

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO IV
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLI

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales ⁽¹⁾

JAIME GUASP

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid

1. Examinando con atención el panorama legislativo y doctrinal del derecho procesal civil, hoy, y en cualquier país, se encuentra, como un rasgo común de significación importante, el de la aparición y desarrollo, cada vez en mayor número, de una serie abundante de tipos particulares de procesos al lado de las formas generales y ordinarias que componen el cuadro total de la Administración de Justicia civil. Es, pues, uno de los fenómenos más acusados del derecho procesal civil de nuestra época el del gran número de los procesos civiles especiales que reconocen y albergan todos los derechos positivos. Sin duda, han existido siempre junto a las formas ordinarias de proceder variantes singulares en razón a circunstancias especiales que el legislador se ha creído en el deber de tener en cuenta; pero lo que no era en el pasado sino concesión limitada a un reducido número de materias, se ha convertido hoy en un supuesto de aplicación corriente y normal, hasta el extremo de que, en su conjunto, los procesos especiales constituyen la forma ordinaria de pedir justicia, y la vía común queda relegada a casos cada vez más raros e infrecuentes de utilización.

Si el cauce de los procesos civiles especiales fuera a su vez sencillo y expedito, no habría que decir mucho en su contra, pues, aunque teóricamente siempre quedaría la objeción de su hipertrofia, prácticamente se lograrían con ellos resultados beneficiosos. Pero es que, en realidad, y quitando contadas excepciones, los procesos civiles especiales vienen a mostrarse tan complicados como los tipos ordinarios y, desde luego, organizados de un modo mucho menos meditado y maduro que el de éstos. Por ello no es posible, ni siquiera desde el punto de vista práctico, hablar del excesivo número de los procesos civiles especiales como una compensación a la excesiva complicación de las formas comunes; por

(1) Ponencia leída por el autor en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia los días 30 de septiembre-5 de octubre de 1950.

el contrario, la abundancia de los procesos especiales acentúa y no disminuye la complicación de la justicia civil.

2. No es necesario insistir reiteradamente en los graves peligros que este excesivo número y esta extraordinaria complicación de los procesos especiales suscita. El exagerado número de los procesos civiles especiales plantea problemas constantes de competencia y de adecuación del procedimiento al caso concreto que se quiere resolver, pues, en presencia de cada hipótesis particular, es preciso pasar una fatigosa revista a la serie de los procesos civiles especiales hasta tener la seguridad de que se ha encontrado aquel que objetivamente corresponde; seguridad que, en gran número de ocasiones, no se alcanza nunca por las dudas a que se prestan las disposiciones legislativas que acotan el ámbito de materias a que un cierto proceso se refiere. La complicación excesiva de los procesos civiles especiales engendra, como fácilmente se comprende, nuevos inconvenientes, ya que obliga al seguimiento de vías judiciales carentes de sencillez, respecto a la inmensa mayoría de los casos litigiosos, con la agravante, muchas veces, de que no siendo aptos los procesos civiles especiales para resolver con fuerza de cosa juzgada una cierta materia, la complicación de principio, aun superada, no logra una resolución definitiva, sino que todavía deja abierto el camino del proceso ordinario después de una larga y costosa tramitación. Todo ello, abundancia de número y exceso de complicación, constituye un pesado lastre de la justicia civil de hoy día que expone a los litigantes al continuo riesgo de una producción de nulidades en caso de seguimiento de una vía procesal equivocada, con el consiguiente desprestigio para la Administración de Justicia y para la confianza que en ella se debe tener.

3. Es interesante señalar que, no obstante contar con un reconocimiento probablemente unánime del fenómeno que acaba de ser subrayado, el trabajo doctrinal que ha recaído sobre los procesos civiles especiales resulta extraordinariamente escaso, por no decir nulo. En efecto, las obras generales se ocupan del proceso civil especial, pero no en su consideración de conjunto, sino en su análisis individual; y de la misma manera, los estudios monográficos han llegado, en ocasiones, a examinar a fondo ciertos tipos particulares de procesos, pero no se han propuesto como problema previo de necesaria consideración el que encierra la categoría del proceso civil especial por su misma existencia abstracta, ni tampoco el problema, asimismo previo, que la coexistencia recíproca de diversos procesos plantea. No hay, en efecto, que nosotros sepamos, una obra monográfica de consideración, en la que se aborde el problema general de los procesos civiles especiales y esto, a pesar de no ser desconocida por nadie la gravedad del problema que su existencia plantea. La ciencia del derecho procesal civil ha ido sucesivamente ganando por etapas el conocimiento progresivo de todos los sectores que abarca. Sus primeros

trabajos recayeron, casi exclusivamente, sobre el proceso de cognición; después, por obra principalmente de la doctrina italiana, se desvelaron las enormes dificultades que suscita el proceso de ejecución. Queda todavía, en realidad, inédita la zona de los procesos civiles especiales, última (si se coloca fuera del derecho procesal o se incluye en ella a la jurisdicción voluntaria) de las que forman el material de nuestra disciplina. No es, pues, muy dudoso que, sin abandonar, naturalmente, los trabajos sobre el proceso de cognición y sobre el proceso de ejecución, en los que tantos puntos quedan aún por aclarar, sea lícito llamar la atención de la doctrina acerca de la necesidad de plantearse a fondo el problema de esta última parte de la disciplina, haciéndola objeto de un examen científico de conjunto que supere, como antes se decía, el meramente individual de sus manifestaciones particulares.

Ni tiene nada de extraño el que, supuesta la ausencia doctrinal de los trabajos sobre los procesos civiles especiales, su tratamiento legislativo resulte singularmente defectuoso. Aunque el legislador se haga la ilusión de entenderse desligado de la doctrina, en realidad depende siempre de ella, y lo único que hace cuando pretende ser supradoctrinal, si se permite esta expresión, es manejar doctrinas atrasadas, que, por el sólo hecho de su antigüedad, pretenden tener una fuerza indiscutible de que en realidad carecen. El escaso conocimiento del problema de los procesos civiles especiales, considerado en su conjunto, explica que el legislador procesal, al llegar a la parte de su cometido que le exige ordenar estos tipos, dé muestras de una desorientación casi absoluta. No se libran de ello ni los cuerpos legales generalmente reconocidos como más importantes desde el punto de vista tradicional o como más avanzados y progresivos por lo reciente de su promulgación; lo mismo el Código francés de procedimiento civil, de 1806, que el Código italiano, de 1942, al enfrentarse con la regulación de los procesos civiles especiales, fallan en el mantenimiento de la altura que logran en sus restantes pasajes y ofrecen una desigualdad de perfección que incluso los observadores más elementales están en condiciones de anotar. El codificador va simplemente recogiendo los procesos civiles especiales, a medida que los encuentra en el material jurídico vigente, cuando realiza su obra, sin preocuparse o, por lo menos, sin poder resolver el problema de su existencia, de su adecuado emplazamiento sistemático y de su correcto tratamiento general. De aquí la impresión que ofrecen los Códigos procesales en estos sectores de su texto de verdaderos «cajones de sastre», según la gráfica expresión española.

4. Sin embargo, es más sencillo llamar la atención sobre la gravedad de este problema y sobre la conveniencia de su solución que proponer, aunque sólo sea en breves líneas que resulten aceptables, los rasgos principales de una orientación satisfactoria.

Empieza esta dificultad por la que se encuentra ya al inten-

tar proporcionar un concepto preciso de lo que sea un proceso civil especial en sentido propio. La concepción corriente que define como proceso ordinario aquel que se destina a hipótesis generales y comunes y como proceso especial aquel que se limita a supuestos particulares y concretos no hace más que desplazar la dificultad. Sigue habiéndola al ofrecer el proceso ordinario dentro de su desarrollo normal meras variantes de procedimiento que difícilmente podrían calificarse como de proceso especial auténtico. (Precisamente la forma sumaria de la vía judicial puede, según unas concepciones, encuadrarse en la teoría del proceso ordinario como variante formal del mismo o, según otras, en la teoría del proceso especial como fenómeno distinto y autónomo.) Por otra parte, a veces, dentro de un verdadero proceso civil ordinario, se insertan medidas de finalidad complementaria que ofrecen el aspecto de un proceso especial incorporado a otro común; y también sobre estas medidas procesales insertas en el proceso ordinario es lícita la duda sobre si se trata de partes integrantes de la forma común o de especialidades de vida separada, aunque de hecho se conecten a una materia de carácter principal. En el necesario trabajo de matiz a que aquí debe procederse la fórmula definidora final no se vislumbra todavía; es preciso contentarse con la tosca solución negativa, que entiende como proceso civil especial todo aquel que no es ordinario por el ámbito de su aplicación.

Pero, si difícil es el concepto de los procesos civiles especiales, mucho más resulta una sistematización correcta de los mismos que trate de mejorar el simple recurso enumerativo a que acude la mayor parte de la doctrina y del derecho positivo, hoy día, cuando se enfrenta con esta materia. En realidad, la tarea sistematizadora parece incluso contradictoria al tratar de imponerse a los procesos civiles especiales. Pues la inmensa mayoría de los procesos civiles especiales nacen y se mantienen en el derecho positivo por razones de pura contingencia histórica, válida sólo aquí y ahora, lo que repugna, aún en mínima medida, cualquier fundamentación lógica que permita su reconducción a un sistema. Si el legislador, más o menos precipitado, lanza al mundo del derecho positivo procesos civiles especiales lo hace, casi siempre, por una preocupación de circunstancias y en este sentido parece inevitable la abstención en cuanto a la tarea de sistematización de estas preocupaciones que rehuyen todo encuadramiento lógico en una verdadera unidad científica. Sin embargo, esta imposibilidad sólo es aparente, puesto que la materia histórica, por mucha que sea su contingencia, es susceptible siempre de tratamiento científico ya que la esencia del conocimiento científico no se halla en la materia sobre que recae, sino en el sentido formal que imprime y, por ello, no existe ninguna contradicción en el hecho de que especies jurídicas, todo lo concretas y limitadas que se quieran, puedan ser incluídas en un cuadro de conjunto que las reduzca a unidad. Otra cosa es, no obstante, deducir de esta posibilidad

una facilidad de la tarea; como antes se dijo, el sistematizar los procesos civiles especiales o, en otros términos, el proponer una tipología sistemática correcta de los mismos, es algo que encierra extraordinaria gravedad y que, probablemente, no se puede conseguir de inmediato, sino tan sólo cuando haya madurado algo más el pensamiento científico en torno a estos problemas; a lo que se pretende contribuir, precisamente, con la presente aportación.

No habrá que observar en tercer término que si el concepto y el sistema de los procesos civiles especiales es difícil, lo mismo ocurre, y aun en mayor grado, con el tratamiento general de ellos. Dados los heterogéneos caracteres que en los mismos se observan, parece también de todo punto imposible reconducirlos a una ordenación jurídica, si no unitaria, que responda a líneas comunes, por lo menos en cuanto a sus rasgos fundamentales. La materia de los procesos civiles especiales es de tal modo diversa interiormente que cuesta trabajo creer en la viabilidad de una ordenación normativa común aunque sea de carácter previo y no absorbente de la regulación de todos ellos. No obstante, a poco que se recuerden los problemas particulares que estos procesos especiales suscitan y los casos concretos a que en la práctica dan lugar, se observa, no ya sólo la posibilidad, sino incluso la necesidad, de contar con un verdadero trabajo de normación general referente a estos tipos. Hay principios sobre competencia, sobre legitimación, sobre adecuación objetiva del procedimiento, que se predicán forzosamente de cada una de las manifestaciones singulares de los procesos civiles especiales. En este sentido cabe preguntarse si a la parte especial del derecho procesal civil que se dedica a los procesos civiles especiales, no llegará en el futuro a preceder una parte general introductoria, como hoy, para la parte especial del derecho penal, se defiende asimismo la conveniencia de una parte general que sirva de introducción a los distintos tipos concretos de delito.

5. En las líneas que siguen se pretende no la exposición completa de la solución radical del problema, sino algunas líneas de orientación que acaso puedan servir para encauzarlo.

Ante el complejo fenómeno que la abundancia y complicación de los procesos civiles especiales acarrea, se hace necesaria, en primer término, una guía de clasificación de los mismos que, caso de resultar satisfactoria, confirme el concepto, naturaleza jurídica y fundamento de cada uno. De acuerdo con la división metodológica hoy dominante en nuestra ciencia, podemos hacer consistir esta guía clasificadora en la estructura o en la función de los procesos civiles especiales. Pero de estos dos criterios, que naturalmente no se oponen, sino que se complementan, parece gozar de prioridad, a los efectos de la tarea que ahora interesa, el segundo sobre el primero, pues el análisis de la estructura de los procesos civiles especiales permite conocerlos mejor aisladamente, mas sólo el examen de su función permite profundizar en su estu-

dio comparativo y descubrir la verdadera conexión interna que entre todos ellos existe.

