria o la Contencioso-administrativa (art. 228).

B. OBSERVACIONES. 1. Hay que destacar la oportunidad de esta Ley, que responde a la necesidad de conformar y solucionar jurídicamente fenómenos y problemas de carácter universal. Sin duda, la urgencia de una adecuada política del suelo, así como la exigencia de una intensa actividad urbanística, cuidadosamente planificada y dotada de medios flexibles de ejecución, está determinada, fundamentalmente, por el hecho de las grandes concentraciones metropolitanas. Se trata de una realidad general que se observa en todos los países. Por tal razón y muy recientemente está empezando a ser objeto de gran atención, tanto por parte de la doctrina como por parte del legislador. En el primer aspecto y como muestra de carácter internacional, cabe señalar que este ha sido uno de los temas del I Congreso Iberoamericano de Municipios de 1955 (22); como dato nacional, el ciclo de conferencias pronunciadas por el señor Jordana de Pozas en el Instituto de Estudios Políticos, durante el curso 1955-1956. En el aspecto legislativo puede decirse que la generalidad de los países se han visto precisados a dictar normas reguladoras del fenómeno, las cuales han sido tenidas en cuenta por la confección de nuestro «Código del suelo y ordenación urbana», que es el título que mejor cuadra a esta Ley completa y orgánica. En este sentido es de destacar el carácter previsor y de generalidad con que están concebidos sus preceptos. Superando la idea de dictar cartas particulares para cada concentración urbana, se pretende abarcar el fenómeno en su aspecto genérico y progresivo abstrayendo de los casos concretos cuanto quepa generalizar. Sin embargo, se monta el sistema sobre la idea de planes urbanísticos escalonados y concretos que consideren minuciosamente cada caso particular.

2. Siendo una Ley de tan altos vuelos y vasto ámbito material de aplicación, viene a coronar una serie de disposiciones aisladas e inorgánicas entre sí y se relaciona y utiliza el instrumental jurídico proporcionado por las más modernas leyes de nuestro ordenamiento. Al primer grupo corresponden, con carácter genérico, las disposiciones de la Ley de Régimen Local (texto refundido de 24 junio 1955), las leyes de 26 julio 1892 de Ensanche y Extensión y de 18 marzo 1895, de Saneamiento y Mejora interior, la Ley de Solares de 15 mayo 1945 y otros preceptos complementarios; con carácter

(22) En la Ponencia presentada por el Sr. Jordana de Pozas se pone de manifiesto la vinculación entre la política del suelo y el urbanismo, diciendo que **aquella ocupa un lugar predominante y, en cierto modo, previo dentro de éste.** La presente Ley aborda, debidamente coordinados, ambos problemas.

concreto y particular, las disposiciones dictadas para el Gran Madrid, Gran Barcelona, Gran Valencia y Gran Bilbao. En el segundo grupo cabe destacar la Ley de Expropiación forzosa de 16 diciembre de 1954, la de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 julio 1954, texto refundido de Concentración Parcelaria de 10 agosto 1955, texto refundido de lo contencioso-administrativo de 8 febrero 1952, y otros.

3. Pero, sobre todo, interesa al civilista cuanto se refiere a materias propias del Derecho privado. En este sentido es preciso resaltar el carácter mixto de la Ley que regula cuestiones de Derecho público junto a aspectos eminentemente privados. En el primer sentido todo lo relativo a organización y acción administrativa, planificación y ejecución urbanística, potestad expropiatoria, patrimonios del suelo y aspecto fiscal de estos problemas. Son, en cambio, cuestiones que interesan al Derecho civil las relativas a la ordenación y régimen ordinario del suelo, limitaciones del dominio, ventas forzosas y regulación del Derecho de superficie entre otras. Los últimos preceptos se destinan a regular las garantías administrativas y jurisdiccionales.

4. En términos generales cabe elogiar la técnica depurada con que el legislador se expresa en la mayoría de los casos, especialmente cuando se utilizan términos de Derecho administrativo. Por el contrario, es criticable el conjunto confuso que «prima facie» se presenta al intérprete y parece un tanto arbitraria la sistemática adoptada.

5. Los planes y proyectos se sitúan a la base de toda actuación ulterior y conforme a ellos se hace la calificación de los terrenos, derivándose distintos tipos de limitaciones según su situación y destino. Interesa por ello asegurar al particular entre posibles arbitrariedades. De aquí que se abra un fenómeno de información pública durante su formación y se declaren recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los actos de aprobación definitiva. Sorprende no encontrar ningún precepto alusivo a la formación del Plan nacional de urbanismo.

6. Se concibe la ordenación del suelo como formando parte de la actividad urbanística y suponiendo, en definitiva, frente a intervenciones de tipo concreto, la manera más general y abstracta de intervención urbanística.

7. Se regula de modo flexible y francamente progresivo todo lo relativo a la ejecución de los planes, permitiendo en todos los casos la utilización de formas de gestión públicas o privadas, según convenga.

8. En materia de expropiación forzosa se regulan supuestos no desarrollado en la Ley especial sobre la materia, como lo relativo a imposición, modificación o extinción de servidumbres e incluso situaciones no previstas por ella, como la expropiación imprevista por el expropiado.

9. También es nueva la posibilidad de ceder, como medida de fomento, impuestos del Estado y arbitrios de las Entidades locales, incluso a favor de particulares cuando sean éstos quienes ejecuten o sufragan las obras de urbanización.

10. Considerando que las obligaciones establecidas en la Ley o en los planes o convenidas por los propietarios en el orden urbanístico, tienen carácter de «propter rem», es preciso estructurar un sistema amplio y eficaz de publicidad que asegure, sin dificultad, el tráfico jurídico. La «cédula urbanística» y la publicidad formal de la situación oficial de las fincas son instrumentos que quizá palién el defecto de una publicidad sustantiva. No parece tener duda que el plazo de un año para resolver contratos en que no conste la situación urbanística del inmueble enajenado, no alcance a la acción de resarcimiento de daños, que tendrá el normal de quince años de los personales, según el artículo 1.964 del Código civil.

11. La prohibición de edificar hasta tanto que el terreno adquiera la condición de solar, unida a los requisitos que se exigen para tal condición, determina que en la mayor parte de los casos se retarde caprichosamente la construcción oportuna y adecuada contra la finalidad genérica de la Ley de fomentar la edificación.

12. Las ventas forzosas tienen naturaleza jurídica de expropiaciones directamente aludidas en el artículo 1.º de la Ley de Expropiación.

13. Las parcelaciones y reparcelaciones son medios audazmente desarrollados para remover todo obstáculo a la realización de los planes, al mismo tiempo que se deja a salvo la integridad patrimonial de los particulares afectados. En algunos aspectos tienen evidentes puntos de contacto y se han tenido en cuenta las técnicas de la concentración parcelaria.

14. Otro de los extremos más interesantes de esta Ley es el relativo a la concepción de derechos de superficie. Se han tenido en cuenta las soluciones adoptadas por el Derecho alemán (23). La aplicación del derecho de superficie como eficaz medida de política jurídica con fines urbanísticos había sido puesta de manifiesto por Wolff y divulgada su opinión, entre otros, por Castán (24). Se destacaba la importancia de esta fórmula para resolver el problema de la vivienda, poner solares a precios asequibles en manos de los constructores y evitar todo género de especulaciones y de injustas apropiaciones de plusvalías, mediante concesiones a término y no a perpetuidad.

Así, ha parecido oportuno hacer aplicación en nuestro Derecho de una institución tan beneficiosa.

Es precisamente la función de favorecer la construcción en condiciones justas lo que vigoriza y da sustantividad al derecho de superficie. Su naturaleza real y libremente enajenable le distingue del arrendamiento (25).

Interesa destacar la disposición contenida en el artículo 161. 4, que permite la subsistencia de los derechos reales limitados a una porción del dominio disgregado de la superficie, aun después de haberse consolidado. El problema es el mismo que el contenido en el artículo 107, 1. L. H., cuando el usufructo se consolida por voluntad del usufructuario.

15. La responsabilidad se trata con criterio progresivo sin atender al criterio subjetivo de la culpa, bastando el daño ilegítimo y la imputación al infractor de la Ley o de los planes.

16. La reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los actos y convenios regulados en la presente Ley entre la Administración y los particulares quizá sea excesivamente amplia. (J. A.)

2. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN INTERÉS DE LA RIQUEZA FORESTAL: *Se imponen determinadas obligaciones para el tratamiento de plagas a los dueños de fincas forestales de considerable extensión.*

MEJORAS OBLIGATORIAS: *Tendrán este carácter, a los efectos de la L.A.R., los gastos de extinción de plagas en fincas arrendadas.* (Ley de 12 mayo 1956: B. O. del 13.)

Tiene esta Ley su precedente en la de 20 de diciembre de 1952 que impuso a los dueños de predios afectados por plagas la obligación de costear el importe de los jornales e insecticidas utilizados para combatirlas. Ahora se amplía esta obligación, facultándose al Ministro de Agricultura para exigir de los propietarios —tratándose de fincas de 50 hectáreas como mínimo— la realización completa del tratamiento adecuado o costearlo en su totalidad si incumpliesen la anterior obligación. Igualmente podrá imponer el Mi-

(23) Reglamento sobre el derecho de superficie de 15 enero 1919, confirmado por una Ley transitoria de 4 marzo 1919, que ha regulado esta institución con todo detalle, derogando sin efecto retroactivo los §§ 1.012 a 1.017 del B. G. B.

(24) WOLFF: "Tratado de Derecho Civil", t. III: "Derecho de cosas", II, traduc. Pérez y Alguer, 2.ª ed. Barcelona, 1951, págs. 1 y sigs.

CASTÁN: "Derecho Civil", t. II, 8.ª ed., pág. 676.

(25) El artículo 149. 1 habla de "definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales", prejuzgando el carácter personal del arriendo.

nistro, siempre que la extensión de la finca rebase de 500 hectáreas, la obligación de poseer útiles o aperos adecuados para el combate de las plagas (arts. 1.º y 2.º).

Los gastos de extinción de plagas en fincas arrendadas se realizarán a costa del dueño y tendrán la consideración de mejoras obligatorias a los efectos de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (artículo 3.º).

3. PROPIEDAD INDUSTRIAL: *Convenio de Unión de París del 20 de marzo de 1883 para la protección de la propiedad industrial; revisado en Bruselas 1900; Washington, 1911; La Haya, 1925; Londres, 1934; España se adhirió el 20 de diciembre de 1955, (B. O. del 23 abril 1956.)*

I. RÉGIMEN JURÍDICO Y ÁMBITO

1. Han ratificado o se han adherido a la revisión de Londres 39 países. La adhesión de España surtirá efecto a partir del 2 de marzo de 1956. Se admitirá la adhesión de los países que no hayan participado, cuando lo soliciten (art. 16. 1).

2. Los países a que se aplique el presente Convenio constituirán una Unión para la protección de la Propiedad Industrial (art. 1. 1).

3. La Oficina Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial establecida en Berna, queda sometida a la alta autoridad del Gobierno de la Confederación Helvética (art. 13. 1).

4. El Convenio permanecerá en vigor durante un tiempo indeterminado hasta que expire un plazo de un año después del día de la denuncia (artículo 17 bis, 1). El Convenio se someterá a revisiones periódicas con el objeto de introducir en él modificaciones destinadas a perfeccionar el sistema de la Unión (art. 14, 1).

5. La presente Acta se ratificará y los instrumentos de ratificación se depositarán en Londres hasta el día 1 de julio de 1938 y entrarán en vigor en los países a nombre de los cuales hubiere sido ratificado un mes después de dicha fecha. La presente Acta sustituirá en las relaciones entre los países en que se aplique el Convenio de Unión de París de 1883 y las Actas de revisión subsiguientes. En los países en que no se aplique la presente Acta, pero sí el Convenio de Unión de París, revisado en La Haya en 1925, permanecerá en vigor este último. En los países en que no se aplique ni la presente Acta ni el Convenio de Unión de París revisado en La Haya, seguirá en vigor el Convenio de Unión de París revisado en Washington en 1911 (art. 18).

II. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Objeto.—La protección de la propiedad industrial tendrá por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, el nombre comercial y las indicaciones de procedencia o de apelativos de origen, así como la represión de la competencia desleal. La propiedad industrial se entenderá en su más amplia acepción y se aplicará no solamente a la industria y al comercio, propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales (art. 1.º, 2 y 3).

2. *Asimilación de nacionales y extranjeros.*—Los súbditos de cada uno

de los países de la Unión gozarán en los demás países de todas las ventajas que las leyes respectivas concedían actualmente o en lo sucesivo a sus nacionales, sin que sea necesaria ninguna condición de domicilio o de establecimiento en el país en que se reclame la protección (art. 2.º). Se asimilan a los súbditos de la Unión los de los países que sin formar parte de la misma estén domiciliados o tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y serios en el territorio de alguno de los países de la Unión (artículo 4.º). Los países de la Unión se comprometen a garantizar a los súbditos de los demás países de la Unión recursos legales adecuados para reprimir eficazmente la competencia ilícita (art. 10 ter).

3. *Derecho de prioridad.*—El que hiciere en forma regular el depósito de una solicitud de patente de invención de un modelo de utilidad, de un dibujo o modelo industrial, de una marca de fábrica o de comercio, en cada uno de los países de la Unión o su causahabiente, gozarán de un derecho de prioridad durante los plazos determinados más adelante para efectuar el depósito en los demás países (art. 4.º, ap. 1). El que quiera hacer valer la prioridad de un depósito anterior debe hacer una declaración en que indique la fecha y el país de dicho depósito (art. 4.º, D, 1).

4. *Caducidad de patentes y modelos industriales.*—La introducción de objetos fabricados en cualquiera de los países de la Unión por el titular de la patente en el país en que ésta se haya expedido, no implicará la caducidad de la patente. No obstante, cada país podrá adoptar las medidas necesarias para evitar los abusos resultantes del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, como en caso de falta de explotación. Estas medidas no podrán prever la caducidad de la patente a no ser que la concesión de licencias obligatorias no baste para evitar estos abusos. La protección de dibujos y modelos industriales no podrá incurrir en caducidad por falta de explotación o por introducción de objetos similares a los protegidos (art. 5.º).

5. *Protección del nombre comercial.*—Se protegerá en todos los países de la Unión sin obligación de depósito ni de registro forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio (art. 8.º).

6. *Competencia ilícita.*—Todo producto que lleve ilícitamente una marca de fábrica o de comercio o un nombre comercial será decomisado al importarse en los países de la Unión donde dicha marca o nombre comercial tuviere derecho a la protección legal. Será también decomisado en los países donde se hubiere aplicado la marca ilícita o en el país donde hubiere sido importado el producto (art. 9.º). Los países de la Unión quedan obligados a asegurar a los súbditos de la misma una protección efectiva contra la competencia desleal. Es acto de competencia desleal cualquier acto de competencia contrario a las costumbres de probidad en materia industrial o comercial (art. 10 bis).

4. PROPIEDAD INDUSTRIAL: REGISTRO INTERNACIONAL: *Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891 referente al Reglamento Internacional de Marcas de Fábrica o de Comercio (Revisado en Bruselas, 1900; Washington, 1911; La Haya, 1925; Londres, 1934; España se adhirió el 20 de diciembre de 1955. (B. O. del 23 abril 1956.)*

I. RÉGIMEN JURÍDICO Y ÁMBITO.

1. Suscriben el presente Arreglo quince países. La adhesión de España surtirá efecto a partir del 2 de marzo de 1956. Los países de la Unión para la protección de la propiedad industrial que no hubieran tomado parte en este Arreglo podrán adherirse en la forma prescrita en el artículo 16 del Convenio general (art. 11, 1).

2. En caso de denuncia del presente Arreglo, servirá de norma el artículo 17 bis del Convenio general (art. 11 bis).

3. Las Administraciones determinarán de común acuerdo los detalles referentes a la ejecución del presente Arreglo (art. 10).

4. El presente Arreglo se ratificará y las ratificaciones se depositarán en Londres hasta el 1 de julio de 1938. Entrará en vigor en los países que lo ratifiquen un mes después de esta fecha y tendrá la misma fuerza y duración que el Convenio general. Esta Acta sustituirá en las relaciones entre los países que la hubieran ratificado al Arreglo de Madrid de 1891, revisado en La Haya en 1925. Pero este Arreglo seguirá en vigor en las relaciones con los países que no hubieren ratificado la presente Acta. Con los países que no hayan ratificado todavía el Acta de La Haya seguirá en vigor el Arreglo revisado en Wáshington en 1911 (art. 12).

II. PROTECCIÓN DE MARCAS DE FÁBRICA O DE COMERCIO.

1. *Asimilación de nacionales y extranjeros.*—Los súbditos de cada uno de los países contratantes pueden obtener la protección en los demás, de sus marcas de fábrica o de comercio registradas en el país de origen mediante el depósito de dichas marcas en la Oficina Internacional de Berna (art. 1). Se asimilan a los súbditos de los países contratantes los de los países que no se hayan adherido al Arreglo si han cumplido las condiciones del artículo 3.º del Convenio general (art. 2.º).

2. *Registro.*—Toda solicitud de registro internacional deberá presentarse en el formulario prescrito por el Reglamento de ejecución, y la Administración del país de origen de la marca certificará que las indicaciones que figuren en dichas solicitudes corresponden a las del registro nacional (art. 3.º, 1). La Administración del país de origen notificarán a la Oficina Internacional las anulaciones, cancelaciones, renunciaciones, transmisiones y otros cambios introducidos en la inscripción de la marca en el Registro nacional si tales cambios afectan también al Registro internacional. La Oficina inscribirá tales cambios en el Registro Internacional (art. 9.º, 1 y 2).

3. *Derecho de prioridad.*—Toda marca que haya sido objeto de un registro internacional gozará del derecho de prioridad establecido por el artículo 4.º del Convenio general (art. 4.º, 2).

4. *Duración.*—La protección resultante del registro en la Oficina Internacional durará veinte años a partir de dicho registro (art. 6.º). El registro podrá renovarse siempre de acuerdo con las prescripciones de los artículos 1 y 3, por un nuevo período de veinte años (art. 7, 1).

5. PROPIEDAD INDUSTRIAL: INDICACIÓN DE PROCEDENCIA: *Arreglo de Madrid del 14 de abril de 1891 referente a la represión de las indicaciones*

alsas de procedencia en las mercancías (revisado en Wáshington, 1911; La Haya, 1925; Londres, 1934; España se adhirió el 20 de diciembre de 1955. (B. O. del 23 abril 1956.)

1. Suscriben este Arreglo veinte países. La adhesión de España surtirá efecto a partir del 2 de marzo de 1956. Los países de la Unión para la protección de la propiedad industrial que no hubieren tomado parte en el presente Arreglo podrán adherirse en la forma prescrita en el artículo 16 del Convenio general (art. 5, 1).

2. La presente Acta se ratificará y los instrumentos de ratificación se depositarán en Londres hasta el 1 de julio de 1938 y entrará en vigor en los países a nombre de los cuales hubiere sido ratificado un mes después de dicha firma. La presente Acta sustituirá en las relaciones entre los países a los que se aplicare al Arreglo de Madrid de 1891 y las Actas de revisión subsiguientes. En los países a que no se aplica la presente Acta, pero sí el Arreglo de Madrid, revisado en La Haya en 1925, seguirá en vigor este último. En los países en que no se aplicare ni la presente Acta ni el Arreglo de Madrid revisado en La Haya seguirá en vigor el Arreglo de Madrid, revisado en Wáshington en 1911.

3. Todo producto que lleve una falsa indicación por la cual uno de los países a que se aplicare el presente Arreglo o un lugar situado en uno de ellos se indicare directa o indirectamente como país de origen, se decomisará cuando se importe a cada uno de dichos países. El comiso se efectuará igualmente en el país donde se hubiere aplicado la falsa indicación de procedencia o en aquel donde se hubiere introducido el producto provisto de dicha indicación falsa. Si la legislación de un país no admite el comiso en la importación se sustituirá este comiso por la prohibición de importación. Si la legislación de un país no admite el comiso en la importación ni la prohibición de importación, ni el comiso en el interior, en espera de que la mencionada legislación se modifique consecuentemente, dichas medidas se sustituirán por las acciones y procedimientos que la Ley de dicho país concediere en casos semejantes a sus nacionales. A falta de sanciones especiales que aseguren la represión de las falsas indicaciones de procedencia, se aplicarán las sanciones previstas por las disposiciones correspondientes de las leyes sobre las marcas o los nombres comerciales (art. 1).

6. PROPIEDAD INDUSTRIAL: DIBUJOS O MODELOS INDUSTRIALES: REGISTRO INTERNACIONAL: *Arreglo de La Haya de 6 de noviembre de 1925 sobre el depósito internacional de dibujos o modelos industriales. (Revisado en Londres el 2 de junio de 1934; España se adhirió el 20 de diciembre de 1955.) (B. O. del 23 abril 1956.)*

I. RÉGIMEN JURÍDICO Y ÁMBITO.

1. Suscriben el presente Arreglo quince países. La adhesión de España surtirá efecto a partir del 2 de marzo de 1956. Se admite la adhesión de los países miembros de la Unión que no habiendo tomado parte en el presente Arreglo, si lo solicitaren en la forma prevenida en el Convenio general (artículo 22).

2. El presente Arreglo se ratificará y las ratificaciones se depositarán

en Londres hasta el 1 de julio de 1938 y entrará en vigor entre los países que lo hubieren ratificado un mes después de esta fecha y tendrá la misma fuerza y duración que el Convenio general. Esta Acta reemplazará, en las relaciones entre los países que la ratificaren, al Arreglo de La Haya de 1925. Pero éste seguirá en vigor en las relaciones entre los países que no hubieren ratificado la presente Acta (art. 23).

3. Quedan subsistentes las disposiciones del Convenio de Berna, revisado en 1928, por lo que se refiere a la protección de obras artísticas o de obras de arte aplicadas a la industria (art. 21).

II. PROTECCIÓN DE DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES.

1. Se actúa esta protección por medio de un depósito internacional efectuado en la Oficina Internacional de Propiedad Industrial de Berna. Las disposiciones del presente Arreglo no implicarán sino una protección mínima y no impiden la aplicación de prescripciones más amplias concedidas por la legislación interior de los países contratantes (art. 21).

2. *Objeto.*—El depósito comprende los dibujos o modelos y puede comprender un solo dibujo o modelo o varios (arts. 2 y 6).

3. *Asimilación de nacionales y extranjeros.*—Los súbditos de cada uno de los países contratantes y los que en el territorio de la Unión restringida hayan cumplido las condiciones del artículo 3 del Convenio general, podrán obtener en todos los países contratantes la protección de sus dibujos o modelos industriales (art. 1).

4. *Duración.*—La duración de la protección internacional se fija en quince años contados desde la fecha del depósito en la Oficina Internacional de Berna (art. 7).

5. *Registro.*—En cuanto la Oficina Internacional haya recibido una solicitud para proceder a un depósito internacional inscribirá dicha solicitud en un registro especial y la publicará (art. 3). La persona que efectúe el depósito internacional de un dibujo o modelo industriales se considerará, hasta la prueba en contrario, como propietaria de la obra (art. 4). La Oficina Internacional inscribirá en sus registros todos los cambios que afecten a la propiedad de los dibujos o modelos que le hubieren sido notificados por los interesados (art. 17). La Oficina Internacional expedirá a toda persona que lo solicitare, a cambio de un derecho fijado por el Reglamento, una copia auténtica en que consten las notas inscritas en el Registro (art. 18, 1).

III. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN ESPECIAL: *Se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 (Decreto de 13 de abril de 1956, «B. O.» del 21).*

Para la exposición y observaciones a la Ley de Bases, v. ADC, IX, 1, páginas 203 y siguientes.

En la presente redacción, el Gobierno se ha limitado, por lo general, a reproducir el contenido de la Ley de Bases, convirtiendo éstas en otros tantos capítulos (12 en total) seguidos de las disposiciones transitorias, adicionales y finales.

Pueden señalarse, con todo, algunas modificaciones de expresión que tienden a aclarar los preceptos básicos. Así, entre otras, la relativa a la reducción de la renta a instancia del inquilino cuando la declarada a efectos fiscales sea inferior a la percibida. En este caso «el inquilino o arrendatario—dice el actual artículo 103—podrá reducirla a la cuantía declarada, cuya reducción subsistirá hasta que el arrendador declare la renta que hubiera venido percibiendo y en todo caso durante el plazo mínimo de dos años» (vide redacción anterior, Base 9.ª, ap. 9; ADC, cit., pág. 207).

Otro ejemplo de precepto modificado en su redacción es el contenido en el número 2 del artículo 11, según el cual, «se presumirá, sin admitirse prueba en contrario, que es parcial el subarriendo cuando el inquilino siga habitando la vivienda y que es total cuando no permanezca en ella». De este modo se aclara la equívoca expresión del texto básico: «Sin prueba en contrario, recaerá la presunción de que es parcial el subarriendo...» (cf. Base 3.ª, A, ap. 2, final) (J. L. LL.).

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: MEJORAS OBLIGATORIAS: (Véase Derechos reales, 2).

3. CONTRATO DE TRABAJO EN LA MARINA MERCANTE: (Véase Derecho Mercantil, 2).

DERECHO MERCANTIL

1. ENTIDADES ASEGURADORAS: REQUISITOS LEGALES PARA REALIZAR OPERACIONES DE SEGUROS: *Se fija el plazo para constituir los depósitos de cobertura de las reservas técnicas de Seguros.* (Orden de 4 abril 1956; B. O. del 18.)

2. CRÉDITO NAVAL: *Se regula su concesión a las Empresas navieras nacionales para estimular la construcción, renovación y aumento de la Marina Mercante española.*

ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS DE LOS ACREEDORES MARÍTIMOS: *Se altera el establecido en la Ley de Hipoteca Naval y el Código de Comercio al determinarse la preferencia de los créditos hipotecarios concedidos por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción nacional.*

DOTACIÓN DE LOS BUQUES NACIONALES: *Deberá ser española «en condiciones normales de navegación, salvo en casos de fuerza mayor...»* (Ley de 12 mayo 1956; B. O. del 13.)

A. EXPOSICIÓN.

La presente Ley de protección y renovación de la Flota Mercante Española tiene, como indica su nombre, una finalidad esencial de fomento administrativo a la actividad de la empresa marítima privada, mediante la concesión de créditos para la construcción y modernización de buques y astilleros, beneficios fiscales, etc. Prescindiendo de los extremos puramente administrativos se ofrecen, como aspectos de mayor interés en este lugar, los siguientes:

1. *Eficacia derogatoria.*—Quedan derogadas, entre otras disposiciones de menos importancia, las leyes de 14 de junio de 1909 (Comunicaciones Ma-

rítimas), 5 de mayo de 1941 y 23 de diciembre de 1948 (Primas a la Construcción).

2. *Crédito Naval*.—Como nota general se amplía la cuantía y los plazos de amortización de los préstamos otorgados a las Empresas españolas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de 2 de junio de 1939 para la construcción de buques marcantos (arts. 11 y 15).

La garantía de estos préstamos «podrá consistir en primera hipoteca sobre el buque para cuya financiación se solicite el préstamo; en hipoteca sobre otro buque o buques u otra garantía que por el Ministerio de Hacienda se estime suficiente» (art. 11 in fine).

3. *Derecho de preferencia sobre la nave hipotecada*.—«Los créditos hipotecarios concedidos por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional e inscritos en el Registro Mercantil tendrán preferencia sobre todo otro crédito o gravamen que pueda afectar al buque hipotecado y que no figure inscrito en dicho Registro con anterioridad a la hipoteca constituida a favor del Instituto» (art. 14).

4. *Dotación de los buques nacionales*.—Deberá ser española en condiciones normales de navegación, salvo en casos de fuerza mayor, en que podrán ser extranjeros los tripulantes subalternos en proporción que no exceda de la quinta parte de la dotación, sin perjuicio de que sea desembarcado este personal al llegar al puerto nacional de destino» (art. 24, párr. 1.º).

B. OBSERVACIONES. 1. El orden de prelación de créditos de los acreedores marítimos, que venía regulado por la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 y por el Código de comercio, resulta alterado por el expuesto artículo 14 de la presente Ley.

En efecto, de la combinación de los preceptos de aquellos cuerpos legales resultaba la existencia de una serie de créditos marítimos no inscritos ni anotados en el Registro Mercantil que se anteponian a los hipotecarios.

De aquella prelación gozaban, según el artículo 31 de la Ley de Hipoteca Naval: 1) Los impuestos o contribuciones a favor del Estado, de la provincia o del municipio que haya devengado el buque en su último viaje o durante el año anterior; 2) los derechos de pilotaje, tonelaje y los demás, y otros de puertos y los sueldos debidos al capitán y tripulación (1), también por el último viaje; 3) el importe de los premios del Seguro de la nave en los dos últimos años y los dos últimos dividendos si el seguro fuera mutuo; 4) los créditos a que se refieren los números 7 (reembolso de los efectos del cargamento que hubiera vendido el capitán para reparar el buque) y 10 (indemnización debida a los cargadores por los géneros no entregados o por avería gruesa) del artículo 580 del Código de comercio.

Ahora bien, si conforme al artículo 14 de la Ley de 12 de mayo de 1956 los créditos hipotecarios concedidos por el I. de C. para la Reconstrucción Nacional, tendrán preferencia, sobre todo otro crédito o gravamen que puedan afectar al buque hipotecado y que no figure inscrito en el Registro Mercantil con anterioridad, el sistema anterior resulta alterado en un doble sentido:

1) Porque los créditos hipotecarios del Instituto se antepondrán a los del artículo 31 de la Ley de hipoteca naval no inscritos.

2) Sin embargo, serán preferentes a los del Instituto los demás hipotecarios inscritos anteriormente (que con arreglo al sistema de la Ley de Hipoteca Naval quedaban siempre postpuestos a los del artículo 31).

(1) En cuanto a la preferencia para el cobro de salarios, teniendo en cuenta también el artículo 59 de la Ley del Contrato de Trabajo.

2. En cuanto al artículo 24 de la Ley a que nos venimos refiriendo, obedece al plausible propósito de proteger a la mano de obra nacional en el aspecto marítimo, pero no se ha dado al precepto una reforma acertada. Parece excesivo que «en casos de fuerza mayor» se imponga también la limitación del personal extranjero—y restringido sólo a los tripulantes subalternos—, pues ello podría, en algunos supuestos, impedir el buen gobierno y servicio del buque.

Por otra parte, ya recogió un precepto análogo el Código de comercio, dándole una expresión más clara y acertada (véase art. 834, párrafo 1.º del Código de comercio). (J. L. LL.)

OTRAS DISPOSICIONES

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: *Se dan normas para establecer la conexión entre el Servicio del Catastro y el de Concentración Parcelaria y para determinar el alcance del precepto de la Ley de Concentración Parcelaria que sanciona la inalterabilidad de la riqueza imponible en el caso de concentración.* (Orden de 14 marzo 1956; B. O. del 7 abril.)

DECRETOS DE COMPETENCIA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI

1. SUCESIÓN DEL ESTADO: ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DEL «AB INTESTATO»: *Se declara la competencia de los jueces de Primera Instancia para la aprobación de cuentas rendidas por los administradores del «ab intestato» en que resulta único y universal heredero el Estado, correspondiendo a los delegados de Hacienda las cuentas que se refieran a fecha posterior a la declaración de herederos. El auto que cierra el ramo de cuentas del «ab intestato» se considera incluido en la frase «sentencia firme» del artículo 13 de la Ley de Conflictos, y, cuando adquiere firmeza, impide el planteamiento de cuestiones de competencia.* (D. 2 abril 1956; B. O. del 6.)

Considerando. Segundo: Que la disposición "del artículo 13 de la Ley de 17 de julio de 1948, que impide el planteamiento de cuestiones de competencia en los asuntos judiciales fenecidos por sentencia firme, ha de entenderse que se refiere también a las resoluciones judiciales que pongan término al asunto a que se refiere el requerimiento, cuando ya no cabe recurso contra ellas..."

Tercero: "Qué... el asunto estaba... fenecido por resolución que ya era firme en el momento de recibirse el requerimiento..."

Cuarto: Que si se entrase en el fondo... tampoco podría prosperar el requerimiento, puesto que el artículo 9 del R. D. de 23 de junio de 1928... no confiere en su precisa enumeración al Delegado de Hacienda la competencia sobre las cuentas de la administración judicial, anterior a la declaración del Estado como heredero, sin que las completas facultades que se atribuye, en cuanto a la posesión, liquidación y gestión de la masa hereditaria, antes de que sea distribuida entre las Instituciones municipales, provinciales y estatales... ni su actuación en nombre del Estado como heredero, llegara a cambiar la competencia judicial normal para el conocimiento de las cuentas del Administrador nombrado por el Juzgado, y que actuó con anterioridad a la determinación de tal heredero, cuando aún podrían haber aparecido otros que tuvieran ese carácter".

2. JUICIO EJECUTIVO Y PROCEDIMIENTO DE APREMIO: EXENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE BENEFICENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO: *Los bienes y rentas de las instituciones de Beneficencia general (1) pueden ser embargados por el Juzgado como trámite previo del juicio ejecutivo, pero no pueden ser objeto de apremio, reservándose expresamente a la autoridad administrativa la forma de hacer efectivas las obligaciones por las que se proceda.* (D. 2 abril 1956; B. O. del 7.)

A) EXPOSICIÓN:

a) Don J. L. demandó por los trámites del juicio ejecutivo a la fundación de Beneficencia particular X, para el pago de pensiones alimenticias, entendiéndose que afectaban como cargas reales a ciertas fincas recibidas por la fundación, de

(1) Las instituciones de beneficencia docente están exentas tanto del procedimiento de apremio como del juicio ejecutivo en virtud del art. 53 de la Instrucción de 24 junio 1913. Es de advertir que en virtud de la modificación introducida por el D. de 18 marzo 1955 en el artículo 10 del R. D. de 14 marzo 1899, ocurre lo mismo respecto a la beneficencia general.

su fundadora. Se despachó la ejecución embargándose las fincas señaladas por el demandante con sus frutos y rentas. La fundación se opuso en el juicio ejecutivo alegando excepción de prescripción (2). En este momento se recibe en el Juzgado requerimiento de inhibición del Gobernador civil, fundado en que, aunque la legislación aplicable al caso sólo exime a la Beneficencia general del procedimiento de apremio, debe entenderse que el llamado procedimiento ejecutivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil forma un todo orgánico con el apremio y en que no pudiendo los Tribunales —según la misma legislación— dictar providencias de embargo que aseguren la efectividad de sus sentencias, es lógico deducir que también carecen de ella para decretarlas en la primera fase de los juicios ejecutivos. También se aducía que siendo clara la exención del juicio ejecutivo respecto a las entidades benéfico-docentes, mayores razones aconsejaban la interpretación extensiva de la exención del apremio respecto a la Beneficencia general. El Fiscal sostuvo la competencia del Juzgado, ya que, en virtud de la legislación aplicable, los jueces pueden dictar sentencia contra las instituciones de Beneficencia, pero no ejecutarlas. La parte demandada alegó que sería nula la protección dispensada a las instituciones de beneficencia si, antes de la sentencia, los que se creen acreedores de ellas consiguen que se las prive del percibo de sus rentas, con el consiguiente quebranto de sus fines. El juez dictó auto, declarándose competente por entender que lo único que se atribuye a la Administración es la ejecución del fallo y que el beneficio de inejecución que alega el requirente, no justifica la inhibición propuesta, sino sólo la alegación del mismo en el juicio ejecutivo como causa de oposición.

b) Considerando. Segundo: “Que el artículo 9.º de la Ley de 17 de julio de 1948 sólo permite la promoción de cuestiones de competencia en los casos en que exista una disposición expresa por virtud de la cual corresponda entender del negocio... al requirente...; y que el artículo 10 del R. D. de 14 de marzo de 1899 se refiere expresamente al procedimiento de apremio... cuando lo que se está tramitando todavía en el Juzgado es el procedimiento ejecutivo previo, que juntamente con el apremio, integran el juicio ejecutivo en su totalidad en el sistema de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil...”

Tercero: “Que el criterio cerrado de dicho artículo 9.º... impide extender el precepto del mencionado artículo 10..., más allá de su disposición expresa, y que, por justo y conveniente que parezca resguardar los fines de las instituciones de Beneficencia pura y simple del quebranto que para ellos puede significar el embargo previo de sus bienes y rentas, en aplicación del artículo 1.443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por injustificado (3) que se estime que pueda el Juzgado acordar esa traba, que tiene por objeto asegurar la cantidad necesaria para el cumplimiento de la obligación del deudor, cuando precisamente el resolver sobre la forma de hacer efectiva en su día tal obligación queda reservado expresamente a la autoridad administrativa, el caso es que no existe en la legislación de Beneficencia general un precepto semejante al del artículo 53 de la Instrucción de 24 de junio de 1913, para la Beneficencia docente, que prohíbe expresamente a los Tribunales despachar mandamientos de ejecución y dictar providencia de embargo contra las rentas y bienes de las instituciones benéfico-docentes, que pueda

(2) Art. 1.464, 4.º L. e. c.

(3) En el “B. O.” aparece “justificado”, sin duda por errata.

servir para fundamentar en la cuestión planteada la competencia de la Administración.

Conforme al dictamen del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros se decide la cuestión "en favor del Juez de Primera Instancia".

B) OBSERVACIONES: Indudablemente (y así lo señala el presente Decreto) el problema planteado radica en la interpretación de dos preceptos legales: el artículo 10 del R. D. de 14 de marzo de 1899 y el artículo 9.º de la propia Ley de Conflictos.

Con arreglo al primero se piensa que una cosa es el apremio y otra el juicio ejecutivo, que queda, por tanto, fuera de la exención arbitrada para la Beneficencia general. Es cierto que el apremio es un proceso de ejecución y el juicio ejecutivo un proceso de cognición abreviada y sin efectos de cosa juzgada material (4). También podría argumentarse en el sentido de que constituyendo esta exención un privilegio en favor de la Administración debe ser de interpretación restrictiva. Sin embargo, ninguno de los dos argumentos parecen decisivos a los efectos de la cuestión planteada. En primer término, aunque se distingan perfectamente el apremio y el juicio ejecutivo, es lo cierto que el primero es pieza esencial del segundo y que, sobre todo, el embargo previo del juicio ejecutivo se efectúa en vista de la posible ejecución por el procedimiento de apremio, siendo su naturaleza la de una *medida cautelar de la ejecución* (apremio) y no acto preparatorio del juicio. En definitiva que debe entenderse, siguiendo el parecer de la Abogacía del Estado, que el procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil forma un todo orgánico con el de apremio. Asimismo se refuerza considerablemente nuestra tesis mediante la interpretación sistemática, tanto por lo injustificado de un tratamiento jurídico especialmente favorable respecto a la Beneficencia docente, como por lo dispuesto en el artículo 66 de la propia Institución para la Beneficencia general (5) que suprime la competencia de los Tribunales para dictar providencias de embargo que aseguren la efectividad de la sentencia. Y, en fin, la decisiva interpretación finalista del precepto que quedaría burlada al permitirse el embargo de bienes y rentas afectadas a fines benéficos. Ninguna fuerza contra estos argumentos puede tener el que se diga, siguiendo antiguos brocados, que los privilegios son odiosos y deben restringirse.