Se propone, pues, como criterio máximo de división de los procesos civiles especiales, como *summa divisio* de los mismos, aquella que se fija en la función específica que dichos procesos tratan de realizar. Eligiendo este centro de gravedad, del examen del problema se comprueba sin grandes dificultades que los procesos civiles especiales vienen a ordenarse en base a esta categoría en dos grandes apartados, polarizándose, en efecto, en torno a dos extremos esenciales, según que reconozcan como fundamento de su existencia una razón jurídico-material o según que deban su nacimiento o conservación a una razón jurídico-procesal estricta. En el primer caso, en efecto, nos hallamos ante un proceso civil especial por el hecho de que el legislador, preocupado por la singularidad de la materia cuyo tratamiento judicial quiere dejar resuelto, elige para ella una forma singular distinta de la ordinaria y apartada más o menos radicalmente de ésta. Por ejemplo: si al regular la materia cambiaria se cree que ésta exige *per se* una vía procesal específica, nacerá un proceso cambiario como proceso civil especial, distinto del común que se aplicaría a esta materia si no se hubiera hecho la correspondiente excepción legal; lo mismo puede decirse de la materia hipotecaria, de familia o sucesiones, laboral (en el caso de que aquí nos hallemos ante un proceso distinto del civil), etc. La razón de ser de todos estos procesos civiles especiales no está en la función procesal que con ellos se quiere realizar, la cual no es distinta de la función procesal común, sino en la materia sobre la que recae, la cual aparece acotada del campo general de la materia civil común. Son, pues, como antes se decía, procesos civiles especiales por razones jurídico-materiales.

En segundo lugar, se encuentran los procesos civiles especiales por razones jurídicas procesales cuyo conocimiento, más discutible que el anterior, no debe suscitar, no obstante, grandes dificultades. Son estos procesos civiles especiales aquellos que deben su razón de ser no a una preocupación material, sino procesal del legislador; cuando éste, independientemente de la consideración de ciertas materias jurídicas sustantivas, se plantea la necesidad de contar con vías especiales para la satisfacción de ciertas funciones del proceso, particularizadas dentro de la función general que se atribuye a esta institución. Por ejemplo: cuando el legislador ordena una actuación judicial autónoma para obtener la conciliación entre las partes (y al mismo apartado pertenecen las figuras españolas de la quita y espera y de la suspensión de pagos o la extranjera del concordato preventivo), cuando de manera análoga monta un juicio de reconocimiento de decisiones arbitrales o extranieras (también de las eclesásticas: juicios de *delibazione*), cuando igualmente organiza la existencia de un proceso incidental destinado a aclarar las cuestiones que surgen durante el desarrollo de un proceso principal, o de un proceso de impug-

nación destinado a la eventual rectificación de las resoluciones obtenidas en una vía judicial precedente no hace sino crear procesos especiales por razones jurídicas procesales en los que, abstracción hecha de la materia sobre la que el proceso pueda recaer, se regula una vía específica destinada a llenar una satisfacción procesal estricta.

No habrá que decir que un proceso especial puede aparecer en particular vinculado a estos dos órdenes de preocupaciones en el sentido de deber su existencia a la vez a una necesidad jurídico-material y a una imposición de especialidad jurídico-procesal. Pero cualquiera que sea la combinación que de estas dos direcciones se dé en los tipos procesales concretos, es lo cierto que para filiar la naturaleza de cualquiera de ellos siempre será preciso considerar ambas notas por separado y ver qué es lo que tienen de especialidad material y qué es lo que tienen de especialidad funcional o procesal.

Desde luego esto no constituye sino el primer paso para una clasificación realmente sistemática de los procesos civiles especiales. Los procesos civiles especiales por razones jurídico-materiales se subclasifican fácilmente en atención a la propia materia que constituye su fundamento; de aquí que se estime que esta clase de procesos civiles especiales deban ser interiormente ordenados según la clasificación interna que de sus materias propone el derecho substantivo a que se refieren; así, dentro del derecho civil, en lo que ahora interesa, se habrán de contemplar los procesos especiales relativos al derecho de personas, al derecho de cosas, al derecho de obligaciones, al derecho de familia y al derecho de sucesiones para seguir la sistemática dominante en el derecho civil, pues dada la razón misma de estos procesos, una clasificación más estrictamente apegada al derecho procesal resultaría arbitraria y en definitiva estéril. Más difícil aparece, desde luego, la clasificación de los procesos especiales por razones de verdadera función. Cabría aquí tener en cuenta si se trata de una función procesal de sentido negativo o de sentido positivo, entendiéndose por sentido negativo aquel que trata de destruir otro posible proceso, como serían los procesos de eliminación y de impugnación, y entendiéndose por sentido positivo aquellos que tratan de facilitar otro posible proceso, como serían las formas singulares procesales de creación o reconocimiento de títulos, de aclaración de cuestiones, de aseguramiento de efectos, etc.

Pero la sistematización de los procesos civiles especiales en las dos categorías que acaban de apuntarse no se limita a pretender un conocimiento lógico y armónico de los mismos, sino que trata de influir asimismo en el tratamiento jurídico que a cada uno de los procesos civiles especiales deba asegurarse.

Los procesos civiles especiales por razones materiales deben tender a desaparecer en su inmensa mayoría. En realidad las razones a que deben su existencia resultan en casi todos los casos

carentes de verdadera justificación. Surgen estos procesos cuando el legislador jurídico material, al tratar de dar la regulación especial «completa» de un cierto problema, se propone igualmente incluir en sus disposiciones el tratamiento procesal especial que en su opinión complementa la regulación sustantiva que le preocupa. En realidad se está aquí, en la inmensa mayoría de los casos, ante residuos de la vieja concepción jurídica según la cual no sería el proceso sino un apéndice del derecho material, por lo que una especialización cualquiera de éste debería provocar lógicamente otra singularización correlativa de aquél. Pero una vez que se supera esta concepción, como hoy ya parece estarlo en el campo de nuestra disciplina, se comprende que a la especialización jurídico-material no tiene que corresponder por fuerza una especialización de procedimiento, sino que, contrariamente al proceso ordinario común, puede servir en principio para resolver problemas materiales de cualquier clase. Es preciso evitar, por consiguiente, que una reforma, por ejemplo, en la legislación hipotecaria (inmobiliaria), en el derecho de seguros, en el cambiario y así sucesivamente, tenga que ser acompañada por fuerza de una creación de procesos especiales correspondientes dedicados a estas materias. La simple peculiaridad jurídico-material deberá, pues, en principio, considerarse como irrelevante a los efectos de justificar un proceso civil especial.

Distinta es la orientación en lo que respecta a los procesos civiles especiales por razones jurídico-procesales. No puede aquí afirmarse, con el mismo carácter general que en el apartado anterior, lo razonable de la tendencia eliminadora a que acaba de hacerse referencia. En efecto, muchos de los procesos especiales por razones jurídico-procesales obedecen al deseo de obtener una finalidad especialmente procesal, en sí misma justificada y que no se lograría con el proceso civil común. Pero si esto es así, es decir, si no cabe sostener la extirpación en bloque de esta clase de procesos civiles especiales, sí puede tenderse a su simplificación mediante la transformación de los mismos en medidas de carácter más sencillo que vayan incorporándose, eventualmente o no, a la forma procesal común. Es decir, deberán ser desmontados estos procesos civiles especiales de su autónoma categoría actual para fundirlos como piezas instrumentales en la regulación genérica del proceso ordinario. Así, por ejemplo, en vez de hacer de la conciliación una forma procesal especial independiente del proceso principal a que se refiere, convendrá reconocer simplemente una actividad conciliadora a intentar dentro del proceso principal en las medidas en que esto se crea oportuno; en vez de regular un proceso incidental con tramitación separada de la del proceso principal, convendrá establecer la posibilidad en éste de resolver cuestiones incidentales sin desdoblarse el procedimiento; en vez de hablar de un proceso cautelar que se separe del proceso cuyos efectos se tratan de asegurar, convendrá limitarse a concebir las

actividades correspondientes como medidas cautelares que formen parte del mismo proceso principal al que tratan de servir. En definitiva, se defiende, pues, la simplificación de estos procesos civiles especiales por fusión con la tramitación común, a la que en su inmensa mayoría parecen destinados a servir. El hecho de que muchos de estos procesos civiles especiales sean en realidad configurados ya hoy doctrinalmente como una parte del proceso ordinario, por ejemplo, la apelación concebida no como juicio independiente, sino como mera nueva etapa o grado de un juicio único, facilita el avance en este sentido.

Mediante el seguimiento de esta doble vía en cuanto a los procesos civiles especiales, podría llegarse en el futuro, si no a una solución radical del problema que hoy día plantea, por lo menos a contrarrestar la perniciosa e intensa tendencia que hoy se observa de multiplicación de estos tipos.

6. Claro está que aun hipotéticamente alcanzada la meta que se desea en la materia, siempre existirá un mínimo de especialidad que todo legislador prudente debe respetar, pues la realidad de los casos de la vida que se ofrecen a la Administración de Justicia civil es demasiado acentuada para que quepa reconducirla de modo satisfactorio a un tipo único de procedimiento. Siempre habrán de existir, por lo tanto, algunas clases de procesos civiles especiales al lado del proceso ordinario común.

La clase fundamental que ha de admitirse como justificadora de un proceso civil especial es la que cabría condensar en la idea de la sumariedad, es decir, en la necesidad de dar a ciertos supuestos objetivos procesales un tratamiento distinto, por más acelerado, del que se reserva a las hipótesis comunes. Ahora bien, la rapidez en las formas procesales, por contraste al proceso general o común, puede venir fundada en dos órdenes de motivos distintos que pueden pretender un tratamiento especial sumario con justicia. El primer motivo es el de la escasa importancia de algunos de los asuntos que se someten a los Tribunales civiles, pues **resultaría efectivamente** impropio ordenar una misma serie de trámites para materias de importancia vital (económica o no) y para asuntos que linden en la verdadera trivialidad. De aquí que en cualquier ordenamiento procesal civil, por muy perfeccionado que se le quiera suponer, **habrá de aparecer siempre un proceso sumario por razones cuantitativas, en el que se persiga idéntica finalidad que la del proceso común, pero mediante un aligeramiento o simplificación de trámites, especialmente en cuanto a su dimensión temporal.** En segundo lugar, se halla también justificado un proceso sumario en aquellos casos en que la pretensión del actor, que constituye el objeto del proceso, goza de una fehaciencia tal *in limine* que resultaría prácticamente exagerado imponerle las mismas garantías de comprobación que a otra pretensión cualquiera; por ejemplo, cuando la demanda inicial aparezca fundada en documentos indiscutibles, parece lógico atribuir al de-

mandante el derecho a una protección procesal más rápida que la que se concede a otra demanda cualquiera; por ello también debe admitirse como proceso civil especial la vía sumaria por razones cualitativas en las que se dé, frente al proceso común, una tramitación más ligera y abreviada de trámites, no ya en cuanto al tiempo, como en el caso anterior, sino en cuanto a la forma, especialmente en cuanto a la posible limitación de la cognición judicial.

El verdadero proceso civil especial debe ser, pues, el proceso civil sumario en la doble forma que acaba de ser trazado. Otros tipos pueden subsistir, no obstante, por lo menos mientras el proceso civil conserve los rasgos esenciales que hoy tiene; así un proceso civil especial de líneas inquisitorias mientras el común continúe rigiéndose por la máxima dispositiva, y así un proceso civil voluntario para los negocios de la jurisdicción así llamada mientras ésta no venga atribuida a órganos distintos de la jurisdicción. En realidad, sólo a estos dos tipos, y aun reconociendo su mero carácter transitorio, debería también quedar limitado el ámbito de la especialidad de las formas procesales.

7. Una vez, en efecto, que el proceso civil ordinario proporcione a los litigantes un medio económico (en el triple sentido del tiempo, del dinero y del esfuerzo) de obtener la satisfacción de sus reclamaciones, la enorme masa de procesos civiles especiales actuales carecerá de todo pretexto de subsistencia y solamente en su tipo sumario, inquisitivo y voluntario deberá mantenerse en una ordenación adecuada del derecho procesal civil.

Apuntes de Derecho sucesorio

(Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

Motivo de estos apuntes

En un reciente trabajo (1), a nuestro juicio el mejor de los salidos de la culta pluma de Gregorio Ortega Pardo, este jurista, merecidamente prestigioso, ha abordado, una vez más, el problema, tan arduamente discutido, de la naturaleza jurídica de la legítima en nuestro Código civil.

Comienza este estudio una diáfana, a la par que profunda, exposición de la distinción entre heredero y legatario, en la que el autor, con laudable nobleza, rectifica otra anterior posición suya (2).

A continuación, analiza la partición verificada por el testador (3), pero, incurriendo aquí, a juicio nuestro, en confusión por no diferenciar debidamente esta forma particional de las instituciones «ex re certa», que como aquélla pueden comprender, agotándolos, todos los bienes de su herencia.

Y, finalmente, sobre esta base insiste (4) en colocar al artículo 1.065 del Código civil, como punto de unión entre los artículos 808 y 815 del mismo Cuerpo legal.

Los fundamentos de su tesis sobre la legítima, los concreta principalmente Ortega Pardo en los siguientes argumentos:

a) El artículo 806 del Código civil define la legítima diciendo que es «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados

(1) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III, fas. II, págs. 321 y sigs.

(2) *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 119 y sigs.

(3) *Heredero testamentario y...*, loc. cit., págs. 331 a 336.

(4) Loc. últ. cit., págs. 344 y sigs. Esta tesis la planteó el propio ORTEGA en su citada monografía *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, especialmente en las págs. 151 y sigs.

por esto *herederos forzosos*. Y la expresión «herederos forzosos» es usada un sin fin de veces en el Código (5).

b) Las palabras «por cualquier título», que emplea el artículo 815 del Código civil, «deben interpretarse en el sentido de que el testador puede atribuir la legítima ya *in natura* o en bienes determinados» (6).

Si el legitimario ha recibido bienes o título de donación, a través del deber de colacionar que preceptúa el artículo 1.035—que «no tiene como causa, sino como condición, a la liberalidad siendo su causa inmediata la existencia de una sucesión forzosa a la que concurren varios legitimarios»—resulta que «sólo después de la muerte del causante pueden computarse en su cuota» y «no se ve privado por ello de su cualidad de heredero» (7).

Y si el testador «atribuye a título de legado una serie de bienes concretos a un legitimario para satisfacerle su cuota legal, ese legado tiene naturaleza de acto particional; estaremos ante uno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.056». «El instituido en tal forma conservará derechos y obligaciones de los herederos forzosos; únicamente pierde el condominio... porque para él la división ha sido hecha ya» (8).

c) Dicha interpretación le parece a Ortega Pardo la única que permite compatibilizar los artículos 806 y 815 y «además es—a su juicio—la más justa, pues defiende siempre los derechos del legitimario, los cuales se esfuerza la Ley por proteger, y no priva al causante de su facultad modeladora, en el sentido de facultarle a realizar la atribución de la legítima como cuota o en bienes determinados» (9).

d) «El artículo 818 no dice que el legitimario no responde de las deudas hereditarias. Dice más que esto. En este precepto se antepone el interés de los acreedores del *de cuius* al del heredero forzoso. Por ello, sólo después de deducir el pasivo se forman las cuotas legitimarias. El heredero forzoso no puede verse privado de los bienes que recibe como legítima por razón de las deudas de la herencia, ya que cuando se le adjudica la cuota existe un motivo hereditario suficiente para cobrar las deudas. El artículo 818 no tiene por fin exonerar de responsabilidad al legitimario, sino que viene a acotar la zona en que el testador puede realizar actos de libre disposición a personas que no son herederos forzosos: por ello, impone ese cálculo sobre el valor líquido de la herencia, porque es éste un procedimiento para poder determinar matemáticamente aquella zona y poder así precisar cuándo el testador excedió ese límite» (10).

Por ello, concluye observando como peculiaridad de la cualidad

(5) *Heredero testamentario* y... loc. cit., pág. 336

(6) Loc. últ. cit., pág. 344.

(7) Pág. 345.

(8) Pág. 349.

(9) Pág. 350.

(10) Pág. 354.

de heredero forzoso, «el hecho de que la Ley una de forma inseparable a aquel título, el derecho a percibir una cuota, de forma que no pudiendo efectivizarse ésta, no llegue a entrar en juego la sucesión forzosa». Y admite que: «El cálculo de la legítima se efectúa sobre el superávit del activo sobre el pasivo hereditario; con ello resulta que el beneficio económico que el heredero forzoso recibe, viene en realidad a equivaler a percibir una fracción del activo. Pero esto no altera su cualidad de heredero, porque esa cualidad no se volatiliza—ni en el heredero forzoso ni en el testamentario—por ese hecho» (11).

A nuestro parecer, tanto la tesis general mantenida por Ortega Pardo, como casi todas las subtesis sobre las que su defensor quiere apuntalar aquélla, merecen un análisis cuidadoso y detenido. Así como ser comprobadas tanto desde puntos de vista dogmáticos, históricos y positivos, como en su aspecto finalista y práctico.

Eso es lo que vamos a intentar a hacer, lo más brevemente posible en este trabajo, que dividimos en las tres partes siguientes:

La primera, dirigida a poner en contacto los artículos 806 y 815, analizándolos a través de sus antecedentes históricos. En ella examinaremos la posibilidad de disponer de la legítima a título de legado, negativamente resuelta en la tesis de Ortega. Veremos si puede hablarse de delación legitimaria como *tertius genus* entre la testada y la intestada, afirmación que constituye uno de los presupuestos básicos necesarios para sostener la posición cuya crítica intentamos. Y estudiaremos la actuación y naturaleza de la *actio ad suppiendam legitimam*.

La segunda parte debe tratar de su concreción en bienes determinados. A través de instituciones «ex re certa», legados y disposiciones particionales del causante, analizando las diferencias que existen entre esas formas de asignación. Aprovechándose este estudio para llegar a determinar las ventajas e inconvenientes que le puede reportar al legitimario ostentar el título de heredero o el de legatario.

En la última parte, pensamos examinar el supuesto en que la legítima sea atribuida totalmente a través de donaciones inter vivos, sin que el causante instituya heredero al legitimario ni incurra en preterición, explicando en el testamento su no institución por el hecho de haber cumplido su deber legitimario con aquellas instituciones entre vivos. Ello nos permitirá volver a insistir en nuestro intento de concretar las diferencias conceptuales y prácticas que median entre la imputación, la computación y la colación.

(11) Pág. 359.

I. Interpretación de los artículos 806, 815 y 818 del Código civil

SUMARIO: § 1.º ¿Existe antinomia entre los artículos 806 y 815 del Código civil? Planteamiento.—§ 2.º Síntesis de la evolución histórica de la legítima castellana y de los antecedentes legislativos del artículo 815 del Código civil.—§ 3.º Valor en el Código civil de la expresión “herederos forzosos”.—§ 4.º Interpretación del artículo 806 del Código civil.—§ 5.º Naturaleza de la legítima.—§ 6.º Actuación de las normas protectoras de los legitimarios.—§ 7.º El suplemento de legítima. Distintas posiciones.—§ 8.º Explicación histórica de la “*actio ad supplementum*”.—§ 9.º Sujeto pasivo y límite cuantitativo de la “*actio ad supplementum*”.—§ 10.º Por qué título se entiende atribuída la legítima cuando fué dispuesta por palabras comunes. Resultados que dimanar de esta primera parte.

§ 1.º ¿EXISTE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 806 Y 815 DEL CÓDIGO CIVIL?—PLANTEAMIENTO

Dice el artículo 806 del Código: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.»

Y el artículo 815 del mismo cuerpo legal dispone que: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponde, podrá pedir el complemento de la misma.»

Ciertamente ambas declaraciones, si no son antagónicas, por lo menos parecen orientadas en direcciones opuestas. Pues, a primera vista—después comprobaremos hasta qué punto es ello cierto—del primero de estos preceptos podría pretenderse deducir que la legítima es conceptuada como *pars reservada, directamente atribuída por la Ley a título de herencia*; mientras que el segundo claramente presupone que aquélla puede ser atribuída *por el testador y «por cualquier título»*.

Para concordar estos textos se han propuesto varias soluciones. He aquí algunas de ellas:

a) Si el Código civil llama herederos forzosos a los legitimarios «es debido—según Puig Brutáu (12)—a una de tantas imprecisiones terminológicas, que no debe perjudicar a la doctrina que el mismo Cuerpo legal desarrolla. «Este precepto—dice Roca Sastre refiriéndose al art. 806 (13)—es, simplemente, una definición (el legislador debiera abstenerse de definir) que se derrumba

(12) *Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral*, en los *Estudios de Derecho privado* de ROCA SASTRE, Madrid, 1948, pág. 144.

(13) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVIII (marzo 1944), pág. 103.

frente a los textos del Código y, por ello, debe estimarse que carece de valor normativo». Según frase de Virgili-Sorribes (14) «los legitimarios en nuestro Derecho positivo tienen el nombre de herederos forzosos; pero de herederos, tal vez sólo tengan eso: el nombre».

O, como dice González Pañomino (15): «La Ley, a pesar de la definición (que no es vinculante ni normativa), da una regulación (que sí es normativa y vinculante) con arreglo a la cual lo que importa, en fin de cuentas, es que el legitimario reciba *los valores* de su legítima, sea cualquiera el medio por que lo logre».

b) «Si las instituciones—dice Gómez Morán (16)—no han de juzgarse por su nombre, sino por los efectos que producen, parece evidente que en los casos de los artículos de referencia (815 y 819, éste en relación con el 1.035, que llaman «heredero» al legatario o donatario, «pese a la singularidad de su título de adquisición») *la transmisión a favor del legitimario se verifica a título singular aunque por motivos afectivos y tradicionales continúa conservando su denominación de heredero».*

c) Si el testador nombra al legitimario como legatario «bien dándole ese nombre, bien en la hipótesis del artículo 768» —según Sols García (17)—«el heredero legitimario *sigue conservando de modo latente el carácter de heredero*». En el caso de que el testador haya instituido a unos legitimarios como herederos y a otros como legatarios, según el mismo Sols, «nada sucede mientras lo que aparezca sean mayores bienes, salvo el correspondiente aumento de sus derechos como legitimarios; pero si en vez de mayores bienes lo que aparece son mayores deudas, todo se reducirá a una prelación en las responsabilidades: primero, los designados herederos en el testamento, y después, por la misma argumentación del caso citado—y lo contrario se observa en pugna con el espíritu del artículo 891—los designados como legatarios».

d) Según Ortega Pardo, *no hay imperfección de términos en el artículo 806, y cuando la Ley habla de herederos forzosos, emplea con propiedad esta expresión. «El artículo 815 no concede al testador facultad para privar al legitimario de su calidad de heredero y poderle atribuir libremente la legítima por cualquier título. Simplemente viene a evitar que se declare la nulidad de un testamento cuando pueda salvarse, concediendo a tal efecto al heredero forzoso una garantía complementaria de su legítima.*

(14) *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XVIII (julio-agosto 1945), página 485.

(15) *Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio. El acrecimiento en la mejora*, págs. 540 y sigs.

(16) *De la legítima y los legitimarios*, en *Revista General de Derecho*, tomo IV (diciembre 1948), pág. 666; y *Tratado teórico-práctico de particiones (El ejecutor testamentario en el Derecho comparado)*, Madrid, 1950, pág. 357.

(17) *El heredero. Ideas sobre su estudio*, en *Rev. Crít. Dr. Inm.*, tomo XVII (septiembre 1944), págs. 571 y 572.

«Cuando atribuye (el testador) a título de legado una serie de bienes concretos a un legitimario para satisfacerle su cuota legal, ese legado tiene naturaleza de acto particional: estaremos ante uno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.056». «El instituido de tal forma conservará derechos y obligaciones de los acreedores forzosos: únicamente pierde el condominio, no porque renuncie o lo vendá, sino porque para él la división ha sido hecha ya, y el fin de la misma es hacer desaparecer el estado de indivisión» (18).

e) El Código civil, conforme a su artículo 806, atribuye directamente la legítima a título de herencia. Pero, como se deduce tanto del artículo 815 como, también, de los artículos 820 y 1.056, párrafo segundo, del mismo Código, *se confiere legalmente al testador una facultad modeladora que alcanza no sólo al contenido atribuido, sino incluso al mismo título de la atribución. En su virtud la designación testamentaria del legitimario como legatario se sobrepone a la legatía a título de herencia, que sólo se mantiene actuante en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria*, dándose lugar al ejercicio de la acción de suplemento (19).

Dentro de esta última posición cabe discutir si el legitimario, prácticamente reducido a legatario por voluntad del testador, conserva su título de «heres» con carácter puramente honorífico (20), o bien de modo efectivo en cuanto al suplemento, si hubiera lugar

(18) Loc. ult. cit., págs. 336, 349 y 359.

(19) Tesis de Porpetá (*Naturaleza jurídica de la legítima*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 27 de abril de 1945, y recogida en *Estudios de Derecho Sucesorio*, pág. 198), y a la que nos adherimos en nuestros trabajos *Notas para la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.056 y del art. 863 del Código civil* (en *Rev. Gral. de Derecho*, año III, núm. 27, diciembre 1946, pág. 674) e *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios* (en *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVII, abril 1948, págs. 329 y sigs.), denominándola, en este último artículo, «teoría de la superposición o sustitución relativa».

(20) ORTEGA PARDO (*La naturaleza jurídica del llamado legado...* págs. 99 y sigs., y *Hereditario testamentario y...*, loc. cit., pág. 358) ha sostenido que la distinción entre el carácter formal y sustancial de la cualidad de heredero carece de fundamento. Al efecto trae a colación una frase de BETTI (*Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milán, 1928-9, págs. 78 y sigs.) afirmando que «no se puede ser heredero sin recibir por tal título una cuota»; y otra de COVIELLO (*L'insistuzione de erede e il lascio dei beni determinati*, en *Giurisprudenza italiana*, 1931, I, págs. 247 y sigs.), quien considera que «no se es heredero en cuanto se tiene el título honorífico, sino en cuanto, aunque no se le deje nada, existe siempre la posibilidad de—por premoriencia o renuncia de un legitimario, o por aparición de nuevos bienes—recibir lo que de otra forma quedaría vacante».

A estas afirmaciones puede acotarse: 1.º Que si se quiere significar que el heredero puramente honorífico no es heredero, y que de tal sólo tiene el nombre, nada tenemos que objetar, ya que aceptamos precisamente que el legitimario al que el causante le deja su legítima a título de legado, de heredero solamente el nombre le otorga el Código civil; 2.º Y que luego examinaremos la posibilidad del legitimario-legatario de recibir nuevos bienes, que después aparecieran o que de otro modo quedarán vacantes en virtud de premoriencia o renuncia de otro legitimario; y veremos su explicación en el ámbito de la No-

a él—opinión esta última de Porpeta (21)—o latente—si en principio pareciese cubierta la legítima por el legado—ante la eventualidad de que aparecieren nuevos bienes.

f) Según González Palomino (22)—a cuyo juicio, aunque el artículo 806 llama herederos a los legitimarios, éstos, como tales, no lo son nunca—«el legitimario que además sea legatario podrá aceptar su legítima y repudiar su legado, aunque sea oneroso, porque la legítima no es legado y cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890» (23).