La otra cuestión está centrada en el rigor del artículo 9.º de la Ley de Conflictos. Parece muy plausible la prudencia del precepto que exige la disposición expresa en que se funde la competencia reclamada. Pero una cosa es disposición expresa y otra disposición literal. A nuestro entender no cabe pensar que el artículo 9.º exija un formalismo a ultranza en la atribución de competencias, equiparable a la literalidad. Lo que se pretende únicamente es evitar que mediante interpretaciones basadas en argumentos analógicos o simplemente abusivos se ponga en movimiento el complicado mecanismo de la resolución de conflictos.

Por todo lo expuesto se llega a la conclusión de que la solución correcta de la cuestión planteada debía haber otorgado la competencia a la Administración, al contrario de como se ha resuelto por el presente Decreto.

(4) Art. 1.479 L. e. c.

(5) Aprobada por el art. 12 y último del R. D. de 14 marzo 1899.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Asser: «Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Eerste deel. Personenrecht. Tweede stuk. Vertegenwoordiging en Machtspersoon». Bewerkt door Mr. Paul Scholten (†). Tweede druk. Herzien door Mr. M. H. Bregstein. N. V. Uitgevers-Maatschappij. W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1954, X; 222 págs.

Este libro, titulado «Representación y persona jurídica», es el segundo volumen de la primera parte («Derecho de las personas») del Tratado de Asser. Esta obra monumental, básica de la moderna doctrina holandesa, ha ido completándose después de la muerte de Asser, y en ella han colaborado algunos de los mejores juristas holandeses (1). Scholten, al que se deben también otros volúmenes, creyó conveniente dedicar un libro especial a la representación y a la persona jurídica (2). Trabajo que, aparte su propio valor para el Derecho holandés, tiene un interés claro para el estudio de la dogmática jurídica. En la «Parte general» (3) manifiesta su enemiga hacia los excesos del método logicista del pandectismo; en el libro que se reseña rompe con el sistema del Código civil napoleónico (recogido por el de los Países Bajos) y utiliza las figuras del poder y de las personas jurídicas, obras maestras y simbólicas de lo mejor y de lo más exagerado del «constructivismo» del método lógico sistemático. Con lo que su postura ante cada cuestión resulta muy significativa para apreciar la relativa atracción que sobre su pensamiento han ejercido esos dos polos (analítico, dogmático) entre los que oscila la ciencia jurídica (4).

El profesor Bregstein advierte que en esta segunda edición se reproduce sin alteraciones el texto de Scholten, poniéndolo al día en las referencias bibliográficas y en la jurisprudencia, teniendo en cuenta (respecto a las

(1) El nombre de Asser es ilustre en la ciencia jurídica. El iniciador del Tratado aquí referido es Carel Asser (1843-1898). Los internacionalistas españoles conocen mejor a Tobias Michaël Carel Asser (1838-1913), uno de los fundadores de "Revue de Droit International et de législation comparée" (1869), renombrado por sus estudios sobre Derecho Internacional privado y por su labor en pro de la unificación de este Derecho.

En el Tratado de Asser (comienza a publicarse en 1885) colaboran, además de los citados en el texto, Scholten (G. J.), Goudoever, Meijers, Anema, Wiarda, Losecaat Vermeer y Kamphuizen.

(2) Publicada en 1940. Las primeras 54 páginas fueron impresas en 1938. Menos extensa esta edición primera, pues tiene sólo 174 páginas.

(3) *Algemeen Deel*, 1931. Recientemente traducida al francés: *Traité de Droit civil néerlandais. Partie générale*, 1954.

(4) Estas materias se han estimado piedra de toque para los métodos jurídicos. En la época de máximo auge de la Escuela de la jurisprudencia de los intereses, se decía que Heck no lograría probar la bondad de su teoría hasta que no la ensayase en la Parte general del Código civil alemán.

personas jurídicas) el cambio de «status» del Reino y tratando alguna cuestión especial, como la de si las fundaciones han de constituirse por documento auténtico. Además, ha estimado necesario indicar, en notas separadas, cuál sea su criterio personal en aquellos puntos en los que discrepa fundamentalmente de Scholten.

Aquí se encuentra la parte más sugestiva del nuevo texto. Bregstein se manifiesta quizá más fiel a las ideas metodológicas de Scholten, que este mismo. En efecto, si se considera el poder («Vollmacht») como figura abstracta, independiente en su origen y en su existencia de la voluntad del representado, resultarán lógicas e insoslayables las afirmaciones críticas de Bregstein: no hay razón para negar el título de representante al acreedor que se haga adjudicar una cosa del deudor, sea en juicio ejecutivo ordinario o como acreedor hipotecario o prendario (p. 10); tampoco la habrá para separar de la representación al poder de gestión por realización de servicios o derivado del uso o la ley (págs. 23, 24, 27, 31-36); del mismo modo, resulta injustificado de contraponer la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus «órganos» y por los de sus representantes (págs. 112-113) (5).

F. de C.

CASAS-MERCADE, Fernando: «Las aparcerías y sus problemas». 2.^a edición revisada y ampliada. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956; 713 páginas.

Libro de evidente utilidad para el profesional por constituir un completo estudio desde el punto de vista práctico sobre el contrato de aparcería rústica, con especial referencia no sólo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino a las decisiones de los Tribunales inferiores, principalmente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Abre el libro un apartado dedicado a «Antecedentes», y allí se ocupa el autor de la aparcería en el derecho comparado y en nuestro Derecho histórico; trata después de su naturaleza jurídica, pasando sumaria revista a las principales teorías enunciadas (arrendamiento, sociedad, combinaciones de ambos contratos, contrato «sui generis»), sin acoger particularmente ninguna de ellas; ofrecen interés las indicaciones sobre las diferentes clases de aparcerías, algunas de ellas recogidas, sin duda, por el propio autor a lo largo de su experiencia profesional, debiéndose mencionar asimismo la detallada exposición de la «rabassa morta», si bien puede sorprender su estudio junto a las aparcerías cuando hay bastante unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerarla como una enfiteusis; en cuanto al futuro de las aparcerías, cree el autor que «entre las viejas realizaciones liberales y las nuevas ideas de tipo socializante... pueden desempeñar

(5) Con todo ello, parece chocar el valor central atribuido a la figura abstracta del poder (p. 20). Tampoco se explica se diga que, «la representación mediata no es ninguna representación»; tanto más, cuanto Scholten añade que «el acto que es la base de la representación mediata puede comprender dentro de sí una representación inmediata respecto a la disposición de eficacia real» (p. 43).

un cierto papel apaciguador con relación a los problemas del campo» (página 83), augurándolas «un porvenir ascendentes».

La mayor importancia de la obra reside en el libro segundo, dedicado a exponer el régimen actual de las aparcerías (págs. 87-291). Con un enfoque exclusivamente práctico y positivo, se ocupa el autor del concepto legal, clases y fuentes legales, constitución, vida y extinción, las mejoras, las normas de procedimiento, sin olvidar las cuestiones de derecho laboral y fiscal que pueden afectar a los contratantes. En esta parte, debemos destacar el amplio tratamiento del derecho de opción del aparcerero regulado en el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, así como la adquisición de la finca por el aparcerero en virtud del derecho de retracto, mientras que al exponer el espinoso problema de las mejoras, el autor hace gala de su propia experiencia vivida profesionalmente en tales materias.

Más de la segunda mitad de la obra aparece dedicada a la inserción de jurisprudencia sobre «rabases mortas» (págs. 293-309) y sobre aparcerías (309-691), finalizando con la inclusión de cierto número de formularios y de la bibliografía sobre el tema.

Nos parece inexacta y peligrosa la separación tajante que el autor hace entre teoría y práctica, entre especulación y derecho positivo; por el contrario, debe sostenerse que una doctrina científicamente elaborada debe contribuir eficazmente a la mejor comprensión e interpretación de los textos legales.

Esto último no desvirtúa la evidente utilidad práctica de la obra, que al principio hacíamos notar.

Gabriel GARCIA CANTERO

CHARBONNIER (Jean): «Droit Civil. Tome premier, Institutions judiciaires et Droit civil». «Thémis». Manuels juridiques, économiques et politiques. Presses universitaires de France. Paris, 1955, VIII; 775 págs.

El cambio de programas para la licenciatura de Derecho en Francia (29 diciembre 1954) y, en especial, la creación de un curso sobre «Instituciones judiciales y Derecho civil», ha motivado la publicación de muchos manuales. Una mención especial merece el aquí reseñado.

Inicia la colección «Thémis», que trata de apoyar la reforma de los estudios jurídicos de 1954, en el sentido de que en ellos se logre un nivel de verdadera enseñanza superior. A este efecto, se distingue en el texto, con distinto tipo de letra: primero, la exposición de conjunto, concisa y sencilla, que sirva al estudiante para el repaso antes del examen; segundo, «el estado de la cuestión», analizando los principales problemas, en sus diferentes aspectos (histórico, sociológico, práctico, jurisprudencial, teórico, etc.), y una guía bibliográfica muy extensa, incluyendo ampliamente las obras extranjeras. El libro de Charbonnier cumple de modo perfecto tal propósito. Será la mejor defensa de este método; pero también, al colocar el nivel tan alto, hará difícil mantenerlo en lo sucesivo.

La distribución de la obra corresponde exactamente a su título general

(Derecho civil); pero sólo en corta medida al del curso y tomo especial (Instituciones judiciales y Derecho civil). Interpretación libre que resulta en beneficio de los lectores y de la enseñanza misma. La primera parte, denominada introducción, se dice tiene un doble objeto: Primero. Dar una primera idea, un «primer barniz», de lo que sea Derecho y Derecho civil. En ella se trata primero del Derecho (los fenómenos del Derecho, la ciencia del Derecho, la Filosofía del Derecho) y después, en este lugar secundario, del «Derecho civil y las instituciones judiciales de Francia», dedicándose a las instituciones judiciales sólo unas pocas páginas (págs. 61-75). Segundo. Teorías generales del Derecho civil. En este segundo título se estudian las cuestiones fundamentales de la teoría jurídica general: fuentes del Derecho (ley, costumbre), autoridades (jurisprudencia doctrina, método de la jurisprudencia y de la doctrina) y derechos subjetivos (creación, realización). La segunda parte trata de las personas: física (existencia, individualización, atributos) y morales (noción, régimen, naturaleza). La tercera parte está dedicada a la familia: matrimonio (esponsales, formación del vínculo, sus efectos, atentados al vínculo, concubinato o unión libre), filiación (legítima, natural, adoptiva, conflicto de filiaciones, prueba, acciones de filiación) y parentesco, afinidad y el estar a cargo de otro (parentesco y afinidad, alimentos, derecho de sucesión, a la carga de otro). En fin, la cuarta se refiere a las incapacidades resultantes de la alteración de las facultades mentales-(locos, débiles mentales y pródigos).

«El estado de la cuestión», en cada apartado, contiene la aportación más original e interesante del libro. No parece, dado su carácter y la extensión de la materia, que importe una referencia crítica de las múltiples cuestiones tratadas; será preferible decir algo sobre su tono y su valor. Es un libro serio y bien informado; pero le destaca y caracteriza su estilo ágil e innovador en la literatura jurídica francesa. Se deja el método enfadoso de la reproducción servil de la jurisprudencia de los Tribunales y se pone en primer plano, a plena luz, la importancia vital de las cuestiones jurídicas; se destacan las ideas de la vida enfrentadas y las aspiraciones por cuya victoria luchan partidos, grupos y clases. Charbonnier, que ya antes había mostrado su inclinación por los temas insólitos y su habilidad para verlos desde nuevos ángulos (1), realiza ahora la hazaña de exponer, tantas y tan diversos, con acierto continuado, de modo que, después del esquema legal, «el estado de la cuestión» se presenta en forma de un ensayo miniatura, sugerente e ingenioso.

En el prefacio se advierte: «Aunque suceda en este libro que parezca reflejar un criterio ya formado (¿quién no lo tiene?), entiéndese que, más allá de ese criterio, hay una simpatía muy profunda hacia todas las opiniones que dividen la doctrina, hacia todos los sentimientos que forman Francia.» Palabras solemnes y oportunas, porque el prurito de obje-

(1) Como ejemplo, pueden citarse: *Observation sur la notion d'avantage matrimonial en Droit positif suisse*, "Rev. G. D. L. J.", 1935; *La mise en gage des parts d'intérêts dans les sociétés de personnes*, "Rev. des Soc.", 1937; *La notion de cause de divorce*, 1937; *Le statut des bijoux dans le droit matrimonial*, "Jur. et prat. not.", 1950, p. 305-335; *Terre et ciel dans le droit français du mariage, Le droit privé français en milieu du XX^e siècle. Etudes offerts a Georges Ripert*, 1950, I, págs. 325-345.

tividad del autor, al exponer las cuestiones más controvertidas (positivismo y Derecho Natural, matrimonio civil, divorcio, concubinato, etc.), al dar cuenta de las diversas tendencias y opiniones, se acompaña y turba muchas veces con un interrogante o una frase ingeniosamente caústica, que puede irritar o entenderse expresiva de un criterio predominantemente excéptico o agnóstico.

F. de C.

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE:
«L'unification du Droit. Aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé» (1953-1955). Rome, Editions «Unidroit», 28 Via Panisperna, 1956; 555 págs.

Este cuarto volumen de la serie que el Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado publica, bajo el título «La unificación del Derecho», es una nueva e importante contribución a los estudios jurídicos y un claro exponente de lo que se va realizando en esa difícil tarea de unificar el Derecho privado.

La primera parte del libro se dedica a referir los trabajos del Instituto en materia de unificación. Después de breves indicaciones sobre los Estados miembros del Instituto (en número de 40) y sobre la organización de éste, se reproduce el informe del secretario general (Dr. Mario Matteucci) sobre la actividad científica del Instituto, proyectos terminados y en preparación, enumerados en 20 apartados (págs. 40-47). En lo que se muestra la importancia creciente que, en la vida internacional y científica, va adquiriendo el Instituto de Roma. Se insertan después dos estudios, presentados como informes sobre cuestiones de las que se ocupan comisiones especiales del Instituto: *La unificación del Derecho fluvial europeo* (HOSTIE); *Derecho privado uniforme y uniformidad de interpretación* (BENTIVOGLIO). Trabajos monográficos de alta calidad y muy útiles por sus datos y orientaciones. Termina esta primera parte con los textos elaborados por el Instituto: Proyecto de Convenio relativo al contrato de transporte de mercancías en la navegación interior; Informe del Comité de estudios en materia de responsabilidad del transportista, por los daños sufridos por los pasajeros en su persona.

La parte segunda, titulada la unificación del Derecho en el Mundo, se divide en dos capítulos. El primero recoge una serie de estudios sobre los resultados de la unificación. PIERCE, *Las leyes uniformes en los Estados Unidos*, da cuenta de los trabajos de la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws», organismo que, creado en 1864, tiene por fin promover la uniformidad entre las leyes de los Estados, elaborar proyectos de leyes tipo y promover la uniformidad de la jurisprudencia en todo el territorio de los Estados Unidos; se da cuenta de sus trabajos en el período 1953-1955. FREDRIKQ, *Benelux y la unificación del Derecho privado*, señala la labor realizada en este período y las dificultades que se oponen a convertir en leyes los proyectos ya redactados. SANDSTRÖM, *La co-*

operación escandinava en materia de legislación, trata de la actividad unificadora de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia). ELSIR, *La experiencia turca y los problemas de la unificación del Derecho privado*, considera el trasplante de los códigos suizos (civil y de las obligaciones) a Turquía, como una decisión revolucionaria, instrumento apto para terminar con el antiguo régimen y nunca como verdadera obra unificadora del Derecho. RABIE, *Las tendencias unificadoras del Derecho privado interno en los países árabes*, enumera las dificultades de todas clases que encuentra en ellos la unificación. En el segundo capítulo se recogen textos de Convenios: sobre Derecho aéreo, seguro obligatorio de automóviles y el anteproyecto de Tratado relativo a un Tribunal de Justicia Benelux.

La tercera parte se dedica a un interesante ensayo. En relación con el problema de la uniformidad de la interpretación, se ha pensado en la conveniencia de estudiar la jurisprudencia de los diferentes países sobre las leyes uniformes vigentes. Para ello, se ha elegido una serie de casos característicos y se han recogido decisiones de varios Tribunales. La prueba resulta ciertamente positiva y los juristas de todo el mundo agradecerán al Instituto que les proporcione tan precioso material. La jurisprudencia completa de todos los países, en sus concordancias y discrepancias, al interpretar cada artículo de cada ley uniforme. Trabajo que también será valiosa enseñanza para la redacción de las futuras leyes uniformes.

El volumen contiene, como última parte, unas completísimas notas bibliográficas, en materia de unificación del Derecho.

R.

JUGLART, Michel de: «La Convention de Rome du 7 octobre 1952, relative aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface». París, Les Editions Inter-Nationales, 1956, VII; 223 págs.

Entre las críticas merecidas por la ciencia jurídica, hay una que se ha dirigido lo mismo al jurisprudente de Roma que al moderno estudioso: su predilección por los tópicos de escuela, tratar siempre y sólo de los mismos pequeños y resobados temas, su desatención y hasta ceguera hacia las cuestiones actuales y de urgente interés vital (1). El profesor De Juglart se salva de estas censuras y su obra podría ofrecerse como prueba de que tales reproches no pueden generalizarse, pues hay juristas como él atentos a las más recientes manifestaciones de la vida jurídica. Afirmado en un conocimiento profundo de las bases teóricas del Derecho (2), con audaz sen-

(1) Reproches de SCHULZ a los juristas clásicos, por sus discusiones "ad nauseam" de los legados y su total descuido de instituciones importantísimas, *Classical Roman Law*, 1951, § 55, p. 314. El asombro de von Armin hacia la conducta de Hugo y Savigny disputando sobre minucias teóricas e indiferentes al hecho de la liberación de los campesinos. La celebrada frase de RUBINIO: "esa tradicional predilección de la ciencia jurídica por investigar cadáveres." *Sobre el concepto de Derecho mercantil*, R. D. H. 1927, p. 347-348.

(2) *Introduction à l'étude du Droit civil*. Bordeaux, 2.^a ed., 1953; original y excelente estudio sobre definición, caracteres, objeto y fuentes del Derecho civil.

tido de las exigencias del momento histórico, ha dedicado su atención con preferencia al Derecho agrario (3) y al Derecho aéreo (4); materias que tienen de común quizá sólo su carácter «extravagante», fuera de los cuadros clásicos del Derecho privado, y su cálida importancia social.

La navegación aérea, por su propia naturaleza, parecidamente y quizá más todavía que la marítima, incita al acuerdo y a la uniformidad de las reglas jurídicas. La obra unificadora ha encontrado, sin embargo, insospechadas dificultades. «Veinte años de congresos, sesiones, de comisiones y subcomisiones, debates, informes, proyectos y contra-proyectos, viajes a los cuatro extremos del mundo: Londres, 1927; Eudapest, 1930; Stockolm, 1932; Roma, 1933; La Haya, 1935; Bruselas, 1938; Bruselas, 1947; Montreal, 1950; Taormina, 1950; París, 1950; Méjico, 1951; Roma, en fin, 1952—y la lista sin duda no está completa ni acabada—todo esto para redactar 39 artículos que un especialista habría sin duda podido tener terminados en pocos días.» Así dice Mazeaud (Henri) en el prólogo de este libro. Lo que le lleva a criticar el método de trabajo de las conferencias internacionales, añadiendo: «¿Cómo admitir, de una parte, que organizaciones privadas, defensoras de intereses privados, puedan participar en la elaboración de un texto legislativo, cuyos redactores tienen por misión precisamente considerar sólo el interés general? ¿Cómo tolerar el derecho de *veto* concedido a los aseguradores de los transportistas aéreos? Se reprocha a nuestro Parlamento—a veces desgraciadamente con razón—de escuchar demasiado las recriminaciones de tal o cual grupo de ciudadanos contra las medidas que reclama imperiosamente el interés general; ¿debe confiarse a estos grupos el cuidado de hacer ellos mismos la Ley? (pág. VI).

El libro de Juglart da a conocer el origen y alcance de estas dificultades; y, seguramente, su exposición clara y desapasionada servirá mucho para superarlas. Su propósito inmediato, la exégesis del Convenio, se consigue de modo excelente; se destacan las líneas generales y se analizan detalladamente las cuestiones especiales. Además, y sobre ello hay que llamar la atención de los civilistas, significa una preciosa contribución al estudio de la responsabilidad por daños.

El contenido de la obra es el siguiente. Comienza con la exposición de los antecedentes del Convenio, enumerando las etapas de su elaboración. La parte central se divide en dos títulos: los caracteres de la responsabilidad y Reglas de procedimiento. Termina con el texto del Convenio y los índices; de éstos debe destacarse por ser una bibliografía exhaustiva sobre el tema, el índice de los autores utilizados (5).

No es posible exponer en detalle las aportaciones del autor al buen entendimiento del Convenio ni, en general, a las cuestiones sobre daños cau-

(3) *L'exploitation rurale*, 1949; *Droit rural spécial*, 1950. Sobre esta obra, nota detallada de BALLARÍN, A. D. C. 3, 2.º (1950), págs. 445-450. *La protection de l'unité économique du bien rural dans le droit contractuel française*, Acti del primo Convegno internazionale de Diritto agrario, 1954, II, págs. 193-205. Sobre este estudio, BALLARÍN, *Aspectos y problemas del Derecho agrario de veinticinco países*, A. D. C. 9, 1.º (1956), p. 191.

(4) *Traité élémentaire de Droit Aérien*, 1952.

(5) Extraña se citen traducidos al francés los títulos de las obras de TAPIAS SALINAS (*Manuel de droit aeronautique*, Barcelona, 1942; *La réglementation juridique du transport aérien*, 1953), p. 204.

sados a los terceros en la superficie por las aeronaves extranjeras. En todo caso, debe indicarse el acierto con que se estudia la responsabilidad en torno a tres características: objetividad, limitación, aseguramiento. También debe mencionarse el interés general de alguna de las cuestiones tratadas: responsable y concepto de explotación; la propuesta de la responsabilidad a «trois paliers»; la exclusión de la responsabilidad por dolo, la falta grave o inexcusable y la «wilful misconduct»; los daños corporales y por causa de muerte (6). Las que, como es natural, se considera también desde el punto de vista de Derecho interno (7).

REYES MONTERREAL, José María: «Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas». Gráficas Menor. Madrid, 1955.

En fundamental y básico estudio, presenta el autor, de modo escalonado y con un sistema de exposición subordinado a los principios técnicos que el tema requiere e impone, un meticoloso análisis—contenido del título I—de la ilicitud penal y la civil, contrastando las variadas formulaciones doctrinales, para extenderse en el examen de los artículos 19 del Código Penal y 100 de la Ley adjetiva del mismo carácter. Fundamenta la acción civil derivada del delito como precisamente encaminada a remediar la deuda civil creada por el hecho criminoso, parando su atención en la contemplación de su naturaleza jurídica, su proyección histórica y sus modalidades—principal y secundaria, directa y supletoria, única y múltiple—, términos que no se excluyen entre sí por venir en la realidad práctica concatenados los aspectos enunciados.

En el título 2.º, desarrolla los conceptos generales que sirvieron de contenido al título antecedente, y por consecuencia bajo la rúbrica general de la acción como motor del proceso, analiza los llamados presupuestos procesales—competencia del Tribunal y legitimación de las partes—y al propio tiempo, el contenido, efectos y extinción de la acción civil y de la responsabilidad que por medio de la acción se exige: sobre la competencia orgánica territorial—caso de ejercicio aislado de la acción civil—, en contra de algún fallo que mantuvo tesis favorable a la significación competencial del lugar del domicilio del demandado, estima, y para ello expone abundante jurisprudencia antecesora de su posición, que el Juez idóneo para conocer de aquella pretensión es el del lugar de comisión del hecho criminal; en el apartado de la legitimación activa de las partes, distingue los sujetos legitimados por vía principal o directa—Ministerio Fiscal, pretensor civil, la víctima del delito, terceros civiles, familiares, etc.—, y los indirectos o por sustitución, entre los que comprenden a los herederos de la víctima, los terceros subrogados—Entidades Aseguradoras—, el Estado y aún el propio Ministerio Fiscal. Con relación al ofrecimiento de acciones del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hace un minucioso estudio de su

(6) Sobre esta cuestión, también el autor, nota¹ a S. 25 enero 1954. "Semaine juridique", 31 marzo 1954, n. 8.041.

(7) P. ej., en torno a los casos "Broche-Hennessy" y "Lamoricière". págs. 91 y ss.

contenido, condiciones, requisitos y consecuencias, que en esta breve síntesis no es posible exponer, más suponen un exhaustivo trabajo sobre la materia. En el apartado relativo a la legitimación pasiva practica un análisis detallado de las personas y entidades capaces de soportar el proceso penal en el aspecto de la responsabilidad civil nacida del delito perseguido, terminando con la cita de la Sentencia de 13 de mayo de 1949, que sienta la doctrina de la exclusiva responsabilidad contractual de las Compañías aseguradoras.

El capítulo II del título II lo dedica el autor a un estudio procesal y sustantivo de la asistencia gratuita para actor y responsables y el capítulo III a la constitución de la relación jurídico-procesal, para cuya conceptualización se vale de argumentaciones propias del área del proceso civil, con citas de Orbaneja y Herce, con el fin de obviar la inseguridad y contingencia del sujeto pasivo de ella.

Dedicado el título III de la obra al estudio del contenido de la responsabilidad civil, conforme al artículo 101 del Código Penal, lo divide en tres capítulos en los que analiza separadamente la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial, consiguiendo un acabado examen de tales enunciados.

El título IV y último del trabajo del Sr. Reyes, tiene por contenido el aseguramiento y la efectividad de las responsabilidades civiles; con relación al primer aspecto citado, el de la fase asegurativa, con gran meticulosidad realiza la crítica de la fianza y sus formas de constitución dando una interpretación del artículo 615 de la Ley de Trámite Procesal, en relación con la llamada tercera pieza, no nueva, pero sí acertadísima, y desde luego ajustada a la más clara hermenéutica procesal, y en abierta pugna con la práctica forense imperante, y el subsiguiente embargo en defecto de afianzamiento es estudiado asimismo con gran detalle y rigor técnico.

En cuanto a la efectividad de la responsabilidad civil, paralelamente a su examen, hace un análisis de la extinción de la misma por el pago, en sus modalidades de satisfacción voluntaria y de cumplimiento forzoso, y aquella que se opera, conforme al artículo 117 del Código Penal, por los modos de extinción de las demás obligaciones, trayendo, en cuidada y ajustada relación, al campo penal, los conceptos civilísticos que informan las variadas instituciones que componen la teoría total del acabamiento obligacional, completándolos con el estudio del perdón del ofendido, la amnistía y el indulto, terminando su documentada obra con una referencia a la rehabilitación del reo y a la cancelación de los embargos y fianzas.

Jesús CARNICERO
Magistrado.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: «El abuso del derecho.—Teoría de los actos antinormativos». Sobretiro de la Revista de la Facultad de Derecho de Méjico. Tomo IV, núm. 16, y tomo V, núms. 17-18; octubre-diciembre 1954 y enero-junio 1955.

Precedido de un prólogo de don Niceto Alcalá Zamora y de una «advertencia» del autor, el trabajo se estructura—con unas 60 páginas—en diez epígrafes, siendo el primero de ellos una introducción, para continuar con los precedentes históricos, examen del Derecho Comparado, evolución de la doctrina, criterios para calificar el derecho de abusivo, relaciones con otros figuras, categorías de actos, teoría del abuso en el Derecho Español, postura del autor y conclusión.

El señor Rodríguez-Arias rechaza la ya tradicional teoría del abuso del derecho, y propugna la sustitución por otra que el enuncia y a la que da el nombre de «Teoría de los actos antinormativos», pretendiendo incluso articularla dentro de nuestro Código Civil mediante la inclusión dentro de su artículo 4.º de un tercer párrafo que la recoja.

Lo más interesante de la comentada «monografía», así califica el autor su propio trabajo, es su numerosa cita de obras, legislaciones y jurisprudencia.

Rafael RUIZ GALLARDON
Notario.

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel: «Doctrina laboral del Tribunal Supremo». Tomo I «Accidentes del Trabajo». Aguilar, S. A. de Ediciones. Madrid, 1954, XVIII; 2260 págs. Tomo II «Contrato de Trabajo». Aguilar, S. A. de Ediciones. Madrid, 1955, XIII; 1635 págs. «Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Apéndice I». Aguilar, S. A. de Ediciones. Madrid, 1955, XV; 1867 págs.

En la vida española van quedando una serie de nombres (Alcubilla, Medina y Marañón, Aranzadi), a los que profesionales y estudiosos del Derecho manifiestan así su agradecimiento, por haberles facilitado el manejo del material necesario para su cotidiana labor. En muy poco tiempo, un nuevo nombre se ha unido a aquellos y se ha hecho popular en los círculos jurídicos. Rodríguez Navarro lleva a cabo, con notable y hasta superior acierto, esa tarea tan necesaria como difícil, la de reunir ordenadamente, en pocos y manejables volúmenes, la ingente y desconcertada masa de las decisiones de las Salas de nuestro más Alto Tribunal. Tarea áspera y comprometida, cuyo alcance sabrá medir cualquiera que haya intentado, para su propio uso, clasificar o hacer un fichero de jurisprudencia. Esta obra cuidada y útil, multiplica su valor gracias al acierto de su presentación tipográfica—formato, papel, letras, encuadernación—de severa elegancia y que hace grato su manejo.

El tomo primero de la Doctrina Laboral, recoge la jurisprudencia relativa a Accidentes del trabajo en la industria, agricultura, mar y enfermedades profesionales: siguiéndose el orden de materias de la Ley y Regla-

mento en la Industria. El tomo II se dedica a las demás materias de Derecho Laboral: Contrato de trabajo, seguros sociales, interpretación de casos o Reglamentaciones de Trabajo.

El Apéndice a la Doctrina civil está dividido en tres etapas, dedicadas cada una a la jurisprudencia sobre: el Código civil, Arrendamientos Urbanos y Arrendamientos rústicos. Comprende las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley y las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desde 1 de enero de 1951 hasta 15 de julio de 1955.

R.

SANCHEZ CALERO, Fernando: «La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima». Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 3, C. S. I. C., Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1955; 174 págs.

Nos encontramos ante una tesis doctoral—galardonada con premio extraordinario en la Universidad de Madrid—que, por el tema tratado, es fecunda en múltiples aplicaciones, tanto para el Derecho civil como para el mercantil, y que por el método seguido en su elaboración, es modelo de rigor científico y precisión de conceptos.

El beneficio neto de la S. A. puede ser considerado desde el punto de vista contable, económico y jurídico: bajo el último aspecto, se hacen notar las diferencias entre el beneficio fiscal y el beneficio obtenido conforme a las normas de Derecho mercantil. Puede hablarse de una obligación de la sociedad de determinar anualmente el beneficio o la pérdida que experimente, y en esa determinación colaboran todos los órganos de la misma, si bien los administradores realizan la parte más importante. Es grande la importancia de esta determinación: da a conocer la situación económica exacta de la sociedad; sirve para calcular la cuantía de ciertas asignaciones (ventajas de los fundadores, remuneración de los administradores, reserva legal) o permite disponer de él para ciertas finalidades (reparto de dividendos, adquisición por la S. A. de sus propias acciones).

Puede definirse el beneficio neto de una S. A. como «el excedente de valor del patrimonio neto sobre el capital y las reservas que arroja un balance anual regularmente aprobado» (noción indirecta), o bien como «el exceso de los ingresos sobre los gastos del ejercicio recogido en la cuenta de pérdidas y ganancias regularmente aprobadas» (noción directa). La naturaleza jurídica del beneficio neto puede ser examinada dentro de la categoría de los frutos, bien como fruto del capital cuyo disfrute corresponde a los socios, bien como fruto de la empresa; pero el autor prefiere considerarlo como simple indicación de valor. El beneficio neto tiene estas notas:

a) es un aumento de valor del patrimonio neto producido entre el principio y el fin del ejercicio;

b) aunque económicamente resulte difícil hablar de beneficio perteneciente a un ejercicio, jurídicamente se impone la determinación anual;

- c) el beneficio debe ser real;
- d) el valor del patrimonio neto debe cubrir la cifra de capital social;
- e) debe resultar de un balance regularmente aprobado.

Después examina el autor las diferencias entre beneficio neto, beneficio contable, beneficio bruto, beneficio fiscal y dividendo.

Modelo de estudio minucioso y pormenorizado es el apartado dedicado a la actuación de los administradores en la determinación del beneficio neto; se analizan los principios de claridad, exactitud, prudencia y homogeneidad aplicados al balance, los criterios legales de valoración; la cuenta de pérdidas y ganancias (reglamentada con detalle en la Ley de 1951, y que el autor encuadra dentro del sistema alemán), con sus componentes positivos y negativos. Más breves son las indicaciones referentes a la intervención de los censores de cuentas y de la Junta general.

La segunda parte de la obra está dedicada a la distribución del beneficio neto, y es la que ofrece un interés práctico más relevante, sin menospreciar con ello el de las anteriores. Esta distribución es un acto complejo en el que entran en funcionamiento los tres órganos sociales; en el proceso de distribución debe distinguirse: propuesta a cargo de los administradores; examen y aprobación por los censores y acuerdo de distribución por la Junta general.

Bien por determinación de la ley, bien por precepto estatutario, el beneficio neto debe aplicarse al cumplimiento de finalidades diversas, pero siempre la fundamental será el señalamiento de los dividendos. En esta parte debemos destacar el punto relativo a los poderes de la Junta, a los diversos supuestos de dividendos, al denominado «derecho concreto de los socios a los dividendos» y a las distintas hipótesis de titularidad de este derecho, admirablemente estudiados por el Dr. Sánchez Calero.

En resumen: una obra fundamental en la bibliografía española (por la fecha de su publicación, no ha podido tener en cuenta el estudio de Albifana sobre tema análogo en la «Revista de Derecho Mercantil», 1954, páginas 165 y ss.). La presentación, digna de todo elogio.

Gabriel GARCIA CANTERO

SCHMITTHOFF, Clive M.: «Aspectos jurídicos de la compraventa internacional». Trad. castell. a cargo de Elena Alvarez. Tucumán, 1955, XX: 77 págs.

Este folleto es la versión castellana de la conocida obra del insigne mercantilista e internacionalista Clive M. Schmitthoff de Londres. Fue publicado por el Institute of Export de Londres en 1953 bajo el título: «Legal Aspects of Export Sales».

Contiene una relación completa y clara de la materia que el autor había ya tratado de una manera más extensa en sus libros: «La Exportación» y «La Compraventa de Mercaderías». El autor coloca su trabajo bajo la autoridad del ilustre Juez inglés Lord Mansfield que, en una sentepcia dic-

tada en 1761 observó: «Las negociaciones y la propiedad de los comerciantes no deben depender de sutilezas y nimiedades, sino de reglas fáciles de aprender, porque estas son dictadas por el sentido común».

Expone Schmitthoff los temas fundamentales de la celebración del contrato y de su cumplimiento o incumplimiento, dedicando un capítulo especial a la transferencia de la propiedad, de la posesión y del riesgo (capítulos I, II y V). La compraventa FOB y cláusulas afines tiene particular trato lo mismo que la compraventa CIF y cláusulas afines (caps. II y IV).

En suma, un compendio utilísimo para todos cuantos desean información sucinta y clara sobre el tema fundamental de los negocios mercantiles conforme al patrón del Derecho Inglés e internacional.

Julián G. VERPLAETSE

SERICK, Rolf: «Rechtsform und Realität Juristischer Personen». Walter de Gruyter, Berlin und J. C. B. Mohr. Tübingen, 1955; VIII + 244 págs.

Ante las injustas consecuencias a que conduce el incondicionado acatamiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles, la doctrina y la jurisprudencia de diversos países propugnaron, especialmente a partir de la primera guerra mundial, una concepción realista de la persona jurídica que permitiese, en determinados supuestos, prescindir del artificio de la personalidad jurídica de la sociedad y juzgar los hechos conforme a la realidad (1). La concepción realista de la persona jurídica desconoce en casos excepcionales el principio de separación entre persona colectiva y sus miembros, que precisamente constituye la esencia de la persona jurídica; por este motivo, es necesario fijar con toda precisión los límites dentro de lo que puede ser aplicada la doctrina de la concepción realista. Movido por este afán, ha escrito Serick su libro (que ha sido su «Habilitationsschrift» en la Universidad de Tubinga), con el cual pretende el autor contribuir a esclarecer un problema en el que la jurisprudencia y la doctrina alemanas se muestran vacilantes y contradictorias, y al mismo tiempo resolver determinados problemas de aplicación de normas jurídicas a la persona colectiva.

En la primera parte del libro primero de su obra muestra Serick el estado de la cuestión en la jurisprudencia y ciencia del Derecho alemanas. La jurisprudencia alemana, señala Serick (§ 1), ha desconocido la personalidad jurídica de las sociedades y ha investigado la situación real de las mismas (hombres, hechos, bienes) en numerosas sentencias, las cuales, lejos de apoyarse en firmes principios dogmáticos, se fundamentan en vagas consideraciones de equidad; esta labor jurisprudencial no ha sido completada con una sólida fundamentación teórica por parte de la doctrina alemana, la cual no

(1) Cfr. las atinadas observaciones del Prof. DE CASTRO en su trabajo *La S. A. y la deformación del concepto de persona jurídica*, ADC II-4.º (1949), 1412 ss., que forma parte de su estudio *Crisis de la Sociedad Anónima*, REP XXIX (1950, 93 ss. Este estudio es citado por SERICK (pág. 66, nota 2) quien sitúa al Prof. DE CASTRO entre los partidarios de la concepción realista.

ha logrado tipificar los casos en los que es posible desconocer la forma jurídica de la persona colectiva, y se ha limitado a emplear fórmulas generales como la «fuerza de los hechos», la «buena fe», etc., con las que todo puede fundamentarse aun cuando a nadie pueda convergerse. Serick valiéndose de un rico material jurisprudencial, reduce los casos en los que es lícito descender el velo artificial de la persona jurídica y juzgar conforme a la realidad, a los supuestos siguientes: cometer un fraude a la ley con ayuda de una persona jurídica (§ 3), eludir o violar deberes contractuales mediante una persona jurídica (§ 4), dañar dolosamente a un tercero a través de una persona jurídica (§ 5).