Claro que, como observamos en otra ocasión (24), el legado en lugar de la legítima—salvo el supuesto de que el testador brinde expresamente esa opción al legitimario legatario—no sólo cae fuera del supuesto de limitación del artículo 890 cuando es oneroso, sino que en cualquier otro caso, se halla fuera de su general autorización. Es decir, que no encaja en la excepción ni en la regla general. Este artículo parte de la base de que los dos legados, o la herencia y el legado, se hayan atribuido acumulativamente a la misma persona (legado más legado, o bien herencia más legado), quedando, por consiguiente, fuera de su supuesto el legado verificado en sustitución de una atribución legal a título de herencia (legado en lugar de la legítima). Esta es, precisamente, la hipótesis recogida en el artículo 815, que sólo concede al legatario la *actio ad supplementum* (25).

Navarro Amandi (26), concretando la posición del Derecho castellano anterior al Código civil, ante el caso de otorgarse un legado a un legitimario no instituido heredero por su causante, afirmó que si aquél, en lugar de ejercitar la querrela de testamento inoficioso, «acceptare el legado sin hacer la protesta de ejercitar su acción, y más aún si la renunciare, no podrá hacer uso de aquélla en ningún tiempo». Es decir, podía optar entre aceptar el legado o ejercitar la querrela. Y en cambio—añade—«el heredero forzoso instituido en menos de su porción *solamente podrá reclamar el suplemento de legítima*. Efectivamente, así decía la Ley

vela 115 de Justiniano, según la interpretación de la glosa y en el régimen de nuestro Código civil, conforme a los artículos 768 y 891.

(21) Op. cit., págs. 198 *in fine* y 199

(22) Loc. cit., pág. 541.

(23) Con ello, en nuestro Derecho, se daría al legado en lugar de la legítima una significación semejante a la dibujada en el artículo 551 del Código civil italiano de 1942. ORTEGA PARDO en su primera monografía citada (páginas 88 y sigs.), ofreció una interesante síntesis de la posición de la doctrina italiana, tanto durante la vigencia del Código de 1865 como después de la promulgación del libro de Sucesiones en 1941.

(24) *Imputación de legados...*, loc. cit., pág. 330.

(25) También GÓMEZ MORÁN (locs. y págs. cits.) rechaza la posibilidad de que el legitimario-legatario repudie el legado y reclame la legítima—si no lo previno así el testador—, al parecer por razón del derecho general que, al testador, otorga el artículo 1.056 del Código civil, con lo que se aproxima a la tesis de Ortega Pardo.

(26) *Código civil de España*, tomo I (Madrid, 1880, pág. 402), en sus comentarios al artículo 967 de su Compilación Metódica.

quinta, tit. VIII, Part. 6: «Mas si aquella parte le dexase en el testamento, non como a heredero; mas como en razón de manda: entonces podría quebrantar tal testamento. E esto se entiende si el fijo non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse e non lo protestasse, diciendo que la fincasse en salvo la querella que avia del testamento, non podría después quebrantarlo». Distinguiendo: «Otrosi dezimos, que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deve aver segund derecho, por todo esso dezimos que non podría quebrantar el testamento: más podría demandar que aquello que le menguava de la su parte de devia aver que gelo compliessen, e los otros que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer.»

Doctrina esta última que, conforme resulta de los motivos expuestos por García Goyena—de que luego nos ocuparemos—, ha sido extendida por el artículo 815 del Código civil al primer caso anteriormente señalado de dejarse a un legitimario a título de legado una porción de bienes de menor a la que legalmente le corresponda.

g) *El artículo 806, emplea la denominación herederos forzosos siguiendo la terminología correspondiente al régimen sucesorio anterior al Código civil. La denominación sobrevive al concepto, como sucede, v. gr., en la lexicología enfática.*

El participio pasivo «reservado» no es utilizado en el sentido correspondiente a la institución germánica de la «reserva», palabra que en nuestro Derecho tiene una significación técnica distinta (artículos 811 y 968 C. c.), sino en su sentido gramatical.

Y la afirmación de que «el testador no puede disponer», no significa una interdicción absoluta, sino una fijación de límites en cuanto a quienes puedan ser destinatarios de las disposiciones gratuitas que excedan de los topes legalmente fijados a la plena libertad de disponer a título gratuito.

La legitima no es, pues, una forma de vocación sucesoria, sino aquella porción que los legitimarios deben recibir necesariamente, si no es por disposición del testador (sucesión voluntaria a título universal o particular) por la vocación que la Ley les otorga subsidiariamente, para los casos de no haber dispuesto en forma válida el causante de la totalidad de sus bienes (sucesión ab intestato). Al legitimario se le asegura la percepción de esta porción por una serie de disposiciones normativas cuya actuación—según veremos, han hecho notar Sánchez Román, Jerónimo González, A'guer y Lacal—no es positiva, sino negativa, limitativa de las disposiciones del causante.

Esta es la explicación a que hemos llegado en el presente trabajo, con la cual desaparece en su raíz toda posible contradicción entre los artículos 806 y 815 del Código civil.

§ 2.º SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGÍTIMA CASTELLANA Y DE LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 815 DEL CÓDIGO CIVIL

Para la interpretación del artículo 815 del Código civil, creemos indispensable el examen de su génesis histórica—aunque sólo sea en síntesis—fijándonos en el momento que su norma significa en la trayectoria evolutiva de la naturaleza de las legítimas, que ha venido dibujándose, desde hace varios siglos, en el Derecho de Castilla. Y, especialmente, nos parece interesante detenernos a fin de averiguar el significado que se dió por sus redactores a este precepto, hoy contenido en el vigente artículo 815.

Después de la invasión visigoda, los bárbaros dominadores, como señores nuevos, procuraron adoptar la superior cultura de los romanos, antiguos señores de rancia prosapia. Pero es lo probable, que la romanización legal, que se observa en las fuentes visigóticas, no llegó nunca a corresponder en la práctica y en las costumbres, que continuaron netamente germánicas. De ahí que, después del hundimiento del Reino visigótico, con la Reconquista reaparecieron los más puros caracteres germánicos, conforme a los cuales, en la alta Edad Media, se configuran la familia leonesa-castellana y su régimen sucesorio, amén de otras instituciones. Este es el punto de partida del sistema sucesorio, en general, y legitimario, en particular, del Derecho de Castilla.

Pero del núcleo germánico originario quedaba ya muy poco—posiblemente sólo números y proporciones—en el momento de plantearse en el siglo pasado la cuestión de la codificación de nuestro Derecho. Desde la traducción al romance del *Liber Iudiciorum* con el nombre de Fuero Juzgo, con más intensidad a partir de la publicación de las Siete Partidas por el Rey Sabio y, finalmente, por la labor de nuestros doctores y comentaristas, que completaban e interpretaban el Derecho Real con textos y conceptos del *Corpus iuris*, entendido a través de la doctrina de glosadores y postglosadores, va produciéndose una constante y progresiva romanización en el Derecho de Castilla, cuya cristalización precisamente se afianza, aún más, con la publicación del Código civil.

De esa evolución ya nos ocupamos recientemente en una conferencia que tuvimos el honor de pronunciar en la Academia Matritense del Notariado (27). Por estar inédita todavía, resumiremos a continuación aquellos de sus trazos más generales que ofrecen un especial interés para la resolución del problema de que nos ocupamos.

Jerónimo González, al comentar la sexta conferencia del doctor Ferrara (28), hace la observación de que en el Derecho

(27) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, pronunciada el 24 de enero de 1950.

(28) En *Rev. Crít. Der. Imm.*, tomo V (enero 1949, págs. 65 y sigs.) y recogida asimismo en los *Estudios de Derecho hipotecario y civil* de dicho autor, Madrid, 1948, tomo III, pág. 241.

español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve, se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de variaciones regionales». Añadiendo que, en nuestra Patria, «la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la *legítima*, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas para los godos y los hispanorromanos, aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica». Todo el texto de la Ley Primera—Título V, Libro IV del *Liber Iudiciorum*, que transcribe—, según él, «es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbres teutónicas». Y, ciertamente, la parte dispositiva de la misma prescribió que «los padres y abuelos, *sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio*, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión». Llegó por ello don Jerónimo a considerar demostrado «el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión». Afirmando, por eso, que, ya entonces, nuestra legítima no tenía el carácter sustantivo y positivo de atribución legal de la *reserva germánica*, sino el negativo de limitación mayor o menor de la libertad del «*ius disponendi mortis causa*» de la *legítima romana*.

El criterio de Jerónimo González está robustecido por las tesis de los historiadores del Derecho, Zeumer (29), Brünner (30), Richard Schröder (31) y Rafael Ureña (32). Estos, en sus modernas investigaciones, con mayor empaque histórico, han confirmado la opinión que en el siglo pasado sostuvieron Martínez Marina (33), Sempere (34) y Escribá (35), al suponer que la «abrogata legis illius sententia», a que aludía la Ley «Dum illicita», es una perdida Ley de Eurico, que había establecido la absoluta libertad de testar para la población visigoda. Revisándose así la tesis de Cárdenas (36), Lacoste (37), Schultze (38) y Nino Toma-

(29) *Geschichte der westgothische Gesetzgebung*, en *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, XXVI, págs. 138 a 146, cita de ROMERO VILTEZ (en su monografía *La mejora*).

(30) *Beiträge für Geschichte d's germanischen Watrechtes*, Festgabe f. Dernburg, págs. 43 y sigs., cita de VALDEAVELLANO en el trabajo a que después aludiremos.

(31) *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlín, u. Leipzig, 1922, página 366, núm. 339, cita de ROMERO.

(32) *La legislación gótico-hispana*, págs. 393 y 394.

(33) *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, Madrid, 1808, núm. 231, pág. 188.

(34) *Historia de los vínculos y mayorazgos*, 2.ª ed., Madrid, 1847, pág. 13.

(35) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1876, tomo IV, págs. 98-XXI.

(36) *Orígenes del Derecho español*, en *Estudios Jurídicos*, I, pág. 128.

(37) *La mejora*, Madrid, 1913 (según traducción de GARCÍA GUIJARRO), páginas 10 y sigs.

sía (39), que remitían al Derecho romano aquella referencia derogatoria y consideraban que la disposición de Chindasvinto había significado un paso de aproximación entre el Derecho de los visigodos y el de los hispanorromanos, y no—como hoy vuelve a entender la opinión preponderante—una reacción contra los resultados de una asimilación prematuramente realizada.

No obstante, cabe observar que, aun cuando el régimen legal visigodo anterior a la Ley «Dum inlicita» ofreciese plena libertad de testar, es posible que esta Ley, por razón de los abusos a que en ella se aluden, más que poner simplemente un freno a dicha libertad, al modo romano, lo que hizo fué volver al régimen germano de las reservas, aun vivido en las costumbres, mitigándolo como transacción con la consagración de la plena libertad de disponer del quinto y con la creación de la facultad de mejorar.

Y desde luego—como han demostrado primero Ficker (40), entre nosotros Hinojosa (41) y, concretamente, con referencia a la cuota de libre disposición, mi maestro Luis G. Valdeavellano (42)—el Derecho realmente vivido en la Alta Edad Media, el que nos reflejan los diplomas, trasluce un derecho germánico mucho más puro que el recogido en los preceptos legales visigodos. Así, Valdeavellano, a través de los diplomas asturleonese que publica, va mostrando cómo durante aquel período histórico, en Castilla y León, se patentiza cada vez en ámbito más extenso el triunfo del germanismo, debilitado en la *Lex Visigothorum*, dibujándose en la familia española medieval los más puros caracteres germánicos.

Esta germanización de la legítima se muestra en estos diplomas asturleonese a través del estricto carácter de cuota *pro anima* a que quedó reducido el quinto, a pesar de que en las Leyes *Si mulier a marito*, de Leovigildo, y *Dum inlicita*, de Chindasvinto, había sido completamente de libre disposición. También se denota por la existencia del *Wartrech* que en alguno se trasluce claramente (43).

Igualmente patentiza este fenómeno el hecho indudable de la desaparición de la mejora en los primeros siglos de nuestra Reconquista (44).

(38) *Agustin und der Seckteil*, págs. 9 y sigs., cita de VALDEAVELLANO.

(39) *La melioratio dei filii nell antico diritto creditario germanico*, en *Archivo jurídico*, año 1921, págs. 91 y sigs.

(40) *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*. Versión española dada a la luz en Barcelona, en 1928, de su monografía publicada en 1897.

(41) *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, pág. 18.

(42) *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* tomo IX, año 1932, págs. 129 y sigs.

(43) De los diplomas que publicó VALDEAVELLANO, en su citado trabajo, el que contiene la donación *post obitum* y *pro remedium animae* que, en el año 803, hizo Fakilo de la quinta parte de sus bienes al monasterio de Santa María de Libarón, manifiesta con la mayor precisión el *Wartrecht* de los descendientes, con el propio Fakilo, que refiriéndose a la cuota que dispone *pro animae* habla de la «quinta portionem» que le correspondía «inter heredes meos vel nepotes».

(44) Ver MARTÍNEZ MARINA (op. cit., núm. 244, pág. 200) y UREÑA (*El Fo-*

En Castilla—según nos dice Menéndez Pidal (45)—refiere la tradición «que los castellanos, al afirmar su autonomía respecto a León, juntaron cuantas copias del Fuero Juzgo hallaron por Castilla y las quemaron en la glera de Burgos; rechazaron así la tradición legislativa romanovisigótica para atenerse a las costumbres», que «serían, en parte, supervivencia de las antiguas costumbres hispanas y germánicas, cohibidas por el romanizado Fuero Juzgo, y en parte serían resultado de la nueva sociedad que se desarrollaba en los siglos IX y X».

No es, pues, de extrañar que, más tarde, en los Fueros del siglo XII, se percibiese también el *Wartrech*, con mayor trascendencia, a través del carácter especial que, como apuntó Lacosle (46) y ha descrito Marín Monroy (47), se observa en la colación impuesta en el Fuero de Cuenca (48) y en su complemento—explícito en el Fuero de Zamora (49)—, de no poder los hijos vender ni enajenar, en vida de sus padres, los bienes adquiridos por donación de éstos.

Todo ello demuestra que durante este período nuestra legítima tuvo todos los caracteres de la reserva germánica más pura. Si había herederos forzosos, imperaba para los bienes patrimoniales (50) aquel principio germánico que, traducido, reza así: «*solus Deus potest facere heres*». El legitimario era necesariamente heredero—heredero legal—. Y la legítima abarcaba la totalidad de la herencia, de la que podían deducirse como mandas—es decir, únicamente a título singular—el quinto—primero sólo como *pars Christi* y después de nuevo libremente—y, una vez reaparecida la mejora, el tercio.

Pero, a partir de la publicación de las Partidas, estos principios germánicos empezaron a mezclarse con conceptos romanos, que fueron invadiendo el Derecho autóctono. Ello fué a consecuencia de que sus comentaristas estudiaban conjuntamente Derecho real y Derecho común. Entonces, con las reglas de la legítima

rum Turoli y el *Forum Conche*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* número extraordinario de 1925, págs. 88 y sigs.), así como las demás citas que hace ROMERO VIEITEZ (op. cit., págs. 51 y sigs.).

(45) *La España del Cid*, Madrid, 1947, vol. I, págs. 93 y sigs.

(46) Op. cit., pág. 97.

(47) *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, págs. 169 a 173.

(48) Rúbrica 160. 225, pág. 279, de la edición crítica, con introducción, nota y apéndice de RAFAEL DE UREÑA (Madrid, 1935).

(49) «Fillo que padre o madre hobier, o abolo o abola, que hayan heredar de quanto le dieren en casamiento non hayan poder de vender, non de dar, non de enajenar sin so mandado, de toda cosa que le dier padre o madre, abolo o abola, o soglo o sogla, e quien de los comprar o engayar perdalo.»

(50) En cambio, de los adquiridos en el servicio del Rey o del señor podía disponerse libremente. Así la Ley 1.ª, Tit. V, Lib. IV, del Fuero Juzgo, en su apartado quinto, dice: «Más aquel que manda partir la tercia parte por dar meiorancia, o la quinta por dar a las eglesias o a otros logares, aquesta tercia y esta quinta deven ser departidas de las otras sus cosas que ganó de su sennor, e non dever ser mezcladas con ellas; ca daquello que él ganó del rey o de su sennor puede fazer lo que quisiere.»

tima, de raigambre germánica, se fueron barajando los preceptos romanos recibidos de las Siete Partidas reguladores de la preterición, de la querrela de testamento inoficioso y de la acción *ad supplementum* (51). Romanización que llega, incluso, por medio de la labor de artífice realizada por nuestros clásicos, a repercutir grandemente en la institución de la mejora. A ella aplican las doctrinas romanas del legado de parte alicuota y del prelegado, que a su vez son corregidas por las disposiciones de las Leyes de Toro referidas concretamente a las mejoras (52), y que luego los autores extienden en términos generales a aquellas figuras genéricas de legados. Influencia que acaba por llevar a los autores a la convicción de que se puede mejorar a título de herencia, embebiendo la mejora en la institución. Contradiéndose, así el principio germánico que imponía la distribución igualitaria de la herencia por estirpes entre los descendientes sólo atenuable mediante mandas y legados (53).

Esta labor, que configura una materia inicialmente germánica con moldes y afecciones romanos, podría explicarnos por qué en una misma obra y en la misma página, en el «Febrero c librería

(51) Incluso vemos que el príncipe de los juristas clásicos castellanos, ANTONIO GÓMEZ, en sus *Variae resolutiones iuris civilis communis et regii*, se ocupa de las legítimas en el capítulo XI de su tomo I, con el título *De successione contra testamentum* (págs. 133 y sigs. de la edición Lugduni de 1701), como de una excepción que evita los efectos de nulidad de la institución producida por la preterición o la desheredación injusta.

(52) De estas recíprocas interferencias nos ocupamos en nuestra citada conferencia *La mejora tácita*... V-3 y 4; y más adelante, también en el presente trabajo, tendremos que insistir sobre algunas de las cuestiones relacionadas con ella.

(53) Nos lo prueba, que ya se consideró posible, por lo menos en el siglo XVI, un texto de ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legis Tauri Comentarium*, Antwerpae, 1624, Ley 23, núm. 4, pág. 170 de dicha edición). Este comentarista, que se ocupa de la mejora presuponiéndole carácter de legado, al tratar de la eficacia de la misma en caso de ruptura del testamento por preterición, parece en cambio que separa la mejora hecha como legado de la otorgada a título de herencia. Planteada la cuestión en esta forma: «si pater vel mater instituit aliquos filios haeredes, et unum praeteriuit vel exheredavit, et altero in tertio et quinto bonorum melioravit per viam legati vel fideicomissi, dicendo meliorem talem filium meum tertio et quinto bonorum meorum, vel lego filio meo tertium et quintum bonorum...» (términos éstos, «mejoro» y «lego» que, como se ve, hace equivalentes); líneas después, luego de dar su dictamen a tal cuestión, observa: «eo quod non fuit relicta melioratio per viam institutionis, sed per viam legati et fideicomissi». Es decir, que implícitamente reconoce la posibilidad de mejorar por vía de institución, al insinuar que en este supuesto la regla podría ser distinta, y, por tanto, tal vez no valdría la mejora en caso de ruptura, por preterición o desheredación injusta de un testamento carente de cláusula codicilar.

Más modernamente, vemos a ESCRICHE (*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, 1847, tomo II, pág. 572, ap. XXI, núm. 4.º, de la voz «Mejora») admitir con toda claridad la posibilidad de mejorar a título de herencia. Pues al enumerar los supuestos de mejora tácita, incluye entre ellos el caso en que un padre nombra a todos sus hijos herederos universales suyos, pero dejando a alguno menor parte de la herencia de lo que le correspondería por sus legítimas.

de Jueces, Abogados y Escribanos» (54), se pueda leer la afirmación, interpolada por García Goyena, de que la legítima es parte *debita jure naturali, debito naturali* (concepto puramente romano) y que «la otorga la ley independientemente de la voluntad del testador» (concepto que, «prima facies», parece corresponder al germánico de la reserva). Y, justificar que Escriche, en su Diccionario (55), diga de la legítima que es: «La parte de herencia que se debe por disposición de la Ley a los herederos forzosos» (versión justiniana); «o bien una porción que la Ley confiere a ciertos herederos presuntivos» (versión germánica, al parecer, aunque, como veremos, explicable igualmente con ideas romanobizantinas).

Pero no es así. La concepción germánica, tal vez latente en las costumbres, no era realmente la que se quería reflejar con las expresiones de que «la otorga la ley» o «que la ley confiere». Basta ver cuál es el origen de las mismas para comprobarlo. En el «Febrero reformado y anotado», de José Marcos Gutiérrez (56), se cita la ley 17, tít. I, de la Partida sexta, como fundamento de la afirmación que transcribimos: «es de Derecho positivo o escrito la asignación de la cuota o cantidad que con este título o nombre deben percibir, y se llama *legítima* porque la concede y señala la Ley».

Ciertamente, la referida ley de las Partidas asegura: «e por eso llamada esta parte legítima: porque la otorga la ley a los hijos», no obstante partir del concepto romano de las legítimas que regula a tenor de las disposiciones justinianas. Párrafos antes se puede leer en la misma Ley: «E a esta parte legítima dicen en latín, parte debita jure naturae.» Concepción romana que resplandece también en la glosa, a las palabras «que deuen auer», de Gregorio López, cuando expresa «si pater *reliquit* filius titulo institutionis *legitimam eis debitam*». Es el padre el que *deja* la legítima *debita* a los hijos: no hay delación legitimaria legal. *La ley la otorga o confiere indirectamente a través del deber impuesto al testador o directamente, abintestato*. Claramente aparece esta doctrina en la ley 1.ª del título VIII de la propia Partida: «E: fijo o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del

(54) Edición revisada por GARCÍA GOYENA y corregida y aumentada por AGUIRRE y MONTALBÁN, Madrid, 1852, tomo I, pág. 356.

(55) Op. cit., tomo II, págs. 488 y 489.

(56) Parte II, lib. II, cap. II, párr. 1.º (3.ª ed., Madrid, 1806, tomo IV, página 2). Se lee: «Es de derecho positivo o escrito la asignación de la cuota o cantidad que con este título o nombre deben percibir y se llama *legítima*, porque la concede y señala la Ley.» La palabra *concede* debe interpretarse, para juzgar la expresión de FEBRERO, a tenor de la Ley 17. Tít. I, Part. 6, que el mismo cita en nota que coloca a continuación de la frase transcrita y que dice en parecidos términos: «e por eso llamada esta parte legítima; porque la otorga la ley a los hijos». Y esta Ley, que opera sobre el concepto legitimario justiniano, también expresa que «a esta parte legítima dicen en latín, parte debita jure naturae». La concepción romana resplandece también en la glosa 10 de GREGORIO LÓPEZ a esta Ley, cuando expresa: «si pater *reliquit* filiis titulo institutionis *legitimam eis debitam*».

por la línea derecha, que oriesse derecho de heredarle si muriesse sin testamento; si lo oriesse desheredado a muerto, e sin razón, puede fazer querrela delante el juez: para quebrantar el testamento en que lo oriesse desheredado.»

No se arguya la cuestión de si tuvieron vigencia efectiva las Siete Partidas. Porque lo que resulta indudable es que los autores —tal vez por la falta de elaboración científica de la legítima germánica— explicaron esta institución de la legítima sobre la base de los textos del *Corpus Iuris* y de las Partidas, como lo demuestran as numerosas citas continuamente referidas a estos cuerpos legales. La construcción de nuestros clásicos guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El Derecho germánico, evolutivamente atenuado, fué el regulador de la medida. El Derecho romano, en su fase justiniana, explicó su naturaleza. Baste recordar al efecto cómo Antonio Gómez, en sus *Varias* (57), se ocupa de la legítima en el capítulo que titula «De Successione contra testamentum» (es decir, de la *successio contra tabulas*, según la terminología romana), que dedica a tratar sucesivamente de la preterición, la desheredación, la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima, como excepción oponible a esta última, y de la *actio ad supplementum*.

No obstante, en vista de lo que dice un práctico como el citado Febrero (58), podría argumentarse que aún después de varias generaciones de comentaristas del Derecho común, perduró largo tiempo, como creencia subconsciente, vivida en las costumbres, la idea totalmente germánica de que «con los hijos ni con los demás descendientes legítimos ningún extraño ha de ser instituido heredero, y si lo fuese, la institución será invalidada e ineficaz en cuanto a él» (59). Afirmación ante la cual, José Marcos Gutiérrez, en la edición «Febrero reformado», en una nota al pie de la misma página observa que: «No parece hay razón para que deje de valer la institución de un extraño hecha juntamente con la de los descendientes legítimos, siempre que no sea en perjuicio de las legi-

(57) *Variar Resolutiones Juris Civilis Communis et Regii*, cap. XI, pág. 133 de la edición Lugduni 1701.

(58) Ver *Febrero reformado y anotado*, de JOSÉ MARCOS Y GUTIÉRREZ, 3.ª ed., tomo I, cap. I, párr. 2.º, núm. 48, Madrid, 1805, págs. 31 y sigs.

(59) FEBRERO llega más lejos aún (págs. 48 y sigs., núm. 68), diciendo: «Están persuadidos algunos Escribanos de que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, pues ordenan la cláusula de institución nombrando a ambos por sus herederos en su respectivo haber baxo un mismo concepto y expresión en esta forma: «Instituyo por mis herederos a Pedro, mi padre, en las dos terceras partes, y a Juan, mi criado, en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, etc.» Pero deben saber que es error clásico no sólo hacer la institución en estos términos, sino llamarle heredero: lo primero, porque con los ascendientes legítimos ningún extraño puede ser instituido heredero (error de FEBRERO, que vuelve a subrayar JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ); y lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiría íntegra por derecho de acrecer el extraño como heredero particular, lo que no sucede, pues pasa precisamente a los herederos ab intestato del descendiente» (cosa que hoy dependerá del modo como se llame al extraño, arts. 982 y 983).

timas de éstos.» A lo que García Goyena añadió (60): «Según la ley Primera (más exactamente según la ley quinta), Título Octavo, Partida Sexta, *la legítima ha de dejarse a título de heredero, no de legatario, y haciéndolo así, el padre puede instituir a un extraño por heredero del resto de sus bienes* o disponer de ellos en otra cualquier manera. He aquí, pues, una Ley expresa y contraria a lo que dice Febrero, por lo que extrañamos que su reformador no haga mérito de ella».

Por otra parte, las citas hechas por Febrero en apoyo de su tesis, estaban muy lejos de probarla (61). Al contrario, ningún autor de clásico castellano anterior a Febrero de los que a lo largo de este trabajo citamos, señala esta pretendida incapacidad relativa. Precisamente los textos de Gregorio López (gl. 7, versículo *Sed est pu. chrum dubium*, a la ley 7, T. VIII, Partida 6.^a), Palacios Rubios (gls. VI. y ss. a la Ley XXIV de Toro), Antonio Gómez (gl. 3 a la misma ley) y Alfonso de Acevedo (gls. 152 y 153 ley 1, T. V., y núm. 3 ley 8, T. VI, del Libro V de la Nueva Recopilación), de que después nos ocuparemos, presuponen la posibilidad de poderse deferir a un extraño el quinto a título de herencia, aunque el causante tuviere hijos, con tal de que a éstos se les deje su legítima igualmente a título de institución.