La segunda parte del primer libro está dedicada al examen de la doctrina norteamericana del «disregard of legal entity»; el examen de esta doctrina, dice el autor (§ 6), está justificado porque en ella se encuentran formulados principios acerca de la consideración del substrato real de la persona jurídica, que todavía no han sido elaborados en el Derecho alemán. Indica Serick (§ 7) que la teoría del «disregard of legal entity» está entroncada con la concepción imperante en la doctrina y práctica norteamericanas sobre la persona jurídica: la persona jurídica se configura, de manera muy semejante a la teoría de la ficción de Savigny, como pura creación legal («an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law»); la doctrina del «disregard of legal entity», basándose en que la persona colectiva es una ficción establecida por el Derecho para alcanzar determinados fines, propugna que si una persona jurídica es utilizada para fines ajenos a contrarios a los propios, debe prescindirse de la persona jurídica y tomar en consideración los hombres y los intereses que se ocultan tras la misma («to pierce and look behind the veil of personality; to look the han behind the mask»). En el § 8 se describen los diversos supuestos de aplicación de la doctrina del «disregard»: 1) fraude a la ley perpetrado a través de una persona jurídica; 2) violación de deberes contractuales; 3) infringir dolosamente daños a un tercero al transmitir el patrimonio del deudor a una persona jurídica (dominada por el propio deudor): en el caso *Terhume v. Bank* se dice que la propiedad del deudor no se ve afectada por la transmisión de sus bienes a una compañía, como tampoco se ve afectada la condición personal del deudor por el uso de un traje distinto; 4) sociedades principales y sociedades filiales: con independencia de una conducta dolosa, puede aplicarse la doctrina del «disregard» cuando la sociedad filial es un instrumento («alten ego, dummy») de la sociedad principal; 5) aun cuando no se haya abusado de la forma jurídica de la persona colectiva, debe aplicarse la doctrina del «disregard» cuando así lo exijan la equidad y la buena fe: en el caso «*Winburn's will*» el único socio de una compañía mercantil había legado acciones de las que no era él propietario, sino la compañía mercantil: el tribunal equiparó el patrimonio de la compañía al del único socio, y dispuesto la entrega de las acciones al legatario. Considera Serick que de los supuestos descritos tan sólo el último es inadmisibles, a causa de su generalidad, en el Derecho alemán. En el § 9 se refiere el autor a diversos problemas adicionales de la doctrina del «disregard of legal entity». La sociedad de un socio no consti-

tuye un supuesto especial de aplicación de esta doctrina; antes bien, la teoría del «disregard» se aplica a la sociedad de un socio tan sólo en los supuestos generales, aunque con mayor frecuencia a causa de su peculiar naturaleza. Como contrapartida de la doctrina del «disregard of legal entity» surge en el Derecho norteamericano la teoría de la «de facto-Corporation», a tenor de la cual una persona jurídica inexistente «de iure» debe considerarse, en determinados casos, como realmente existente. A continuación expone Serick (§ 10) el sentido y contenido de la doctrina del «disregard». Esta teoría no atiende tan sólo a las características externas de los casos, sino que utiliza además un criterio teleológico: debe desconocerse la existencia de una persona colectiva como entidad distinta de los socios cuando mediante la misma se persiguen fines distintos o ajenos a los propios de la persona jurídica en general y de la particular persona colectiva cuya autonomía se discute. La doctrina del «disregard of legal entity» es construida, en el Derecho norteamericano, de acuerdo con su propia configuración de la persona jurídica, desde el punto de vista de la ficción: una ficción tan sólo debe mantenerse en tanto que sirve a las fines para los que fué creada.

En la tercera parte del libro primero muestra el autor (§ 11) como el principio de separación entre la persona jurídica y sus miembros debe ceder ante la aplicación de determinadas normas del Derecho de sociedades (aquellas que, a causa de su importancia, deben ser en todo caso observadas); esta cuestión es minuciosamente analizada en relación con el Derecho alemán de sociedades.

El libro segundo está dedicado al estudio de diversas cuestiones concretas acerca de la relación entre la norma legal y la persona jurídica. En la primera parte se trata de aclarar si las normas dictadas para la persona física son aplicables a la persona jurídica, atribuyendo a ésta las cualidades de las personas físicas que constituyen su substrato. Para determinar la nacionalidad de la persona jurídica deben emplearse, según Serick (§ 12), criterios externos (lugar de fundación, domicilio, etc.), y tan sólo en supuestos excepcionales podrá valorarse la nacionalidad de la persona jurídica en función de la nacionalidad de sus miembros; tal cosa sucederá cuando entren en juego disposiciones contra la extranjerización de personas jurídicas nacionales (§ 13), o cuando se discuta si ha de atribuirse a una persona jurídica la condición del «enemigo» (§ 14), para lo cual habrá que tomar en consideración el domicilio y la nacionalidad de los hombres que tras la persona jurídica se encuentran (socios, órganos gestores e incluso acreedores influyentes). El problema de si la persona jurídica puede ser portadora de un originario derecho de autor, es resuelto por Serick en sentido negativo (§ 15): únicamente podrá atribuirse de modo originario a la persona jurídica un derecho de autor sobre aquellas obras que no son fruto de una individualidad creadora (por ejemplo una guía de carreteras realizada bajo la dirección de una sociedad editorial). Finalmente se pregunta el autor (§ 16) si son aplicables a las personas colectivas las normas que presuponen características naturales o jurídicas de la persona física. La respuesta no es igual en to-

das las hipótesis. Así, mientras los tribunales norteamericanos afirman que una persona jurídica no puede considerarse como «negro» aun cuando tengan este color todos sus miembros, la legislación y la doctrina alemana de la época nazi sostuvieron que una compañía mercantil podría considerarse «judío» cuando de hecho se encuentre en manos de judíos. El parentesco sólo es referible, en principio, a las personas naturales, pero el Derecho comparado muestra que una persona jurídica puede ser o tener parientes a efectos de aplicación de normas del Derecho de quiebras. La cuestión de si la persona jurídica puede ser portadora de derechos constitucionales, si pueden serle imputadas cualidades que representan la valoración de una conducta humana (honor, confianza, etc.), si está capacitada para ser titular de una explotación agraria, para participar como trabajador en una relación laboral, etc., debe ser resuelta teniendo en cuenta el sentido de las diversas normas y el substrato real de la persona jurídica; así una persona colectiva podrá invocar los preceptos Constitucionales relativos a las garantías de la propiedad privada, pero no los referentes a la libertad de conciencia.

En la segunda parte del libro primero (problemas de interpretación) examina el autor (§ 17) si es lícito contemplar en lugar de la persona jurídica los hombres que forman su substrato, cuando haya de aplicarse una norma (por ejemplo, los §§ 181 y 892 del BGB) que presupone una real diversidad de personas entre los que intervienen en un negocio jurídico. Resulta particularmente interesante el supuesto del § 892 del BGB; esta disposición (con la que concuerdan los arts. 32 y 34 de nuestra Ley Hipotecaria) presupone que el enajenante y el adquirente de buena fe que confía en el Registro son dos personas distintas. El problema de si encuentra aplicación este precepto cuando una o varias personas físicas adquieren —cumpléndose los requisitos legales— un inmueble de manos de una persona jurídica de la que forman parte los propios adquirentes, ha de resolverse, según Serick, en sentido negativo únicamente cuando todos los miembros de la persona jurídica y sólo ellos son los adquirentes del inmueble inscrito a nombre de la persona colectiva.

En el libro tercero recoge el autor las conclusiones de su investigación: 1.ª Si se abusa de la forma jurídica de la persona colectiva, el juez puede menospreciarla y hacer caso omiso del principio de separación absoluta entre persona jurídica y socio. Existirá un abuso cuando con ayuda de una persona colectiva se comete un fraude a la ley, se violan deberes contractuales o se infringen dolosamente daños a un tercero; 2.ª La forma jurídica de la persona colectiva no puede ser desconocida cuando, de no obrar así, deje de alcanzarse el fin de una norma o la finalidad objetiva de un negocio jurídico. Debe admitirse una excepción a este principio cuando se trate de una norma jurídico-corporativa de tal importancia que su finalidad no pueda ser infringida ni siquiera de manera indirecta; 3.ª Las normas que presuponen cualidades o facultades humanas o se refieren a valores humanos, pueden aplicarse a la persona jurídica cuando el fin de la norma es compatible con el de la persona colectiva. Para determinar los requisitos de aplicación de estas normas, deben ser tomados en consideración los

hombres situados tras la persona jurídica, y 4.ª Si con ayuda de la forma jurídica de la persona colectiva se oculta que los participantes en un hecho jurídico son realmente una misma persona, la forma jurídica de la persona colectiva podrá ser desconocida siempre que haya de aplicarse una norma que presuponga una real identidad o diversidad personal de los participantes, y no su identidad o diversidad jurídica.

Finalmente se pregunta el autor si los resultados de su investigación afectan a la esencia o naturaleza de la persona jurídica. Considera que tal cuestión debe ser resuelta en un trabajo independiente, y se limita a consignar algunos puntos de partida para una ulterior investigación: la persona colectiva es una creación del Derecho para la consecución de determinados fines, enlazada con una determinada realidad sociológica y provista de cierta elasticidad que permite desconocer en ciertos casos la personalidad jurídica y tomar en consideración los hombres o los intereses que tras la misma se esconden.

Quizás no haya Serick conseguido de manera cabal su propósito de fundamentar dogmáticamente y tipificar conforme a criterios objetivos los variados supuestos en que es lícito desconocer la forma jurídica de la persona colectiva y atender a las realidades que tras la misma se ocultan. En efecto, las conclusiones que como remate de su investigación formula Serick, resultan en su mayor parte un tanto generales e imprecisas. Claro está que estas conclusiones son más aceptables y útiles que las vacilantes y contradictorias decisiones y opiniones de la anterior jurisprudencia y doctrina alemanas, y que en todo caso constituyen un punto de partida para ulteriores estudios, razón ésta que por sí sola hace que la obra de Serick deba ser bien recibida. No obstante, el indudable mérito del libro reseñado estriba en la completa información que suministra acerca de un aspecto tan interesante de la vida jurídica norteamericana como es la doctrina del «disregard of legal entity». A través de las páginas de Serick, el jurista continental tropieza con la realidad viva de un Derecho cuyos ejecutores obran sin grandes pretensiones científicas, pero con un poderoso sentido común.

Carlos R. FERNANDEZ RODRIGUEZ

TILOCCA, Ernesto: «La remissione del debito». Publicaciones del Istituto di Diritto de la Universidad de Bolonia. Padova, Cedam, 1955; 135 págs.

No hay unanimidad ni en la legislación ni en la doctrina acerca del encuadramiento fundamental de la remisión de la deuda. Se trata de averiguar si la liberación del deudor forma parte del contenido causal de la remisión o queda fuera de él constituyendo un evento ulterior.

Tilocca llega a la conclusión de que la remisión actúa únicamente en la esfera del acreedor, no modificando la del deudor sobre la que actúa directamente la ley. La remisión, al agotar su verdadera función en provocar la separación del derecho respecto del remitente, debe llevarse al ámbito del fenómeno renunciativo; más aún, la remisión constituye el único esquema renunciativo en materia de derechos de crédito.

En el segundo capítulo se ocupa el autor de los elementos constitutivos, presupuestos y efectos de la remisión. La remisión de la deuda es un negocio jurídico de carácter unilateral, condicionado a que el deudor no declare en un término congruo su voluntad de no querer beneficiarse de ella, regido por el principio de libertad de forma, incalificable en relación con la gratuidad y la onerosidad (acto neutro), si bien debe someterse al tratamiento propio de los actos gratuitos. En cuanto a sus efectos, la remisión opera directamente sólo respecto del remitente, representando una renuncia a su derecho de crédito; no es exacta, a juicio de Tilocca, la doctrina corriente según la cual la remisión opera en vía directa la extinción del derecho de crédito, pues esta última es una consecuencia refleja de la remisión. Luego se estudian diversos supuestos concretos, de indudable interés: remisión parcial, eficacia de la remisión respecto a los derechos conexos, o respecto de una deuda indivisible con pluralidad de sujetos activos y pasivos, o de la deuda solidaria, o sobre los derechos reales conexos.

El capítulo tercero trata de un tema sin paralelo posible en nuestro derecho positivo: el negocio de oposición a la remisión y sus efectos, que aparece regulado en el artículo 1.236 del nuevo Código italiano. Tilocca lo configura como un negocio jurídico unilateral, recepticio, aformal y acausal, representando el desenvolvimiento de un derecho potestativo. Efecto directo de este negocio es el surgir de nuevo de la obligación remitida en su aspecto pasivo, y efecto reflejo es el renacer del derecho de crédito vinculado al acreedor remitente, lo que se efectúa por efecto de la ley; estos efectos del negocio de oposición se producen retroactivamente «como si la remisión no hubiera tenido lugar nunca».

En el último capítulo estudia el autor la relación existente entre ambos negocios: el de remisión y el de oposición a la remisión.

Al tratarse de un tema huérfano de tratamiento en nuestra doctrina, el presente estudio de Tilocca se nos presenta en extremo sugestivo. Fácilmente se echa de ver, sin embargo, que no todas las conclusiones del autor son igualmente aplicables al derecho español.

Gabriel GARCIA CANTERO

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ASCARELLI, Tullio: *Inesistenza e nullita*. RPR, Año XI, núm. 1, enero-marzo 1956, 1.ª parte; págs. 61-65.

Inexistencia y nulidad, como sus contrarios, existencia y validez, son no sólo cosas diversas, sino heterogéneas

BETTIOL, G: *Roma assertrice del diritto nel secolo xx*. IM, Año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 35-46.

Roma representa hoy un sistema jurídico basado en la justicia, una justicia para la que es fundamental la libertad que sólo puede garantizar la democracia. Siguiendo su ejemplo puede evitarse la vuelta a experiencias totalitarias.

CARNELUTTI, Francesco: *A proposito di una inchiesta sullo studio del Diritto romano*. RPR, Año XI, núm. 1, enero-marzo 1956, 1.ª parte; págs. 56-60.

Relaciones entre historiografía y dogmática, utilidad del estudio del Derecho comparado y del estudio del Derecho romano.

COULOMBEL, M. P.: *Le Droit privé français devant le fait religieux depuis la separation de l'Eglise et de l'Etat*. RTCD, año LIV, 1956, enero-marzo 1956; págs. 1-54.

Después de ponderar la importancia actual del hecho religioso y plantear en su aspecto individual e institucional el reconocimiento de tal hecho en Derecho privado francés, analiza las fronteras que el orden público traza en la competencia del Derecho canónico, tanto en Derecho interno como en el internacional privado. Cree que las ideas no están lo suficientemente maduras para cristalizar en un Concordato.

DÍAZ DE GUILJARRO: *La fe en el Derecho*. RCD, año XXVIII, núm. 98, enero-marzo 1956; págs. 5-19.

El abogado y el hombre de leyes en general han de estar percatados de que su función no es rutinaria y técnica solamente. Sirve a la realización del Derecho y, por tanto, hace posible la convivencia humana.

(*) Véase, al final, la clave de abreviaturas.

DUDEN, Konrad: *Cultura e classe dei giuristi. Ideali vecchi e nuovi*. NRD, volumen VIII, fascs. 9-12, 1955; págs. 459-268.

Los juristas en lugar de consumir todo su empeño en formar, de un modo o de otro, el *corpus iuris*, debían esforzarse en formar el *corpus iurisconsultorum*. Se olvida el elemento humano que es el primordial cuando se plantean estudios jurídicos.

DÜRRIG, Günther: *Die Verfassungswidrigkeit des § 67 des Personenstandsgesetzes*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; págs. 337-341.

El § 67 de la Ley sobre el estado civil de las personas, en la redacción de 3 de noviembre de 1937, sanciona con prisión hasta de cinco años el hecho de contraer matrimonio religioso antes que se celebre el casamiento ante el funcionario del estado civil. Comenta el autor la disposición en vista de la actual situación constitucional alemana.

FASSO, Guido: *Giustizia, amore e teologia*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 206-214.

Respuesta al Profesor Carnelutti en la polémica entablada acerca de la relación entre justicia y caridad.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo: *El Derecho tributario azteca*. BIM, año VIII, número 24, septiembre-diciembre 1955; págs. 9-22.

A base de las noticias contenidas en las obras originales de los antiguos cronistas e historiadores de la época de la Conquista, sistematiza, con un punto de vista actual, los principios en que se basaban los impuestos aztecas.

FUENTESECA, Pablo: *Historia y Dogmática en la Jurisprudencia europea*. RDN; núm. 11, enero-marzo 1956; págs. 183-206.

El divorcio entre Historia y Dogmática constituye una de las mayores dificultades planteadas a la Jurisprudencia europea actual. Se expone el proceso que ha conducido a esta situación, las diversas soluciones propuestas y el camino viable, a juicio del autor, para superar este estado de cosas.

GALLONI, Giovanni: *Causa e motivi nella teoria dell'errore*. RTDP, año X, número 1, marzo 1956; págs. 43-66.

La teoría objetiva de la causa como control legal del esquema normativo privado tiene que reflejarse necesariamente en los vicios de la voluntad cuando vengán a perturbar el equilibrio del esquema legal típico. Así ocurre con el error, cuya proyección en la teoría de la causa aquí se estudia.

GALVAO TELLES, Ignocencio: *Revisao do Codigo civil português*. AUM, volumen XIII, núms. 3-4, 1954-55; págs. 827-841.

Génesis y crítica del Código civil vigente; exposición de los trabajos de reforma y examen especial del anteproyecto sobre contratos civiles en especial, redactado por el autor.

GOTTHEIL, Julio: *La obligatoriedad en el Derecho*. L, tomo 78, 30 abril 1955; páginas 1-6.

La obligatoriedad jurídica ha sido siempre investigada en el espacio que media entre norma y realidad. Consideraciones sobre la obligatoriedad en relación con la teoría egológica.

GUARINO, Antonio: *La experiencia de Roma en el estudio del Derecho*. RIN, año VII, núm. 27, julio-septiembre 1955; págs. 197-208.

Ningún preconcepción de la teoría general y de la dogmática moderna debe perturbar la investigación objetiva del sistema jurídico romano. Por eso los romanistas no deben participar en la discusión de los problemas actuales del Derecho hasta tanto no exista una teoría general omnicomprendiva de los sistemas romano y moderno.

HUBMANN, Heinrich: *Grundsätze der Interessenabwägung*. ACP, tomo 155, cuaderno 2, marzo 1956; págs. 86-134.

Amplio estudio sobre el mecanismo y forma de «ponderación de los intereses» en la valoración e interpretación de las instituciones jurídicas. Se refiere el autor a los métodos de la jurisprudencia de intereses, al distinto rango de éstos, a los principios de valoración de las conductas humanas, a la resolución de conflictos, etc. Termina con un apartado dedicado a la ponderación de los intereses en relación con la personalidad del juez.

JUBANY ARNAU, Narciso: *San Raimundo de Peñafort, el jurista santo*. RJC, enero-febrero 1956; págs. 38-47.

La obra de San Raimundo de Peñafort, como contribución a la justicia y la paz.

MACKAY COOPER, Th: *La «Common Law» e la «Civil Law»*. IM, año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 47-53.

A pesar de su elasticidad, la «Common Law» representa un sistema más tosco que el de conjunto de Códigos europeos, en los que confluyeron las enseñanzas del Derecho romano y canónico. Por eso el Derecho anglosajón debe ir abandonando paulatinamente su anticuado sistema jurídico.

MANTILLA PINEDA, B.: *Métodos de la Filosofía del Derecho*. ED, vol. XVI, número 48, abril 1956; págs. 363-381.

Gradualmente va el autor exponiendo ideas generales sobre metodología en general, sobre el método en la Filosofía y el método en el Derecho. Termina la parte principal de la obra exponiendo las diferentes escuelas metodológicas en Filosofía del Derecho.

MARILUZ URQUIJO, José María: *La biblioteca de un oidor de la Real Academia de Buenos Aires*. RFDB, año X, núm. 44, julio-agosto 1955; páginas 808-813.

Glosa del inventario de la biblioteca jurídica perteneciente al oidor don Francisco Tomás de Ansotegui.

MASCHI, C. A.: *Problemi di metodo nella storia del Diritto romano privato*. IM, año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 135-142.

A propósito de la primera parte de la obra de Max Kaser sobre el Derecho privado romano en que destaca las nuevas aportaciones de la obra a las corrientes metodológicas romanistas.

MIRANDA GONZÁLEZ, José: *La reforma constitucional de Argentina*. BIM, año VIII, núm. 24, septiembre-diciembre 1955; págs. 23-34.

Sómero esquema de la Constitución «justicialista» de 1949 que, respetando el armazón de la de 1853, introduce reformas sustanciales.

MOSSA, Lorenzo: *Diritto ideale agrario*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12, 1955; páginas 199-204.

Profetiza una época en que la propiedad de la tierra será colectiva, pero la técnica jurídica, a través de la empresa, hará que su utilidad sea para aquel que con su esfuerzo la trabaja en bien de toda la comunidad.

PERGOLESSI, Ferruccio: *Norma, prassi e fantasia*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 144-165.

Reflexiones acerca de la «certeza» del Derecho, incluyendo en ella las ideas de «precisión» y «afijación», sobre todo desde el punto de vista político-legislativo, a propósito de los comentarios a la obra de Flavio López de Oñate sobre el tema publicado en segunda edición en 1950.

PIERO SERENI, Angelo: *Codificazione e «a case law»*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 167-196.

Los Códigos y los demás cuerpos legislativos suponen una distinta mentalidad jurídica en los pueblos que los practican que la de los *statutos* de la *Common Law*. De ahí que, aunque externamente parecida, sea muy distinta la función del juez y la de la doctrina.

RAMÍREZ SUÁREZ, Carlos: *Negocios jurídicos simulados*. RFC, año IV, mayo-agosto 1955; págs. 27-52.

Esquema de los principios doctrinales y funcionales de los diversos tipos de simulación.

SALVI, Ferdinando: *Carmelo Scuto*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; página 234.

Nota necrológica del profesor de las Universidades de Catania y Nápoles.

SANTA PINTER, José Julio: *El concepto soviético del Derecho*. BIM, año VIII, número 24, septiembre-diciembre 1955; págs. 63-70.

El Derecho no ha tenido para los soviets la misma significación en cada una de las cuatro etapas que se señalan en su régimen. Por otra parte, para comprenderlo hay que examinar el valor que para el comunismo tienen expresiones, como «soberanía», «democracia», que difieren del significado que les da Occidente. Para el autor, el Derecho soviético es algo nuevo, de tipo más alto que el existente en general.

SANTORO PASSARELLI, Francesco: *Presagi e certezze nell'opera di Fulvio Marti*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 197-205.

Se trazan las líneas esenciales del pensamiento jurídico del profesor italiano, principalmente en torno a la persona y a la familia.

VALENTE, A.: *Verità giuridica, interesse e criteri interpretativi in generale e nel caso dell'a 4, 1. 23 maggio 1950, núm. 253*. DG, abril 1956; págs 224-229.

Aunque existen unos criterios generales de interpretación, deben adaptarse a los fines concretos de cada ley, mucho más cuando se trata de leyes, como las arrendaticias, que visan situaciones determinadas y no preceptos generales.

VUOLI, R.: *Bartolo da Sassoferrato e la Scolastica*. IM, año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 120-126.

Bartolo es un fruto de su tiempo y lleva al derecho el ímpetu de sus contemporáneos en literatura y en filosofía.

2. Derecho de la persona.

ALVAREZ GUILLERMO, Donato: *Ante la proyectada nueva Ley del Registro Civil*. RFC, año IV, mayo-agosto 1955; págs. 53-58.

Expone los cuatro puntos fundamentales sobre los que ha de basarse la reforma de la nueva Ley de Registro Civil.

COLOUMBEL, Pierre: *Lo spirito dell'attuale Diritto francese dinanzi alle persone morali private*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12, 1955; págs. 238-249.

Desde los comentaristas del *Code* hasta hoy ha variado diametralmente la actitud de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia francesa en relación con las personas morales privadas, superando el individualismo. Existe el peligro de la excesiva abstracción en los filósofos y juristas de hoy ante el fenómeno.

CROSS, Geoffrey: *Some recent developments in the Law of Charity*. LQ, volumen 72, abril 1956; págs. 187-208.

Después de estudiar el elemento del bien público que lleva consigo el fin en las fundaciones de beneficencia, ve que existen tipos de fundaciones difícilmente encuadrables en este concepto y propone, por ello, un régimen que aclare y ordene esta cuestión.

GLACOMETTI, Zacaría: *I cataloghi dei diritti di libertà come codificazione della libertà*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12; págs. 269-279.

Las proclamaciones de derechos de libertad contienen enumeraciones llenas de lagunas. Lagunas reales al obedecer a un sistema liberal de valores. Lagunas formales al dejar la posibilidad ilimitada de interferencia del Estado.

PECCHI CROCE, Carlos: *Entrada y expulsión de los extranjeros*. RC, año XXIII, número 92, abril-junio 1955; págs. 191-222.

Exposición sistemática de la compleja legislación vigente en Chile sobre nacionalidad y extranjería.

RESCIGNO, P.: *Sindacati e partiti nel diritto privato*. IM, año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 1-34.

Intenta construir la personalidad jurídica que, a través de la integración de las normas del Derecho italiano, tienen partidos y sindicatos para extraer sus consecuencias patrimoniales y procesales.

SICILIANI, Michele: *Personalità umana e Diritto penale*. IR, año IX, enero-marzo 1956; págs. 36-50.

Análisis del concepto de personalidad humana para deducir de él el de la personalidad del delincuente.

3. Derechos reales.

BRASIELLO, Ugo: *Cose «pericolose» o cose «segenti»*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 27-42.

En la clasificación ordinaria de las cosas no se puede incluir una categoría nueva de las mismas en razón a la diferente proyección que tienen para gra-

duar la culpa. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta esta peligrosidad que puede admitir una catalogación basada principalmente en si la cosa es intrínsecamente peligrosa sin intervención del hombre o si adquiere peligrosidad al manipularse con ella.

BRETONE, M.: *In tema di «luctu» e «vedute»*. DG, abril 1956; págs. 198-200.

La servidumbre de vistas requiere que el propietario del fundo dominante pueda asomarse por los huecos. Si una persona de estatura normal no puede hacerlo cómodamente se tratará de una servidumbre de luces, pero no de vistas.

FIORETTA, Piero: *Se una acconciatura per capelli femminili possa essere tutelata a'sensi della legge sul diritto d'autore*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 2.ª parte; págs. 465-468.

La creación de un peinado nuevo debe estar tutelada si efectivamente representa algo original.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: *La urgencia en la nueva Ley de Expropiación forzosa*. RGD, año XII, núm. 137, enero 1956; págs. 99-108.

Expone las características de la urgencia en la nueva Ley de Expropiación forzosa, no siempre bien entendida en su aplicación por darse en muchas situaciones una apariencia de urgencia que no es la que la ley establece.

GOODMAN, A.: *The Copyright Bill*. MLR, vol. XIX, núm. 2, marzo 1956; páginas 186-205.

Comentario al nuevo régimen de derecho de autor inglés promulgado el 15 de noviembre de 1955, comparándolo con la Convención de Berna-Bruselas.

MIELE, Giovanni: *La proprietà terriera nella costituzione*. RTDPO, año VI, número 1, enero-marzo 1956; págs. 3-15.

La Constitución italiana al marcar la orientación acerca de la propiedad agraria sigue la tendencia moderna de intervención del Estado en el proceso de utilización de los medios de producción con fines sociales, pero de ningún modo desvirtúa la naturaleza y función de la propiedad de las tierras.

4. Obligaciones y contratos.

BALZARINI, Renato: *Problematica del contratto collettivo nel diritto comparato*. RL, año II, fascículo 2.ª, agosto 1955; págs. 247-316.

Después de ponderar el valor de los estudios comparativos, el autor observa que el contrato colectivo de trabajo presenta analogías en los distintos países. Trata de observar la consistencia de esas analogías porque pueden servir de base en el proceso unificador de esta materia.

BOWETT, D. W.: *Law Reform and Occupier's Liability*. MLR, vol. XIX, número 2, marzo 1956; págs. 172-184.

Propone reformas en el régimen jurídico que regula responsabilidad del inquilino que realiza obras que afectan a la estructura, a la seguridad o a la comodidad del edificio.

CAMPOSANO ENRÍQUEZ, Rafael: *El impuesto a las compraventas en la Ley número 11.575. RC*, año XXIII, núm. 92, abril-junio 1955; págs. 223-244.

Historia legal del impuesto y exégesis ordenada de la ley.

CARRO IGELMO, Alberto José: *Il diritto del lavoro in Spagna*. BIR, año III, números 10-11, abril-septiembre 1955; págs. 3-17.

Exposición de las fuentes y de los principales fundamentos de Derecho laboral en España: organización administrativa, contrato de trabajo, organización sindical, previsión social y jurisdicción.

CHIARELLI, Giuseppe: *La convenzione collettiva di lavoro*. RL, año II, fascículo 2.º, agosto 1955; págs. 232-246.

Considera la intervención colectiva como un hecho de producción jurídica. Le reconoce carácter normativo de formación bilateral e indica sus elementos componentes y su función social.

COLOMBO, Leonardo A.: *El mandato irrevocable*. L, tomo 78, 30 junio 1955; páginas 1-3.

Después de una aclaración en torno a la relación entre mandato y poder en la Legislación argentina, se estudian hipótesis y mecanismo del mandato irrevocable.

DA SILVA PEREIRA, Raúl: *Sintese da legislação do trabalho em Portugal*, RL, año II, fascículo 2.º, agosto 1955; págs. 346-356.

Exposición sistemática de la Ley número 1.952 de 10 de marzo de 1937 que regula el contrato de trabajo en Portugal.

DURANS, Paúl: *Una nuova istituzione del diritto sui rapporti collettivi del lavoro*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12, 1955; págs. 225-237.

Comentarios críticos a la Ley de 11 de febrero de 1950 sobre conciliación y arbitraje en los conflictos nacidos de contratos colectivos de trabajo.

GARCÍA ABELLÁN, Juan: *La forma en el despido*. AUM, vol. XIII, núms. 3-4, 1954-55; págs. 873-906.

Noción, naturaleza jurídica, clasificación, causas legales, elementos, condiciones legales, formas obligatorias y paccionadas de despido.

GIMÉNEZ-ESPARZA LÓPEZ, José: *En torno a la novísima LAU. Pluralidad de notificaciones de negativas de prórroga*. P, núm. 44, abril 1956.

La posibilidad de una proliferación de notificaciones de negativas de prórrogas que era un peligro en la ley anterior, aparece de nuevo en la nueva redacción de 1956.

HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M.: *Causation in the Law*. LQ, vol. LXXII, abril 1956; págs. 260-281.

Después de distinguir los conceptos de causa y condición, estudia, en los diferentes casos de producción de daños, su proceso causal y la intromisión de factores que interrumpen la existencia del nexo causal.

HUECK, Alfred: *Teoria del contratto e teoria dell'incorporazione*. NRD, volumen VIII, fascículos 9-12, 1956; págs. 250-258.

Crítica de la teoría de Nikisck para quien la relación de trabajo no nace del contrato, sino de la incorporación del obrero al conjunto de elementos que constituyen la hacienda.

HURTADO DE MENDOZA, A.: *El artículo 133 de la L. A. U. y la revisión de rentas*. RFC, año IV, mayo-agosto 1955; págs. 59-62.

Propone que el artículo 133 de la ley de 1946 se interprete conforme a su letra y al sentido que le da el Tribunal Supremo, aun cuando resulte duras sus consecuencias.

IBÁÑEZ DE ALDECOA, Alfonso: *Acción del arrendador para desahuciar por subarriendo al arrendatario de finca rústica*. P, núm. 44, abril 1956; página 303.

Condiciones legales para su ejercicio y modelo de formulario de demanda que atiende a todas ellas.

KNÖPFEL, Gottfried: *Billigkeit und Schmerzensgeld*. ACP, tomo 155, cuaderno 2, marzo 1956; págs. 135-157.

Muy discutida es la cuestión de si en base al § 847 BGB debe atenderse a la situación patrimonial de las partes y a la culpa del dañador para determinar la cuantía del «Schmerzensgeld» o «dinero del dolor». La equidad debe ser el criterio rector.

LEVASSEUR, George: *La législation du travail en France*. RL, año II, fascículo 2, agosto 1955; págs. 356-372.

Reseña de la legislación vigente en Francia acerca de la organización sindical, reglamentación de trabajo, seguridad social y convenciones internacionales de trabajo.

MONTAGUD, José María: *Las unidades mínimas de cultivo*. RDN, núm. 11, enero-marzo 1956; págs. 259-266.

Problemas jurídicos que crea, a causa de su imprecisa terminología, la Ley de 15 de julio de 1954.

MORELLI, Gaetano: *Requisiti formali della clausola compromissoria secondo il protocollo di Ginevra*. RFR, año XI, núm. 1, enero-marzo 1956; páginas 71-80.

No es válida una cláusula compromisoria contenida en un formulario tipo propuesto por una de las partes si no ha sido expresamente aprobada por escrito.

ORLANDO CASCIO, Salvatore: *Il lavoro nei contratti agrari atipici (considerazioni introduttive)*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 90-115.

El Derecho agrario tiene, por su formulación moderna y por la irrupción de nuevos planteamientos económicos, un gran número de contratos atípicos que en último extremo se resuelven por un sistema de intereses y con la prevalencia del más fuerte. De los conflictos que plantean para la propiedad, la empresa y el trabajo, los que hacen relación al último son los de consecuencias más injustas a las que hay que poner remedio.

PAROLI, Augusto: *Réglementation internationale du travail*. RL, año II, fascículo 2.º, agosto 1955; págs. 208-214.

Análisis de la reglamentación internacional de trabajo adoptada por la Conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo en su XXXVII sesión celebrada en Ginebra en 1954.

REYES MONTERREAL, José María: *Notas a la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos*. RGD, año XII, núm. 137, enero 1956; págs. 90-98.

Exposición exegética y somero comentario de las Bases 1.ª a 6.ª contenidas en la nueva Ley redactada para articular la de Arrendamientos urbanos.

RODRÍGUEZ SOLANO, Federico: *El retracto arrendaticio rústico. Efectos que produce*. P, núm. 43, marzo 1956; págs. 5-35.

Exposición detallada de los efectos que produce la sentencia favorable en juicio de retracto respecto al transmitente, al adquirente vencido en el juicio, al retrayente y terceros.

RODRÍGUEZ SOLANO, Federico: *El retracto arrendaticio rústico. Normas procesales*. P, núm. 44, abril 1956; págs. 5-32.

Exposición sistemática del procedimiento en el juicio de retracto de arrendamientos rústicos, según la complicada legislación vigente en la materia, que obliga a la discusión de si determinadas normas siguen vigentes o están derogadas.

SANTORO PASSARELLI, Francesco: *L'accertamento negoziale e la transazione*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 1-26.

Relación entre ambas figuras negociales y examen de sus caracteres para delimitar su ámbito de actuación y su contenido posible.

SCARPELLO, Gaetano: *La rivalutazione delle rendite vitalizie in danaro in base alla legge 24 febbraio 1953, n. 90*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; páginas 87-89.

La ley de 24 de febrero de 1953 ordena para Italia la elevación de las rentas vitalicias en dinero constituidas antes del 31 de diciembre de 1945 para obviar las consecuencias de la devaluación monetaria. En este trabajo se estudian las rentas revisables y las condiciones legales para su revisión.

SCHMIDT, Hermann Walter: *Pfändung ausländischer Forderungen und die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen, wenn der Drittschuldner im Ausland wohnt*. MDR, año X, cuaderno 4, abril 1956; págs. 204-206.

Comentario a la sentencia del LG de Bonn de 23-4-1955 sobre embargo de créditos extranjeros.

TABORDA FERREIRA, Vasco: *Competência judiciária em matéria de venda internacional de objectos mobiliarios corporais*. GMI, núm. 52, enero 1956; páginas 355-376.

Dictamen sobre los trabajos de la Comisión especial para la preparación de la octava sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que se ha de celebrar en 1956.

VAZ SERRA, Adriano Páes da Silva: *Obrigações pecuniarias*. BMI, núm. 52, enero 1956; págs. 5-340.

Amplio estudio sobre las deudas de valor, previo el Anteproyecto del Código civil portugués sobre esta materia.

VAZ SERRA, Adriano Páes da Silva: *Obrigações naturais*. BMI, núm. 53, febrero 1956; págs. 5-172.

Extenso estudio acerca de la materia en el Derecho civil portugués encauzado a la redacción del Anteproyecto del nuevo Código y precedido de un apartado que se dedica al Derecho comparado.

VILLA PASTOR, Emilio: *Vigencia del artículo 1.º de la ley de 18 de marzo de 1944*. BI, año X, núm. 334, 5 de abril de 1956; págs. 3-9.

Sostiene, contra la opinión del profesor Serrano, que esta disposición no ha sido derogada por la Ley de 15 de julio de 1954 sobre acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos, habiéndose de cumplir, cuando se inste el desahucio para cultivo directo y personal, los requisitos que establece.

VILLAR PALASI, J. L.: *Justo precio y transferencias coactivas*. RAP, núm. 18, septiembre-diciembre 1955; págs. 11-72.

Establecida la diferencia entre expropiación forzosa y transferencias coactivas, estudia el concepto de justo precio con criterio distinto al que se sigue en la expropiación tradicional.

5. Derecho de familia

ALEBRAND, Heinrich: *Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäss § 1.353, Abs. 1 BGB*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; páginas 348-350.

El LG de Gottinga ha afirmado que el hogar común que se origina en el matrimonio pertenece en mano común a ambos cónyuges. Se comenta, con citas doctrinales, la relación de esta afirmación con lo dispuesto en el § 1.353, párrafo 1.º BGB que obliga a los cónyuges a una comunidad matrimonial de vida.

BEREITER-HAHN, Werner: *Nochmals: Der Unterhaltsverzicht im Scheidungsverfahren und öffentliche Fürsorge*. EF, año II, cuaderno 10, octubre 1955; páginas 279-281.