Ahora bien, aparte de la diferencia de poderse o no instituir a extraños habiendo hijos, es de observar que no sólo a través de los principios de la reserva germánica, sino también por la versión justiniana, la legítima romana de la Novena CXV, recogida

(60) Op. y vol. cit. del Febrero de GARCÍA GOYENA, pág. 356.

(61) La Ley 7, Tit. I, Part. sexta, contempla los casos del testamento y la partición *inter liberos*, en cuyos supuestos ciertamente, según dispone «si en tal testamento como este fuese ayuntada otra persona extraña, que heredasse el padre en uno con los hijos, que en cuanto atañe a la persona del extraño, non valdría el testamento». Supuesto singular que concuerda con el Derecho Romano (ley ult. *Cod. famil. ercisc.*, y ley 21, § 1.º, *Cod. de testam.*) y en el que, además, como glosa GREGORIO LÓPEZ (gl. 5 a esta ley), la palabra «heredasse» debe entenderse latamente comprendiendo igual lo dispuesto por vía de legado como por institución.

La Ley 17 del mismo título, que trata de «cómo los que entraren en Religión non pueden facer testamento», ningún apoyo puede ofrecer a la opinión de FEBRERO. Inclusive es de notar que GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras «deven aver» de esta Ley, llega a plantear: «y si el padre dejó a los hijos a título de institución la legítima que les pertenece, habiendo instituido en lo restante a un extraño, importando cincuenta los bienes del padre al tiempo de la muerte, de los que correspondían cuarenta a los hijos por su legítima; habiéndose aumentado después los bienes hasta ciento, aprovechará este aumento a los hijos, de modo que les competan ochenta por razón de dicha legítima, o bien lo adquirirá el heredero extraño?». Recogiendo la opinión de PABLO DE CASTRO, que atribuye el aumento al heredero extraño, sin perjuicio de que compete al hijo la acción de suplemento.

Y la Ley 1.ª del Tit. VI, Lib. III, del Fuero Real, se limita a ordenar que: «Todo home que uviere fijos o nietos o dende ayuso de mujer de bendición: non puedan heredar con ellos otros algunos que aya de barragana mas del quinto de su haver mueble: o de reyz: pueda les dar lo que quisiere...» Incapacidad relativa de los hijos naturales, que no hay base para extender a otras personas. Ni lo hace ALONSO DÍAZ DE MONTALVO al glosar esta Ley (ed. glosada de Salamanca, 1560, fols. 131 vto. y 132).

por las Partidas, el descendiente legitimario debía ser siempre heredero. La Ley 5.ª, título VIII, Partida Sexta, especificaba que en caso de haberse dejado al hijo menos de su legítima, pero a título de heredero, éste sólo podrá pedir el complemento de ella; y si se le deja a título de legatario podrá quebrantar el testamento en cuanto a la institución (62).

(62) Después de suprimirse la necesidad de la institución de heredero para la validez de los testamentos, por la Ley 1.ª, Título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que pasó a ser la Ley 1.ª del Título IV, Libro V, de la Nueva Recopilación y del Título XVIII, Libro X, de la Novísima, se planteó si esta disposición habría abrogado la necesidad de deferir la legítima a título de herencia, bastando que se dejase por cualquier título.

a) La primera opinión la inició RODRIGO SUÁREZ (*Opera Omnia*, Duaci, 1614, «XIII», Repetitio 1. Quoniam C. de offic. testam., in prioribus Ampliatio prima, núm. 8, ap. final, pág. 378), quien hablando de «si statutum permetteret quod sufficeret relinquere filiis legitimam quoquo relicto titulo», afirma «quod tene mente ad quamdam lex huius regni que est in Ordinatione de Alcalá, título de los testamentos: quae disponit l.odie valere testamentum, et in ea relicta dato, quod deficiat haeredis institutio». Fue seguida por ANTONIO DE PADILLA, FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, MENeses, JUAN GUTIÉRREZ, etcétera. Según este último autor citado (*Opera Omnia Civilia, Canonica et Criminalia, Colloniae Allobrogum*, 1731, tomo I, *Practicarum. Quaestionum Civilium super Quinque prioribus Libris Primae Partis Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae*, Lib. II, Quaest. XXXIV, núm. 2, págs. 41 y sigs.), «hodie attentata hac nostra lege sufficiat relinqui filio legitimam quocumque relicti titulo ut testamentum impugnari nequeat, sed potius sustineatur, licet ipse filius possit petere supplementum legitimae». Porque dicha ley, «generaliter in omnibus testamentis loquitur, tam parentum quam aliorum, ut patet in principio ejusdem, ibi, si alguno etc. Ergo in omnibus intelligi debet, quae expresse tollit obligationem heredis instituendi, imo eo non instituto decidit valere testamentum, quod ad legata, et caetera, in eo contenta: Ergo si huismodi testamento, in quo filius non instituitur heres in sua legitima, eidem relinquatur legatum vel fideicommissum aliquod, valuit testamentum per hanc legem, et filius poterit petere supplementum legitimae».

b) La contraria opinión la defendieron CASTILLO DE SOTOMAYOR, DIEGO DE CALATAYUD, JUAN DE ROJAS y otros. El Doctor LUIS DE MOLINA (*De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, Lugduni, 1794, lib. II, cap. XIV, núm. 18, p. 406) expuso así los argumentos de esta tesis: Nec obstat dicta lex ordinamenti quam decisum est, valere testamentum absque haeredis institutione. Ea nam que lex nec tacite, nec expresse jura dicentia legitimam titulo institutionis relinquendam esse, corrigere videtur, siquidem diversum est dicere, quod testamentum absque haeredis institutionis relinquenda non sit. Potest namque esse, quod intestamento extraneus haeres instituat, et filio legitima titulo legati, vel fideicommissi relinquatur. Et sic jam non dubitandum esse, utrum testamentum valeat absque haeredis institutione, cum in eo haeres institutus, sit; sed utrum praesupposita validitate testamenti, sufficiat legitimam titulo legati, seu fideicommissi relinquere, illa lege decisum non est. Cum igitur haec duo diversa, ac separata sint, constat non posse fieri de uno ad aliud bonam illationem, praecipue ad legum correctionem, quae expresse, ac praecise facienda est, nec ex tactis, ac subauditis intellectibus, juxta jure vulgaria, deduci debet. Añadiendo (núm. 19) las razones que justificaban que la legítima debiese deferirse a título de herencia, para explicar el mantenimiento y no derogación de esta doctrina.

No obstante, el mismo MOLINA (núm. 20) observó que en caso de creación de mayorazgo, los derechos alimenticios de los demás hijos podían dejarse por cualquier título. Salvo precisamente por herencia si se constituyó el mayorazgo en codicilo, donación inter vivos o mortis causa.

c) JUAN YÁÑEZ PARRADORIO (*Opera Juridica, Colloniae Allobrogum* 1.761,

En el artículo 645 del Proyecto de Código civil de 1851, se intentó decididamente dar otro paso en la evolución de la legítima en Derecho de Castilla, aproximándola un tanto a la legítima teodósiana, al decir literalmente: «El heredero forzoso a quien el testamento dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta».

Quotidianorum Differentiarum Iesquiescenturia, Diff. CXLVIII, núms. 28 y 29, págs. 390 y ss.) distinguió los dos siguientes supuestos:

1.º *Si el testador no instituyó heredero ni a los hijos ni a ninguna otra persona, sino que distribuyó toda su fortuna en legados y fideicomisos*. En cuyo supuesto resolvió que el hijo debía haber su legítima íntegra, pero sin que pudiese rescindir el testamento de su padre por causa de preterición.

COVARRUBIAS (*Opera omnia*, Antuerpiae 1.614, t. I, *De testamentis*, cap. Raynutius XVI, § 1.º, *De haered. instit.*, núm. 3, pág. 67) parece reducir este supuesto al testamento del padre «inter liberos conditum», «quidem casu non tenetur quen quam eorum titulo institutionis honorare»—«ratio illa, quod pater testamentum faciens inter liberos non tenetur servare superstitiosum rigore iuris civilis»—«ergo non tenetur pater eos instituere haeredes, imo satis erit, legitimam portionem unicuique eorum relinquere».

2.º *Si el testador, sin instituir ni desheredar a algún hijo, instituyó herederos a otros*, «et tunc lex illa Regia cessat, ut quae loquatur, cuando nullus haeres institutus fuit». Por lo que considera que el testamento es irritó en cuanto a la institución y permanece firme en lo demás.

Coincidiendo COVARRUBIAS (loc. y pág. cit., núm. 6) en que «lex illa non permittit ex filius unum institui, alterum vero exhaereditari aut alio ignobili titulo legitimam portionem eidem relinqui». Aunque, como luego veremos, con la cláusula «valeat meliori modo quo posit»—«Haec vero clausula apposita censetur in testamentum inter liberos» (núm. 4)—entiende que «legatum filio relictum ad institutionis titulum refertur» (núm. 8).

Dejando de ese modo restringido el problema y reducida su solución negativa al supuesto de ser un extraño el instituido, cuando la legítima de algún descendiente fué dejada a título de legado.

Explicó PARLADORIO que: «Diversitatis illa ratio est, quia in priore specie nihil aut parum injuriae fit filio, nullo, haerede instituto: in altera specie magna filio fit injuria quandoquidem, eo spreto, alius instituitur haeres».

Notemos, no obstante, que esta solución, que tan claramente expuso PARLADORIO, no fué creación suya, sino que simplemente sistematiza lo que ya resulta de otros autores anteriores, como COVARRUBIAS, con ciertas variantes, según hemos visto, y MATIENZO, en su glosa 10 a la Ley 1, tit. IV, lib. V (*Comentarios*, Mantuae Carpentanae 1.597, págs. 71 y s.). Así, este autor, en el núm. 66 (pág. 82) afirmó: «hoc in regno legitimam relinqui posse quoquo relictí titulo, nec corrueit testamentum, ei eo quod titulo institutionis non reliquetur... Et in regia cancellaria Pinciana hoc semper vidi practicari, ut filius cui aliquid quoquo titulo fuit relictam non impugnet testamentum legitimae... et licet non agat ad supplementum, vide regios senatores, ita pronuntiare, ut sibi legitima suppleatur». Pero esto debe entenderse en los términos que expresa en el núm. 56 (pág. 81): «Et certa si testator nullum fecit haereditem, necesse non est de legitima tractare, cum per legem istam filii, vel alii haeredes legitimi succedant in omnibus bonis cum onere praestandi legatis et omnia alia in testamento relictá». Lo que claramente confirma en el núm. 57, donde planteando el supuesto de que el testador instituyese herederos a varios de sus hijos y a otro asignare su legítima en cosa cierta, excepto si a título de institución («citra titulum institutionis») «iniuria ei facere videtur perinde ac si extraneos instituir sed quare testamentum erit nullum quod institutionem et omnes filii aequaliter succedant». Explicando que, en este caso, no rige la citada Ley regia «quia solum loquitur in casu, in quo nullus haeres fuit institutus, aut cum instituti repudiaverunt haereditatem».

García Goyena (63), observó la modificación que introducía esta norma: «Por Derecho romano y Patrio, para que tuviere lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuera por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela CXV, capítulo 5.º, ley 5, título 8, Partida 6: *se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado*» (64).

El vigente Código civil, recoge la innovación del Proyecto de 1851. Sus términos son en sustancia coincidentes: *El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*. Solamente cambia los términos *dejase* por *haya dejado* y *ésta* por *la misma*; se interpola, después de la palabra «legítima» el inciso *que le corresponda* y se suprime el adverbio *solo*, que el Proyecto colocaba delante de «podrá pedir». No varía, pues, el sentido del precepto, cuya significación nos explicó García Goyena en los términos antes transcritos. Creemos que éstos, por sí solos, bastarían para privar totalmente de base a la construcción defendida por Ortega Pardo (65).

Y tal como García Goyena explicó el art. 645 del Proyecto de 1851, la generalidad de nuestra doctrina, anterior a la actual polémica ha entendido el art. 815 del Código civil.

Así dice Manresa (66) que: «Podría discutirse en el art. 814 si era o no necesario que se reconociese el derecho del heredero como tal heredero, pero el art. 815 desvanece esta duda.»

Falcón (67) explica que: «Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal, una parte de la legítima sin completarla.»

Nicolás López R. Gómez (68), alguna de cuyas frases también

(63) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, Madrid, 1852, pág. 90.

(64) Nota a continuación GARCÍA GOYENA cómo se vuelve al pristino concepto de la preterición, oscurecida a partir de la Novela CXV, al explicar que: «en caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador; en este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso».

(65) También GÓMEZ MORÁN (locs. cit., págs. 665 y 335, respectiv.) llama la atención sobre el hecho de que el art. 815 es «interpretado en la intención del legislador por GARCÍA GOYENA al discutirse el 645 del Código civil de 1851, del cual es el otro trasunto».

(66) *Comentarios al Código civil español*, t. VI (6.ª ed., Madrid, 1932), página 349. En la pág. 356 in fine, y principio de la 357, refiriéndose al criterio de las Partidas, Código de Justiniano y Novela CXV, recuerda que: «El artículo 645 del Proyecto de Código de 1851 innovó esta doctrina, que, como dice GARCÍA GOYENA, atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa, y copia de ese artículo es el 815 que nos ocupa».