De conformidad con el § 72 de la ley de Matrimonio de 1946, los autores y la jurisprudencia alemana suelen entender que los pactos sobre alimentos durante los procesos de divorcio son válidos en tanto no sean contrarios a la ética o no pretendan descargar sobre el Fisco la obligación alimenticia que debe pesar sobre el cónyuge culpable. El autor estudia los límites de validez y nulidad de la renuncia a los alimentos en función de los intereses del Fisco.

BLANCO, Alberto: *Sobre la Ley número 9 de 1950*. RCD, año XXVIII, número 98, enero-marzo 1956; págs. 20-45.

Defensa del sistema de comunidad de gananciales que hay que concordar con esta ley que establece el régimen matrimonial de bienes.

BOSCH, F. W.: *Zum Eheschliessungsrecht der Nachkriegszeit*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; pág. 353

Brevísimo comentario sobre la posible conclusión «no formal» del matrimonio de internados en campos de concentración. Cuestión de tipo práctico, en la situación de la postguerra en Alemania.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *Novo Código civil. Problemas relativos aos regimens de bens do casamento sobre que se julga necesario ouvir o parecer da comissão redactora do novo Código civil*. BMI, núm. 52, enero 1956; páginas 341-454.

Contesta a una serie de preguntas formuladas por la Comisión redactora del nuevo Código civil acerca de las capitulaciones matrimoniales sobre el con-

tenido de la parte general y la parte especial de la regulación del régimen patrimonial del matrimonio y de los cónyuges y del régimen supletorio en caso de no existir capitulaciones.

BRAGA DA CRUZ, Guillermo: *O problema do regímen matrimonial de bens supletivo, no novo Código civil português*. BMI, núm. 53, febrero 1956; páginas 173-206.

La Comisión Redactora del nuevo Código civil portugués, al no existir una nimidad entre sus miembros, no ha decidido cuál es el régimen supletorio a adoptar para los bienes del matrimonio. En este trabajo se exponen las soluciones que los miembros propusieron, y se ponderan los argumentos que se expusieron en favor de cada una de ellas.

ESCOBAR, Eloy: *Del matrimonio como condición en el derecho sucesorio*. RJC, enero-febrero 1956; págs. 48-54.

No es válida la condición testamentaria de contraer matrimonio ni la de no contraerlo. Los Tribunales de Justicia habrán de apreciar la validez de las condiciones de contraer o no matrimonio con persona determinada o la de no celebrarlo con un grupo o clase de personas que reúna determinadas circunstancias o la de no contraer, impuesta al cónyuge viudo.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Breve exposición de la eficacia civil del matrimonio canónico en el vigente sistema del Código civil español y del Concordato de 1953*. AUM, vol. XIII, núms. 3-4, 1954-55; págs. 843-872.

Precedentes y actual sistema matrimonial vigente en España; eficacia civil del matrimonio canónico; competencia en el procedimiento de nulidad y divorcio; efectos civiles de la nulidad del matrimonio canónico.

GESCHNITZER, FRADZ: *Liechtensteinisches Eherecht*. EF, año II, cuaderno 10, octubre 1955; págs. 278-279.

Breves consideraciones de conjunto sobre el Derecho matrimonial de Liechtenstein, que no es otro que el contenido en el Código civil general austriaco de 1911 en el estado anterior a la reforma de 1938. Se refiere a los impedimentos, consentimiento «político» (Ordenanza Imperial de 1941), conclusión del matrimonio, disolución, etc. El Derecho matrimonial del Principado es «estatal» desde el punto de vista formal; «confesional» desde el punto de vista material.

GUARINO, A.: *In tema di effetti civili del matrimonio canonico*. DG, abril 1956; págs. 201-216.

La inscripción del matrimonio canónico realizada después de la muerte de uno de los cónyuges concede al otro derecho a la sucesión, aun en perjuicio de los otros herederos, desde el momento del matrimonio.

KLEINHEYER, G.: *Unterhaltspflicht und Kindergeld*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; págs. 350-353.

Consideraciones sobre el influjo de la Ley de 13-11-1954 sobre el dinero de menores en las obligaciones de alimentos.

LUTHER, Gerhar: *Reform des italienischen Jugendrechts*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; págs. 315

El Derecho italiano referente a la protección de la juventud se contiene esencialmente en la Ley de 20-7-1944, inspirada en la Ley Alemana de Protección a la Juventud de 1924. Se enumeran las recientes modificaciones de la Ley italiana que pueden servir de ejemplo al legislador alemán.

MARLOH, F.: *Der Geisteskranke als Scheidungskläger*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; págs. 319-320.

No regula la Legislación alemana la cuestión de si el cónyuge enfermo mental puede, casado, en su propia enfermedad, interponer, como demandante, acción de divorcio. El autor analiza las insatisfactorias y no equívocas soluciones que la práctica ha dado al problema.

MAUÉ, B.: *Zur Frage des gesetzlichen Güterstandes*. EF, año II, cuaderno 10, octubre 1955, págs. 281-282.

El autor, terciando en la diversidad de criterio de Schreiber y Spiritus, se muestra contrario a que en la futura regulación del Derecho matrimonial de bienes en Alemania se imponga a los novios un «estado legal de bienes».

MEZGER, E.: *Reform des Rechts der unehelichen Kinder in Frankreich durch das Gesetz vom 15-7-1955*. EF, año II, cuaderno 10, octubre 1955; páginas 273-277.

Tras breve referencia al estado anterior de la Legislación francesa en materia de filiación ilegítima (investigación de la paternidad y de la maternidad) se refiere el autor a la elaboración y contenido de la Ley francesa de 17-7-1955 que introduce fundamentales reformas en la materia indicada. Se orienta la nueva Ley en el sentido de un mejoramiento de la situación jurídica de los hijos ilegítimos en materia sustantiva y probatoria: pretensiones alimenticias, acciones de paternidad y maternidad, presunciones, etc. La Ley tiene eficacia retroactiva.

NEUBAU, H.: *Staatliche und kirchliche Eheschließung in rechtsvergleichender Sicht*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; págs. 305-310.

En vistas al futuro Derecho matrimonial alemán, el autor, después de referirse a los sistemas de conclusión «confesional» y «civil» del matrimonio, se muestra partidario de un prudente eclecticismo.

PAULICK, Heinz: *Der Einfluss des Steuerrechts auf Eheschliessung und Ehescheidung*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; págs. 346-348.

Sobre la base de un trabajo de Joseph Wenner, el autor comenta y analiza la afirmación de aquel de que desde el punto de vista del Derecho fiscal puede ser más ventajosa la situación de los cónyuges divorciados que la de los que viven «subsistente matrimonio».

SERIHK, Rolf: *Wandlungen im französischen internationalen Ehescheidungsrecht und ihre Bedeutung für dem deutschen Richter*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; págs. 311-315.

Se discute en Francia la Ley a aplicar en las cuestiones de divorcio cuando los cónyuges tienen distinta nacionalidad. El autor analiza las repercusiones del problema en la jurisprudencia alemana.

SCHIECKEL, H.: *Die soziale Unsicherheit der deutschen Frau*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; págs. 316-317.

Apoyado por el artículo 3 de la L. F. de Bonn de 1949 (equiparación jurídica de sexos), el autor destaca ciertos aspectos en que se muestra la inseguridad social de la mujer alemana: en materia de seguros, enfermedad, divorcio, trabajo, etcétera.

X.: *Eherecht in England*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; página 354.

Consideraciones breves sobre la reciente cuestión en torno al matrimonio de la Princesa Margarita de Inglaterra.

G. Derecho de sucesiones.

BRAUEN, Albert: *Transmisión hereditaria en Suiza*. RIN, año VII, núm. 27, julio-septiembre 1955; págs. 218-219.

Normas de Derecho internacional privado relativas a los bienes situados en Suiza y pertenecientes a extranjeros fallecidos en el exterior, distinguiendo su naturaleza mueble e inmueble.

FERRI, Luigi: *Legato di cosa da prendersi da certo luogo*. RTDP, año X, número 1, marzo 1956; págs. 321-326.

Crítica de la doctrina que ve en este legado una vinculación necesariamente estable de la cosa legada al lugar, pudiendo comprender cosas por referencia a su situación, pero no destinadas a estabilizarse en ella.

GALVAO TELLES, Inocência: *Direito das successoes*. BMI, núm. 54, marzo 1956; páginas 19-138.

Presentación y articulado del Anteproyecto parcial del nuevo Código civil portugués relativo a las sucesiones.

JOLOWICZ, J. A.: *The incidence of General Pecuniary Legacies*. CLJ, abril 1956; págs. 80-100.

Diversas teorías en torno al pago del legado de cantidad y del lugar que debe ocupar en el orden de las cargas de la herencia.

II. DERECHO HIPOTECARIO

GARCÍA-TREVIJANO FORTE, Antonio: *Cancelación de hipotecas en garantía de obligaciones al portador emitidas por Sociedades Anónimas*. RDN, número 11, enero-marzo 1956; págs. 207-232.

El sistema vigente no ofrece solución posible a varios supuestos que rutinariamente siguen cancelándose por la norma general del artículo 156 de la Ley Hipotecaria.

TAULET, Enrique: *Arrendamientos urbanos y Registro de la propiedad*. PC, número 13, enero-marzo 1956; págs. 23-32.

En relación con el párrafo 5.º del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos urbanos que establece como causa de resolución la de realizar el arrendatario obras, sin permiso del dueño, que alteren la configuración de la vivienda o debiliten la resistencia de los materiales empleados, propone que al hacerse la declaración de obra nueva en el Registro, se acompañe un plano o fotografía del mismo para confrontar si efectivamente la obra altera la disposición anterior.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

ARECHA, Waldemar: *Hacia el Derecho comercial objetivo*. RFDB, año X, número 44, julio-agosto 1955; págs. 787-797.

Contra la concepción del Derecho Mercantil como derecho de la «empresa», se inclina a la del derecho de los actos de comercio, añadiendo a las cuatro notas de Rocco para caracterizarlos, una quinta: ser actos de intermediación técnica que se operan en el tránsito de las cosas.

ASCARELLI, Tullio: *Giuseppe Valeri*. RTDP, año X núm. 1, marzo 1956; páginas 232-233.

Nota necrológica, pequeña biografía y bibliografía del profesor mercantilista de las Universidades de Sossari, Messina, Parma y Florencia.

ASQUINI, Alberto: *Giuseppe Valeri*. RDC, año LII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 1.ª parte; págs. 591-594.

Biografía y bibliografía del mercantilista italiano fallecido en 1955.

HOVIN, R.: *Jean Escarra*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 1.ª parte; págs. 594-596.

Nota necrológica con la biografía y las obras del mercantilista francés fallecido en 1955.

LAGARDE, G.: *Les travaux de la Comisión francesa de reforma del Código de Comercio y de las leyes sobre las sociedades*. RTC, año IX, núm. 1, enero-marzo 1956; págs. 1-16.

Exposición de los textos elaborados por la Comisión que han sido, ya promulgados, sobre todo la ley de quiebras; los dictámenes acerca de proyectos o propuestas de nuevas leyes y reformas, y los anteproyectos de reforma no sancionados.

2. Comerciantes y sociedades.

ASCARELLI, Tullio: *Teorie giuridiche e fatti sperimentali in tema di società*. ADC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 1.ª parte; páginas 553-561.

La sociedad mercantil está sometida a un proceso evolutivo de unificación de control. La ley debe evitarlo, respetando la consecución de los intereses sociales.

CASELLA, Mario: *Maggioranza richiesta per la delibera dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società a r. l.* RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 2.ª parte; págs. 425-435.

Es necesaria la votación favorable de la mayoría del capital social, no de la mayoría del capital existente.

IANNUZZI, Mario: *In tema de aumento di capitale a favore degli obbligazionisti*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 2.ª parte; págs. 442-446.

Una sociedad no puede válidamente asumir ante los obligacionistas el deber de adoptar una decisión de aumento de capital.

MOSSA, Lorenzo: *La rappresentanza degli amministratori della Società per azioni*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12, 1955; págs. 204-210.

Representación quiere decir actuación por la empresa. Esta actuación no puede regularse en base a divisiones teóricas, como administración ordinaria y extraordinaria, sino en base al fin de la sociedad, conforme a su objeto propio.

MOROS GUIRAO, Miguel: *La separación voluntaria del socio en el Derecho mercantil español*. RDN, núm. 11, enero-marzo 1956; págs. 79-182.

Plantea el problema desde el punto de vista de que la separación de un socio no es una sustitución de titularidad, sino una extinción del complejo haz de facultades que el *status* del socio atribuye. Con este enfoque estudia el derecho de separación en las sociedades personalistas, en las anónimas y en la de responsabilidad limitada.

RAFAELLI Guido A.: *Rassegna di giurisprudenza onoraria sulle società per azioni*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 1.ª parte; págs. 562-590.

Principios de la jurisprudencia italiana durante los años 1949-1954 sobre las diferentes materias de una sistemática completa de las sociedades mercantiles.

3. Cosas mercantiles.

GRISOLI, Angelo: «*Consideration*» e forma nel diritto cambiario inglese. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955; págs. 533-552.

Sobre el derecho cambiario inglés pesan más que sobre el continental los principios generales de los esquemas contractuales en el Derecho civil. Así se explica la persistencia de la «*consideration*» en la ley cambiaria inglesa.

ROTONDI, Mario: «*Avviamento*» et concurrence déloyale. RTC, año IX, número 1, enero-marzo 1956; págs. 17-34.

Estudio doctrinal sobre la competencia desleal y sus límites naturales y jurídicos y clasificación de los actos de concurrencia que afectan a la esfera interna o a la externa de los fondos de comercio.

ZANELLI, Enrico: *Fondamenti del sistema della concorrenza in diritto americano*. NRD, vol. VIII, fascículos 9-12, 1955; págs. 211-224.

Peligro de inclinarse hacia el extremo de la libre concurrencia o hacia el del monopolio que hay que obviar en Norteamérica, donde las sentencias no son acordes. Es un problema principalmente técnico a resolver por los juristas.

4. Obligaciones y contratos.

DUROUDIER, R. y KUHLEWEIN, R.: *De l'influence des usages commerciaux et des «conditions générales d'affaires» sur les contrats entre commerçants dans la loi allemande*. RTC, año IX, núm. 1, enero-marzo 1956; páginas 35-40.

La ley alemana no toma en consideración más que la voluntad manifestada por los contratantes. Pero cuando no se puede reconstruir en un contrato la voluntad real se entiende que los contratantes han querido dejar su determinación a lo que haría un comerciante honesto de capacidad media. Así adquieren valor los usos de comercio, que aquí se exponen.

GRECO, Paolo: *Ancora sulla concorrenza sleale per violazione di esclusiva di vendita*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 2.ª parte; págs. 447-464.

Vender relojes alterando en la esfera y en la caja la marca de la maquinaria supone concurrencia desleal.

SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco Miguel: *Contratación por adhesión en el Reglamento-tipo de las Agencias de Transportes*. RGD, año XII, núm. 127, enero 1956; págs. 109-113.

Discute si el Reglamento-tipo es derecho objetivo para resolverse por la afirmativa, y en base a ella trata de algunos problemas relativos al funcionamiento del contrato por adhesión y a la posibilidad de modificar en él las normas del Reglamento.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

LENA PAZ, Juan A.: *Exposición y comentario del nuevo Código argentino de aeronáutica*. RFDB, año X, núm. 44, julio-agosto 1955; págs. 605-750.

El trabajo consta de dos partes. En la primera se historian los antecedentes del Código y se exponen los conceptos fundamentales del Derecho aeronáutico. En la segunda se exponen de modo sistemático las normas del Código promulgado el 4 de agosto de 1954.

SALAZAR SORIANO, Antonio: *Nociones generales de Derecho aeronáutico*. RB, año XVIII, núms. 67-70, marzo-diciembre 1954; págs. 9-105.

Aunque el trabajo comienza por una Historia de la técnica del vuelo y por la definición del Derecho aeronáutico, en realidad se trata de la exposición de las fuentes internacionales sobre todas las materias que afectan a esta rama del Derecho.

SOLE DE SOJO, V.: *La asistencia marítima*. RJC, enero-febrero 1956; páginas 16-30.

Antecedentes histórico-legales y examen del Anteproyecto de Ley sobre auxilios, salvamentos y hallazgos marítimos.

TALASSANO, FRANCISCO: *Sulla società d'armamento fra comproprietari della nave*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 1.ª parte; págs. 505-532.

Sobre esta nueva figura legal se sostiene por la jurisprudencia italiana que es sociedad mientras que la doctrina cree que es comunidad. El autor expone los argumentos en pro o en contra de ambas tendencias, y se inclina por la tesis societaria.

6. Derecho de quiebras.

HOUIN, R.: *Las consecuencias de la quiebra de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada sobre sus dirigentes, en Derecho francés*. RJC, enero-febrero 1956; págs. 3-15.

Sin necesidad de que sean personalmente declarados en quiebra, la declaración de las sociedades que dirigen trae consecuencias que consisten en sanciones penales, privación de derechos cívicos y profesionales y obligación de pagar todo o parte del pasivo social.

MARZEO, Ugo: *Il fallimento del socio con responsabilità illimitata*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 327-336.

La *ratio iuris* de la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada, cuando quiebra la sociedad, no está en su insolvencia, sino en la necesidad de asegurar esa responsabilidad.

PAZZAGLIA, Ludovico: *Un altro caso dubbio nell'interpretazione dell'articolo 147 legge fallimentare*. RDC, año LIII, fascículos 11-12, noviembre-diciembre 1955, 2.ª parte; págs. 436-441.

El acreedor no está legitimado para proponer el recurso contra la resolución judicial que deniega la extensión de la quiebra de la sociedad a los socios no nominativos.

IV. DERECHO NOTARIAL

GALLAS, W. H.: *El Notariado en Indonesia*. RIN, año VII, núm. 27, julio-septiembre 1955; págs. 209-217.

En Indonesia rigen todavía las normas del Reglamento notarial para las Indias Orientales Holandesas de 1.º de julio de 1860. El autor expone su contenido y la necesidad de reformarlo.

NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: *La ratificación*. RDN, núm. 11, enero-marzo 1956; páginas 7-78.

La ratificación es una de las figuras que dan contenido sustancial a las escrituras de adhesión. Aquí se estudia desde el punto de vista del Derecho notarial.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel: *Política y técnica para una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. RFC, año IV, mayo-agosto 1955; págs. 3-26.

Después de comprobar la necesidad de la reforma, esboza un conjunto de principios metodológicos para acometerla.

GUASP DELGADO, J.: *El sistema de una ley procesal civil hispano-americana*. RP, 1956, núm. 1; págs. 69-166.

Ideas fundamentales que deben ser comunes a los ordenamientos procesales hispanoamericanos y contenido de estas ideas a partir de la Ley de Enjuiciamiento de 1855.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El centenario del primo codice civile spagnolo di procedura civile*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 215-231.

Líneas generales de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, sobre todo en cuanto precedente de la actual, con motivo del centenario de aquélla.

MATSCHER, F.: *Il diritto processuale civile internazionale nel nuovo codice di procedura civile dello stato Vaticano*. IM, año VII, fascículo I, marzo 1956; págs. 127-134.

El nuevo Código de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano, lejos de inspirarse en el libro V del *Codex iuris*, lo hace en el Código ritual italiano de 1942, excepto en algunos puntos tomados del Derecho procesal y austriaco. Se expone en esquema su contenido.

VILLAR Y ROMERO, J. M.: *Problemática del ordenamiento procesal y orgánico español*. RP, 1956, núm. 1; págs. 29-68.

Defectos del ordenamiento jurídico orgánico procesal; necesidad de una reforma radical y conjunta; ideas y directrices fundamentales que debe tener.

2. Parte general.

BARBERO, D.: *I diritti della famiglia nel matrimonio*. IM, año VII, fascículo 1.º, marzo 1956; págs. 54-74.

Todas las relaciones que nacen del matrimonio, incluso las existentes entre los cónyuges, deben tener en cuenta la preeminencia de la familia como institución natural a la que el propio matrimonio está ordenado.

BERRI, Mario: *Parole di elogio degli avvocati dette da un giudice*. IR, año IX, enero-marzo 1956; págs. 19-30.

Las relaciones entre el juez y el abogado no son siempre ejemplares. Por eso tiene importancia que un juez destaque dos virtudes más destacadas en el abogado que en el juez: la humildad y la paciencia.

CALAMANDREI, Piero: *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*. RPR, año XI, núm. 1, enero-marzo 1956, 1.ª parte; págs. 7-55.

Posibles conflictos entre el Tribunal constitucional italiano y la jurisdicción ordinaria. Necesidad de interpretar la Constitución de manera elástica en este

punto. Colaboración que debe existir para ello entre el Tribunal constitucional y el de casación.

CASANOVA, José: *Los Jueces Comarcales y Municipales y las sustituciones*. P, núm. 44, abril 1956; pág. 319.

Inconvenientes de la institución de los jueces de Primera Instancia, por los Municipales y Comarcales establecida en el Decreto de 10 de febrero de 1956 y que aprueba el Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial.

GOT LIEB, A.: *Confirmation by subsequent facts*. LQ, vol. LXXII, abril 1956; páginas 209-236.

Régimen del juego de presunciones que el juez pone en práctica cuando por hechos posteriores se revela la existencia de una declaración falsa.

HENNECKE: *Rechtsanwälte und sozialgerichtliche barkeit*. MDR, año X, cuaderno 4, abril 1956; págs. 201-204.

La entrada en vigor el 1 de enero de 1954 de la Ley alemana sobre jurisdicción social abría a los abogados, al parecer, un nuevo campo de acción. La realidad ha demostrado que esta creencia no ha tenido apenas realización.

MANDRIOLI, Crisanto: *Uso ed abuso del concetto di interesse ad agire*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 342-349.

El daño que se estime productor de interés para ejercitar u oponerse a una acción no es necesario que esté jurídicamente cualificado; puede serlo también el que no ha sido valorado legislativamente.

MIGLIONI, Carlo: *Costituzione, Corte Costituzionale ed inefficacia attuale della norma riparatoria degli errori giudiziari*. IR, año IX, enero-marzo 1956; págs. 51-59.

Necesidad en Italia de actuar por medio de leyes los principios constitucionales que garantizan a los ciudadanos contra los errores judiciales.

PERGOLESI, Ferruccio: *Annotazioni marginali sulla Corte costituzionale*. RPR, año XI, núm. 1, enero-marzo 1956, 1.ª parte; págs. 66-68.

Constitución del Tribunal constitucional, sus funciones y su aspecto fiscal.

PRIETO CASTRO, L.: *Acumulación de acciones*. RP, 1956, núm. 1; págs. 11-28.

Definición, clases, requisitos y tratamiento procesal de la acumulación de acciones en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil.

PROSPERETTI, Ubaldo: *Ordini professionali, sindacati e compiti dei giuristi*. IR, año IX, enero-marzo 1956; págs. 31-34.

Oportunidad de constituir sindicatos profesionales junto a los Colegios oficiales de Abogados en Italia.

SARDULLI, A. M.: *Reglamento preventivo di giurisdizione e giudicato sulla legittimazione*. DG, abril 1956; págs. 210-211.

Aun cuando exista una resolución de competencia en un pleito puede oponerse una vez comenzado con el juez competente, la excepción de falta de legitimación pasiva.

SARTORIO, José C. *Sobre el cambio de nombre de la justicia federal*. L, Tomo 78, 27 abril 1955; pág. 1.

La jurisdicción «federal» argentina se ha cambiado en «nacional». El autor critica el cambio de denominación.

SATTA, Salvatore: *Sull'inesistenza degli atti processuali*. RTDP, año X, número 1, marzo 1956; págs. 37-341.

Comentario a propósito de un caso procesal de la significación que el concepto de inexistencia de un acto tiene en relación con el de nulidad.

SCHIEDERMAIR, Gerhard: *Die Anordnung der erst künftig durchführbaren erbbiolog gischen Untersuchung durch Beweisbechluss dess Prozessgerichts*. EF, año II, cuaderno 10, octubre 1955; págs. 285-289.

Sobre la base de una reciente decisión jurisprudencial se suscita la debatida cuestión de si contra el acuerdo sobre una prueba sólo realizable en el futuro procede o no el recurso de queja.

SENTIS MELENDO, S.: *La Ley argentina 14.237. Facultades del juez y materia probatoria*. RP, 1956, núm. 1; págs. 167-250.

Examen de las experiencias de la práctica durante los dos años de su vigencia, de la reforma parcial del ordenamiento procesal civil en las materias de poderes del juez y materias de prueba.

3. Procesos especiales.

BOQUERA OLIVER, J. M.: *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*. RAP, núm. 18, septiembre-diciembre 1955; págs. 127-206.

Estudia las entidades autárquicas y los conceptos generales que proporcionan su idea clara, y con estas conclusiones diferencia los recursos contra las personas fundacionales públicas, las personas fundacionales privadas y las personas autárquicas de tipo corporativo.

BOYER, Louis: *Réflexions sur la requête civile*. RTDC, año LIV, 1956, enero-marzo 1956; págs. 55-85.

Este recurso no es otro que la acción de nulidad cuando el vicio que la produce no se ha conocido hasta la conclusión del procedimiento. Desde este punto de vista pueden señalarse sus diferencias con el recurso de casación

BROX, Hans: *Probleme der Abänderungsklage (§ 323 ZPO) und der Unterhalts-Zusatzklage (§ 258 ZPO)*. EF, año II, cuaderno 11, noviembre 1955; páginas 320-324.

Consideraciones sobre la demanda o «acción de modificación» de la sentencia que condena a prestaciones periódicas, al alterarse las circunstancias. Se estudia la cuestión en la Ordenanza procesal civil alemana en relación con el caso concreto de «aumento de alimentos».

D'ONOFRIO, Crisanto: *Questioni in tema di competenza territoriale nei giudizi di separazione personale*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; páginas 350-351.

Los procedimientos familiares, si bien han de orientarse en un sentido de protección a la familia, no pueden en aras de la protección violentar las normas procesales.

FAIRÉN GULLÉN, Víctor: *Sobre la naturaleza del juicio de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*. PC, núm. 13, enero-marzo 1956; páginas 11-22.

Los problemas básicos del desahucio en la Ley procesal civil vigente son los mismos que en la de 1855. De aquí que sea útil, como el autor hace, referirse a los de esta ley y ponderar las opiniones de sus redactores y autores contemporáneos.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La terminación anormal del proceso administrativo*. RAP, núm. 18, septiembre-diciembre 1955; págs. 73-126.

Diversos casos en que el proceso administrativo termina por resoluciones del juez que no constituyen sentencias. Exposición sistemática de ellos.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Ultimas orientaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. RP, 1956, núm. 1; págs. 277-300.

Ultimas sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo en cuanto a vigencia de normas procesales, sujetos y objeto del proceso, su nacimiento, desarrollo, terminación y efectos y sobre los recursos de apelación y revisión;

LASERRA, G.: *Sull'appellabilità delle sentenze rese dal Conciliatore in cause locative di valore inferiore alle lire duemila*. DG, abril 1956; págs. 217-219.

Frente a una sentencia que niega este recurso, el autor expone los argumentos que apoyan la opinión afirmativa.

LÜTKE, Gerhard: *Erfolglosigkeit des Sühneverfahrens in Ehesachen*. EF, año II, cuaderno 12, diciembre 1955; págs. 342-346.

Sobre el criterio comparativo alemán-norteamericano, el autor ofrece el contenido de una propuesta en torno al intento de dotar de una mayor eficacia al acto de conciliación en cuestiones matrimoniales.

MONTESANO, Luigi: *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*. RPR, año XI, número 1, enero-marzo 1956, 2.ª parte; págs. 1-8.

El procedimiento cautelar de urgencia no es impugnable, termina su función con su decisión judicial; es sustituido por la sentencia de plenario cuando ésta admite la existencia del derecho; caduca cuando no la admite.

SBÁIZ, Angiola: «Lassismo» o rigorismo in tema di improcedibilità di appello. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 364-369.

La jurisprudencia italiana ofrece una gran variedad en cuanto a interpretación de las normas referentes a la apelación.

4. Jurisdicción voluntaria.

LANCELLOTTI, Franco: *Incompetenza e nullità nel procedimento di adozione*. RTDP, año X, núm. 1, marzo 1956; págs. 352-363.

Desde el punto de vista de que el procedimiento de adopción es de jurisdicción voluntaria, se estudian las posibilidades de reforma de la sentencia que le pone fin.

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.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da 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 = Iustitia (Roma).
 IM = Jus (Milán).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Bolivia).
 RC = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 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).

- RDV = 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).
RFDR = 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).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Lucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro (Bolonía).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (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 = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti 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

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 16 DE MARZO DE 1956

Recurso gubernativo

Aun declarando la procedencia del recurso planteado frente a la calificación registral, el auto presidencial recuerda al fedatario la improcedencia de producirse en términos poco corteses e incorrectos para con el funcionario calificador, emitiendo expresiones impropias del nivel cultural y cargo del recurrente. Denegada la apelación, el Notario interpuso recurso de reposición también denegado; presentado el recurso de queja, la Dirección general confirma la resolución del Presidente de la Audiencia, consignando la siguiente doctrina:

A) *Que si bien el último párrafo del artículo 112 del mismo texto reglamentario autoriza un recurso contra la calificación del Registrador a efectos puramente doctrinales, no puede estimarse comprendido el caso planteado en el ámbito de su aplicación, ni cuando el Notario señor Solano interpuso la apelación denegada se hallaba afectado su prestigio profesional una vez acordada por el auto presidencial la inscripción de la escritura de segregación y venta que autorizó el 4 de junio de 1954, con el cual quedó extinguida la acción ejercitada.*

B) *Motivado el recurso de queja, por no haberse admitido la apelación interpuesta por el Notario contra uno de los considerandos del auto de 5 de enero de 1955, su admisión implicaría desconocer las facultades concedidas por la Ley Hipotecaria a los Presidentes de las Audiencias para ordenar, dirigir y resolver los recursos gubernativos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 112 a 120 del Reglamento Hipotecario; que tampoco puede ser tachado de incongruente un auto en el que en virtud de tales facultades, el Presidente creyó conveniente recordar al Notario que no se deben emplear en los escritos forenses expresiones innecesarias y susceptibles de menoscabar el respeto debido a otros funcionarios que con análogas facultades ajustaron su proceder al procedimiento legalmente establecido.*

Vid. resoluciones de 13 de enero de 1893, 15 de octubre de 1902, 27 de marzo y 4 de abril de 1929, 27 de marzo de 1931, 27 de marzo de 1935, 25 de enero de 1936, 11 de diciembre de 1937 y 9 de febrero de 1943.

RESOLUCION DEL 2 DE MARZO DE 1956

Prohibición testamentaria de disponer en Cataluña

Planteadas la cuestión de si es inscribible en Cataluña una escritura de compra-venta por la que la vendedora transmite como libre una finca que le había sido prelegada por su abuelo con determinada sustitución fideicomisaria y prohibición de enajenarla mientras viviese su marido, el Registrador la deniega por razones de fondo y de forma, haciendo referencia las primeras a la eficacia intrínseca de la limitación en tanto subsistan las condiciones de hecho para que fué prevista, y al respeto debido a los derechos eventuales de los llamados a la sustitución, y la segunda a la insuficiencia de la autorización obtenida para operar la subrogación real de los bienes prelegados, el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Confirmada la calificación por el Presidencia de la Audiencia, la Dirección general ratifica el auto presidencial en virtud de las siguientes consideraciones:

A) *Las fuentes romanas, con un carácter excepcional, admitieron que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudieran enajenarse, y autorizaron al fiduciario a realizar actos de disposición válidos para pagar deudas de la herencia, satisfacer legítimas, constituir dotes o donaciones «propter nuptias» cuando no tuviese bienes suficientes con su legítima, y sólo permitían la enajenación en los demás casos si era consentida por todos los interesados en el fideicomiso, porque sin ese consentimiento su validez quedaba pendiente de que la sustitución no tuviere lugar.*

B) *Los autores clásicos trataron de adaptar a las sustituciones fideicomisarias los precedentes romanos contenidos en el «Corpus», que contemplan preferentemente el tipo de fideicomiso puro, de restitución inmediata y, junto a las enajenaciones permitidas en dichos textos, llegaron a proclamar que en los casos de fideicomiso universal se podía disponer permutando o conmutando el precio de los bienes por cosas útiles o de mayor estimación, siempre que el testador expresa o tácitamente no hubiera prohibido la enajenación al fiduciario, porque entonces concurría una doble prohibición legal y voluntaria.*

C) *No comprendida la enajenación discutida en este recurso en ninguno de los excepcionales supuestos contemplados, trata de ampararse a la subrogación real, procedimiento técnico merced al cual lo que se recibe por enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida, pero que no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fructuación operado.*

D) *El procedimiento establecido en el título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativo a la enajenación de bienes de menores e incapacitados no es aplicable, porque encaminado a suplir una incapacidad frente a necesidades que pueden ser perentorias, en este expediente aparece utilizado para atender las conveniencias del heredero gravado y con él se puede modificar la voluntad claramente manifestada por el testador, puesta de relieve por la interpretación sistemática del testamento y además por las disposiciones establecidas respecto de determinadas acciones de una Compañía Anónima, y con un posible perjuicio para personas llamadas al disfrute de bienes de la herencia.*

Vid. sentencias de 21 de diciembre de 1892, 26 de febrero de 1896, 30 de abril de 1897 y 22 de octubre de 1946, y las resoluciones de 15 de abril de 1930 y 3 de noviembre de 1932, citadas todas en la decisión que extractamos. Son interesantes además las sentencias de 13 de marzo de 1942, 2 de marzo de 1943, 30 de octubre de 1944, 25 de junio de 1945, 10 de abril de 1947 y 2 de marzo y 31 de mayo de 1950 y las resoluciones de 26 de junio de 1930, 31 de enero de 1931, 11 de marzo, 3 de noviembre y 14 de diciembre de 1932, 13 de junio y 14 de noviembre de 1933 y 10 de marzo y 11 de octubre de 1944.

RESOLUCION DE 3 DE MARZO DE 1956

Reinscripción

Inscrita una hipoteca sobre bienes de una entidad marxista, y destruido posteriormente el Registro, se solicita la reinscripción de la finca a nombre de la Delegación Nacional de Sindicatos y, fuera de plazo, la de la hipoteca. Denegada esta última por aparecer ya el inmueble a persona distinta de la entidad hipotecante, el Presidente de la Audiencia confirma la calificación registral, siendo revocados ambos acuerdos por la Dirección general, que declara:

A) *La inscripción de la finca durante el periodo de reconstitución a favor de la Delegación Nacional de Sindicatos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 23 de septiembre de 1939, no debe ser obstáculo para que un título que estuvo ya inscrito pueda de nuevo acogerse a los beneficios del sistema, porque conforme al artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, «transcurrido el plazo prefijado... podrán también ser inscritos o anotados de nuevo los títulos que anteriormente lo hubieran sido», si bien los nuevos asientos no surtirán efecto contra tercero sino desde su fecha, enérgica limitación de los efectos normales que tendrían y que en cierto modo sancionan la negligencia sufrida.*

B) *Los límites establecidos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria para el desenvolvimiento de la función calificadora deben interpretarse en armonía con las prescripciones contenidas en las leyes especiales en supuestos como el que es objeto de este expediente y, en consecuencia, puede evitarse por tratarse de una reinscripción, el obstáculo insuperable que para el acceso del documento implicaría el cierre del Registro.*

Vid. resoluciones de 28 de junio de 1896, 22 de febrero de 1941 y 25 de abril de 1948.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

LEGADO PARCIARIO DE USUFRUCTO

(Sentencia de 11 de febrero de 1956)

LEGADO PARCIARIO DE USUFRUCTO: *Esta clase de disposición testamentaria más que de un legado parciario, se trata de una disposición que no atribuye al beneficiario la condición de heredero.*

TESTAMENTO OLOGRAFO: REQUISITOS: *Los arts. 688, 689 y concordantes del Código Civil establecen los requisitos inexcusables para advenir tales clases de testamentos, y no es posible sin que ellos se cumplan, tener como última voluntad del finado lo que se expresa en tales documentos, ni suplir de oficio tales requisitos.*

DONACIÓN: ACEPTACIÓN: *Cuando se trata de una donación que recaiga sobre bienes que no tengan la condición de inmuebles, el art. 632 del Código Civil exige una aceptación, ya sea verbal o escrita, pero no puede entenderse por tal la reclamación en juicio, de la cosa donada. [Sentencia de 11 de febrero de 1956, no ha lugar.]*

A. CONSIDERANDO que en cuanto a este punto, que para resolver el único problema que en el motivo anterior se plantea, no cabe perder de vista que en el caso, más que de un legado parciario propiamente dicho, se trata de establecimiento de un legado de usufructo, limitado en su extensión y duración, que por eso precisamente, no puede atribuir al beneficiario del mismo aquella plenitud de derechos que por un esfuerzo analógico, ya intentado por la jurisprudencia le confiere la condición de heredero y permite ejercitar válidamente contra él las acciones para las cuales sólo está legitimado pasivamente el heredero, de modo que aun prescindiendo de las discusiones doctrinales en torno a la investigación del sistema a que el Código civil responde (por contraposición del denominado de la *successio* al intitulado de la *adquisitio per universitatem*) y de las relativas a la posibilidad de construir en nuestro derecho propio la figura del legado de parte alícuota sobre la base del artículo 655 del Código civil, de los 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065 de la Ley de Enjuiciamiento y del número 7.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria en trance de interpretación de cláusulas testamentarias, no puede perderse de vista lo que en ese punto establece el artículo 668 del mencionado Código, claramente interpretado por la Sentencia 16 de octubre de 1940, porque la exigencia de un elemento intencional para inferir la voluntad del de «cuius», confiere al intérprete determinadas facultades de calificación que si en todo caso serían explicables, lo son mucho más cuando la atribución de la condición de heredero que en nuestro derecho lleva consigo en principio una respon-

sabilidad *ultra vires* obliga a proceder con cautela en la resolución de los casos concretos, de donde lógicamente cabe inferir que al proceder la Sala, como lo hizo calificando de legataria a doña D. G., no tanto sólo porque en el testamento del causante se la denominó así (lo que en otros supuestos podría ser intrascendente), sino porque el legado hecho sólo contemplaba el usufructo de una parte del patrimonio, ni infringió los preceptos que se citan ni contrarió la doctrina jurisprudencial que se menciona, lo que impone la desestimación del primer motivo del recurso. (Considerando 2.º)

B. Aborda en esta Sentencia el Tribunal Supremo la cuestión de la naturaleza del legado de parte alcuota, si bien referido al caso concreto de que recaiga solamente sobre el usufructo de los bienes que constituyen el todo o parte de la herencia. Por esta causa, no entra directamente en el examen de la naturaleza del legado parciario, por ser ajena al recurso, sino solamente se limita a declarar, que al recaer sobre el usufructo, es un legado «limitado en su extensión y duración», es decir, que al tener por objeto una cosa cierta y determinada —el usufructo— juega el artículo 768 del Código civil, unido ello al elemento intencional que siempre debe tenerse en cuenta. La naturaleza de esta disposición en usufructo ha sido muy debatida en el Derecho italiano, en donde según que se le considere como disposición de cuota o no del total haber hereditario (sabido es que en el Derecho italiano la distinción entre heredero y legatario se funda simplemente en un criterio objetivo). La mayoría de la doctrina considera que la atribución de la totalidad o cuota parte del usufructo del patrimonio hereditario no constituye un llamamiento a título universal, pues el usufructuario no está llamado a suceder en todas las relaciones jurídicas que correspondían al difunto, sino que le es atribuido un solo derecho, de naturaleza temporal, y que por ello no responde de las deudas de la herencia. (Confróntese Stolfi: «Sul lascito del usufructo universal»; Coviello: «Successione legittima e necessaria»; Barassi: «Le Successioni», y doctrinas por ellos citadas.) Excepción constituye Cicu, en «Le Successioni», págs. 16-17 y en «Usufructo di ereditá», rivista trimestrale «Dil diritto e procedura civile», año 1952, pág. 543: «Dice la Casación que el usufructuario no sub-entra en la misma posición que tenía el difunto. Se dice, que a diferencia del heredero que sub-entra en todas las relaciones, el usufructuario lo hace sólo en una, en la de usufructo; a lo que se debe responder que también en ese caso el heredero sub-entra en una sola selección: la de propiedad; mientras digamos que el heredero sub-entra en todas las relaciones cualquiera que ellas sean, lo mismo deberemos decir para el usufructuario, que por el usufructo sub-entra en todas las relaciones singulares. Quien diga que esto no es posible para el usufructuario, porque el usufructo no existía en el patrimonio del difunto, se puede responder que tampoco existía en el patrimonio de éste la propiedad como nuda-propiedad. Termina afirmando que es un heredero y que por tanto responde de las deudas del difunto.» La crítica la realiza Gangi, en «Successione testamentaria», tomo I, pág. 304. La cuota, por ser una función del todo, no puede tener un contenido diverso de este último.

Cuando el testador deja la propiedad de todos los bienes a una persona y el usufructo a otra, no puede decirse que ha hecho una división de los bienes entre ambos, porque en realidad ha dejado a una todos los bienes, y ha atribuído sobre los mismos un derecho temporal a otra. No cabe admitir el razonamiento de Cicu, de que en este caso la atribución en nuda-propiedad no es más que una atribución en pleno dominio. si bien limitada temporalmente por el derecho de usufructo dejado a otra persona, que al extinguirse con su muerte, se consolida con la propiedad. La jurisprudencia italiana considera tal atribución como un legado, puede verse en este sentido la Sentencia del Tribunal de Milán de 23 de enero de 1951, y de la Casación de 30 de marzo de 1951, ambas comentadas en la Revista Foro italiano (1951, I, 474 y 1.041).

Los civilistas patrios se han ocupado del problema del legado de parte alicuota en términos generales, pero son muy pocos los que han abordado la naturaleza de este legado cuando recae sobre el usufructo. Ha habido quien ha apuntado la solución de que la institución en el usufructo de todos o parte de los bienes hereditarios, constituye un legado, conforme al artículo 768 del Código civil, por ser una institutio ex re certa; con mayor razón lo sería por tanto si se trata de un legado de esta clase. La Sentencia comentada, si bien no de una manera terminante, viene a declarar el carácter particular de esta disposición, y en ello en forma más enérgica que la Sentencia de 11 de enero de 1950. En ésta, declaraba, que la posición de la usufructuaria no es absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad por deudas hereditarias, pero que existía identidad en otros aspectos (responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición), pues usufructuario y nudo-propietario están en el mismo plano, por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia como partícipes de un derecho abstracto en el universum jus difuncti. En la de 11 de febrero de 1956, como se deduce de los términos del Considerando transcrito, esta legataria en usufructo, no es considerada como heredera, a los efectos de la responsabilidad de las deudas de la herencia, al igual que en la precedente, pero apunta, como puede verse en el Considerando 2.º, transcrito, una más enérgica declaración en el sentido de que se trata de una sucesión a título particular.

Antonio IPIENS

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. FUENTES DE DERECHO: CIRCULARES DE LA COMISARÍA DE ABASTECIMIENTOS: Véase S. 5 abril 1956 (4). e-9

2. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA: Véase S. 5 abril 1956 (4).

3. PRINCIPIO JURA NOVIT CURIA: Véase S. 31 marzo 1956 (III, 52).

4. UNIONES SIN PERSONALIDAD: *Las agrupaciones circunstanciales, constituidas a los fines de la legislación de abastecimientos, tienen personalidad propia y, por tanto, procesal para comparecer en juicio.*

CIRCULARES DE LA DELEGACIÓN DE ABASTECIMIENTOS: *Las mencionadas circulares tienen un contenido normativo de naturaleza especial que excluyen, en las materias que regulan, las normas del C. c. y del C. de C.*

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA: *Planteada una duda en la aplicación de las normas antes indicadas debe atenderse al criterio establecido por la Comisaría General, interpretando sus propias normas.* (Sentencia 5 abril 1956.)

El problema se plantea en relación con expedición de aceite entre un proveedor andaluz y un grupo de mayoristas gallego. La cuestión litigiosa se planteó con motivo de una Circular de la Comisaría de Abastecimientos de 4 de octubre de 1944 que dispuso que los almacenistas devolviesen los bidones, poniéndolos en estación de origen con portes pagados en un plazo de treinta días contados desde la recepción de la mercancía, a partir de cuyo término abonarán en concepto de alquiler medio céntimo por kilo y día de demora durante los treinta días siguientes y un céntimo por día y kilo los días que sobrepasen de esta fecha. La cuestión surge al sostenerse, por una parte, que la obligación cesa en la fecha de facturación en la localidad de destino, mientras que por la otra se mantenía que se debía hasta la llegada de los bidones a la localidad de origen.

Este problema concreto da, sin embargo, al T. S. ocasión para examinar algunos temas de interés relacionados con el derecho excepcional creado por la legislación de abastecimientos.

a) Plantea, en primer lugar, la Sentencia el problema de las uniones sin personalidad. La demanda la promovió la Agrupación de Mayoristas de Coloniales de Lugo. El recurso de casación denunció la infracción de los artículos 35, 36, 37, 1.669 del C. c. y 116 del C. de C. al atribuir personalidad jurídica a dicho grupo.

El T. S. lo rechaza, porque el Grupo de Almacenistas, aun encuadrado en el Sindicato de la Alimentación y Productos Coloniales, «funcionaba con autonomía económica y personalidad propia para todo lo referente a la retirada, distribución, contrata y financiación de artículos intervenidos propios del ramo, como consta documentalmente»; además porque el demandado «se entendió con el Grupo de Almacenistas para lograr el percibo de la cantidad que estimaba le adeudaban, como lo percibió, o sea que le reconoció personalidad para que le abonara la cantidad que consideraba le era en deber»; y, por último, porque «las personas integrantes del tan repetido Grupo constituían una agrupación circunstancial o unión sin personalidad a los fines que les asignaba la disposición de Abastecimientos, pero con personalidad propia y por tanto procesal para accionar en juicio, mientras no se justificase, lo que no se ha hecho, que los comparecientes en la Agrupación dejen de ser los que otorgaron la escritura de poder para litigar».

Los argumentos de la sentencia anotada no son absolutamente convincentes. Con arreglo al artículo 35 del C. c. son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocida por la ley y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia. Para que exista una persona jurídica es preciso que la ley haya concedido al grupo personalidad propia independiente de la de cada uno de los asociados. La personalidad jurídica sólo puede encontrar fundamento en la ley; fundamento que para las sociedades lo dan los artículos 1.669 del C. c. y 116 del C. de Comercio, y para las demás asociaciones la Ley de 30 de julio de 1887.

Pero la sentencia anotada no se basa para reconocer personalidad al grupo en cuestión en un precepto legal que claramente se la atribuya, sino en hechos meramente accidentales. Y, así, viene a decir que el Grupo tiene personalidad porque funcionaba con autonomía económica y personalidad propia. lo cual es en rigor inadmisibles porque la personalidad no puede depender en ningún momento de que un grupo aparezca en el tráfico y funcione como tal persona, sino que se haya constituido como tal con arreglo a la ley. Afirma, igualmente, que el Grupo tiene personalidad porque el litigante contrario le ha reconocido esta personalidad al reclamarle un pago, lo cual es todavía mucho más inadmisibles, pues la posesión de personalidad no depende del reconocimiento del otro contratante; no se es persona porque otro le reconozca como persona, sino porque lo reconoce la ley.

El último argumento es incluso contradictorio. Literalmente dice la Sentencia que «las personas integrantes de dicho grupo constituían una unión sin personalidad a los fines que les asignaba la disposición de abastecimientos, pero con personalidad propia y por tanto procesal.» Confesamos que es difícilmente inteligible el sentido de este párrafo, pues, si constituía una unión sin personalidad a los fines asignados por la disposición de abastecimientos, mal podía tener personalidad propia.

En resumen, la doctrina de esta sentencia no puede tenerse en cuenta a la hora de determinar la personalidad de las «agrupaciones circunstanciales», pues no sólo no es clara, ni precisa, sino que además carece de univocidad.

b) Plantea además la Sentencia el problema de la contratación forzosa

y lo hace para rechazar el segundo motivo de casación fundado en la infracción del artículo 1.257. Los contratos sólo producen efectos entre los contratantes y el recurrente había contratado con el Sindicato de la Alimentación y Productos Coloniales y no con el Grupo de Almacenistas.

El T. S. advierte que para resolverlo hay que partir de «la modalidad contractual que rige todas las operaciones de abastecimiento de artículos intervenidos por el Estado.» La compraventa—continúa diciendo—no se concertaba entre almacenistas y expendedores minoritarios, ni tampoco entre los primeros y el Sindicato. Todas las operaciones se realizan por los Gobernadores civiles, Delegados Provinciales de Abastecimientos, como contratantes del producto, que lo reparten entre los almacenistas distribuidores de destino clasificados, quienes se encargan de su recepción y reparto entre el comercio minorista. De este hecho extrae una consecuencia muy importante, pero también quizá excesivamente atrevida: que hay que prescindir de toda relación contractual entre los colitigantes, derivada de una convención de compraventa de aceite intervenido, que sólo pudo concertarse, en el caso a que el recurso se refiere, entre el Gobernador Civil, Delegado Provincial de Abastecimientos de la Provincia de Lugo, y los almacenistas de la rama o provincia.

Pero este argumento, lejos de destruir la posición del recurrente lo que parece es refozarla, pues, si se alegó la infracción del artículo 1.257, porque los contratos sólo producen efectos entre los contratantes, admitido que quien contrata con el Grupo de Almacenistas es el Gobernador Civil, con arreglo a la técnica civil, este contrato no puede producir efecto entre aquellos. Por otra parte resulta inexplicable negar la existencia de relación entre colitigantes, al tiempo que se declaran unos derechos y unos deberes dimanados de la operación.

El tema de los contratos forzosos, en el cual no podemos entrar extensamente (Vid. A. D. C., IX, 1, 84 y sigs.) parece confusamente tratado. Habría que admitir, a nuestro juicio, la existencia de una relación de compraventa entre los litigantes, aunque de naturaleza no contractual, sino impuesta, y asignar al Gobernador Civil, no tanto el papel de contratante—comprador, vendedor—como el de órgano de la Administración encargado de vincular a las partes y de dirigir la operación entre ellas. (L. D. P.)

5. INMUEBLES POR DESTINO: INEXISTENCIA: *El destino, por voluntad del propietario de una finca, de maquinaria mueble por su naturaleza a la industria que se realice en un edificio o heredad, concede a esas máquinas la consideración de bienes inmuebles, pero no produce, cuando son de distinto propietario, la comunidad entre ambos de los dos distintos elementos.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: DESAHUCIO POR COPROPIETARIO DE MAQUINARIA: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Existe un arrendamiento único e indivisible de cosas muebles e inmuebles pertenecientes a distintos propietarios, y un solo arrendatario, sin pacto de solidaridad entre aquellos, y sin que pueda ninguno de ellos reclamar con independencia de los demás por razón del incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, indivisibles respecto a dichos arrendadores. (Sentencia 27 febrero 1956: desestimatoria).*

ANTECEDENTES: Tras diversas vicisitudes, el actor, en el momento de la demanda, sólo es dueño de una parte indivisa de las máquinas instaladas en el local arrendado, perteneciendo otra parte indivisa de dichas máquinas y todo el solar, edificios y anejos en que están instaladas, a persona que no ha intervenido en el pleito. La demanda de desahucio por necesidad fué desestimada en ambas instancias, desestimándose asimismo el recurso por el T. S.

6. SIMULACIÓN: FALTA DE PRECIO REAL: *Contra la afirmación de la sentencia de que no hubo precio real y efectivo, base de su declaración de simulación, no puede esgrimirse el mismo documento que contiene el contrato discutido, en particular cuando lo que consta en él no es la realidad de la existencia del precio como hecho, que es lo único que tendría valor para demostrar el error del juzgador, sino una manifestación de las partes de que tal precio se había entregado.* (Sentencia 16 marzo 1956.)

7. CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍCOS: TEORÍAS OBJETIVAS: CARACTERÍSTICAS DEL MÓVIL EN ESTA ÚLTIMA: *La teoría objetiva estima la causa como la contrapartida económica de la obligación, la cual se reemplaza en el acto a título gratuito por la intención liberal o voluntad de obligar (o de despojarse) sin contrapartida económica. La teoría subjetiva ve en la causa, esencialmente, el motivo que ha determinado la voluntad de obligarse; pero el motivo considerado no es el puramente personal, variable según los individuos, sino el «móvil que el derecho tiene en cuenta», es decir, que aún en este caso, la investigación de la intención debe estar limitada por la consideración de los elementos objetivos.*

CAUSA Y MOTIVO: DISTINCIÓN: RESEÑA JURISPRUDENCIAL: *La jurisprudencia se ha esforzado en distinguir la idea de causa de la de motivo; así las Sentencias de 18 de enero, 8 de marzo y 6 de mayo de 1902, las de 5 de enero de 1904, 23 de noviembre de 1920, 22 de marzo de 1924, etc. La jurisprudencia más reciente ha estimado que los motivos, ordinariamente irrelevantes, pasan a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc., constituyendo de esta forma parte integrante de la misma; así las sentencias de 16 de febrero de 1943, 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950 y 29 de abril de 1951.*

COMPRAVENTA: EXPRESIÓN NO VINCULANTE DEL MÓVIL: *De la cláusula escrituraria en que el Estado compra un solar «para la construcción de un edificio destinado a nueva casa de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre» no puede deducirse que aquél se obligó con el vendedor a construir en tal terreno la Fábrica de la Moneda, vinculándose, sino tan sólo una declaración por parte del Estado en la que se refiere al destino del bien adquirido, que no va dirigida o destinada a su contratante, una simple expresión de su propósito en aquel entonces y del móvil que le impulsa.* (Sentencia 17 marzo 1956.)

8. LA CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO: CAUSA VERDADERA Y CAUSA FALSA; EXPRESIÓN FALSA DE CAUSA Y CAUSA PROPIAMENTE FALSA: *La causa ha de ser verdadera, si bien la expresión de causa falsa en los contratos no produce la*

nulidad cuando se prueba que están fundados en otra verdadera y lícita.— La causa falsa proplamente dicha o causa putativa (que se supone existente entre las partes, no dándose en la realidad) se confunde con la inexistencia de causa y produce, por tanto, la inexistencia del contrato. (Sentencia 21 marzo 1956.)

Manifestado por el actor que el vale de 18.000 pesetas, aunque lo resumieron en el concepto de «gasolina» responde en realidad a otros conceptos. Incluso entrega de cantidades, ello representa cabalmente la falsedad de la causa expresada en el contrato, lo cual obligaba al actor a comprobar que éste estaba fundado en otra lícita y verdadera, so pena de la nulidad del mismo contrato, y esta prueba no resulta de los autos.

9. CAUSA: SU ABSTRACCIÓN: *Conforme al artículo 1.277 del Código civil, no es menester una especial intención de las partes dirigida a separar y abstraer la causa, sino que basta su inexpressión.*

CAUSA: EFECTOS DEL CONTRATO QUE NO LA EXPRESA: *El contrato que no contiene expresión de la causa surte exactamente los mismos efectos que el causal, mientras no se pruebe que la causa no es lícita o no existe.*

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: *El reconocimiento de deuda es un contrato por el cual se considera como existente contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba o prometerse a no exigir prueba alguna de la deuda, o finalmente, querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce.*

RECOGOCIMIENTO CONSTITUTIVO DE DEUDA: AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA: *Semejante reconocimiento funda una obligación independiente, con sustantividad propia, o sea independiente de la existencia de la deuda reconocida.*

RECONOCIMIENTO CONSTITUTIVO DE DEUDA: CUÁNDO EXISTE: INTERPRETACIÓN: *La cuestión de si existe reconocimiento constitutivo de deuda ha de resolverse por interpretación, según el tenor literal del reconocimiento, su finalidad y las circunstancias concurrentes, por lo que si no se indica en absoluto la causa de la obligación, si la diferencia a esa causa de obligar es meramente general, habrá de resolverse con frecuencia de manera afirmativa, mientras que si se indica con precisión la causa de obligar, sólo podrá admitirse el reconocimiento constitutivo de una manera excepcional y en méritos de razones especiales. (Sentencia 8 marzo 1956.)*

OBSERVACIONES: La presente sentencia, de la que fué ponente don Francisco Bonet Ramón, consagra la doctrina generalmente admitida en nuestra patria acerca de la abstracción de la causa en los contrato y del concepto y naturaleza del reconocimiento de deuda, recogiendo en cuanto a éste la definición y características que señaló Ennecerus para el Derecho alemán, recogidas por el maestro Castán para nuestro Derecho.

No es esta la sección adecuada para hacer un estudio acerca de si es o no fundado el encuadramiento sistemático del reconocimiento de deuda, pero no nos resistimos a la tentación de destacar al menos la anomalía que, a nuestro juicio, representa definir el reconocimiento de deuda (e igual podría decirse de la promesa) como contrato, cuando aparece claro que la esencia vinculante arranca de modo exclusivo de la declaración unilateral de voluntad del que quiere obligarse (D. I.).

10. INTERPRETACIÓN: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: *No es misión del Tribunal Supremo, sino del juzgador de instancia, el encuadrar un contrato en las diferentes especies de convención que caben en el arrendamiento de servicios.*

PRESUNCIONES: *Es notoria la doctrina jurisprudencial que enseña que la prueba de presunciones no es, de modo general, obligatoria para el juzgador, y si éste consideró suficiente la prueba directa para formar su criterio, no puede atribuirse infracción alguna del artículo 1.253. (S. 21 febrero 1956.)*

11. CARGA DE LA PRUEBA: *La doctrina más respetable traslada la carga de la prueba en general al litigante que enuncia un hecho contradictorio de la situación jurídica existente.*

PRECIO CONFESADO: PRUEBA DE LA CERTEZA DE LA ENTREGA: *La prueba de la certeza de la entrega del precio confesado en escritura pública no corresponde al comprador que la alega, sino a quien niegue su veracidad. (Sentencia 20 marzo 1956.)*

«... se estableció la doctrina más aceptable de trasladar la carga de la prueba en general al litigante que enuncia un hecho contradictorio de la situación jurídica existente, de suerte que quien se enfrente con la situación creada por sí o sus causantes mediante escritura pública y niegue la realidad del precio que en ella se declara recibido con anterioridad, debe probar su aserto para poder enervar la *presunción de veracidad* que emana de la declaración hecha ante Notario con fuerza vinculante en principio entre los contratantes, lo que se aviene con la norma del art. 1.218 del C. c. aun cuando la verdad intrínseca de la declaración no resulte amparada por la prueba plena de la fe notarial. (Considerando 2.º.)

«... Que esta tendencia jurisprudencial reciente y justificada por los expuestos fundamentos jurídicos habrá de ser atacada y, en consecuencia, quiebra la argumentación de los tres motivos del recurso ...()... partiendo del supuesto equivocado de que la compraventa en litigio carece de causa por no haber probado el demandado-comprador la existencia real del precio, siendo así que la presunción de veracidad aludida le libera del *onus probandi*, adquiriendo rango de firmeza al no ser enervada por demostración en contrario a cargo de los actores-recurrentes. (Considerando 3.º.)

12. MEDIOS DE PRUEBA: VALOR DE LA ESCRITURA PÚBLICA: *Si bien no existe disposición que obligue a conceder a la escritura pública valor preferente sobre los demás medios de prueba, ha de entenderse que no es posible desarticular dicha probanza, cuando sean producto armónico y conjunto de todos los elementos aportados al debate.*

IDEM RESPECTO DE TERCEROS: *Para que los terceros puedan contradecir y destruir el contenido de una escritura pública, es necesario que se ofrezcan y se precisen las afirmaciones que hagan ineficaces la fuerza instrumental de la escritura. (Sentencia 5 marzo 1956; no ha lugar.)*

13. DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Un informe del Colegio de Médicos no tiene el carácter de documento auténtico a los efectos de alegar en casación*

error de hecho en la apreciación de la prueba. (Sentencia 11 abril 1956; no ha lugar.)

14. PRUEBA: CONCEPTO DE DOCUMENTO: *Bajo el concepto de documento deben comprenderse no sólo los escritos o instrumentos referentes a algún acto jurídico, sino cualquier otra cosa que sirva de medio de prueba.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO EN CASACIÓN: *Existe autenticidad cuando el documento, desde luego legítimo y de aceptación obligatoria por el Tribunal, contiene en sí mismo, sin que hayan de utilizarse deducciones, la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador.* (Sentencia 24 febrero 1956.)

En el pleito se había discutido la nulidad de una patente por falta de novedad. El recurso se articuló al amparo del número 7.º del art. 1.962 de la LEC por error de hecho en la apreciación de la prueba. El T. S. declaró haber lugar al recurso, porque, en virtud de un documento auténtico, la misma cosa litigiosa—un modelo de cerradura unido a los autos—se demostraba la equivocación evidente del juzgador.

Para llegar a tal resultado ha necesitado la jurisprudencia renovar, por decirlo así, ampliándolo al concepto de documento y prueba documental, para llegar a conclusiones acordes ciertamente con parte de la doctrina moderna.

Y así el considerando tercero, quizá el más importante de esta Sentencia, dice que «si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico español se ha venido aplicando la palabra documento en el tecnicismo jurídico únicamente al escrito o instrumento en que se aprueba, confirma, hace constar o acredita algún hecho, disposición, convenio, crédito, obligación, derecho o ventaja, con la clasificación en públicos, privados, mercantiles, administrativos, etc., y conforme al art. 1.215 del C. c. y 578 de la LEC, se señalan concretamente como medios de prueba los aludidos escritos o instrumentos, no parece que ha de resultar opuesto a la lógica considerar de igual modo elemento probatorio en este concepto documental auténtico la misma cosa discutida, singularmente en casos tan particulares como el presente, de índole y características peculiares, que versa sobre patentes determinadas y específicas, y en el cual el examen por medio de los sentidos del objeto del litigio resulta sin duda más completo y decisivo que la lectura del escrito en que se expresan sus características o la contemplación de su representante gráfica, pudiendo servir de apoyo para sostener esta tesis, sin que haya que entrar en la teoría doctrinal de la prueba en sí misma, no solamente que tal medio de prueba ya existe, aunque en otro aspecto, en el ordenamiento jurídico prevenido en el art. 633 de la LEC, relacionado con el 1.241 del C. c., al decir el primero de dichos preceptos «cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el Juez examine por sí mismo algún sitio o la cosa litigiosa», sino porque, aun actuando dentro de los límites señalados al razonamiento lógico por el número 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, al principio citado, el vocablo documento, en su raíz etimológica latina—de *docere*, enseñar, mostrar o prevenir—significó, en su origen, modelo, ejemplar o ejemplo, acepción gramatical que ha conservado en las lenguas derivadas del latín, como la francesa, en que al lado de su significado de título o prueba por escrito figura también el de un objeto cualquiera que sirve de prueba, y en

el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, a más de diploma, carta, relación u otro escrito, se consigna asimismo la acepción de «cualquiera otra cosa que sirve para ilustrar o comprender algo».

OBSERVACIONES: La sentencia a que nos referimos tiene gran importancia no sólo desde un punto de vista técnica jurídica, sino también desde un punto de vista práctico. Amplía, como hemos visto, el concepto jurídico del documento desde la idea tradicional de prueba escrita hasta incluir en él cualquier objeto—en el caso actual un modelo de cerradura—que pueda servir de medio de prueba; ampliación que gana importancia si se tiene en cuenta que se realiza para dar cabida a tales medios en el concepto de documento auténtico a efectos de casación, tradicionalmente angosto y estricto por obra de la propia jurisprudencia.

Pero si esta ampliación del concepto de documento, en términos generales parece pausable, no se ha formulado con absoluta precisión. La sentencia se refiere a un «objeto que sirve de prueba», a la «cosa litigiosa», etcétera, con lo cual no da una idea absolutamente exacta, pues fácilmente se comprende que no todas las cosas, aun sirviendo de prueba, pueden considerarse documentos. Para que un objeto cualquiera pueda considerarse documento es menester que dicho objeto esté en el pleito, esté en los autos. Esta idea—el estar en los autos, la unión a los autos—no está expresamente formulada en la sentencia, aunque parece implícita en ella. En otro caso no habría manera, dados los términos en que plantea el problema, de diferenciar la prueba documental de la de reconocimiento judicial, cuestión ésta a la que la sentencia se limita a aludir simplemente (L. D. P.).

15. PRUEBA DE DOCUMENTOS: COTEJO: *Los documentos que no fueron expresamente impugnados en cuanto a su legitimidad y a tenor del art. 597, 1.º de la LEC, han de ser tenidos por legítimos y eficaces sin necesidad de cotejo.*

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: *Embargadas unas participaciones indivisas de fincas y planteada tercera de dominio por los titulares registrales, distintos del deudor embargado, no es preciso que al contestar a la demanda se solicite la cancelación del asiento cuando sin reconvenir, se limita el demandado a poner frente a la certificación registral el documento privado que acredita la situación extrarregistral contraria, que no es incompatible con la inscripción registral alegada por ser un documento traslativo de dominio posterior al acto que causó la inscripción.*

EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO O DERECHOS REALES INSCRITOS: *No es precisa la petición que prescribe el art. 38 cuando la nulidad o cancelación de la inscripción fuese una consecuencia necesaria del juicio y no hubiera terceros interesados, conforme a la doctrina legal hipotecaria de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de abril de 1926. (Sentencia 8 mayo 1956.)*

OBSERVACIONES: Por débitos fiscales fueron embargadas dos quintas partes indivisas en determinadas fincas, atribuidas al deudor apremiado en contrato privado rectificatorio de una partición. En esta partición, que se inscribió en el Registro, se adjudicaba a dos hermanas de aquel deudor seis octavas partes indivisas de las mismas fincas. Anunciada la subasta, dichas señoras incoan la correspondiente tercera de dominio, que es desestimada en ambas instancias. Entablado recurso de casación, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar.

La adjudicación al deudor de las participaciones embargadas se hizo en documento privado, que fué reconocido en juicio y sobre cuya autenticidad

dad no había duda. Por ello, la justicia intrínseca de las sentencias emitidas en este proceso no ofrece duda. No obstante, nos preguntamos si el aspecto formal registral no ha resultado infringido a lo largo de todo el proceso. Por una parte, no se cumplió el artículo 140 del Reglamento Hipotecario en su regla primera, en cuanto a la anotación preventiva de embargo debió ser suspendida por el Registrador. Por otra, en el razonamiento del Tribunal Supremo que se ha recogido en el extracto anterior, parece haber el fallo de confundir el principio de trazo sucesivo con el de legitimación registral en el punto en que ambos coinciden y se ponen en contacto; es decir, en el párrafo 3.º del artículo 38, el cual, taxativamente, establece el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio cuando los bienes contra los que se dirige constan inscritos en el Registro a favor de persona distinta de aquella contra la que se decretó el embargo, que es el caso de autos.

16. PRUEBA TESTIFICAL: *Los artículos 1.248 del C. c. y 659 de la LEC contienen tan sólo una advertencia a los Juzgados y Tribunales acerca de la apreciación de la prueba testifical, pero que carece de carácter preceptivo.*

MORA ACCIPIENDI: *No existe tal mora si el deudor ofrece una cantidad inferior a la realmente debida, lo cual motiva el que no sea aceptada por el acreedor.* (Sentencia 11 abril 1956.)

17. PRESUNCIÓN: ERROR DE DERECHO: *Incide en error de derecho la sentencia que acepta una presunción contraria a la prueba de documentos, admitidos con plena eficacia.*

TRASPASO INCONSENTIDO: *Existe traspaso cuando uno de los dos coarrendatarios o comuneros del arrendamiento cede al otro su cuota parte individual y privativa en el arrendamiento y negocio industrial comunes.* (Sentencia 15 marzo 1956; ha lugar.) T8

Considerando 3.º: Que incide en error de derecho por infracción del artículo 1.253 del C. c. la sentencia que acepta como probada por presunción la existencia de una representación a pesar de admitir la plena eficacia de los documentos que, obrantes en autos, acreditan por sí que el supuesto representante sin declarar que obra en nombre y por cuenta ajena compra para sí, a los proveedores y para su reventa, las mercaderías que, con lucro, reevnde a los consumidores, clientes del establecimiento a su nombre abierto con la publicidad que procura el rótulo colocado en la portada del mismo y la inserción a su nombre en la lista de abonados al servicio telefónico. del teléfono que, como del local comercial, figura en el aludido rótulo, realizando, por tanto, en su nombre y por su cuenta, como resulta de la domiciliada en el establecimiento arrendado, a él personalmente abierta por el Banco Español de Crédito, todas las operaciones que exige el ciclo completo del fenómeno económico de circulación de bienes desde productor a consumidor, constitutivo del tráfico o comercio, aprobando el poder otorgado el 29 de septiembre de 1951, que con él no se realizaron los actos ejecutados antes de su otorgamiento ni, por ende, los precedentemente narrados, concluidos sin apoderamiento en ejercicio del referido comercio en nombre propio, si bien en local que permanece arrendado mancomunadamente a dos personas distintas del que lo ejerce.»

18. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Infringe el artículo 1.253 del Código civil la sentencia que deduce la existencia de un subarriendo (acto bilateral que requiere el asentimiento del arrendatario-subarrendador), por presunción inferida exclusivamente del acto unilateral de un tercero extraño, la Asociación «Tertulia M. González», que señaló como domicilio en el Registro Gubernativo de Asociaciones el local arrendado, porque entre este único hecho demostrado directamente y aquel otro que de él se pretende inductir, no se descubre el enlace directo y preciso que dicho precepto exige. (Sentencia 25 abril 1956.)*

19. PRUEBA: PRESUNCIONES: *Cuando por otros medios lícitos consignó su convicción la Sala, mal pudo infringir por no aplicación los preceptos legales que se refieren a la prueba de presunciones.*

COMPRAVENTA: OBJETO: *Referida la compraventa a un cuerpo cierto, en término generales no puede entenderse pedida una parte desintegrada del todo, que desnaturalizaría, cambiándolo, el objeto del contrato. (Sentencia 11 abril 1956.)*

20. PRUEBA: PRESUNCIONES: *El enlace entre el hecho acreditado y el hecho que se trata de deducir ha de consistir en la conexión y congruencia entre ambos hechos, de suerte que la realidad del uno conduzca al conocimiento del otro, por ser la relación entre ellos concordante y no poder aplicarse a varias circunstancias.*

PRUEBA: PRESUNCIONES: *No es lícito sostener como presunción lo que no pasa de ser mera conjetura.*

PRUEBA: LAS PRESUNCIONES EN CASACIÓN: *Puede la Sala de Casación, en las presunciones del hecho, por tratarse de verdaderas pruebas críticas, censurar el juicio lógico que la de instancia formula, cuando notoriamente falte, como dice el artículo 1.253 del C. c., el enlace «preciso y lógico» entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir según las reglas del criterio humano. (Sentencia 25 febrero 1956.)*

21. CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES: *El medio supletorio de las presunciones empleado por el Tribunal de Instancia puede impugnarse en casación en dos puntos: uno, existencia real del hecho del que ha de partir la inducción, y el otro, la precisión y rigor lógico de ese hecho y del que se trata de demostrar. (Sentencia 22 marzo 1956.)*

Del solo hecho de que, sin acreditación alguna, los causahabientes del acreedor hipotecario incluyeran el inmueble en cuestión en el inventario de la partición de su causante, no se puede deducir, como consecuencia natural, lógica y legítima, la adjudicación del inmueble ni a ellos ni a su causante.

22. COSA JUZGADA: *El principio de inatacabilidad de las resoluciones firmes es un principio de orden público. (Sentencia 4 abril 1956.)*

23. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: JUICIOS DE DESAHUCIO: *Es doctrina generalmente admitida que no cabe atribuir dicha condición a los fallos pronunciados en los juicios de desahucio.*

TÁCITA RECONDUCCIÓN: AUMENTO DE LA RENTA ESTIPULADA: *Continuada la relación arrendaticia por tácita reconducción, la fijación del aumento de la renta estipulada no envuelve rectificación sobre sus condiciones esenciales.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *Hay arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibe, además del local, el negocio en él establecido. (Sentencia 23 febrero 1956.)*

24. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: FUNDAMENTO: *La prescripción de las pretensiones, en general, sirve a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica, las cuales exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas, ya que sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: DERECHO DE COMPRA CONCEDIDO AL ARRENDATARIO: «DIES A QUO» PARA EL CÁMPUTO DEL PLAZO PRESCRIPTIVO: NI INTERRUPCIÓN DEL MISMO POR EL PAGO DE LA MERCED ARRENDATICIA: *Al pactarse en el contrato que el arrendador se obligaba a vender al arrendatario la finca arrendada, siempre que hubiese satisfecho las cuarenta y cinco mil pesetas en que se valoraba, y estuviese al corriente en el pago del arrendamiento, se creó a favor del arrendatario demandado un derecho de compra, que, dada la naturaleza personal del mismo, tenía que ejercitar en el plazo de quince años señalado en el Código civil para las acciones de esa clase. Tal plazo comenzó a correr el mismo día del contrato, porque desde entonces pudo pagar la totalidad del precio. Y no puede estimarse como interrupción el pago de alquileres del local arrendado, ya que permaneciendo en éste el demandado, el arrendamiento tenía que seguir funcionando con sustantividad propia, y con la obligación esencial de abonar la merced arrendaticia. (Sentencia 13 abril 1956.)*

II. Derechos reales

1. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: POSESIÓN REGISTRAL COORDANTE CON LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL: *Si bien la parte actora no tiene título de dominio a su favor, sino una posesión obtenida el ocho de junio de mil ochocientos setenta y cuatro, tal posesión registral es bastante para acreditar aquél, por cuanto concuerda con la realidad jurídica, según aparece claramente de la prueba. (Sentencia 5 mayo 1956.)*

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA DE INMUEBLES: DELIMITACIÓN DE LA FINCA: *Sosteniéndose en la sentencia que la parte del inmueble propiedad del actor está suficientemente identificada, no existiendo dudas sobre su identidad, su delimitación puede hacerse en trámite de ejecución de sentencia, según jurisprudencia de esta Sala.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA DE INMUEBLES: ACCIÓN DE JACTANCIA: *Cualquiera que sea el criterio que se tenga acerca de la vigencia de la acción de jactancia, no se dan sus presupuestos si en la sentencia del Tribunal de Instancia no se da por probado que el recurrido difamara a su contradic-*

tor, estimando, por el contrario, que al referirse a la finca sólo pretendía su reconocimiento, que después ha interesado judicialmente. (Sentencia 17 febrero 1956: desestimatoria.)