(67) *Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Barcelona, 1897, t. III, pág. 238.

(68) *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión* (3.ª edic., Madrid, 1916), t. I, págs. 524 y 525.

podrían ser utilizadas en parte para defender la tesis contraria (69), concluye claramente que «el heredero al que por *cualquier título* (subraya él), como el de *legado* (subrayamos nosotros), se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma...»

Sánchez Román (70), después de indicar que en el Derecho vigente antes del Código civil, sólo cuando el legitimario «era instituido heredero en parte o cantidad inferior a lo que le correspondiera por legítima, era cuando bastaba el ejercicio de la acción *ad supplementum* para completarla», observa que: «El art. 815 se aparta de este criterio estricto y se ajusta a la única necesidad que lo inspira, cual es el de que *se complete* la legítima del heredero forzoso, a quien *por cualquier título* se haya dejado *menos* de lo que le corresponda».

Mucius Scaevola (71) indica que, el Código civil «atento a lo principal, a que el heredero forzoso perciba a la muerte de su causante la porción que le corresponda por legítima, prescinde de la modalidad de la disposición y le computa a cuenta de la legítima lo que haya dejado el testador *por cualquier título*; esto es, lo mismo por herencia que por legado, manda o donación».

Clemente de Diego (72) señala que en el Código civil español, «mirando los arts. 806, 813 y 814 parece que la legítima es *pars hereditatis*», pero atendiendo a las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos naturales, así como «lo dispuesto acerca del suplemento de legítima», «parece orientarse la legislación hacia la legítima *pars boncrum* o *simple derecho de crédito*».

Castán (73) se expresa de forma semejante y reconoce que «el criterio del Código civil no es absoluto», citando como prueba lo que disponen los arts. 838, 840 párrafo 2.º, 815, 1.062 y 1.056 párrafo segundo.

Y De Buen (74) explica que: «Al decir el art. 815 del Código

(69) Así, indica que esta disposición «modifica completamente el derecho romano consignado en las Partidas, que concedía al heredero el derecho de reclamar la nulidad de la institución y el testamento... que «iniciado por el Ordenamiento de Alcalá un cambio completo de toda esta materia, el Código ha tenido que seguir la misma corriente separándose de los formulismos que tan trascendentales consecuencias producen».

(70) *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 2.º (2.ª edic., Madrid, 1910), página 937. Refiriéndose al Derecho común anterior al Código civil indica que «se atendía no sólo a la diferencia de lo que se hubiere dejado por otro título que no fuera el de heredero, sino al honor de que se le privaba, no dándole este carácter».

(71) *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. XVI (6.ª edición, Madrid, 1944), pág. 430.

(72) *Instituciones de Derecho civil*, t. III (Madrid, 1932), págs. 225 in fine y 226.

(73) *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1939. T. I, vol. 2.º, página 270.

(74) Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de A. COLÍN y H. CAPTANT, t. VIII (Madrid, 1928), pág. 342. «La acción complementaria—añade—procederá, por tanto, aunque al legitimario no se le instituya heredero y sí sólo se le deja, a título de legado, una cosa o cantidad fija, cuyo valor sea inferior a lo que la Ley le concede».

civil *por cualquier título*, quiere, sin duda, decir *por título de herencia o por título de legado* (subraya De Buen) (75).

A nuestro juicio, todos estos datos confirman cuánta razón tiene Porpeta (76) al señalar el profundo contraste entre el sistema legitimario franco-italiano y el español, que «acusa en nuestro ordenamiento jurídico un elevado coeficiente de romanización que sus modelos no alcanzan. Amplitud romana (pretoriana) para modelar el título adquisitivo como herencia o como legado, eligiendo entre dos especies indistintamente viables; potestad, también muy romana, de excluir al legitimario por motivos graves, aunque no sean suficientes para declararle indigno (véase la ampliación que nuestro art. 756 experimenta en el 853 y siguientes); concepto rígido de la preterición como un eco de los antiguos requisitos sacramentales del testamento».

El Código civil, en su nuevo avance hacia la romanización del sistema sucesorio, ha ido, en su art. 815, más allá de la meta del Derecho justiniano, al no detenerse en el *Corpus Iuris*, sino en el Derecho romano clásico, en cuanto se refiere a la posibilidad del testador de modelar como legado la atribución legitimaria.

El centro de gravedad de la herencia ya no reside en la parte legítima, aunque tampoco haya pasado a la porción libre. O queda armónicamente situado entre las tres partes en que—hipotéticamente—se divide la herencia. O bien el testador, rompiendo ese equilibrio inicial, puede centrarlo a su elección en cualquiera de dichas porciones—sea en una, sea en dos, o también en una o dos y parte de otra u otras—. Incluso cuantitativamente se refleja esta equivalencia, puesta de relieve en la fórmula propuesta por la Comisión Codificadora: «El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de otra a su albedrío, y destinando el tercio restante a la institución de las mejoras (77).

§ 3.º VALOR EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA EXPRESIÓN «HEREDEROS FORZOSOS»

Dejamos expuestos los antecedentes históricos y legislativos del artículo 815, y su interpretación por la doctrina durante el medio siglo inmediato siguiente a la promulgación del Código civil. Y, especialmente, el criterio del forjador de esta norma, García Goyena, que parece confirmar la posibilidad de que la le-

(75) Ver también el trabajo de PÉREZ ARDA, *Preterición testamentaria parcial*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, t. CXXII, 2.º semestre 1913, págs. 250 y siguientes.

(76) *Loc. cit.*, pág. 198.

(77) Ver ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales* (2.ª edic., Madrid, Plus Ultra), pág. 146.

gítima pueda dejarse a título de legado. Ahora vamos a ensayar el modo de armonizar los discutidos artículos 806 y 815 del Código civil, examinando separadamente las principales cuestiones debatidas por los sustentadores de las teorías que nos hemos permitido clasificar al comienzo de este trabajo.

Empezaremos por examinar el valor que hay que darle a la expresión herederos forzosos, que reiteradamente utiliza el Código civil, entre otros, en los artículos 763, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 821, 825; 857, 863, 1.035 y 1.056. Sobre este tema, anteriormente, hemos expuesto el valor que según Roca Sastre, Virgili Sorribes, González Palomino y Puig Brutáu, tienen estas dos palabras enlazadas, cuando el Código civil las emplea referidas a los legitimarios.

Pero a Ortega Pardo (78) esas razones le parecen «tan cómodas de invocar como poco convincentes». Y aunque juzga que caben dentro de lo posible, le parece mucha imperfección terminológica, «dado el fin de casos en que en la ley se habla de herederos forzosos».

Nosotros insistimos en la inexactitud de dicha expresión, que pensamos se mantiene en el Código civil como una supervivencia histórica de un concepto superado. La demostración de esta afirmación nuestra, deberá brotar como una consecuencia de la tesis que trataremos de sostener en este estudio, si es que salimos airoso de nuestro empeño. De momento, sólo anticiparemos dos observaciones con el fin de tantear el valor que puede darse a la reiteración con que el Código civil usa esos indicados términos.

a) El Código civil, en el artículo 807, señala como herederos forzosos—enumerándolos a continuación de los hijos y descendientes legítimos y de los padres y ascendientes legítimos—«al viudo o viuda, a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos» (79). Y no obstante cualquiera que sea la calificación que merezca la naturaleza de los derechos legitimarios de descendientes y de ascendientes, no cabe duda que la denominación de «herederos forzosos» no resulta siempre exacta, aplicada al cónyuge viudo o a los hijos naturales.

2) En efecto, el viudo no puede ser considerado heredero (80).

(78) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, loc. cit., pág. 336.

(79) La Sentencia de 16 de noviembre de 1929 ha afirmado que el Código civil ha sido profundamente innovador en la materia sucesoria y muy especialmente en lo referente a los herederos forzosos en la testamentaria, y en prueba de ello en el art. 807 declara que tienen este carácter, también, el viudo y viuda y los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre y madre de éstos.

(80) Han sostenido que el cónyuge viudo tiene en nuestro Derecho cualidad legal de heredero y que con este título se le otorgan los derechos que le reconoce el Código civil, entre otros: JUAN ALVARADO (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVIII, primer semestre del año 1801, páginas 174 a 177); SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., t. VI, vol. 2.º, págs. 810 y 811); VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1930, págs. 246 y 27), y BONET (*Derecho civil común y foral*, t. II, Madrid, 1940, pág. 514).
Los principales argumentos, en que se apoyan estos autores, podemos agru

Hasta para negarle tal cualidad el hecho de que el Código civil le atribuye en usufructo su cuota legitimaria.

Herencia y usufructo son términos incompatibles. El usufructuario o no es heredero, o, si lo es, no es un verdadero usufructuario, sino un fiduciario (81). Designado, por la ley o testamen-

parios en dos tipos: legales y jurisprudenciales. Los primeros se concretan: al artículo 807, que clasifica al cónyuge viudo entre los herederos forzosos; al 814, que señala los efectos de su preterición, y al 855, que establece las causas de desheredación del cónyuge, «cosa que—según SÁNCHEZ ROMÁN—no puede hacerse ni con el acreedor ni con el legatario, ni, en suma, con quien no sea heredero forzoso». Los argumentos jurisprudenciales se apoyan en las Sentencias de 8 de febrero de 1892 y 26 de marzo de 1940, que declaran que el cónyuge viudo es un coheredero como los otros, al que no puede negársele el derecho a intervenir en la partición de su prematuro cónyuge.

Contra el alegato de que al viudo puede satisfacerse su legítima en metálico ha opuesto ALVARADO, a quien en este punto sigue SÁNCHEZ ROMÁN, la declaración del párrafo segundo del art. 838 del Código civil, que, refiriéndose al pago en metálico de la legítima del viudo, autorizado en el primer párrafo del mismo precepto, dispone que, mientras no se realice, «estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo». También invoca el testimonio de CIMBALI—referido al art. 819 del Código civil italiano de 1865 y del cual es reproducción nuestro 838—cuando afirma que «esa facultad no cambia en lo más mínimo la naturaleza jurídica del derecho que compete al viudo; porque en ese caso sucede lo que en caso de que el heredero enajene a un extraño su partida de herencia después de abierta la sucesión; el extraño adquirirá los bienes que constituyan la porción hereditaria, pero el enajenante conservará la cualidad de heredero». Así como la opinión de PISANNELLI, expresiva de que la *facultas solutiois* concedida en él a los herederos «es una verdadera expropiación en interés de la familia».

Por el contrario, entre las que han negado que el viudo tenga por razón de su cuota legal la cualidad de heredero, cabe citar, comenzando por ALFONSO ZAVALA (*Boletín Jurídico Administrativo*), a TRAVIESAS (*Sobre el derecho hereditario; La cuota viudal y la sucesión moris causa*, en *Rev. Priv.*, vol. VIII, enero 1921, págs. 6 y sigs.); CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cit., pág. 226); DE BUEN (Notas al citado *Curso elemental...*, de COLIN y CAPITANT, t. VIII, página 329); CASTÁN (op. y vol. cit., págs. 334 y 335), y PORPETA (loc. cit., páginas 193 y sigs.).

Los argumentos ofensivos de esta tesis son:

- a) La institución en el usufructo no es, dentro de la técnica de nuestra legislación civil, institución de heredero.
- b) El viudo no responde de las deudas hereditarias, aunque afecten a la cuantía de su cuota.
- c) Su preterición no anula la institución de herederos (art. 814, párr. 2.º, Código civil).
- d) De los términos del artículo 838 C. c. resulta la oposición entre los conceptos «heredero» y «cónyuge», y del mismo precepto dimana que el derecho del viudo, más que a una porción de bienes hereditarios, queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal reducido a una cantidad numérica.

Los argumentos defensivos se concretan a considerar que tanto el Código civil, en los artículos 807 y 855, entre otros, como el Tribunal Supremo en las sentencias que se citan, emplean la palabra heredero «en un sentido muy general y que la aplicación al viudo de algunos derechos y prohibiciones dispuestos para los herederos puede fundarse en razones distintas a su consideración como heredero».

(81) Ver las lecturas 4.ª, 5.ª y 6.ª de los *Principios del Dret Successori* de MARRÍ MIRALLES, Barcelona, 1925, págs. 145 a 247.

tariamente, como heredero en usufructo, es un *heres ex re certa* (82), al que debe aplicarse la doctrina característica de esta institución (83). En el Código civil, el art. 768 (84).

En su *concepción romana*, heredero es el que sucede, solo o conjuntamente con otros coherederos, *in locum* o *in ius*, es decir, en todas y cada una de las relaciones jurídicas activas y pasivas del causante (85). Mas esencialmente en todas y cada una de las relaciones pasivas—mancomunada o solidariamente, si son varios coherederos—que en las activas. Estas pueden ser concretamente atribuidas por prelegados o por distribución de los bienes en instituciones *ex re certa* (86), aun sin recurrir a la partición *inter liberos* o por el testador. Aquellos pueden concretarse *inter heredes*, pero no, en cambio, frente a los acreedores (87).

El usufructuario, por el contrario, sólo sucede en relaciones activas concretas (88), no en las relaciones pasivas. Las deudas:

(82) La institución en un usufructo, aunque fuera universal, fué considerada *ex re certa* en el Derecho romano. Así la Ley 74 del título *De haeredibus instituendis* (Título V, Libro XXVIII) del Digesto, catalogó como instituidos *excepta re certa* «quis heris institutus fuerit... excepto usufructu». Los autores del Derecho común, unánimemente consideraron del mismo modo al heredero usufructuario; v. gr.: MENOCHIVS (*Praesumptionibus...*, lib. IV, pr. 141), CÁN-CER (*Variarum resolutionum*, parte III, cap. XX, núm. 225) y los demás autores que cita MARTÍ MIRALLES.