3. REIVINDICACIÓN DE MUEBLES: TÍTULO HEREDITARIO: *Es requisito esencial para el éxito de la acción reivindicatoria que quien la promueva justifique ampliamente el título de dominio de los bienes reclamados, sin que el título universal de herencia sea suficiente para reivindicar bienes determinados si no se acredita que éstos forman parte de la herencia de que se trata.*

REIVINDICACIÓN DE MUEBLES: PRUEBA: *Tratándose de la reivindicación de bienes muebles han de imperar en el proceso las normas generales sobre prueba en esta clase de acciones, careciendo de aplicación el artículo 449 del Código civil, referente a los efectos de la posesión.*

COSAS MUEBLES: EFECTOS: ALHAJAS: *El vocablo «efecto» tiene significaciones muy diversas en nuestro idioma, una de ellas sinónima de cosas y bienes muebles, de las que no es dable excluir las joyas o alhajas, y en que no cabe limitarla a los utensilios caseros, y por ello no se infringe con tal interpretación el artículo 346 C. c.*

SEGURO DE VIDA EN GARANTÍA DE PRÉSTAMO: *No se puede privar a la beneficiaria y prestamista de la garantía de conservar en su poder la póliza que respalda sus derechos adquiridos por título contractual. (Sentencia 17 mayo 1956: no ha lugar.)*

4. USUCAPIÓN: POSESIÓN A TÍTULO DE DUEÑO: *Aprobado el remate de la finca subastada el once de junio de mil novecientos treinta y cinco a favor del demandado, quedó éste en posesión de ella a título de dueño, y no habiéndose ejercitado acto alguno con valor jurídico para interrumpir la usucapión hasta la presentación de la demanda en siete de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, es obvio que el demandado se mantuvo en esa posesión durante más de diez años (descontado el tiempo de guerra en Madrid) y, por tanto, adquirió ese dominio por usucapión, pues no consta la ausencia de los interesados y son indiscutibles el justo título y la buena fe.*

USUCAPIÓN: INTERRUPCIÓN: ACTO DE CONCILIACIÓN ANTERIOR EN MÁS DE DOS MESES A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA: *El acto de conciliación no pudo producir, en estas circunstancias, el resultado interruptivo, según dispone el artículo 409 de la LEC, y carece también, a estos efectos, del carácter de reclamación extrajudicial, según sentencia de 19 de noviembre de 1941. Sentencia 8 marzo 1956.)*

5. DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN: CAPACIDAD: INTERÉS OPUESTO DEL TUTOR: *El convenio de división carece de eficacia jurídica, por no intervenir el protutor de la copartícipe, ya que su abuela y tutora estaba interesada en la comunidad en concepto de heredera.*

ACTO DE DISPOSICIÓN: *Este convenio de división supone un acto de disposición, y no de administración, y al faltar el consentimiento de uno de los interesados, es un negocio radicalmente nulo.*

CONFIRMACIÓN: APROBACIÓN POR EL CONSEJO DE FAMILIA: *La aprobación por este organismo del convenio de división no puede ser válidamente una confirmación, ya que falta el presupuesto básico para que pueda tener lugar conforme al artículo 1.310 C. c. (Sentencia 7 marzo 1956: no ha lugar.)*

6. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES: NOVEDAD: *La nota de novedad tiene tal relevancia en lo relativo a la protección de la propiedad industrial, que su falta ineludiblemente ocasiona, ya la negación de la concesión de la patente, ya la nulidad de la que se hubiese concedido.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: IMPUGNACIÓN DE PATENTES: JURISDICCIÓN: *Si para propugnar la denegación de la concesión solicitada ha de utilizarse la vía administrativa, por lo que respecta, caducado ya el trámite de oposición, a la acción para pedir la nulidad del registro efectuado, como civil que es, ha de ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria. (Sentencia 10 marzo 1956.)*

7. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS: OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN Y POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN: *El Decreto de 3 de febrero de 1945, que con carácter reglamentario modifica el artículo 120 del Estatuto en el sentido de hacer obligatorio el registro de todas las marcas destinadas a distinguir un producto cualquiera que sea su clase o naturaleza, no excluye la posibilidad de que el certificado título de inscripción, concedido a persona o entidad determinada que lo solicite, pueda ser impugnado por un tercero.*

MARCAS: IMPUGNACIÓN Y PRESCRIPCIÓN: *La presunción de propiedad, que el inscribiente tiene a su favor mientras no se consolide el dominio por el transcurso de los tres años de hallarse inscrita, es impugnable por quien pruebe el uso extrarregistral o la quieta posesión con buena fe y justo título durante el tiempo necesario para poder adquirir el dominio por prescripción.*

8. MARCAS: REGISTRO Y USUCAPIÓN EXTRARREGISTRAL: *El registro de una marca no puede perjudicar a quien ha venido poseyendo extrarregistralmente durante el tiempo necesario para usucapir el dominio. (Sente 8 mayo 1956.)*

9. POSESIÓN: BUENA FE: PRESUNCIÓN: *La apreciación de la buena fe es un concepto jurídico que, aparte de que se presume siempre en la posesión, es deducido libremente por el Tribunal sentenciador valorando los hechos.*

POSESIÓN: MALA FE DEL POSEEDOR: CARGA DE LA PRUEBA: *Al demandado que alegaba la mala fe de los actores incumbía probar su existencia, conforme prescribe el artículo 434 C. c.*

POSESIÓN DE BUENA FE: INTERRUPCIÓN: *El demandado interrumpió con su reconvencción la creencia de los actores de poseer la finca en concepto de dueños, y como consecuencia, a partir de tal fecha carecen los actores del derecho a hacer suyos los frutos percibidos, por lo cual, la Sala de Instancia, que no lo entiende así, infringe el artículo 451 C. c.*

CONTRATO DE RENTA VITALICIA: *No se dan las características que configuran el contrato de renta vitalicia cuando, aun efectivamente transferida la finca, la cantidad que como renta o pensión se había de abonar no resulta calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales en función de la vida probable del dueño del predio cedido, que es lo que representa el aleas en esta clase de negocio.*

CONTRATO DE RENTA VITALICIA: FORMA DE ABONO DE LA RENTA: *Señalado como pensión anual el interés del 2 por 100 sobre el valor atribuido a la finca entregada, que había de abonarse al dueño de ella, más un 4 por 100 sobre la cantidad de treinta y cinco mil pesetas que había de pasar al hijo y hermano, respectivamente, del dueño y deudora para compensarle de la diferencia en menos que valía la finca, que igualmente a él fué transmitida en el mismo acto, se establece y abona la renta anual con finalidades diferentes en forma impropia del contrato de renta vitalicia.*

10. **EL LLAMADO PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL: REQUISITO DE LA BUENA FE: SERVIDUMBRE OSTENSIBLE:** *Falta la buena fe exigida en el artículo 34, cuando, aun no haciéndose constar en la escritura, el adquirente conocía con anterioridad su existencia. Y tal conocimiento existe cuando los signos de la servidumbre son ostensibles y, por ende, indubitados. (Sentencia 25 febrero 1956.)*

OBSERVACIONES: *Relativa a una servidumbre de acueducto, como las de 11 de enero de 1895 y 14 de abril de 1914, esta sentencia reitera la tesis consagrada, tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina, de que el adquirente no puede ampararse en la presunción de integridad del Registro en virtud del llamado principio de fe pública registral para pretender que no le perjudique una servidumbre no inscrita en el Registro cuando aquélla es aparente, paladina y ostensible, pues en tal caso su propia ostensibilidad le dota de una publicidad superior a la registral. Y aun cuando de hecho el adquirente desconociese su existencia, no se alteraría el resultado, ya que, como dice Roca Satsre (Derecho Hipotecario, Barcelona 1954, I-419), se trataría de una ignorancia inexcusable.*

11. **EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO: ARTÍCULO 38, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY HIPOTECARIA:** *El expresado artículo 38 no sería obstáculo para que prosperase la reconvencción en el caso presente, porque, conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de junio de 1926, puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia cuando la nulidad o cancelación de la inscripción fuere una consecuencia necesaria del juicio y no hubiera terceros interesados.*

USUCAPCIÓN «CONTRA TABULAS»: REALIDAD REGISTRAL Y EXTRARREGISTRAL: *No aprobada por los actores la extraña situación arrendaticia que alegaron (respecto de la cual no han podido determinar, ni aun de modo indicario, el plazo y precio estipulados) y destruida por otra probanza la condición de precarista atribuida al demandado, subsiste el hecho reconocido de posesión ininterrumpida de éste por más de treinta años, prescripción adquisitiva extraordinaria por la que la realidad extrarregistral enerva el contenido de los libros hipotecarios.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: NO LO ES LA DECLARACIÓN CATASTRAL: *El documento en que consta la declaración que el demandado hizo al formarse el catastro de que era arrendatario de la finca discutida no tiene, a los efectos de casación, el carácter de auténtico porque no es por sí solo título bastante para acreditar la veracidad de lo que en él se contiene.*

CASACIÓN: EL ARTÍCULO 1.248 C. C. Y EL 659 DE LA L. E. C. NO PUEDEN SER OBJETO DE IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *Ni el artículo 1.248 C. c. por su carácter simplemente admonitivo ni el 659 de la Ley Procesal, que establece la facultad discrecional del Juzgador para la apreciación de manifestaciones testificables, pueden ser objeto de impugnación en casación.* (Sentencia 3 abril 1956.)

OBSERVACIONES: Concuera esta sentencia con la de 9 de julio de 1955 en cuanto niega la necesidad de la aplicación del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en los casos en que el demandado alegue, en reconvencción, la prescripción adquisitiva «contra tabulas», si bien los razonamientos empleados son distintos. En la presente se apoya en la tesis sustentada por la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creemos que la verdadera razón se halla en el hecho de que, caso de estimarse la reconvencción, no es preciso cancelar ni anular el asiento registral anterior. Nos remitimos a nuestro comentario a la Sentencia de 9 de julio de 1955, publicado en A. D. C. 1955, VIII-4, páginas 1386 y siguientes.

«ESTABLIMENT» EN CATALUÑA: USUCAPIÓN LIBERATORIA: *Transcurridos treinta años desde 1891, fecha en que los censatarios dejaron de satisfacer las pensiones, se ha producido la usucapición liberatoria y los erfiteutas son dueños en pleno dominio.*

«ESTABLIMENT» EN CATALUÑA: PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA: SENTENCIA DECLARANDO EL COMISO: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *No es obstáculo a la antedicha declaración de prescripción liberatoria la existencia de una sentencia de comiso, la cual no produce la excepción de cosa juzgada porque en la fecha en que se inició la reclamación estaba ya producida la usucapición y porque entre las causas de pedir no se da la necesaria identidad.*

USATGE «OMNES CAUSAE»: «ESTABLIMENT»: *El titular del dominio directo no puede invocar el Usatge «Omnes causae» para pretender la usucapición del dominio útil, por cuanto el citado Usatge, aparte otros requisitos, exige la «possessio» como dueño y esta circunstancia no se da en el titular del dominio directo.*

PRESCRIPCIÓN «CONTRA TABULAS»: LEY HIPOTECARIA DEROGADA: ARTÍCULO 35: INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO POSESORIO: *La exigencia del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, derogada de que el título o la posesión en que su prescripción se funde se encuentre inscrito en el Registro para que pueda perjudicar a tercero, se refiere a la prescripción ordinaria, pero no hace relación a la de carácter extraordinario, que no requiere justo título ni buena fe.* (Sentencia 10 marzo 1956.)

OBSERVACIONES: Aparte su doctrina acerca de la relación entre la eficacia de la sentencia de comiso y la extinción anterior del derecho del censalista, es interesante esta sentencia porque confirma la cualidad dominical que corresponde al enfiteuta. El titular del dominio útil es el verda-

dero dueño de la finca, sobre la cual el señor del dominio directo o censalista ostenta un derecho real. De aquí que la posesión de la finca como libre por el censatario durante el plazo legal, determina la extinción del derecho real del censalista por prescripción liberatoria, y, en consecuencia, que el enfiteuta se convierta en dueño en pleno dominio. Ello se combina perfectamente con el hecho, también declarado en la sentencia, de que el censalista no puede pretender la adquisición libre del pleno dominio usucapiendo el dominio útil, ya que él es titular del derecho real que, por otra parte, no implica posesión de la finca. (D. I.)

III. Derechos de obligaciones

1. INTERÉS LEGAL: CANTIDAD ILÍQUIDA: Véase Sentencia 21 marzo 1956 (18).
 2. OBLIGACIONES CONDICIONALES: CONDICIÓN DEPENDIENTE DE LA VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES: Véase Sentencia 23 abril 1956 (10).
 3. DAÑOS Y PERJUICIOS: NEGLIGENCIA: *No excluye la responsabilidad por culpa del causante de un daño el haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que viene obligado cuando la realidad se impone demostrando que las medidas adoptadas no dieron resultado.* (2 marzo 1956; no ha lugar.)
 4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DAÑOS Y PERJUICIOS: Véase Sentencia 13 marzo 1956. (D. m. 4.)
 5. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: CAUSAS DE EXTINCIÓN: MUTUO DISENSO: *La enumeración del artículo 1.156, sobre los modos por los cuales se extinguen las obligaciones, no es limitativa ni excluyente y puede ser completada con otras causas previstas en otros lugares del mismo Código y, en otras, por la voluntad y libre consentimiento de las partes en darla por resuelta.* (Sentencia 23 abril 1956.)
 6. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: CAUSAS DE EXTINCIÓN: TRANSCURSO DEL TÉRMINO: MUTUO DISENSO: Véase Sentencia 23 abril 1956 (10).
 7. DELEGACIÓN Y ASUNCIÓN DE DEUDA: *Cuando se produce novación subjetiva por cambio de la persona del deudor creándose una nueva relación obligatoria y extinguiéndose la anterior no se da la figura de la asunción de deuda, a cuya admisión en nuestro Derecho se inclina un sector importante de nuestra doctrina científica, sino la de una delegación propia y perfecta con efecto liberatorio.* (Sentencia 24 marzo 1956.)
 8. NOVACIÓN: *Cuando no sólo no se declaró expresamente la extinción del contrato, sino que previstas determinadas modificaciones se estableció la subsistencia del contrato, queda claramente excluido el «animus novandi» y la incompatibilidad entre una y otra obligación.* (Sentencia 14 abril 1956.)
- Se trataba del arrendamiento de unos locales, en cuyo contrato se había previsto la posibilidad de compra total o parcial de los mismo por el arren-

(datario con reducción de la merced del arriendo en este último supuesto. Efectuada la compra prevista, se alega la extinción del contrato por novación. El Tribunal Supremo declara que no existe novación extensiva, sino reducción del objeto arrendado y del precio del arrendamiento, lo cual constituye una modificación de la obligación. Merece observarse, aunque se trate de doctrina hasta cierto punto usual, que se van separando de esta manera en nuestra Jurisprudencia los conceptos de novación, con cuyo término se alude sólo a la extintiva y modificación de la obligación, también llamada doctrinalmente novación modificativa. concepto este último todavía no completamente delineado. (L. D. P.).

9. NOVACIÓN: *Para que se produzca la novación conforme al artículo 1.204 C. c. es necesaria la declaración expresa, no siendo suficiente a tal designio meras presunciones, sino que precisa constancia terminante o que ambas obligaciones sean de todo punto incompatibles.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMULACIÓN: *Es necesario señalar en el recurso qué documentos acreditan el error del juzgador en la apreciación de la prueba.* (Sentencia 3 mayo 1956: no ha lugar.)

10. CONTRATOS: DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA: *La calificación de los contratos no depende de la denominación que las partes les dan, sino del significado que de sus cláusulas se deriva o de la que le otorgan los tribunales mediante la interpretación de su texto.*

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: TRANSCURSO DEL TÉRMINO: *Al transcurrir el término pactado y su prórroga, a los que una y otra parte quedaron vinculados, se opera la extinción de la obligación.*

OBLIGACIÓN CONDICIONAL: CONDICIÓN DEPENDIENTE DE LA VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES: *La validez de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, siendo nula la condición estipulada cuando el cumplimiento depende de la exclusiva voluntad de una de ellas.*

11. CONDICIÓN: POSIBILIDAD: *La condición de que en determinada fecha no queden arrendatarios en la finca vendida no es ni ética ni legal ni físicamente posible.*

OBLIGACIÓN LÍCITA: PACTO DE DESOCUPACIÓN DE COLONOS: *La obligación asumida por el vendedor de que en determinada fecha quede la finca libre de colonos, constituye un pacto de desocupación que en manera alguna puede decirse sea contrario a las leyes ni al orden público.*

CONDICIÓN POSITIVA Y NEGATIVA: *El acontecimiento que constituye la condición (subsistencia de arrendatarios o colonos), aunque susceptible de expresión negativa equivalente, resulta en sí evidentemente positiva.*

OBLIGACIÓN CONDICIONAL: CUMPLIMIENTO DEL EVENTO: *Habiéndose comprometido el vendedor a abonar a la compradora una renta y una indemnización si en determinada fecha no quedaba libre de colonos la finca vendida, es evidente que, al llegar el día prefijado y permanecer los colonos en la finca, se produjo el evento previsto, naciendo y perfeccionándose conforme al artículo 1.114 del Código civil la obligación estipulada.*

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL: CLÁUSULA PENAL EN FUNCIÓN LIQUIDADORA DEL DAÑO: *Exime al acreedor del deber de probar la existencia de los daños y perjuicios sufridos y su evaluación.*

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: SIMPLE ALUSIÓN A UN TEMA: CUESTIÓN NUEVA EN CASACIÓN: *La simple alusión en el escrito de contestación al supuesto carácter leonino del respectivo documento no basta para estimar eficazmente planteada la petición de nulidad de la operación al amparo de la Ley de Préstamos Usurarios, por lo que, no suscitado el tema en la instancia, su mención en el motivo cuarto del recurso debe considerarse como cuestión nueva, aparte de que la pretendida nulidad debió hacerse valer en la vía y forma prevenida por el artículo 12 de dicha Ley. (Sentencia 10 abril 1956.)*

12. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: RELACIONES COMPLEJAS: *No existe la figura contractual de préstamo, sino dos obligaciones recíprocas igualmente principales, de suerte que, incumplida por el actor la que le incumbe, careciendo por ello de la condición de perjudicado, no puede solicitar la resolución del contrato. (Sentencia 7 febrero 1956: desestimatoria.)*

ANTECEDENTES: Entre actor y demandado se había celebrado contrato de compraventa de un camión que al ser inservible se permutó por otro, que también resultó inservible; se concertó que la venta se desharía, comprometiéndose el vendedor a repararlo y venderlo a otra persona, restituyendo el precio mediante varias letras; la devolución del precio se concertó en forma de préstamo que se restituiría cuando el camión se vendiera y se percibiera su precio.

13. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA: DONACIÓN: *Los contratos son en su especie lo que se revela de sus términos y convenciones y no lo que los otorgantes quieran manifestar. Y así, es donación pura y simple el contrato contenido en un documento en el que una señora cede a su hermano unas fincas determinadas y éste acepta sin contraprestación efectiva alguna por su parte.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: NO ES DE EMPLEO OBLIGADO POR LOS TRIBUNALES: *El juzgador no está obligado a utilizar la prueba de presunciones, por lo que, si no la emplea, no infringe los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil.*

CONVALIDACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CONFIRMACIÓN: CLASES: *El mero transcurso del tiempo no confirma los actos intrínsecamente nulos, ya que la confirmación ha de ser expresa o tácita. (Sentencia 24 marzo de 1956.)*

«... por lo que respecta al segundo argumento del Tribunal sentenciador de que el dicho contrato de donación adolecía de vicio de nulidad en cuanto al fondo por la falta de libre consentimiento, puesto que fué otorgado bajo la amenaza de daño inminente, es cierto que la acción de nulidad por parte de la demandada donante no se ejercitó dentro de los cuatro años siguientes que determina el artículo 1.301 C. c.; pero aparte de que, como afirma la Sala sentenciadora, tal vicio que imperó a la sazón es excepcional por su realidad y constancia y así se esgrime en el pleito, no se ha producido, como afirma el recurrente en su impugnación a la sentencia recurrida, la confirmación del contrato y la consiguiente purificación del

vicio como previene el artículo 1.313 C. c., porque *el mero transcurso del tiempo no confirma los actos intrinsecamente nulos, ya que la confirmación ha de ser expresa o tácita*; no se ha acreditado en autos que existiera confirmación expresa ni tampoco la tácita, ya que, conforme prescribe el artículo 1.311 del mencionado C. c., ésta se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla, y en el caso presente tal acto no se ha realizado, sino precisamente en el aspecto contrario al reinscribir en el Registro las fincas cuestionadas a su nombre por doña ... y al realizar la venta de ellas a una tercera persona, con lo cual se demuestra que no existió la confirmación que aduce el recurrente y, por tanto, tampoco la purificación del contrato del vicio aludido de falta de libertad en el consentimiento por parte de la otorgante, y como han resultado ineficaces los argumentos del recurrente para combatir la sentencia recurrida y ésta no adolece de las infracciones acusadas, procede la desestimación de los seis primeros motivos del recurso» (Considerando 3.º).

OBSERVACIONES: La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado desestimatoria de la demanda planteada en juicio declarativo de mayor cuantía, entendiendo que el documento privado en que aquélla se apoyaba «fue otorgado mediante el empleo de amenaza de daño grave e inminente en su persona o en la de su esposo, vicio de consentimiento que hace nulo aquel acto unilateral de liberalidad», y que la «aludida donación de inmuebles es, asimismo, nula e ineficaz por no haberse consignado en escritura pública.

En esta resolución de la Audiencia, contra la que se entabla el recurso de casación por infracción de ley (aparte de calificar a la donación como «acto unilateral de liberalidad»), se da la circunstancia de que un mismo negocio jurídico, donación, es calificado de nulo por falta de forma y nulo (hay que entender anulable) por la existencia de un vicio en el consentimiento, la violencia o intimidación.

Esta duplicidad de causas de ineficacia en un mismo negocio (que no parecen de posible coexistencia con resultados prácticos), da lugar a que en el recurso se combata, por una parte, la declaración de nulidad radical, sosteniendo—sin demasiado convencimiento—que el contrato discutido no era de donación, sino de permuta o transacción. Y por otra, para oponerse a la declarada nulidad por vicio en el consentimiento se alega el transcurso del plazo de cuatro años, establecido para el ejercicio de la acción por el artículo 1.301 C. c.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso, rebate con justicia y facilidad la calificación dada al negocio jurídico por el recurrente, manteniendo la tesis de la Sala y, en consecuencia, la declaración de ineficacia, nulidad radical o absoluta por falta de solemnización en escritura pública.

En cuanto a la segunda cuestión, existencia de un vicio del consentimiento, la doctrina del Tribunal Supremo es menos clara. Resulta evidente que, declarada la inexistencia por falta de forma, no sería necesario plantearse el problema de la anulabilidad por vicio en el consentimiento. Pero si prescindimos de aquélla, la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la anulabilidad, de la convalidación y de la confirmación, se nos presenta confusa. En el recurso se alega que la acción de anulabilidad no es ejercitable por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro años señalado en el Código. Se invoca, pues, la convalidación del acto anulable en virtud de la prescripción sanatoria. El Tribunal Supremo, por el contrario, niega la sanación del acto anulable, porque no se acredita que se haya producido confirmación expresa ni tácita conforme al artículo 1.313, confundiendo así la prescripción sanatoria y la confirmación, medios de convalidación que la doctrina se ha encargado de mostrar como diferentes y cuya diversidad se revela en el propio articulado del C. c. La confirmación supone que la persona que podía alegar la existencia del vicio con conocimiento del mismo, y habiendo éste cesado renuncia expresa o tácita-

mente al ejercicio de la acción impugnatoria. Ello implica necesariamente que esta acción ha de estar viva, que no haya prescrito. *La prescripción sanatoria* es, por el contrario, un medio de convalidación del negocio anulable por el simple transcurso del tiempo al prescribir la acción de nulidad y hacerse imposible su ejercicio. No hay que olvidar que el acto anulable es inicialmente válido y como tal produce todos sus efectos en tanto no se impugne ejercitando la acción de nulidad. Prescrita ésta el acto se convalida y se hace irrevocable y definitivamente válido.

Por otra parte, la frase que hemos subrayado en el considerando transcrito y recogido en el resumen de la doctrina de la sentencia, nos parece equivocada, pues la imposibilidad de convalidación de los negocios radicalmente nulos nada tiene que ver con la confirmación, sea ésta expresa o tácita, pues la confirmación es instituto que sólo tiene viabilidad y aplicación respecto de los negocios anulables. (D. I.)

14. OBLIGACIÓN DE ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA UN DOCUMENTO PRIVADO: *En nuestro sistema procesal, el defecto en la constitución de la relación jurídico-procesal puede ser apreciado de oficio; la obligación de elevar a escritura pública un documento privado, afectando a varios contratantes, no es solidaria ni indivisible, pudiendo ser cumplida separadamente por ellos; si uno de los obligados cumplió, no tendría razón de ser su llamada al pleito.*

EXTINCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL: ACUERDO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: SUPRESIÓN FASE DE LIQUIDACIÓN: EFECTOS ENTRE SOCIOS Y TERCEROS: *Si no entran en juego intereses de terceros, sino los de quienes han sido parte en el contrato de transferencia del activo y pasivo de la sociedad, en virtud del cual acuerdan prescindir del periodo intermedio y normal de la liquidación y remiten ésta al resultado de un balance cerrado en la misma fecha del documento privado, es indudable que, de existir este contrato, fué intención de los contratantes realizar simultáneamente la disolución y la liquidación sin el tracto sucesivo corriente, operando la transformación subjetiva de la sociedad, y en su virtud no sería incumbencia de los Tribunales la apreciación «ex officio» de una excepción, o de una deficiente constitución de la relación procesal por falta de citación a juicio de la sociedad referida. (Sentencia 11 febrero de 1956: estimatoria.)*

15. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *No puede prosperar el recurso si el recurrente lo que hace es suplantar el criterio de la Sala sentenciadora, dando un sentido diverso a los términos del contrato, sin otros fundamentos que su criterio personal, que pretender sobreponer al de aquélla, cuando la corrección del mismo resulta de los términos del propio contrato que abonan los preceptos del Código civil, reguladores de la interpretación y eficacia de los contratos que están conformes con la Ley, la moral y el orden público, cuyos términos aceptó el recurrente con todas sus consecuencias, sin olvidar que en los casos dudosos debe prevalecer la interpretación de instancia, según la doctrina de esta Sala. (Sentencia 2 marzo 1956.)*

16. CONFIRMACIÓN: REQUISITOS: Véase Sentencia 8 marzo 1956 (II B.).

17. RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS: FRAUDE DE ACREEDORES: *Si bien el artículo 1.297 establece «de iure» una presunción de enajenación fraudulenta, es requisito esencial para que así pueda reputarse que el acreedor justifique que no puede hacer efectiva su deuda con el producto de otros bienes.*

RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS: FRAUDE DE ACREEDORES: *La acción rescisoria tiene en nuestro Derecho el carácter de subsidiaria. (Sentencia 3 mayo 1956.)*

18. CONTRATOS: CALIFICACIÓN: CONTRATOS ATÍPICOS: *Cuando por la variedad de pactos propios de diversas figuras jurídica que contiene un determinado contrato no es posible encuadrarlos en uno solo de ellos debe ser estimado como contrato atípico.*

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: *La omisión de pactos sobre las pérdidas no empece la existencia de este contrato, siendo de aplicar a tal omisión la regla pactada para las ganancias.*

CONTRATOS ONEROSOS: PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD: *El principio de reciprocidad rige, conforme al artículo 1.289 C. c., en materia de contratos onerosos.*

INTERÉS LEGAL: CANTIDAD LÍQUIDA: *No puede tenerse por ilíquida una cantidad porque no esté fijada numéricamente cuando esta fijación depende de una simple operación aritmética. (Sentencia 21 marzo 1956.)*

19. COMPRAVENTA: ARRAS: *Las arras suponen la celebración de un contrato efectivo y válido.*

PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA: PRESUNCIONES: *Las presunciones constituyen un medio de prueba de tanta eficacia como cualquiera de los demás para dar por cumplida la exigencia del artículo 1.214 C. c. (Sentencia 24 abril 1956.)*

20. COMPRAVENTA: PRECIO AL ARBITRIO DE UN TERCERO: SIGNIFICADO DEL ARBITRIO: *El convenir en que la fijación del precio se confie a un tercero no debe entenderse en el sentido de que la actuación de esta persona sea absolutamente libre, sino conforme a las condiciones señaladas por las partes.*

PRECIO DEL ARBITRIO DE TERCERO: CARÁCTER CONDICIONAL DEL ARBITRIO: *La facultad de dejar la fijación del precio de una compraventa al arbitrio de una tercera persona tiene, respecto del contrato en que tal cosa se conviene, carácter tanto de condición resolutoria como suspensiva; lo primero porque si no llega a realizarse desaparece el contrato, y lo segundo porque al llevarse a cabo corrobora la perfección del mismo.*

PRECIO DEL ARBITRIO DE TERCERO: MOMENTO DE LA VALORACIÓN: *Salvo pacto en contrario el precio ha de estimarse en relación con el momento y ocasión en que la prestación del consentimiento que dió vida al contrato pertinente tuvo lugar. (Sentencia 21 abril 1956.)*

21. COMPRAVENTA DE MUEBLES: RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL VENDEDOR: *La resolución de pleno derecho del contrato de compraventa de cosas muebles cuando el comprador, dentro del plazo fijado, no se presenta a recibirlas, se establece en el artículo 1.505 C. c. en interés del vendedor, atribuyendo*

a éste un beneficio subefetivo que puede aceptar o no, según su personal conveniencia, y que le faculta para optar por el cumplimiento.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: NECESIDAD DE JUSTIFICARLOS: *Para poder dar una sentencia de condena de daños y perjuicios es indispensable invocarlos y probarlos sin que baste el simple incumplimiento. Tampoco puede dejarse esta justificación para ejecución de sentencia, pues en este trámite sólo cabe hacer la determinación de su cuantía sobre las bases que ha debido fijar la sentencia conforme a lo alegado y probado.*

INTERESES LEGALES: NECESIDAD DE QUE SE REFIERAN A CANTIDADES LÍQUIDAS: *Los intereses legales que puedan ser debidos por incumplimiento, mora y otras causas de responsabilidad sólo pueden ser impuestos cuando se refieran a cantidades líquidas o liquidables con una simple operación aritmética. (Sentencia 34 abril 1956.*

22. **COMPRAVENTA CIVIL: INEXISTENCIA: FALTA DE PRECIO: PRUEBA:** *Alegado por la parte demandada la inexistencia del contrato de compraventa, cuya elevación a escritura pública se pide, dado que no existió precio, es a ella a quien corresponde la demostración de haber sido supuesta o aparente la entrega del mismo que consta realizada. (Sentencia 2 marzo 1956: Desestimatoria.)*

23. **RETRACTO DE COMUNEROS: CUALIDAD DE COMUNERO:** *Dede distinguirse entre el momento del nacimiento de la situación, que tiene lugar en el instante en que se hace la venta a persona que no está entonces en la comunidad y la situación subjetiva por la que el comunero retrayente tiene conocimiento de la venta con todos los detalles que a él le interesa, que es lo que determina el ejercicio de la acción, sin que pueda retrotraerse arbitrariamente el momento del nacimiento al de su ejercicio.*

PACTO DE RETROVENTA: *Quien adquirió el derecho de retroventa de determinada participación de una comunidad hereditaria no ostenta el carácter de comunero, porque ese derecho reservado no tenía entonces más efectividad que la posibilidad incierta de readquirir el dominio, pero sin conferir facultades de dueño al que lo readquirió hasta que ello hiciera efectivo (Sentencia 22 marzo 1956. Ha lugar.)*

A. Enajena los derechos que le corresponde en determinada comunidad hereditaria a X. Este, a su vez, se los vende a Z. reservándose el derecho de ejercitar la retroventa en un plazo determinado. Por su parte B., hermana de A., transmite libremente a Z. su participación en la comunidad mencionada. Con posterioridad, A. adquiere de X. el derecho de retroventa que éste se había reservado en la transmisión que hizo a Z.; ejercita dicho derecho readquiriendo la participación que primitivamente enajenó y después le demanda intentando ejercitar el retracto de comuneros frente a la participación que a su vez Z. había adquirido de B., la hermana del demandante. El Juez desestimó la demanda, cuyo sentencia revocó a la Audiencia. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo da lugar al mismo.

B. El retracto de comuneros tiene por fin evitar que continúe el fraccionamiento de la propiedad en sus porciones ideales por darse entrada

en la comunidad—a causa de la venta de una participación—a personas extrañas, y por ello los restantes comuneros pueden oponerse mediante el ejercicio de este derecho de retracto. Pero para ello es condición precisa que en el momento en que se produce esta situación quien pretende ejercitar el derecho sea condueño cosa que no ocurre en el presente caso, en donde se confunden dos situaciones: la del momento del nacimiento del derecho y la del momento de su ejercicio. A era condueño en esta última situación, pero no en la primera ;o sea, cuando B. vendió a Z., pues entonces su participación pertenecía a X. por la venta que A. le hizo, y, por tanto, en ese instante era una persona extraña a la comunidad. Al establecer el Tribunal Supremo que la titularidad que otorga el derecho y la cualidad de retrayente ha de entenderse referida al momento de la enajenación y no a la fecha del conocimiento de la misma, sigue la trayectoria marcada en las sentencias de 12 de octubre de 1912. 6 de mayo de 1931 y 7 de febrero de 1944, y es que para que pueda tener lugar el retracto deben de conjugarse los dos supuestos: a) La situación jurídica que ocupa una persona —ser condueño—; b) que se enajene la cosa. La falta de uno de estos requisitos impide el nacimiento del retracto (A. I.).

24. RETRACTO DE COMUNEROS: CONOCIMIENTO DE LA VENTA POR EL MARIDO DE LA CONDUEÑA: *El cómputo de los nueve días no se inicia hasta el momento en que la mujer conoce la venta, aunque con antelación la conociese el marido.* (Sentencia 27 febrero 1956. No ha lugar.)

25. RETRACTO DE COMUNEROS: PRUEBA DE TESTIGOS: *El artículo 1.248 del C. c. contiene una disposición de carácter admonitivo y no preceptivo.*

PRESUNCIONES CONJUNTAS: *Las presunciones judiciales constituyen una prueba indirecta que llevan al juzgador la certeza moral, el conocimiento de la realidad del hecho que con ellas se trata de justificar; y cuando existen varias presunciones con las que se llega a la misma conclusión la deficiencia y escasa fuerza probatoria que alguna de ellas aisladamente pudiera tener, se robustece y complementa con las demás.* (Sentencia 2 abril 1956. No ha lugar.)

26. RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA DEL PLAZO: *El plazo que establece el artículo 1.254 del C. c. es de caducidad y no procesal, por lo que entran en el cómputo los días hábiles o inhábiles para las actuaciones judiciales.*

CÓMPUTO DEL PLAZO: ANALOGÍA: *El artículo 1.254 no consigna la forma en que debe computarse el plazo de nueve días que establece para el ejercicio del derecho de retracto, por lo que para la interpretación de este precepto debe recurrirse analógicamente al contenido del artículo 1.130 del C. c., que dispone que si el plazo está señalado por días, a partir de uno determinado quedará éste excluido del cómputo.* (Sentencia 2 abril 1956. No ha lugar.)

27. RETRACTO DE COLINDANTES: POSEEDOR EN CONCEPTO DE DUEÑO: *La posesión en concepto de dueño atribuye a quien la disfrute todas las ventajas de la propiedad, una de las cuales es el ejercicio del derecho de retracto.* (Sentencia 4 abril 1956. No ha lugar.)

Confirma la doctrina establecida en las sentencias de 27 noviembre 1906, 10 febrero 1914 y 25 marzo 1925.

28. RETRACTO DE COLINDANTES: NATURALEZA DEL PREDIO: *La naturaleza rústica o urbana del predio no puede demostrarse por apreciaciones subjetivas.*

PRUEBA DE TESTIGOS: *El artículo 1.248 tiene carácter admonitivo y no preceptivo.* (Sentencia 5 abril 1956. Ha lugar.)

29. RETRACTO DE COLINDANTES: EXTENSIÓN A ELEMENTOS ACCESORIOS: *A los elementos que son reputados como accesorios—estanque en este caso—de finca que ha sido objeto de retracto se extiende igualmente este derecho, aun cuando estos elementos no sean colindantes con la finca, cuyo titular ejerció el retracto.*

VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La circunstancia de aparecer inscrita en el Registro cualquier heredad sólo responde a las manifestaciones que hacen las partes y son resultantes de las correspondientes escrituras, siendo insuficientes los términos con que se redactan para determinar la condición de las fincas, y la inscripción por su carácter formal no refleja la verdadera, real o efectiva naturaleza de ellas.* (Sentencia 21 abril 1956. No ha lugar.)

30. RETRACTO DE COLINDANTES: DOCUMENTO PRIVADO: SU EFICACIA: *El documento privado tiene entre las partes valor igual a si se tratase de una escritura pública, pero esta eficacia no puede ser extendida a personas diferentes de aquéllas.*

TRADICIÓN: *Es requisito esencial para que el derecho de propiedad se adquiere en virtud de contrato, que medie la tradición; y tratándose de documento donde la permuta se realiza con carácter privado, no tiene lugar hasta que no sean entregados los títulos de pertenencia al comprador.* (Sentencia 8 marzo 1956. No ha lugar.)

31. RETRACTO DE COLINDANTES: VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial tiene un valor probatorio de indudable eficacia, reconocido en el artículo 1.232 del C. c. en concordancia con el artículo 580 de la Ley procesal, que no puede ser desconocido cuando las demás pruebas practicadas no la contradicen.*

CONOCIMIENTO DE LA VENTA: *Probado que el actor tenía conocimiento de la transmisión realizada antes de que se inscribiese en el Registro de la Propiedad es a aquel momento al que hay que atender para el cómputo del plazo dentro del cual se ha de interponer la acción.* (Sentencia 12 mayo 1956. Ha lugar.)

32. RETRACTO DE COLINDANTES: CADUCIDAD: *El ejercicio del derecho de retracto ha de hacerse en tiempo oportuno, sin interrupciones ni suspensiones.*

DEMANDA ANTE JUEZ COMARCAL: *El Juzgado Comarcal carece de jurisdicción para conocer de una demanda de retracto y por ello su actuación es*

radicalmente nula, y al celebrarse después el acto de conciliación, transcurridos más de dos meses desde la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad, es ineficaz por extemporánea. (Sentencia 4 mayo 1956. Ha lugar.)

33. RETRACTO DE COLINDANTES: DEMANDA DE CONCILIACIÓN: REQUISITOS: Es doctrina jurisprudencial reiterada que la demanda de conciliación promovida dentro de los nueve días señalados como término improrrogable por el artículo 1.524 del C. c. para ejercitar el derecho de retracto, interrumpe la caducidad del plazo. Es requisito necesario que al promoverse la conciliación se haga consignación de la fianza.

EXCEPCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA: Debe considerarse como extemporánea,

POSIBILIDAD DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL NUDO-PROPIETARIO: El nudo-propietario, colindante de finca vendida, está facultado para ejercitar la acción de retracto. (Sentencia 28 febrero 1956. No ha lugar.)

35. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: TÁCITA RECONDUCCIÓN: Véase Sentencia 23 febrero 1956 (I, 23).

36. ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO: DESAHUCIO POR COPROPIETARIO DE MAQUINARIA: FALTA DE LEGITIMACIÓN: Sentencia 27 febrero 1956 (I, 5).

37. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: No puede prevalecer contra la verdadera naturaleza del contrato realizado la cláusula del mismo en que se consigna que no se trata del arrendamiento de la industria ni del local que ésta ocupa, sino de la explotación de un bar. (Sentencia 18 abril 1956. No ha lugar.)

38. ARRENDAMIENTO URBANO: GESTORÍA ADMINISTRATIVA: La base de toda actividad mercantil o industrial la constituye el conjunto de operaciones materiales que vienen exigidas por la producción o cambio de mercancías, lo que determina la existencia de un patrimonio industrial o acervo mercantil de cual forman parte las existencias propias del negocio, y esta característica no se da en el ejercicio de las actividades profesionales colegiadas, no pudiendo ser consideradas como industria o comercio ni como locales de negocio los arrendados para ejercerlas. (Sentencia 25 abril 1956. No ha lugar.)

39. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO AL DECRETO DE ALQUILERES: CAMBIO DE DESTINO QUE IMPLIQUE DEMÉRITO: PRUEBA: Con arreglo al artículo 5.º, apartado c) del Decreto 29-XII-1931 y artículo 2.º del Decreto 2-VI-1933, el cambio de destino de la cosa arrendada constituye causa de resolución cuando ello represente un positivo demérito o pérdida de su valor, el cual debe ser alegado y probado sin que a su estimación pueda llegarse por simples conjeturas ni presunciones.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: CAMBIO DESTINO: IRRETROACTIVIDAD DE L. A. U.: Si la transformación del destino del local convirtiéndolo en vivienda tuvo lugar en 1 marzo 1944, tal hecho que-

dó consumado dentro de la legalidad anterior a la L. A. U., cuya disposición transitoria 13 niega efectos retroactivos a las prescripciones del capítulo XI, no constituyendo por ello causa de desahucio aunque la Sentencia 23 septiembre 1947 estima como continuados los efectos de la transformación cuando ésta existiera al publicarse la L. A. U., pues tal doctrina no ha sido reiterada, habiendo sentado doctrina contraria, entre otras, las Sentencias de 13 noviembre 1948, 12 marzo y 10 mayo 1949.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA APELAR: INCREMENTOS LEGALES NO ACEPTADOS POR ARRENDATARIO: Si la renta consignada era la misma que en meses precedentes venía pagando el inquilino según justificación documental obrante de autos, siendo desde luego superior a la fijada en el contrato, no se infringen los artículos 1.566 y 1.567 L. E. C. por no consignar los aumentos legales establecidos por el Decreto 17 mayo 1952 al no haberse probado que el inquilino los aceptara. (Sentencia 14 febrero 1956. Desestimatoria.)

40. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA SOMETIDA A LEGISLACIÓN DEROGADA: OBRAS: PACTO INEFICAZ: El artículo 5.º, apartado b) del Decreto 31-XII-1931 no exige la forma escrita para que el arrendador preste su consentimiento para la ejecución de las obras, y como según el artículo 13 del citado Decreto no producirán efectos los pactos que se establezcan en los contratos, opuestos a las disposiciones del mismo, ninguno puede concederse al pacto contractual por el que se establece la exigencia de escrito para consentir la ejecución de obras. (Sentencia 1 marzo 1956. Desestimatoria.)

41. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LEGISLACIÓN DEROGADA: TRASPASO ILEGAL: Aplica bien la legislación derogada el Tribunal, que decreta el desahucio por traspaso ilegal al no haberse probado que el arrendatario pagase cantidad alguna al comenzar a ejercer su actividad en el local en concepto de traspaso.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LEGISLACIÓN DEROGADA: CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LA ARRENDADORA PARA EL TRASPASO: Ni el hecho de que la arrendadora cobre la renta debida mientras el arrendatario sigue ocupando la finca, ni el mayor o menor tiempo transcurrido antes de ejercitar la acción de resolución por traspaso ilegal autoriza la deducción de que prestó su consentimiento para el traspaso.

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO ILEGAL: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE L. A. U.: La disposición transitoria 2.ª de L. A. U. se refiere al subarriendo, pero no al traspaso. (Sentencia 20 enero 1956. Desestimatoria.)

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13 DE L. A. U.: Si bien es cierto que las causas de resolución y suspensión de los contratos de arrendamientos regulados por dicha Ley especial no son de aplicación cuando los hechos en que los mismos se fundan se hayan producido antes de que la nueva Ley comenzase a regir, los cuales han de juzgarse conforme a la legislación que en el momento de su comisión estuvieren en vigor, cuando ésta sanciona igualmente con la extinción del contrato de arrendamiento cualquier infracción de éste, como ocurre con los traspasos o su-

barriendos in consentidos, pueden tener aplicación las causas resolutorias de la Ley hoy vigente (la de 1947).

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE L. A. U.: *Los únicos contratos que esta disposición protege son los de subarriendo de vivienda o de local de negocio que estuvieren vigente en 1 octubre 1946, pero no ampara las situaciones de traspaso.* (Sentencia 28 abril 1956.

43. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN A LA RENTA FISCAL: DECLARACIÓN A HACIENDA FUERA DE PLAZO: EFECTOS: *El derecho de revisar la renta conforme al artículo 133 nace al transcurrir el plazo legal sin que la propiedad haya adaptado a la renta contractual la base tributaria, adquisición de derecho que proviene de la extinción del de elevación del propietario, y por ello no tiene valor alguno a estos efectos la declaración fiscal hecha fuera de plazo por el arrendador.*

ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: REDUCCIÓN A LA RENTA FISCAL: MOMENTO EN QUE TIENE EFECTO: *La mera manifestación de deseo del titular no constituye ejercicio del derecho de reducir la renta a la declarada a efectos fiscales, por lo que siendo la interpelación judicial el medio hábil para la efectividad del derecho, según Sentencia 16 marzo 1948, a este momento deben referirse a los efectos de la reducción.* (Sentencia 21 mayo 1956. Estimatoria.)

COMENTARIO: Es reiteradísima la jurisprudencia acerca de que la extemporánea declaración del arrendador a la Hacienda no enerva el derecho del inquilino a reducir su renta a la efectivamente declarada dentro del trimestre subsiguiente a la elevación (vide nuestro comentario al Decreto-Ley de 23-XII-1954 sobre declaración de rentas urbanas a la Hacienda Pública en A. D. C. VIII 2.º, págs. 505 y ss.)

Es sorprendente la declaración de esta sentencia sobre el momento en que comienza a tener efecto la reducción. La Audiencia había fijado la fecha del 1 octubre 1949 por haber enviado el demandante ese día una carta a la propiedad expresando su voluntad de novar la renta; pero el Tribunal Supremo revoca en este extremo la sentencia y señala como día inicial el de interposición de la demanda, pareciendo establecer una distinción entre «expresión o manifestación del deseo de novar» y «manifestación de la voluntad de novar», que nos parece artificiosa. Pudiera suceder—pues no aparece con claridad en la sentencia—que se tratara de una falta de prueba de esa manifestación de voluntad de novar. Pero si aludiera a la necesidad de acudir a juicio para que surtiera efecto la novación, tal doctrina iría contra el texto expreso del artículo 133 de L. A. U.

Observamos la falta de aplicación por el Tribunal Supremo de la amnistía decretada por la aludida disposición, pues, como en el lugar citado hacíamos constar, el tenor literal era el que «las declaraciones... que se hubieran presentado antes de la publicación de este Decreto-Ley, aunque lo hubiera sido fuera del plazo señalado en el Decreto de 21 mayo 1943, surtirán plenos efectos siempre que el inquilino o arrendatario no hubiera iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración». Y en el presente caso la extemporánea declaración del propietario había sido el 3 octubre 1949, en tanto que el Tribunal Supremo fija como fecha del ejercicio de la facultad novatoria y como punto de arranque de sus efectos, la de 7 diciembre 1951. Parece, pues, de aplicación el citado Decreto-Ley (G. G. C.).

44. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: REVISIÓN DE RENTA: RENUNCIA DE DERECHOS: *Declarado probado que el contrato se ha*

celebrado a iniciativa del arrendatario, asescrado por letrado y de pleno acuerdo con el arrendatario anterior al que indemnizó por la renuncia de derechos, siendo por ello posible y fácil comprobación para el nuevo la renta que venia satisfaciendo el anterior, se debe concluir que la aceptación de la renta convenida en el contrato implica la renuncia por la entidad arrendataria de su derecho de revisión. (Sentencia 24 marzo 1956. Desestimatoria.)

45. ARRENDAMIENTO URBANO: REPERCUSIÓN DE CONTRIBUCIONES: RENUNCIA POR EL ARRENDADOR: *Si los arrendadores renunciaran a la facultad de repercutir cualquier imposición que por el concepto de urbana gravase en lo futuro el inmueble arrendado, lógicamente cabe presumir, si no se demuestra que fué otra la intención de los contratante, que la renuncia se extiende también a las elevaciones de los gravámenes constitutivos vigentes al tiempo de concertarse el arriendo.*

ACCIÓN NO MERCANTIL: LIBROS DE LOS COMERCIANTES: *Es doctrina reiterada que las normas tasadas, constituidas en el artículo 48 CC. co., sólo son pertinentes cuando litigan unos comerciantes con otros.*

INTERPRETACIÓN CONTRATO: *Es indispensable para que prospere el recurso justificar la infracción de alguna de las normas que regulan la interpretación en el Cap. IV. tit. 2.º, libro IV C. c. (Sentencia 9 marzo 1956. No ha lugar.)*

46. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO DE RENTAS: *El artículo 129 LAU es básico en la materia sobre percibos de incrementos de renta o diferencias por elevación de contribuciones y debe ser cumplido exactamente por las partes contratantes para que puedan ser ejercitados los derechos que los artículos siguientes conceden a una y otra. (Sentencia 22 febrero 1956: no ha lugar.)*

47. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA DESTINADA A PENSIÓN: EFECTOS DEL CONTRATO SEGÚN BUENA FE: ANUNCIO AL EXTERIOR CONFORME AL USO LOCAL: *Si la cosa arrendada había de destinarse a pensión, era conforme a la buena fe el que la arrendataria se considera facultada para colocar en cada una de las jambas de la puerta de entrada de la casa una placa anunciadora de su negocio, y entendiera que la autorización para hacerlo estaba virtualmente otorgada por parte de la arrendadora, quien pudo prohibirlo en el contrato y no lo hizo, respondiendo, además, tal colocación a la costumbre de Madrid, según informa la Cámara de Comercio. (Sentencia 13 marzo 1956. Estimatoria.)*

COMENTARIO: El arrendador había pedido en la demanda que el arrendatario retirara tales placas anunciadoras de su pensión, siendo desestimada su demanda en primera instancia, obteniendo en apelación la revocación de esa sentencia; pero interpuesta recurso por el arrendatario, el Tribunal Supremo da lugar al mismo, con lo cual se confirma la sentencia del Juzgado, no dándose lugar a la demanda.

Nos parece muy oportuna la declaración jurisprudencial sobre la aplicabilidad del artículo 1.258 del C. c. al contrato de arrendamiento de fincas urbanas, ya que la existencia en la regulación de la LAU de un gran

número de normas imperativas o de derecho neceseario ha podido ofrecer base a la opinión de que la buena fe y el uso (interpretativo, no normativo) carecen de aplicación en la locación urbana sometida a la legislación especial. En el nuevo texto legal de 13 de abril de 1956 cabe suponer que el artículo 1.258 entrará aún más en juego, visto el mayor ámbito de actuación que se concede a la renuncia de derechos en el artículo 6, 2. (G. G. C.)

48. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CULPA CONTRACTUAL POR OMISIÓN DE REPARACIONES: *Es culpable el propietario que desde un principio omite la realización de las obras de reparación, incumpliendo más tarde la orden del Ayuntamiento de efectuar las necesarias para evitar la ruina del edificio, para lo cual no era preciso desalojar el inmueble si los inquilinos, bajo su responsabilidad, estaban dispuestos a soportarlas.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: HUNDIMIENTO DEL EDIFICIO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Son de cuenta del propietario las obras suficientes de reparación y seguridad que hubieran conservado el inmueble en las condiciones de habitabilidad propias del destino para el que se arrendó, y si las omite es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los arrendatarios por el hundimiento derivado de tal omisión.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: HUNDIMIENTO DEL EDIFICIO: FUERZA MAYOR: *Los hechos que pueden determinar la existencia de fuerza mayor han de ser ajenos al alegante, y por ello no puede estimarse en el caso de que los daños se produjeron por la omisión de las reparaciones que el propietario estaba obligado a realizar. (Sentencia 12 marzo 1956: desestimatoria.)*

49. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: PROPIEDAD HORIZONTAL: *No tiene el carácter de condueño del piso vendido quien es dueño de otro piso de la misma casa, y, en consecuencia, no puede ostentar la preferencia que a favor del condueño, para el ejercicio del derecho de retracto, establece el artículo 67 LAU.*

COMIENZO DEL PLAZO PARA RETRAER: *Habrà de computarse a partir de la fecha de la notificación notarial, y no desde la inscripción en el Registro que pudiera haberse practicado. (Sentencia 14 marzo 1956: ha lugar.)*

Confirma dos tesis sustentadas en las sentencias de 21 diciembre 1955 y 22 febrero 1956.

50. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCIÓN DE RETRACTO: PLURALIDAD DE ARRENDATARIOS: *Para que pueda ejercitarse el derecho de retracto se requiere que sea uno solo el inquilino del piso vendido. (Sentencia 14 febrero 1956: no ha lugar.)*

51. CÓMPUTO DEL PLAZO: *El plazo para el ejercicio del derecho de retracto se contará desde la notificación de la venta al inquilino, y no desde la inscripción que subrepticamente, y faltando esta notificación, se hubiese hecho en el Registro de la Propiedad.*

EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN: *La acción de retracto ni reviste caracteres de una acción contradictoria de dominio, cuyo ejercicio no sea posible sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación,*

de la inscripción, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que es una acción de tipo subrogatorio que, por ser limitativa del dominio, se da excepcionalmente contra los terceros adquirentes del inmueble, conforme al artículo 37 de la misma Ley. (Sentencia 22 febrero 1956: ha lugar.)

Aunque con la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos la cuestión del comienzo del cómputo del plazo para retraer ha quedado resuelta, no deja de tener interés esta sentencia, que ha abordado el problema de la interpretación del párrafo último del artículo 64 de la Ley anterior. Este párrafo fuertemente criticado por todos los tratadistas, así Reyes y Gallardo: «Su dicción no resulta excesivamente clara»; Nart: «Aquí la Ley se organiza un galimatías»; Azpiazu: «oscura y desconcertante», etc., dió lugar a numerosas interpretaciones en cuanto a fijación del punto inicial para la computación de los plazos. Unos lo establecían en el momento del conocimiento por el inquilino de la transmisión efectivada; unos segundos, en la inscripción, y, por últimos, otros, en la notificación. Parecía la más lógica esta última postura, ya que si no era inscribible la venta sin la previa notificación, resultaría:

1.º O que no se habría notificado al inquilino, en cuyo caso nunca podría haber inscripción, y si la había habido sería en forma anormal.

2.º Que se le hubiera notificado, y entonces podría procederse a la inscripción, pero dado el carácter voluntario que ésta tiene en nuestro Derecho, resultaría que el comprador que inscribe estaría en peores condiciones que el que no inscribe, si el plazo se contase desde este último momento, ya que volvería a revivir de nuevo el plazo para el ejercicio de la acción. Por eso la posición adoptada por el Tribunal Supremo es la más acertada, ya que en realidad lo que la Ley pretendía era que esta clase de transmisiones, por la importancia que para el inquilino revisten, le fueran notificadas en forma personal y auténtica, sin que bastare el normal funcionamiento del principio de publicidad registral. Véase, no obstante, A. D. C. IX, II, las observaciones a la sentencia de 21 de diciembre de 1955, III, 47, que sigue la misma doctrina. (A. I.)

52. ARRENDAMIENTOS URBANOS: VENTA DE PISO: DERECHO DE RETRACTO: *Al arrendatario le asiste la acción de retracto desde que se le notifica por conducto notarial la realización de la venta.*

PRINCIPIO «JURA NOVIT CURIA»: *Es el juzgador quien ha de inquirir con respeto absoluto para los hechos de que parte, y perfecta acomodación al plano en que los contendientes se situaron para discutirlos, cual sea norma adecuada para regir y resolver el problema planteado.* (Sentencia 31 marzo de 1956: ha lugar.)

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: NOTIFICACIÓN NOTARIAL: *Es ineficaz cuando la diligencia se limita a decir que se hace la notificación prevenida, y que se ha entregado la cédula correspondiente, pero sin que en ella conste que se dió copia de la escritura o al menos de sus cláusulas fundamentales para que el notificado quede enterado suficientemente.*

FECHA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Se considera como tal la de la inscripción, y no la del asiento de presentación.* (Sentencia 14 marzo 1956. No ha lugar.)

A. Destaca esta sentencia la importancia que tiene respecto del posible ejercicio del derecho de retracto la forma en que se notifica al inquilino la realización de la venta. El Tribunal Supremo exige que el requerido sepa exactamente cuáles son las condiciones del contrato que se ha concluido, y por eso declara que se entregue una copia de la escritura en que fué formalizada. En el caso de autos, al no constar que la notificación contenía todos los elementos precisos para su eficacia, supuso que a partir de esa fecha no empezó a contarse el plazo para el ejercicio por el inquilino de su derecho, sino que comenzó desde el día de su inscripción en el Registro. Quizá los términos no muy claros en que se hallaba redactado el precepto en la Ley anterior fuera causa de que se realizase la notificación en esta forma. Con la Ley vigente ya no puede existir dudas: el artículo 48, párrafo 2.º, establece que el derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacerse mediante entrega de la copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

B. Reitera, además, en este fallo el Tribunal Supremo que a efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos se considera como fecha de la inscripción, no la del asiento de la presentación, sino la de la misma inscripción, ya que el precepto de la Ley Hipotecaria se refiere a efectos puramente registrales, pero no debe tener aplicación en casos como el de retracto, que tiene naturaleza civil, y además porque hasta que no se practica el asiento de inscripción el interesado no puede saber los datos del contrato de transmisión. (A. L.)

54. RETRACTO: *Si bien por el retracto el demandante se subroga en el lugar del que adquiere la cosa por compra, esta subrogación no tiene efecto mientras así no se declare en la última instancia por el Tribunal, y, hasta que esta declaración no tiene lugar, debe cada parte responder de las obligaciones que le corresponden.* (Sentencia 1 febrero 1956: no ha lugar.)

55. RENUNCIA TÁCITA POR EL ARRENDATARIO: ABANDONO: *El abandono del local en que se habita y ejerce una industria, sin practicar, pudiendo hacerlo, en el curso de más de diez años, gestión alguna para restituirse a él, y desentenderse durante igual tiempo de cumplir sus obligaciones recíprocas con el arrendador, no puede equipararse a la mera pasividad que sirve de base a la prescripción, sino que ha de valorarse como renuncia implícita o tácita.*

RENUNCIA DE DERECHOS ARRENDATARIOS PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL: *El marido, al renunciar los derechos arrendaticios de carácter ganancial, se liberó al propio tiempo de sus correlativas obligaciones, por lo que el carácter gratuito de la renuncia no aparece tan claro como supone el recurrente.*

LIBERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL ARRENDADOR: *El abandono o dejación de las fincas arrendadas por parte del inquilino eliminaba la obligación del propietario de mantenerle en el uso y disfrute de las mismas.* (Sentencia 1 marzo 1956.)

56. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: RENUNCIA DERECHO DE PRÓRROGA: *El arrendatario de un local de negocio puede dar por extinguido el contrato renunciando plenamente a todos los efectos del mismo, ya que la prórroga obligatoria es potestativa para él, y sólo está prohibida la renuncia anticipada.*

SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 7.ª LAU: NOVACIÓN EXTINTIVA DEL PRECEDENTE CONTRATO DE SUBARRIENDO: *La disposición transitoria 7.ª LAU no es aplicable al caso de que el contrato de subarriendo sea de fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley, y en el caso de existir contratos sucesivos, sólo es aplicable si hay un nexo entre ambos, pero no lo es cuando el primero quedó plenamente extinguido por el posterior, siendo ambos incompatibles, por referirse a locales distintos, por lo que hubo una novación extintiva.* (Sentencia 10 marzo 1956: no ha lugar.)

COMENTARIO: Formalmente la solución nos parece acertada; la prórroga del contrato de subarriendo no beneficia, por regla general, al subarrendatario; excepcionalmente la disposición transitoria 7.ª la concede a los subarriendo «celebrados o que se celebren con anterioridad a la vigencia de los preceptos de la ley», haciéndola extensiva a las personas que por muerte del subarrendatario continuaren el subarriendo. Por ello, reputamos inexacta la afirmación contenida en esta sentencia, que con cierta vaguedad se refiere al supuesto en que existan contratos de subarriendo sucesivos, exigiendo en tal caso «un nexo entre ambos»; en realidad, el subarriendo continuado por el familiar del subarrendatario muerto no es contrato diverso, sino, cabalmente, continuación del primero. De cualquier modo, en el presente caso no existe tal continuidad porque los contratos de subarriendo tenían distinto objeto.

Materialmente llama la atención la impresión que se obtiene leyendo los resultandos de esta sentencia, de un fraude montado para eludir la prórroga obligatoria a favor del arrendatario; parece, en efecto, que el arrendador, no interviniente en este pleito, ha constituido una sociedad para explotar un conjunto de locales de negocio, a la cual se los arrienda, celebrándose luego por ella los correspondientes contratos de subarriendo; de esta manera el subarrendatario—que sería verdadero arrendatario de no estar interpuesta dicha sociedad—está desprovisto de la protección de la ley. Todo esto es de prueba difícil y la sentencia para nada se refiere a ello (G. G. C.).

57. RECLAMACIÓN POR NECESIDAD PROPIETARIO: *Cumple con lo preceptuado por el artículo 85 el arrendador que, dentro de los tres meses de desalojada la vivienda, inicia en ella, con el propósito persistente de habitarla, obras de reparación y adaptación a sus necesidades, no pudiendo comenzar a ocuparla por no estar concluidas dichas obras en ese plazo por causas ajenas a su voluntad.* (Sentencia 6 marzo 1956: no ha lugar.)

OBSEVACIONES: Tal interpretación es la gramatical, lógica y sistemática porque:

Considerando número 3.º: «Que la primera acepción gramatical del verbo «ocupar» y, en consecuencia, del término «ocupada», empleado en el artículo 85 L. A. U., es la de tomar posesión de una cosa como hicieron los demandados con el piso en cuestión al comenzar, dentro del plazo legal, las obras necesarias y convenientes con el propósito de habitarla, obras no terminadas dentro de dicho plazo por causas independientes de su voluntad.

y así la interpretación gramatical del precepto citado abona la procedencia de la resolución recurrida.»

Considerando número 4.º: «Que lo mismo puede decirse mediante la interpretación lógica, ya que no sería tal la conclusión de que el propietario, ante la imposibilidad involuntaria de terminar las reparaciones necesarias por el uso y las obras de adaptación a sus necesidades en el breve plazo concedido por la ley, había de entrar a habitar el piso desalojado sin las condiciones de higiene o de comodidad exigibles.»

Considerando número 5.º: «Que la interpretación sistemática por la comparación del artículo 85 con el 91 de la misma ley, regulador de situación igual para los locales de negocio, lleva a la misma conclusión, porque si para éstos exige el 91 que el local reclamado por necesidad sea «ocupado y abierto al público dentro de los seis meses de haber sido desalojado por el arrendatario», siendo esa apertura el fin del uso de local, la diferente disposición en el 85, que sólo exige la mera ocupación dentro del plazo mitad del indicado, omitiendo la expresión específica de que sea habitado, fin del uso de las viviendas, impone distintas soluciones si no ha de suponerse el empleo por la ley de palabras sin sentido ni finalidad alguna.»

58. ARRENDAMIENTO URBANO VIVIENDA: CAUSA DE NECESIDAD: *Es causa de necesidad aquélla en la que se encuentra la viuda sin recursos, de trasladarse con sus hijos a la ciudad en la que vivió con su familia antes de su matrimonio, por disponer en ella de familiares y amigos.*

NOTIFICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD: *No incumple los requisitos del artículo 82 LAU la notificación notarial en la que únicamente se haga constar la necesidad de la actora si el demandado conoció las causas de ésta y los motivos por los que se le ha elegido en un juicio seguido anteriormente por ambas partes, y en el que fué desestimada la demanda por no haber transcurrido el plazo del aviso.*

ORDEN DE PRELACIÓN: *El orden de prelación a seguir únicamente debe de ser tenido en cuenta dentro de los diferentes pisos de la finca elegida por el arrendador, que, cuando es propietario de varias, puede escoger para vivir en ella la que estime conveniente. (Sentencia 28 febrero 1956: no ha lugar.)*

59. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: NEGATIVA DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE UN HIJO: AUSENCIA DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *No se cumple el requisito de que el que vaya a ocupar el local cuya prórroga se niega esté preestablecido en otro local que lleve a título de arrendatario cuando el contrato figura extendido a favor del padre de aquél, pues no se puede sustituir este título por ningún otro, cualquiera que sea su índole. (Sentencia 18 abril 1956: estimatoria.)*

60. ARRENDAMIENTO URBANO: CAUSA SEGUNDA DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: *Para que la causa segunda de excepción a la prórroga produzca sus efectos específicos se precisa la demolición completa del inmueble y que sobre el solar de la antigua finca se alce la nueva. (Sentencia 22 marzo 1956: ha lugar.)*

61. ARRENDAMIENTO URBANO: DERECHOS DE LOS ARRENDATARIOS EN CASO DE EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR CAUSA SEGUNDA: *Los arrendatarios deben ejercitar los derechos que les concede el artículo 104 LAU dentro del año de*

espera preceptiva antes de empezar la demolición, pues, de interpretar de otra manera los términos antes de que desalojen la finca, se trataría de igual manera al inquilino respetuoso con los mandatos legales y a aquel que, desoyéndolos, forzara al arrendador a acudir a los Tribunales para lograr el desalojo. (Sentencia 10 febrero 1956: ha lugar.)

62. ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: RESERVA EN EDIFICIO RECONSTRUIDO: *Establecida la obligación de reserva de locales en la nueva finca edificada, a virtud de documento privado, y no reuniendo, el suscrito, los requisitos que se enumeran en los artículos 104, 105 y 106 de la Ley, no puede el arrendatario desplazado ejercitar su derecho de reintegro en la posesión arrendaticia amparado en el artículo 113 de la misma Ley especial, sin perjuicio de los derechos de que se crea asistido conforme al derecho común. (Sentencia 25 febrero 1956: ha lugar.)*

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO Y TRASPASO: AUTORIZACIÓN: *La autorización de ceder lo ya cedido, más que la concesión de una facultad de traspasar de ejercicio futuro, incierto e indeterminado en cuanto al sujeto cesionario, constituye el reconocimiento y ratificación de una ocupación sublocativa ya existente, cuya subsistencia se declara y permite expresamente. (Sentencia 14 abril 1956.)*

64. ARRENDAMIENTO URBANO: AUTORIZACIÓN PARA SUBARRENDAR LOCAL DE NEGOCIO: *La forma escrita es consustancial para la validez de la autorización, de tal suerte, que, no constando por escrito, el subarriendo se ha de tener como nulo en su génesis por falta de un elemento que, al igual que el consentimiento, objeto y causa, es requisito de esencia predeterminante de su realidad. (Sentencia 22 febrero 1956: ha lugar.)*

HECHOS: El propietario, que precedió en la titularidad de la finca al recurrente, autorizó el subarriendo expresamente, pero sin hacer constar por escrito su aprobación. El subarriendo es, por tanto, ilegítimo.

Considerando número 2: «... Que el anterior propietario autorizó expresamente el subarriendo percibiendo la cantidad de cien pesetas mensuales en compensación de tal autorización, aunque si bien no lo hizo de forma escrita por no constar documento alguno que lo autorice ni ser tesis de la excepción a la demanda, sino que, por el contrario, afirma que no se extendió documento alguno a tal fin, y en tal caso es llano que la sentencia recurrida, al conceder validez al contrato de subarriendo en discusión, ha infringido el artículo 30 de la ley y subsiguientemente la causa segunda del artículo 149, porque el contrato adolece de vicio radical que lo hace inexistente, toda vez que no se ha obtenido para celebrarlo la previa autorización en la forma que es de rigor inherente a su formalización, sin que vincule a su reconocimiento el dicho del propietario anterior de que lo autorizó, porque tal manifestación sólo prueba el cumplimiento del requisito expreso, pero deja al descubierto el otro elemento de forma escrita que conjuntamente son necesarios para la vigencia del acto ni tampoco lo legitima el percibo de rentas, porque como acto nulo es insubsanable; de aquí que no produzca efecto la doctrina de los actos propios en que descansa la sentencia ni la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del que transmite, porque esta sustitución sólo alcanza a las situaciones sobre que versó el contrato, pero no a acatar estados no expuestos ni, por tanto, comprendidos en la escritura de transmisión.»

65. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO PARCIAL: *La ocupación y uso, aunque sean parciales de la cosa arrendada mediante precio por personas extrañas al arrendatario sin autorización del arrendador, entraña un subarriendo y, como tal, es causa de resolución del arrendamiento.*

RECURSO DE INDUSTRIA NOTORIA: *El error de derecho cometido al valorar la confesión judicial (arts. 1.232 C. c. y 580 LEC) debe denunciarse por la causa 3.ª del artículo 173 LAU, y no por la 4.ª (Sentencia 19 mayo de 1956: no ha lugar.)*

66. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *No es suficiente para presumir la existencia de un subarriendo inconsentido que el arrendatario se ausente del local durante el plazo de un mes, debido a la enfermedad de su cónyuge, y quede encargado del negocio un tercero, cuya relación laboral con el arrendatario no se haya probado documentalmente.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La estimación de la prueba de presunciones incumbe, por su naturaleza, al Tribunal sentenciador, pudiendo prosperar sólo el recurso de casación cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas determinadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica e inverosímil. (Sentencia 24 marzo 1956: no ha lugar.)*

67. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *Si una parte de la finca arrendada la usa como vivienda persona distinta del arrendatario con consentimiento de éste, debe inferirse la existencia de un subarriendo que, al ser inconsentido, es causa de desahucio.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: DOMICILIO EN GUÍA DE TELÉFONOS: *Si el arrendatario tiene en común su abono telefónico con otras personas, debe inferirse su deliberado designio de notificar a todos los usuarios de la mencionada guía que esas personas, no arrendatarias, tienen en el local su domicilio o al menos una dependencia para su trabajo o relación con sus clientes.*

ARRENDAMIENTO URBANO: TRANSFORMACIÓN PARCIAL DE LOCAL EN VIVIENDA: *Es causa de resolución la transformación no consentida, de parte del local arrendado, en vivienda familiar de persona distinta del arrendatario.*

ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NO CONSENTIDAS: *La construcción, sin permiso del arrendador, de una vivienda en la nave-almacén edificada con anterioridad por el arrendatario, con las habitaciones adecuadas para usarla como tal para sí y su familia por parte de persona distinta del arrendatario constituye causa de desahucio. (Sentencia 27 febrero 1956: desestimatoria.)*

68. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA EN CONVIVENCIA CON EL ARRENDATARIO: *La introducción en la vivienda o local de negocio arrendados de una tercera persona individual o jurídica en convivencia con el arrendatario, es suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento, porque la Ley, fuera de los casos en que expresamente lo declara, no autoriza en modo alguno que el inmueble arren-*

daño por una persona sea ocupado por otra, llámese cesión, traspaso o subarriendo tal ocupación.

BASTA LA PRESUNCIÓN DE SU EXISTENCIA: *Puede darse por aprobados tales actos jurídicos por la presunción de su existencia, aunque no se prueben el tiempo de duración o el precio. No es precisa la prueba directa de todos los elementos del contrato para declarar su existencia, porque hallándose interesados en encubrirlos los que lo celebran, y constituyendo tales convenios causas de resolución del contrato, quedarían ineficaces como tales causas si fuera exigida al arrendador la demostración concreta de todos los requisitos integrantes del contrato.*

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: EFECTOS: *La resolución ha de determinar la resolución de cuantos contratos de traspaso o subarriendos parciales haya podido celebrar el arrendatario. (Sentencia 24 febrero 1956.)*

69. **SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR CESIÓN NO AUTORIZADA:** *La transmisión por el subarrendatario, a virtud de contrato, de la explotación comercial e industrial de parte de unos locales, transmisión que exige el goce o uso de aquéllos, no se puede calificar de arrendamiento de servicios, sino de subarriendo de cosa. (Sentencia 20 febrero 1956: ha lugar.)*

70. **ARRENDAMIENTO URBANO: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: CESIÓN DE USO NO CONSENTIDO:** *No obstante la unidad de explotación y económica constituida por la arrendataria y su yerno, según la organización familiar establecida consuetudinariamente, el hecho de estar inscrito aquél en la matrícula de la contribución industrial y de comercio, como contribuyente por ejercicio de industria, con referencia al mismo local, denota que en este local se ejerce actividad industrial o de comercio por persona extraña a la titular arrendataria y que, en consecuencia, hay cesión de goce o uso. (Sentencia 20 marzo 1956: ha lugar.)*

71. **ARRENDAMIENTO URBANO: CESIÓN A SOCIEDAD:** *La sustitución en el disfrute del local arrendado por una sociedad de personalidad distinta a la natural del arrendatario constituye una cesión del derecho arrendaticio producida por la Ley, de no cumplirse las exigencias de ésta, llámese subarriendo, traspaso o cesión, y es causa de resolución del contrato conforme a los números 2.º y 3.º del artículo 149 LAU.*

ARRENDAMIENTO URBANO: CAMBIO DE PROPIETARIO: *La variación de dueño de la finca arrendada no opera en orden a la extinción del arrendamiento existente en el momento de la transmisión, ante la derogación implícita del artículo 1.571 C. c. por el vigente ordenamiento arrendaticio urbano, conforme al cual se subroga el adquirente en el lugar del anterior contratante arrendador, y los efectos de la infracción perduran a favor de cuantos se sucedan en la propiedad del inmueble, en tanto no prescriba la acción. (Sentencia 24 enero 1956: no ha lugar.)*

72. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: DUALIDAD DE PERSONALIDADES:** *Limitada la autorización del propietario a la ocupación para el desenvol-*

vimiento del negocio que el arrendatario llevaba en comunidad con otra persona, el posterior uso del local por una sociedad regular colectiva es constitutiva de traspaso ilegal, ya que no puede admitirse la identidad de personalidades propugnada en el recurso. (Sentencia 9 marzo 1956.)

OBSERVACIONES: El Tribunal Supremo parece apartarse aquí de la orientación marcada, para un caso muy similar, en la sentencia de 7 febrero 1956. Véase esta sentencia y su comentario en el precedente fascículo de este ANUARIO.

73. ARRENDAMIENTO URBANO: CESIÓN NO CONSENTIDA: *Acreditada la cesión parcial de las existencias e instalaciones del negocio establecido en el local litigioso, necesariamente implica el uso y disfrute de éste, siendo inoperante a efectos de la resolución del arriendo la naturaleza jurídica del vínculo obligacional contraído por el arrendatario y cesionario, ya que lo que la Ley no autoriza es que lo arrendado se ocupe sin el permiso del arrendador por otra persona distinta del titular o que tal disfrute sea con éste compartido. (Sentencia 11 abril 1956: no ha lugar.)*

74. TRASPASO INCONSENTIDO: Véase Sentencia 15 marzo 1956 (I, 47).

75. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: TRASPASO NO CONSENTIDO: *Si se ha probado documentalmente que el arrendatario se dió de baja en la contribución industrial como vendedor de carnes frescas por traspaso de este negocio a favor de su hermana, la cual se dió de alta en dicha contribución en idéntico negocio y en la propia instalación industrial, debe presumirse la existencia de un traspaso corriente hecho a espaldas de la Ley que produce, si es solicitada, la resolución del contrato.*

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: TRASPASO NO CONSENTIDO: ASOCIACIÓN FAMILIAR: *El artículo 55 LAU no admite interpretación extensiva y no es aplicable cuando el titular arrendatario no ha fallecido. (Sentencia 18 abril 1956: estimatoria.)*

76. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: TRASPASO NO CONSENTIDO: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS: *La comunicación de la Delegación de la Compañía Telefónica Nacional no tiene el carácter de documento, ni tampoco la comunicación del Banco Español de Crédito, a efectos de probar el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba.*

ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A LAU: TRASPASO NO CONSENTIDO: PRESUNCIONES: *La existencia de una cuenta a nombre de dos personas indistintamente no permite deducir lógicamente que estén ligadas entre sí por un contrato de sociedad; para estimar probado un hecho por la existencia de otro se exige, no sólo indicios, sino el enlace preciso y directo entre ambos. (Sentencia 15 febrero 1956: desestimatoria.)*

77. ARRENDAMIENTO URBANO: CAMBIO DE DESTINO: *La transformación del local de negocio, destino pactado, en almacén constituye la causa resolutoria 4.ª del artículo 149 LAU. (Sentencia 5 mayo 1956: no ha lugar.)*

78. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: CIERRE DE LOCAL: Cerrado al público el local de negocio durante un tiempo superior a un año, y cesando en la actividad normal propia de un establecimiento mercantil, se convirtió el local en almacén o depósito de mercancías, transformación que constituye causa suficiente de resolución conforme al artículo 149, apartado 4.º de la LAU. (Sentencia 29 febrero 1956: no ha lugar.)

79. ARRENDAMIENTO URBANO: CAMBIO DE DESTINO: NOVACIÓN: Aunque la intención de los contratantes fuere destinar el inmueble a vivienda, si luego el arrendatario recabó y obtuvo del arrendador consentimiento para instalar en el local litigioso algún negocio y lo estableció y ejerció, no le era dable sin nuevo permiso del arrendador transformarlo en vivienda, por haberse operado una novación que le impedía realizar unilateralmente tal cambio, y al hacerlo incurrió en la causa resolutoria 4.º del artículo 149 LAU. (Sentencia 25 abril 1956: no ha lugar.)

80. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAMBIO DE ACTIVIDADES MERCANTILES: No constituye causa de resolución del contrato la infracción de las condiciones estipuladas en el mismo por cambio de las actividades mercantiles en el local arrendado, contra lo expresamente pactado, pues las causas de resolución enumeradas en el artículo 149 LAU son taxativas, según reiterada jurisprudencia. (Sentencia 17 marzo 1956: desestimatoria.)

81. ARRENDAMIENTO LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: Si bien es facultad privativa de la Sala sentenciadora declarar si el arrendatario llevó a cabo sin consentimiento del arrendador obras en el inmueble arrendado, la apreciación de si tales obras modifican su configuración queda sometida a la censura de la casación, por su carácter jurídico.

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL: El derribo de tres tabiques que dividían la nave central del local litigioso, aumentando su superficie en más de ocho metros cuadrados, implica un cambio de su configuración.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149 LAU: De los términos claros de dicho artículo no cabe deducir que en ciertos casos el criterio para su aplicación deba ser distinto según se trate de viviendas o locales de negocio, ni tampoco que, tratándose de estos últimos, vaya implícita la autorización para realizar las obras que el arrendatario considere precisas al normal funcionamiento del comercio que le plazca establecer.

UTILIDAD DE LA MODIFICACIÓN: La Ley no tiene en cuenta a los efectos de la resolución del arriendo si, al variarse la forma del inmueble, éste ha experimentado o no desmerecimiento, en atención quizá a que la distribución de un local habitable puede ser beneficiosa a un fin determinado y perjudicial para otro. (Sentencia 18 abril 1956: ha lugar.)

82. ARRENDAMIENTO URBANO: RESOLUCIÓN POR CONSULTA INMORAL E INCÓMODA: La causa sexta, apartado e) del artículo 149 de LAU incluye la conducta inmoral e incómoda del inquilino tanto profesionalmente como extraprofesionalmente. (Sentencia 24 marzo 1956. No ha lugar.)

83. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO Y TRASPASO DE NEGOCIO: LOS MUEBLES EN UN NEGOCIO DE HOSPEDERÍA O ALOJAMIENTO SIN COMEDOR: ELEMENTOS DE TIPO INMATERIAL INTEGRANTES DEL NEGOCIO: *La circunstancia de que no se mencionen en el contrato los muebles (que aunque necesarios para la explotación del negocio de hospedería son susceptibles de sustitución), no determinan necesariamente que se trate sólo de traspaso de local de negocio. Y se trata de un traspaso de negocio si integra otros elementos de tipo inmaterial como es la clientela, nombre, crédito y expectativas.*

DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS: ARTÍCULO 53 DE LA LAU: *Acreditado que se trata del traspaso de un negocio de hospedería (alojamiento sin comedor), en el que se discriminó el precio por el traspaso del local y los demás bienes transmitidos conforme al artículo 53, procede la resolución del contrato con arreglo al artículo 149 en su número tercero.* (Sentencia 12 marzo 1956.)

84. SUBARRIENDO: ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDADOR: *Los artículos 32 y 33 de la LAU conceden acción directa al arrendador para exigir del subarrendatario el abono de la renta y crean entre ambos, partes de dos relaciones contractuales distintas, un vínculo «ex lege».* (Sentencia 11 febrero 1956.)

85. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: RESOLUCIÓN POR EXTINCIÓN DE ARRENDAMIENTO: *No puede legalmente negarse la facultad de las partes en el contrato de arrendamiento de resolverlo, produciendo así la resolución del subarriendo conforme al artículo 152 de la LAU.* (Sentencia 20 abril 1956. No ha lugar.)

86. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REGLAMENTO DE 27 DE ABRIL DE 1935: VALOR: *Aunque la Ley de 28 de junio de 1940 en su artículo 1.º derogó la legislación sobre arrendamientos rústicos posterior a la Ley de 15 de marzo de 1935 que se opusiera a aquella, y por tanto el Decreto de 27 de abril de 1935, ello no obsta para que las normas de dicho Decreto que no se opongan a las de la Ley de 1935 pueden considerarse como interpretación auténtica de la misma.* (Sentencia 20 marzo 1956. Sala V.)

87. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: POSESIÓN DE MALA FE: PRUEBA: *Para probar la mala fe de la posesión en que se halla el arrendatario no basta la demostración de actos del propietario o de otras personas ajenas al arrendatario, aunque vayan destinados a hacerle saber que carece de derecho para seguir poseyendo y aunque intervenga la autoridad, a menos que el acto vincule al poseedor o que el acto ajeno provoque reacciones en el sujeto que indique el conocimiento de la falta de derecho.* (Sentencia 9 marzo 1956. Sala V.)

88. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: OBLIGACIONES A LA ENTREGA Y DEVOLUCIÓN DE LA FINCA: *Salvo pacto en contrario el propietario no está obligado a entregar las labores existentes al comenzar el arriendo al arrendatario ni éste las que existen al finalizar el contrato al propietario quedando las obligaciones de ambos en esta materia a permitirse recíprocamente los actos necesarios para la preparación del año siguiente.*

LABORES NECESARIAS: *Las labores de barbecho y siembra y las que sean precisas para preparar y obtener las cosechas entre viñas y olivares y mantener la tierra en producción evitando que se interrumpa el cultivo, tienen la condición de necesarias para la conservación de la finca, debiendo comprenderse los gastos que su realización originen entre aquellos a que se refiere el párrafo primero del artículo 453 del Código. (Sentencia 17 febrero 1956. Sala V.)*

89. **PRÉSTAMO USURARIO: PRUEBA:** *Excepcionalmente, en esta clase de juicios, el juzgador adquiere su convencimiento de modo libre ante las simples alegaciones de las partes, con ilimitado arbitrio jurisdiccional, sin que sea posible que el propio documento de préstamo sirva para deducir el error que se denuncia. (Sentencia 15 marzo 1956. Desestimatoria.)*

90. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS:** *No procede reducir la minuta del abogado cuando el recurrente se limita en su recurso a enjuiciar, de modo un poco global, según su particular opinión, pero sin rechazarlas, las diligencias, trabajos y actividades profesionales de actos en la gestión de los asuntos del demandado-recurrente, pretendiendo convencer a la Sala de que las aludidas gestiones y actividades, han sido estimadas dos veces, más sin aportar prueba alguna de sus aseveraciones.*

PRUEBA DOCUMENTAL: *No se infringen los preceptos del Código Civil relativos a su apreciación y valoración cuando el juzgador reconoció y valoró las escrituras públicas como instrumentos legítimos y públicos. (Sentencia 25 febrero 1956.)*

91. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ARQUITECTO: FORMA: SISTEMA ESPIRITUALISTA: VALIDEZ EXIGENCIAS DE FORMA EN ESTATUTOS DE COLEGIOS DE ARQUITECTOS:** *El sistema espiritualista inspira el vigente Código civil; esta libertad contractual admite excepciones, mas para ello es preciso que la Ley lo consigne de manera categórica; el incumplimiento de las exigencias en forma contenidas en los Estatutos del Colegio de Arquitectos, podrá dar lugar a medidas de carácter disciplinario, pero nunca constituiría motivo para dejar sin efecto un contrato libremente celebrado con un tercero. (Sentencia 9 abril 1956. Desestimatoria.)*

92. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIO: SERVICIOS DE ABOGADO: PRECIO:** *El arrendamiento de servicios, tal como lo define la doctrina jurisprudencial que así califica los servicios específicos de abogado prestados a sus clientes tiene precio que se determina por las minutas, según es costumbre reconocida por el Tribunal Supremo, sujeta a impugnación. (Sentencia 12 abril 1956.)*

93. **CONTRATO DE OBRA Y SUMINISTRO: ELEMENTOS PERSONALES:** *La Sala llega a la convicción de que el demandado recurrente, dueño del establecimiento en que se ejecutaron las obras objeto de la demanda, fué quien las proyectó y contrató con la parte actora, viniendo obligado a su pago con independencia de los contratos que puedan existir entre el recurrente y el otro demandado.*

CONTRATO DE OBRA Y SUMINISTRO: VALOR ACTA NOTARIAL: *El acta notarial es un documento público cuya eficacia obligatoria sólo puede alcanzar a cuanto se refiera a la fecha, a las preguntas que se hicieron por el requirente y al texto de las contestaciones dadas por el requerido a presencia del Notario, pero no a la veracidad y exactitud del contenido de esas manifestaciones. (Sentencia 7 abril 1956. Desestimatoria.)*

El condenado absuelto por la Sala rectifica en la súplica el contenido de unas manifestaciones suyas en un requerimiento notarial, alegando que el error de estas últimas fué debido a que «por su condición de vasco no domina perfectamente el castellano, muchas de cuyas expresiones y giros idiomáticos le son desconocidas».

94. **MANDATO: NATURALEZA: OBJETO:** *El objeto del mandato es la gestión de los negocios del mandante con los terceros.*

MANDATO NO REPRESENTATIVO: *Si en la ejecución del mandato el mandatario obra en nombre propio, en su contrato con los terceros no figura el nombre del mandante, ni se establece relación entre él y los terceros, ni tienen éstos acción contra el mandante, ni éste último contra aquéllos.*

MANDATO REPRESENTATIVO: *En el mandato representativo las obligaciones asumidas y los derechos adquiridos por obra del mandatario pasan del tercero al mandante, sin que el mandatario participe en modo alguno.*

COMISIÓN MERCANTIL: COMISIÓN EN NOMBRE PROPIO Y EN NOMBRE AJENO: *Es aplicable la misma doctrina del mandato conforme a los artículos 246 y 247 del C. de C.*

MANDATO: CLÁUSULA EXIMIENDO DE RENDIR CUENTAS: *Es ineficaz dicha cláusula, cuando pretende fundarse en otras relaciones jurídicas que mediante el uso libérrimo del mandato habían de cancelarse, y no se ha estimado probada la existencia de tales relaciones. (Sentencia 5 abril 1956.)*

95. **CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA AUTÓNOMA:** *Esta figura, más que asimilada a ninguna otra, va adquiriendo en la doctrina novísima, sustantividad propia.*

CONTRATO DE CORRETAJE O MEDIACIÓN: FACULTADES DEL MEDIADOR: *Aún atribuida al mediador la condición de mandatario, no podría estimarse autorizado, sin prueba suficiente, para desistir de la ejecución del contrato después de convenido entre los interesados y en parte consumado aquél. (Sentencia 25 febrero 1956.)*

96. **GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS:** *Para que tal cuasicontrato surja se requiere que el objeto del mismo se halle abandonado, bien por ausencia o negligencia, bien por enfermedad o incapacidad, debiendo guiar al gestor un fin lícito en el encargo que voluntariamente se atribuye. (Sentencia 26 abril 1956.)*

97. **RECONOCIMIENTO DE DEUDA.** (V. Sentencia 8 marzo 1956. Parte general)

98. **CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL:** *Se rigen por preceptos diferentes y deben someterse al conocimiento de jurisdicciones distintas; la declaración de la jurisdicción penal de*

que un hecho no es punible, no impide que la civil lo juzgue y resuelve si si hay culpa o negligencia que obligue a indemnizar. (Sentencia 5 mayo 1956. Ha lugar.)

IV. Derecho de familia

1. DOBLE MATRIMONIO CANÓNICO: NECESIDAD DE DECLARAR CUAL ES VÁLIDO: ALIMENTOS PROVISIONALES: *La Sala de instancia destaca que la situación especial de hecho en que se encuentra la parte actora no permite hacer declaración alguna en cuanto a los alimentos provisionales reclamados, ya que el demandado aparece casado canónicamente con dos mujeres, por lo cual estimó necesario como trámite previo determinar cuál de los dos matrimonios era válido con arreglo a derecho, cuestión impropia del juicio sumario especial de alimentos provisionales.* (Sentencia 22 marzo 1956. Desestimatoria.)

ANTECEDENTES: Según consta en el primer Considerando, el demandado en este juicio de alimentos provisionales «con la demandante contrajo matrimonio canónico el 12 noviembre 1943, siendo transcrita la partida sacramental en el Registro Civil el 8 junio 1954, y con J. R. celebró matrimonio civil el día 26 enero 1938 en el Juzgado Municipal de Chamberí, convalidado tal matrimonio después de la guerra de liberación ante la Autoridad eclesiástica, que le concedió los efectos canónicos».

COMENTARIO: Lo merece por extenso esta sorprendente sentencia. Ahora sólo queremos dejar constancia de nuestra disconformidad, pues estimamos que sin invadir la esfera de competencia de los Tribunales eclesiásticos, creemos posible que en el juicio sumario de alimentos provisionales el Tribunal civil determine *prima facie* cuál de ambos matrimonios sea el válido (cfr. art. 51 C. c.) y otorgue en consecuencia los alimentos solicitados. ¿Habría influido en esta extraña decisión la consideración de que el primer matrimonio canónico fué contraído durante la vigencia de la ley republicana del Matrimonio civil obligatorio, siendo inscrito muy posteriormente en el Registro Civil? No parece que estos matrimonios, una vez inscritos, posean una eficacia civil «debilitada»; por otro lado, también el segundo matrimonio canónico celebrado por el demandado lo fué en período rojo, siendo posteriormente «convalidado» canónicamente, aunque propiamente no puede hablarse aquí de convalidación (G. G. C.).

2. MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN ZONA ROJA DESPUÉS DEROGACIÓN LEY DE 1932: NULIDAD DEL ACTA: MATRIMONIO PUTATIVO: *La nulidad de la inscripción de matrimonio no prejuga la nulidad del mismo; el matrimonio putativo requiere la creencia de que se contrae un matrimonio legítimo, presumible en los que ignoraban la derogación de la Ley de Matrimonio Civil de 1932 a que se acogieron en el momento de celebrarlo, y la presunción de buena fe que ampara a los contrayentes y que sólo cabe combatir por prueba que corre a cargo del impugnante y que no se ha practicado.*

MATRIMONIO CIVIL: INFRACCIÓN DEL ART. 42 DEL C. C.: EFECTOS: *De la infracción del art. 42 realizada al contraer matrimonio civil en zona roja después de la derogación de la Ley de 1932 sin previa declaración de acatoliciadad, no puede derivarse ni una razón de inexistencia, ni siquiera un pronunciamiento de nulidad por causa que no sea de las establecidas taxativamente en el art. 101 del C. c.*

MATRIMONIO PUTATIVO: DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: *Al disolverse por muerte de uno de los cónyuges un matrimonio putativo procede la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales* (Sentencia 7 marzo 1956; Desestimatoria).

COMENTARIO: Nos parece justa la solución acogida en la sentencia; con acierto señala el Tribunal Supremo que se trata de un «problema meramente patrimonial»; aparte de que es muy posible que ese matrimonio civil fuera válido canónicamente por aplicación de la forma extraordinaria, se reitera aquí la doctrina últimamente sostenida por el Tribunal Supremo acerca de las consecuencias de la infracción del artículo 42, que creemos merece un estudio aparte (G. G. C.).

3. CONCUBINATO: ACCIÓN REIVINDICATORIA: *Si el actor ejercita una acción ordinaria de reivindicación de bienes, es desorbitada la invocación por la demandada y recurrente de preceptos legales referentes a las Compañías mercantiles y Sociedades civiles* (Sentencia 23 febrero 1956; Desestimatoria).

ANTECEDENTES: Al fallecer una persona en estado de soltera y sin descendientes de ninguna clase, su padre, con base en una declaración de herederos abintestato, reclama determinados bienes a la concubina de aquélla, la cual se opuso alegando que alguno de ellos la correspondían por haber existido entre ella y el difunto una sociedad tácita. La demanda es estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

4. LITIS EXPENSAS A MUJER CASADA: VALIDEZ DEL MATRIMONIO: *La cuestión referente a la ineficacia del matrimonio celebrado por los litigantes en París, en atención a que la mujer tenía la condición de divorciada de un matrimonio anterior celebrado canónicamente, no puede ser alegada ni resuelta en un trámite incidental de un pleito, pues se prejuzgaría el fallo definitivo dentro de un procedimiento inadecuado, aparte de que en la transacción llevada a cabo por los litigantes el recurrente admite y ratifica que la demandada es esposa suya, estado de hecho que surte todos sus efectos mientras no se modifique.*

LITIS EXPENSAS A MUJER CASADA: PRUEBA: *No son documentos auténticos a efectos de casación ni la comunicación de la Vicaría General del Obispo, que es un informe técnico de apreciación del Tribunal sentenciador, valioso por su origen, pero sin virtualidad en este incidente, ni tampoco el poder otorgado a los fines de representación del Procurador, referido a las circunstancias personales del compareciente que le otorga, que son manifestaciones de éste que el Notario autorizante consigna sin garantizar su veracidad en la forma que requiere el documento auténtico en casación.*

LITIS EXPENSAS A MUJER CASADA: PRUEBA DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA APLICABLE: *No es medio de prueba admitido por la doctrina jurisprudencial el dictamen de dos letrados españoles acerca de las disposiciones del Derecho austriaco en materia de litis expensas.*

LITIS EXPENSAS A MUJER CASADA: CALIFICACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *La cuestión relativa a la obligación del marido de facilitar a la esposa los gastos procesales, entraña un problema de calificación del carácter jurídico que se dé a la relación, y si bien en el Derecho austriaco se considera como parte de la obligación de prestar alimentos, en otros, como*

el alemán y el nuestro, se deriva del régimen legal de bienes matrimoniales, y en caso de conflicto, la doctrina más difundida y seguida por la mayoría de los autores entiende que debe ser resuelto por la "lex fori" (Sentencia 17 abril 1956; Desestimatoria).

COMENTARIO: Desde luego hay que reconocer que se han querido traer a este pleito sobre litis expensas las cuestiones de fondo, que son indudablemente complejas e interesantes. Se trata de mujer francesa, católica, casado canónicamente en Francia y divorciada civilmente, que reitera matrimonio—esta vez sólo civil—con austriaco, asimismo de religión católica. El marido contrae matrimonio canónico en España con tercera persona y su anterior mujer presenta demanda de separación por adulterio; el presente proceso sobre litis expensas es un incidente de dicho juicio de separación (G. G. C.).

5. LITIS EXPENSAS A MUJER CASADA BAJO RÉGIMEN FORAL CATALÁN: NECESIDAD: *Es reiterada la jurisprudencia acerca de la obligación del marido de abonar litis expensas a su mujer cuando los bienes de ésta no son suficientes para sostener el pleito, y ello aunque el matrimonio no esté contraído bajo el régimen de gananciales, y hasta en regiones de legislación foral (Sentencia 21 abril 1956; Estimatoria).*

6. CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN CATALUÑA: IRREVOCABILIDAD: LA CONSTITUCIÓN "A FORAGITAR FRAUS": *No contradice el principio de irrevocabilidad, ni vulnera la Constitución "A foragitar fraus" una disposición testamentaria que, como la de autos, amplía el plazo de duración del usufructo atribuido en las capitulaciones, pero no lo revoca ni restringe.*

HEREDAMIENTOS EN CATALUÑA: HEREDAMIENTO PREVENTIVO: POSIBILIDAD DE TESTAR POSTERIORMENTE: *Establecido en capitulaciones matrimoniales un heredamiento preventivo en que se institúa por partes iguales a los hijos que se esperaba tener de dicho matrimonio, es claro que los otorgantes pudieron posteriormente regular en testamento su sucesión, respetando las legítimas (Sentencia 16 marzo 1956).*

7. SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES: CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA MISMA: ENAJENACIÓN DE BIENES PARAFORENALES: LICENCIA JUDICIAL SUPLETORIA DE LA MARITAL: *Aunque el sostenimiento de la familia y gastos ocasionados a la mujer casada en pleitos con su marido deben ser satisfechos preferentemente con cargo a la sociedad de gananciales, al ser notoriamente insuficientes los bienes de ésta y no contar la demandante como otro medio legal de satisfacer los expresados gastos que el de la venta o gravamen de sus propios bienes, procede conceder la autorización judicial solicitada como supletoria de la negada por el marido (Sentencia 27 abril 1956).*

8. DOTE OBLIGATORIA: FIJACIÓN DE CUANTÍA: *No cabe hacer referencia a lo acordado en expedientes análogos de fijación de dote a otras hermanas de la reclamante, ni tampoco existe posibilidad de practicar la valoración de los bienes, ni sostener existan otros distintos a los fijados por el Tribunal de instancia.*

NOTE OBLIGATORIA: FIJACIÓN DE CUANTÍA: FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO: *El art. 1.341 del C. c. tiende a conseguir que surgida la discrepancia sobre la cuantía de la dote, las relaciones paternofiliales continúen en lo posible dentro de la normalidad sin hondas perturbaciones y atribuye a la autoridad judicial la decisión sin concederle el carácter de contienda, sino más bien de un arbitrio prudente (Sentencia 23 abril 1956; Desestimatoria).*

9. TUTELA: INTERÉS OPUESTO DEL TUTOR: (V. Sentencia 8 marzo 1956, II, 5).

V. Derecho de Sucesiones

1. RESERVA TRONCAL: ART. 811 DEL CÓDIGO CIVIL: NATURALEZA DEL DERECHO DEL RESERVISTA: *El derecho del reservista es análogo al del poseedor de bienes sujetos a una condición resolutoria.*

RESERVA TRONCAL: NATURALEZA DEL DERECHO DE LOS RESERVATARIOS DE GRADO MÁS PRÓXIMO: *El derecho que compete a los reservatarios sobre los bienes reservables se halla afecto a una condición suspensiva.*

RESERVA TRONCAL: PRINCIPIO DE LA PROXIMIDAD DE GRADO: DERECHO DE LOS RESERVATARIOS DE GRADO MÁS REMOTO: *Regida la reserva troncal por el principio de la proximidad de grado, el derecho de los reservatarios de grado más remoto está sujeto a una nueva condición: la de que no sobrevivan o repudien legalmente la reserva los de grado más próximo.*

RESERVA TRONCAL: RESERVA ANTICIPADA O "PENDENTE CONDITIONE" HECHA POR LOS RESERVATARIOS PREFERENTES: *Esta renuncia queda purificada el día del fallecimiento del reservista, "existente conditione", al sobrevivirle dichos reservatarios renunciantes.*

RESERVA TRONCAL: RESERVA ANTICIPADA O "PENDENTE CONDITIONE" HECHA POR LOS RESERVATARIOS PREFERENTES: SITUACIÓN DE LOS DE GRADO MÁS REMOTO: *Renunciada la reserva por los reservatarios preferentes de segundo grado, al sobrevivir aquéllos a la reservista se ha incumplido la segunda condición—premiencia o repudiación de los reservatarios de segundo grado—, por lo que, "deficiente conditione", se ha extinguido la expectativa de los reservatarios de grado más remoto y están privados de todo derecho y acción para hacer efectiva la reserva (Sentencia 17 abril 1956).*

OBSERVACIONES: Aborda esta sentencia varios problemas importantes en relación con la reserva lineal o semitroncal establecida en el artículo 811 Código c. Dichos problemas son: principio de la proximidad de grado, derechos del reservista, derechos de los reservatarios en relación con su grado preferente o más remoto, naturaleza y efectos de la renuncia hecha *pendente conditione* por los reservatarios de grado preferente, y, por último, situación de los reservatarios de grado más remoto cuando los de grado más próximo han renunciado.

1. *Principio de la proximidad de grado.*—Conocida es la vieja tesis de Mucius Scaevola de que el artículo 811 atribuía derechos sobre la reserva a todos los parientes que, perteneciendo a la línea de procedencia de los bienes se hallasen dentro del tercer grado. La tesis contraria, defendida por la mayor parte de la doctrina y consagrada por la Resolución de 20 marzo 1905, es confirmada en esta sentencia, que establece el principio de la proximidad de grado. El pariente de grado más próximo excluye al más re-

moto. Entendemos, aunque la sentencia no tiene ocasión de pronunciarse en este sentido, que tal principio está paliado por la aplicación del llamado derecho de representación cuando en virtud del mismo no se rebase el tope de tercer grado.

2. *Naturaleza del derecho del reservista.* Es análogo al del poseedor entendemos que sería más propio decir «adquirente») de bienes sujetos a condición resolutoria. El evento es que en la fecha de su fallecimiento existan reservatarios. Si existen, se resuelve la titularidad jurídica del reservista sobre los bienes reservables y éstos, sin formar parte de la herencia del reservista, se distribuyen por partes iguales entre los reservatarios. (Véase sentencia de 8 junio 1954, A. D. C. 1954, VII-3, pág. 960). Si no existen reservatarios al fallecer el reservista, *deficiente conditione*, la titularidad sobre los bienes se purifica y éstos dejan de ser reservables, pasando a formar parte de la herencia normal del reservista.

3. *Naturaleza del derecho de los reservatarios.*—Aquí cobra vigor el principio de la proximidad de grado, el cual establece una importante diferencia entre los parientes, que la sentencia califica de preferente, refiriéndose a los de segundo grado, y los demás reservatarios de grado más remoto. El derecho de los reservatarios preferentes está sometido a condición suspensiva. A la condición suspensiva de sobrevivir al reservista. El de los reservatarios de grado más remoto está sometido a dos condiciones suspensivas: a) que sobrevivan al reservista; b) que no sobrevivan ni repudien legalmente los reservatarios de grado preferente. En atención tal vez a este doble juego condicional, la sentencia que comentamos oscila entre la calificación como «derecho» (Considerando 2.º, aunque no en forma clara) y como «expectativa» (Considerando 4.º, decididamente).

4. *Naturaleza y efectos de la renuncia anticipada de los reservatarios de grado preferente.*—Siendo condicional el derecho de estos reservatarios, la renuncia que hagan de su derecho durante la pendencia de la condición será igualmente condicional y sus efectos estarán supeditados a la realidad y cumplimiento del evento en que la condición consiste: sobrevivencia de los reservatarios respecto al reservista. Verificado el evento la renuncia se purifica y surte todos sus efectos.

5. *Situación de los reservatarios de grado más remoto cuando renuncien los de grado más próximo.*—Hemos dicho con la sentencia de 17 abril 1956 que el derecho de los reservatarios de grado más remoto está doblemente condicionado y que su efectividad pende de dos eventos: 1.º, su propia sobrevivencia respecto al reservista; 2.º, la no sobrevivencia o no repudiación de los reservatarios de grado preferente. Verificada esta renuncia y una vez que el reservatario de grado más próximo ha sobrevivido al causante, se extingue la expectativa del reservatario de grado más remoto. (Esto ocurrió en el caso que motivó la sentencia comentada.) Por el contrario, tal renuncia carecerá de repercusión y efectos si el reservatario de grado preferente que renunció premuere al reservista. Y en tal caso, si el reservatario de grado más remoto sobrevive a dicho reservista, su expectativa adquiere rango de derecho puro actual sobre los bienes reservados (D. L.).

2. PARTICIÓN HEREDITARIA: ART. 1.061 DEL CÓDIGO CIVIL: EXCEPCIÓN: ARTÍCULO 838, EN CUANTO AL PAGO DE LA CUOTA VIUDAL: *El art 838 del Código civil exceptúa al haber hereditario del cónyuge viudo de la regla general del artículo 1.061 de que la partición de la herencia se ha de hacer procurando guardar la posible igualdad mediante la adjudicación a cada heredero de bienes de la misma naturaleza.*

LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO: FORMA DE PAGO: SU TRANSMISIBILIDAD: *El derecho dimanante del art. 838 es de marcado carácter patrimonial y habrá de ser catalogado en la esfera general de transmisibilidad hereditaria. En consecuencia, fallecida la madre heredera sin haberlo ejercitado ni renun-*

ciado, quedó subrogado su único heredero en el mismo derecho que aquella pudiera haber podido ejercitar de haber vivido.

LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO: CAPITALIZACIÓN DEL USUFRUCTO: Si bien las normas administrativas no sirven en principio para gobernar las relaciones civiles, son de frecuente utilización como normas complementarias del derecho privado, y otras veces marcan una orientación que llena lagunas de la legislación común, cual acontece con el Reglamento de Derechos reales en punto a la capitalización del usufructo (Sentencia 13 abril 1956).

OBSERVACIONES: Destaca en esta sentencia la doctrina acerca de la transmisibilidad hereditaria del derecho a señalar la forma de pago de la cuota viudal, tesis concordante con la ya mantenida por la Sentencia de 11 octubre 1943. También se consagra el valor orientador del artículo 66 del vigente Reglamento del Impuesto de Derechos reales, de constante aplicación en la práctica (D. I.).

3. TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: DECLARACIÓN DEL TESTADOR DE NO PODER O NO SABER FIRMAR: Para que firme un testigo a ruego del testador es preciso que éste manifieste no saber o no poder hacerlo, formalidades externas que es necesario contesten bajo la fe del Notario autorizante.

TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: EL TESTADOR TIENE OBLIGACIÓN DE FIRMAR EL TESTAMENTO SI PUEDE HACERLO: Debe ser casada, por infringir el artículo 695 del Código civil la sentencia según la cual no existe ningún precepto que exija como solemnidad esencial la firma del testador que sabe hacerlo, salvo en el testamento ológrafo, pues dicho precepto impone al testador la obligación de firmar el testamento como ratificación del carácter personalísimo de este acto, y sólo en el caso de que no sepa o no pueda, lo hará a su ruego un testigo u otra persona.

TESTAMENTO ABIERTO: NULIDAD POR FALTA DE FORMALIDADES: Es nulo por vulnerar el artículo 696 del Código civil el testamento en el que sólo se consigna que firma uno de los testigos a ruego del testador, pero sin expresar la razón, permanente o momentánea, que motive la abstención del otorgante en la suscripción de su disposición de última voluntad. (Sentencia 16 febrero 1956.)

4. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: ASSENTIMIENTO TÁCITO DEL HEREDERO: El hecho de que el heredero no contradijere en manera alguna la posesión que en concepto de dueño vino ostentando hasta su fallecimiento el legatario sobre toda la casa y terreno circundante aprovechándose íntegramente de sus frutos, no deja de ser una base interpretativa de la cláusula de legado, hecha por quien podía considerarse perjudicado, asintiendo, cuando menos, de manera tácita a que cuanto poseía y disfrutaba el legatario se hallaba comprendido en el legado. (Sentencia 8 marzo 1956.)

5. LEGÍTIMA ARAGONESA ANTES DEL APÉNDICE: El fuero primero «De testamentis nobilitum» y el único «De testamentis civium» permiten que el testador, sea cualquiera su condición, que tenga hijos legítimos, pueda instituir como heredero a uno de ellos, dejando a los demás por vía de legítima lo que les plazca, es decir, que puede asignarles los clásicos sueldos jaqueses.

CÓDIGO CIVIL: SU APLICACIÓN EN LAS REGIONES FORALES: *Según dispone el artículo 13 de este cuerpo legal, el Código civil rige en los territorios sometidos a legislación especial en defecto de las disposiciones privativas dictadas para cada institución.* (Sentencia 12 marzo 1956: no ha lugar.)

DERECHO MERCANTIL

1. EXTINCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL: Véase sentencia 11 febrero 1956 (D. c., III, 14).

2. ACCIÓN NO MERCANTIL: LIBROS DE LOS COMERCIANTES: Véase sentencia 9 marzo 1956 (D. c., III, 45).

3. LITIS CONSORCIO NECESARIO: *No se infringe la doctrina del litisconsorcio necesario cuando la resolución ni contiene declaraciones adversas ni impone obligaciones a determinada persona que intervino como comisionista.*

CHEQUE: COMISIÓN: *La entrega del cheque efectuada directamente por el actor a un tercero no interviniente en este juicio, integra un encargo conferido por el primero al segundo que podrá ligar a ambos entre sí, pero que en él no cabe incluir al demandado que no fué parte en el mismo.*

CHEQUE: COBRO DE LO INDEBIDO: *El demandado cobró el cheque y su importe lo imputó en la cuenta que tenía por cantidad mayor con un comisionista suyo, no interviniente en el pleito, en virtud de carta que este último le dirigió disponiéndolo así, y tal acto no supone cobro ni imputación indebidos, porque dicho comisionista le adeudaba suma mayor y no tenía relaciones comerciales con el actor, ni éste le participó la expedición del cheque.* (Sentencia 3 abril 1956: estimatoria.)

4. FORMA DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL: PRUEBA DE TESTIGOS: *El artículo 51 del C. de c. limita la prueba de testigos para probar la existencia de los contratos mercantiles, pero no les impone requisitos de forma.*

INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CARGA DE LA PRUEBA: *Del hecho del incumplimiento de una obligación, por sí solo, no se derivan necesariamente daños y perjuicios, teniendo, por tanto, que concretarlos y probarlos quien los reclame.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: DETERMINACIÓN: GANANCIA POSIBLE: *No se derivan perjuicios de la diferencia del precio del contrato incumplido y del de aquel por el que después hubo de adquirirse la mercancía, destinada al comercio, sino de la diferencia entre la ganancia que se pudo obtener al vender el producto contratado en la época en que debió serle entregada y la que podría lograr al serle entregada en ejecución de sentencia.* (Sentencia 13 marzo 1956.)

OBSERVACIONES: Tiene interés en esta sentencia el problema de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de compra de mercancía destinada a revender. El problema lo plantea la sentencia en dos aspectos: a) uno en cuanto al resultado de la operación de reventa a

que la mercancía se destinaba y b) otro en lo que respecta a los daños que hubo de indemnizar el comprador por haber incumplido a su vez otro contrato.

a) El primer problema lo resuelve la sentencia diciendo que «no se derivan perjuicios de la diferencia del precio del contrato incumplido y después del que adquiriera la mercancía, sino de la diferencia entre la ganancia que pudo obtener el señor A. al vender la madera contratada en la época en que debió serle entregada y la que puede lograr con esa reventa cuando le fuere entregada en ejecución de esta sentencia, por ser destinado al comercio, pues cualquiera que sea el precio de la venta origen, aun cuando se eleve, puede cambiar el margen de lucro con la reventa y no puede condenarse al pago de indemnización aunque se deje para ejecución de sentencia, sólo ante el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues al condenar hay que hacerlo sobre la base de su efectividad acreditada».

b) Sobre el segundo punto dice que no cabe indemnización porque no hay relación con «este último contrato, ajustado varios meses antes de perfeccionar el de autos, y, por consiguiente, sin tener éste por base, y además no se ha acreditado que el señor A. careciera de medios para cumplir el contrato más antiguo sobre la cantidad mayor de madera, porque no entregarán la más reducida que contrató posteriormente con la recurrente y que estuviera imposibilitado de suministrar la primera contratada por haberla buscado sin éxito en sitios donde pudiera haberla, por lo cual no hay relación de causa a efecto entre el incumplimiento objeto del pleito origen de este recurso y la indemnización pagada (L. D. P.).

5. COMISIÓN MERCANTIL: EN NOMBRE PROPIO Y EN NOMBRE AJENO: Véase sentencia 5 abril 1956 (D. c., III, 94).

6. CONTRATO MERCANTIL DE TRANSPORTE: ENTREGA DE LA COSA: *La entrega contra recibo por el que retira la mercancía está admitida por el Código de Comercio para el caso de extravío de la carta de porte o por otra causa, pero siempre que la entrega se haga al consignatario, lo que no tiene aplicación cuando la entrega se verifica a un extraño.*

CONTRATO MERCANTIL DE TRANSPORTE: RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO: *Si la empresa incumple la obligación de entrega, queda obligada a pagar el valor que tuvieran las mercancías no entregadas en el punto donde debieran serlo y en la época en que correspondía hacer su entrega.*

INTERPRETACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO: ACEPTACIÓN TÁCITA: *Un propósito de solución amistosa entre las entidades vendedora y compradora no puede hacer viable la deducción de una tácita confirmación de la conducta seguida por la empresa de transportes al hacer entrega de la mercancía a persona distinta del consignatario, pues la aprobación a tal incumplimiento tenía que ser expresa y no condicionada. (Sentencia 17 abril 1956: estimatoria.)*

7. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: Véase sentencia 21 marzo 1956 (D. c., III, 18).

8. CONTRATO DE SEGURO: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LOS DAÑOS POR EL ASEGURADO: *Cuando el error cuantitativo en la valoración de los daños no obedece a intención dolosa del asegurado no puede servir de causa para exonerar al obligado de la reparación real e indemnización efectiva de*

las pérdidas ocasionadas por un incendio. (Sentencia 28 marzo 1956: no ha lugar.)

9. QUIEBRA FRAUDULENTE: FALTA DE LLEVANZA DE LIBROS: *El no llevar los libros de comercio, obligatorios conforme al artículo 33 C. de c., es suficiente para calificar la quiebra como fraudulenta.* (Sentencia 12 abril 1956.)

10. CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: *El incumplimiento contractual de los diminutivos de un contrato de embarque se rige por el título I, libro IV del Código civil, por no haber normas especiales.* (Sentencia 16 marzo 1956.)

DERECHO PROCESAL

I. Parte general

1. JURISDICCIÓN COMPETENTE: DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR UNA EXPLOTACIÓN MINERA: *Lo es la jurisdicción ordinaria.* (Sentencia 24 marzo de 1956.)

«... Que al amparo del número 6 del artículo 1.692 de la LEC se formula el primer motivo de casación alegando incompetencia de los Tribunales para conocer de la materia objeto del pleito, con el consiguiente abuso y exceso de jurisdicción de encaje obligado en aquel precepto, porque la Sala sentenciadora no tuvo presente el artículo 121 del Reglamento Minero de 16 de junio de 1905, vigente cuando se produjeron los daños y perjuicios calificados en la sentencia y cuando se plantea la litis; pero el recurrente no tiene en cuenta: 1.º Que los Tribunales civiles son competentes para conocer de la materia objeto del pleito, tanto por lo que dispone la Ley Orgánica fundamental y la LEC, como por lo establecido en las leyes especiales de Minas, en las que clara y terminantemente se reconoce dicha competencia. 2.º Que en éstas sólo se establece, especialmente en el artículo invocado, un requisito previo a la formulación de la demanda para que aquéllos puedan conocer de la materia a que se refieren, y ésta no es otra, según literal expresión del precepto, cuyo párrafo segundo ha de entenderse condicionado por el primero, que las reclamaciones que se hagan sobre «extracción indebida de minas e indemnizaciones de daños y perjuicios en concesiones ya otorgada por el Estado», por la intervención más o menos directa y eficaz que a éste compete en las mismas, pero no hay en general, razón para comprender esa limitación a quien no viene sometido a la concesión, ni le atañe el régimen de ésta, ni la reclamación afecta a la responsabilidad del Estado. 3.º Que en el presente pleito no se trata de una cuestión entre mineros ni entre concesionarios. 4.º Que con la reclamación previa se trata, en todo caso, de una formalidad que en nada afecta a la jurisdicción que a los Tribunales corresponde, que, aunque pudiera rozar la competencia, no podría operar «*ex lege*» después de seguido el pleito sin protesta en ambas instancias, porque no le puede ser aplicable el artículo 74 de la Ley procesal. 5.º Que al no ser planteada en esas trámites la cuestión, ni pudo ser objeto de prueba, a pesar de que

existe un documento acreditativo de la resolución a tal objeto de la Jefatura Provincial de Minas de Oviedo, ni ser contemplada, ni resuelta en la sentencia. 6.º Que se trata de una cuestión nueva, traída por primera vez a este Tribunal Supremo, mediante la interposición del recurso de casación, lo que no es lícito, según reiterada jurisprudencia.»

2. COMPETENCIA: CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: *De conformidad con los artículos 1.171 C. c. y 62 regla 1 de la LEC, será competente para entender de la indemnización de daños y perjuicios originados por la negligencia en los dispositivos de carga, el juez del lugar donde ésta se realizó.* (Sentencia 16 marzo 1956.)

3. RELACIÓN PROCESAL DEFECTUOSAMENTE CONSTITUIDA: Sentencia 11 febrero 1956 (C. c., III, 14).

4. LITIS CONSORCIO NECESARIO: Véase sentencia 3 abril 1956 (D. m. 3).

5. POBREZA: DERECHOS PROPIOS: SOCIOS DE UNA COOPERATIVA: *No puede concederse el beneficio de pobreza a los socios de una cooperativa para litigar por los derechos de ésta de que aquellos se desposeyeron al formar tal entidad jurídica.* (Sentencia 28 febrero 1956.)

II. Recursos

FORMULACIÓN DEL RECURSO: IMPUGNACIÓN DE UN PRONUNCIAMIENTO SUBSIDIARIO: *Es desestimable el recurso que sólo impugna el pronunciamiento calificado por el tribunal a quo de subsidiario, o sea, aquel cuya eficacia está supeditada y es sólo invocable en el supuesto de que no prosperara el pronunciamiento principal.* (Sentencia 20 febrero 1956: no ha lugar.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *La nuda propiedad*.

PLAZA NAVARRO, Manuel de: *Justicia y seguridad*.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula "si sine liberis decesserit" en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil*.

PERÉ RALUY, José: *La filiación y el Registro Civil*.

2. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal*.

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.