(83) En Derecho romano, según la Ley «*Si ex fundo*» (Ley 74, Título V, Libro XXVIII, del Digesto), se considera como *heres ex re certa*, si no concurre con *heres ex asse*, el instituido en usufructo será heredero—gravado o no de restitución fideicomisaria—, pero no será usufructuario; o bien, conforme la Ley «*Quotiens certi quidem*» (Cód. VI-XXIV, 13), concurrendo con «*heres ex asse*», ciertamente será usufructuario, pero no a título de heredero, sino siempre como legatario.

TRAVIESAS (loc. cit., pág. 7), comentando el artículo 768 C. c., que aplica al usufructo viudal, observa: «Y aunque el precepto se refiera al caso de institución por testamento, es lo cierto que el precepto es expresión del principio de derecho consagrado en el indicado artículo 660, sólo se es heredero sucediendo a título universal.

(84) Que, a diferencia del Derecho romano, considera siempre como legatario al instituido en cosa cierta.

(85) Ver BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, tomo I (Turín, 1926), *L'origine storica dell'eredità e dell' legata e Il concetto dell'eredità nell' Diritto romano e moderno y Corso di Diritto romano*, vol. VI (Città di Castello, 1930), páginas 30 y sigs.

(86) Como ha dicho BONFANTE (*Corso...*, vol. cit., pág. 46), tanto pesa entre los romanos la idea de que en la sucesión tienen jurídicamente más importancia las cargas que los derechos, que el acto de heredar no lo califican nunca de *adquisitio*, sino de *aditio*, como a la aceptación de los cargos públicos, y para los juristas clásicos, aceptar la herencia era *obligare se hereditate*.

(87) Ver GONZÁLEZ PALOMINO, *La adjudicación para pago de deudas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, pág. 237.

(88) Como dice DE BUEN (op. y vol. cit., pág. 208), no recibe «sino determinados bienes o ventajas». «De ser la cuota usufructuaria—expone RUGGIERO (*Institución de Derecho civil*, traducción de la 4.ª edición italiana por SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ TEJERO, Madrid, 1931, vol. II, pág. 1127)—, se deduce que el cónyuge reservatario es un legatario *ex lege*. Concluyendo TRAVIESAS (loc. cit. pág. 8): «El cónyuge supérstite no tiene la posición del que sucede a título universal. No es llamado a suceder más que en una relación

hereditarias le afectarán, pero no le obligan (89). No es, pues, heredero, conforme a los cánones del art. 667 del Código civil (90).

En su *versión germánica*, el heredero es un adquirente—mortis causa—de la totalidad de un patrimonio o de una cuota o parte alicuota del mismo (91). Ni en las características derivadas de esta versión, ni conforme a la teoría del Derecho romano común (92)—que considera la sucesión como una *adquisitio per universitatem* de un patrimonio o de una cuota del mismo—encaja el usufructuario, que sólo adquiere determinadas ventajas de aquél (93).

concreta: en la relación de usufructo. No es llamado, pues, a la *hereditas* en sentido objetivo.»

(89) Así resulta del artículo 510 C. c.—al que aluden TRAVIESAS (loc. cit., página 7), DE BUEN (loc. últ. cit.), CASTÁN (nota d, en la pág. 232 del tomo I de su traducción de la obra de VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, 1928) y PORPETA (loc. cit., pág. 193)—, que faculta, *pero no obliga* al usufructuario de la totalidad o de parte alicuota de una herencia, a anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan a los bienes usufructuados; autorizando, en cambio, al propietario para vender la parte de los bienes usufructuados que sean necesarios al efecto, disminuyendo así el objeto del usufructo. El usufructuario universal, según resulta del artículo 508 Código c., está obligado solamente al pago de los legados de renta vitalicia o pensiones de alimentos—y el que lo fuere de cuota, en proporción a la misma—.

Y el Tribunal Supremo, en Sentencias de 26 octubre 1904, 4 julio 1906, 25 enero 1911, 10 enero 1920, etc., ha declarado que el viudo no puede ser demandado por razón de las deudas hereditarias, «pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales que suceden en todos los derechos y obligaciones al causante».

(90) Puesto que dicho precepto determina que los herederos suceden al difunto «en todos sus derechos y obligaciones».

(91) Si bien, en la herencia germánica, el heredero no sucedía personalmente en las obligaciones del causante, recibía los bienes afectos inseparablemente a la responsabilidad dimanada de las obligaciones de la misma. (Ver PERCEROU, *La liquidation du passif héréditaire en Droit française*, en *Rev. Trimestrelle de Droit civil*, 1905, pág. 552.)

(92) Ver esta concepción en SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, traducción de MESA y POLEY (Madrid, 1872) tomo II, pág. 155.

(93) VENEZIAN (op. y vol. cit., págs. 229 y 230), en este sentido, dice que el usufructo—aunque sea universal—no supone una adquisición *mortis causa* a título universal, pues el usufructo de todos o parte de los bienes no constituye una cuota-parte de aquélla; porque toda cuota debe ser numéricamente determinada de un modo cierto, con relación al todo, y la relación entre el usufructo y el conjunto de los bienes no puede ser representado por un número, «porque es fundamentalmente variable e incierta» que el usufructo y el patrimonio usufructuado están en relación «distinta de la en que está la cuota». Y que «la limitación a que está reducida su contribución (la del usufructuario) en las cargas—artículo 509 del Código civil italiano de 1865, equivalente a nuestros artículos 508 y 510—, es incompatible con el carácter de sucesor a título universal»; y, en cambio, esa limitada contribución—la correspondiente a lo señalado en nuestro artículo 508—, no es incompatible con la cualidad de legatario, porque, así como la Ley con carácter supletorio la impone al usufructuario de un patrimonio, así la voluntad privada puede también imponerla en mayor o menor grado a cualquier legatario.

También DE BUEN (op. cit., págs. 208 v 209) reconoce que el usufructuario *mortis causa*, «al no responder de las obligaciones, no recibe la titularidad de un patrimonio o de una parte alicuota del mismo, sino determinados bienes o ventajas».

SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., tomo VI, vol. I, págs. 600 y sigs.) recoge el

Por lo tanto, tampoco es heredero conforme la norma del artículo 660 del Código civil, aunque a ésta quiera atribuírsele color germánico (94).

La circunstancia de que el usufructuario de cuota indivisa (95)

argumento de que «el usufructo es siempre un derecho real limitativo del dominio—una de las antiguas servidumbres personales—, concepto que excluye el de *universalidad*, que es un gravamen impuesto sobre una cosa, y que por consiguiente resulta incompatible con la consideración de heredero; tal carácter lo tendrá el que suceda en la nuda propiedad». Cree que «este es, sin duda, el criterio del Código al decir (art. 793, párr. 2.º): «Sin distinción alguna, podrán... *legarse* a cualquiera el usufructo, uso o habitación...» etc., enumerando los derechos *singulares* que permite condicionar en la forma ya expresada. Partiendo de esta singularidad de tales derechos, incluyendo el de usufructo, no considera, desde el momento que emplea el verbo *legar*, que pueda estimarse como heredero al que obenga su disfrute, sin que importe para el caso, ya que el artículo no establece distinciones, la mayor o menor extensión que al derecho se conceda, la que no alcanza a variar su condición jurídica. Y esta parece ser también la doctrina del Tribunal Supremo, que no ha declarado de un modo categórico la incompatibilidad de los términos *heredero* y *usufructuario*; pero ha dicho lo bastante en algunas de sus sentencias, recogidas en este mismo capítulo (singularmente las de 9 de marzo de 1886—aunque se refiere al Derecho foral, muestra el criterio del Supremo en esta materia— y 16 de enero de 1889), para comprender la diferencia que establece entre ambos conceptos».

Pero, a continuación, el propio autor señala que esta regla no es infalible, al afirmar que «la cualidad de heredero o legatario no depende del *derecho* que se adquiere, sino del *modo* como se adquiere, según que sea a título *universal* o *particular*».

Ciertamente, es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándola a un usufructo. Sea aceptándolo él en la partición o cuando ésta la haya verificado el testador, que unilateralmente puede disponerlo así siempre y cuando la adjudicación en usufructo no la atribuya a un ascendiente o descendiente, por cuenta de la legítima. Cuando así se haga, el usufructo *no estará en la disposición, sino en la partición*. Y el adjudicatario, como heredero, tendrá derecho a que se le abone la diferencia de valor, si la hubiere, entre el usufructo que se le adjudicó y su cuota; y responderá personal y solidariamente de las deudas hereditarias conforme determina el artículo 1.084 del Código civil. Pero para interpretar la voluntad del testador—ley de la sucesión—cuando instituya a una persona heredera en cosa cierta (como es el caso de institución en usufructo), el artículo 768 atiende más a la naturaleza del objeto dejado que a la denominación dada al titular de la atribución. Es decir, que para poder entender que el usufructo dejado, solamente ha sido concretado con el fin meramente particional de individualizar una atribución hereditaria, deberá necesariamente probarse que esa ha sido la voluntad del disponente. Prueba que requiere algún dato suficiente, que no sea la simple denominación de heredero o legatario con que se designó al usufructuario. Y aunque el llamamiento del viudo, en el artículo 834, lo verifique la Ley y no el causante, no hay que olvidar—aparte de que aquel criterio interpretativo ha sido señalado por la propia ley—el hecho, decisivo como veremos, de que el viudo no responde, por razón de su cuota legitimaria, del pago de las deudas de la herencia.

(94) Ya que determina que es *heredero* el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular.

(95) Nótese que el usufructo del cónyuge viudo, aunque se limita a una cuota indivisa, afecta a toda la comunidad. No es un usufructo de la cuota de un comunero, sino un usufructo de cuota de la comunidad. Por lo tanto, afecta a todos los comuneros y no le es aplicable la doctrina del apartado 2.º del artículo 399 C. c., sino la del artículo 405. Si el viudo no interviene en la partición, su usufructo de cuota sigue difuminado sin concretarse en bienes de ter

tenga un poder de uso y disfrute difuminado en todos y cada uno de los bienes que constituyen el patrimonio al que se refiere esta cuota—mientras ésta no se concrete encarnando en bienes determinados—, explica perfectamente por qué no puede verificarse la completa partición de la herencia sin su concurso (96). Su interés en el caudal relicto, que puede contraponerse con los que tuvieren los herederos, justifica que no se le permita ser contador partidor (97). Y, asimismo, su cualidad de administrador nato de la herencia e, incluso, su título de usufructuario de una acción dirigida a reclamar el dominio de un bien o un derecho real, son suficientes para que se admita que representando a la herencia de su cónyuge difunto pueda reivindicar bienes de la misma (98).

No es, por consiguiente necesario, para explicar estos hechos, recurrir a considerarlo como heredero (99).

En conclusión, tanto el Código civil (en sus arts. 807 y 855) como la jurisprudencia, cuando llaman heredero forzoso al viudo no emplean la palabra heredero en su significación estricta, sino en un sentido muy general (100), lato e impropio.

minados. Los herederos podrán partir la herencia entre sí, pero esta partición no puede afectar al cónyuge viudo que no haya intervenido en la misma.

(96) El Tribunal Supremo, en Sentencias de 28 de marzo de 1924 y 26 de marzo de 1940, ha declarado que al cónyuge viudo no puede negársele su derecho y acción para intervenir en la partición, e igual criterio tiene la Dirección General de Registros, según Resoluciones de 6 junio 1896, 14 marzo 1903, 30 abril 1906 y 6 noviembre 1912.

(97) Las Sentencias de 8 febrero 1892, 13 junio 1898, y la Resolución de 12 noviembre 1895, niegan al cónyuge el derecho a ser contador partidor en la herencia de su consorte.

(98) La Sentencia de 16 noviembre 1929, que rotundamente afirmó el carácter de heredero forzoso del cónyuge viudo, resolvió un recurso en el que se planteaba si la viuda del causante podía reivindicar para la universalidad hereditaria en que era partícipe. Habiendo pedido en la súplica de la demanda la entrega de la finca en cuestión, como «representante de la herencia de su marido», y no en el suyo propio, debe reconocerse que si pueden hacerlo todos los partícipes en la sucesión, mucho más podrá hacerlo el cónyuge supérstite, a quien el artículo 796 y el número 3 del 1.069 de la Ley de Enjuiciamiento civil conceden preferencia para la administración. Además se hizo constar que cuando entre los valores activos de la sucesión se encuentre una acción para reivindicar alguna finca del causante dicha acción puede ejercitarla el usufructuario de una cuota conforme los artículos 486 y 490 C. c.

Recientemente, la Sentencia de 30 junio 1950 insiste en la cualidad de heredero forzoso del cónyuge viudo y en que, por lo tanto, puede ejercitar las acciones que correspondieran al causante mientras la herencia está indivisa, siempre que lo haga para la universalidad hereditaria, quedando sometido el ejercitarles a las reglas establecidas para la comunidad de bienes. Consecuencia justa que no necesita apoyarse en la premisa del título hereditario. Pues a ella lleva simplemente el carácter de usufructuario de una cuota del haber que, independientemente de su institución como heredero, corresponde legalmente al viudo en el caudal relicto por su cónyuge premuerto.

(99) DE BUEN (loc. cit., pág. 329) ha dicho que «estas sentencias y resoluciones (las citadas en las notas anteriores), que aplican al cónyuge viudo algunas prohibiciones que otros preceptos refieren a los herederos, pueden fundarse—y sin duda se fundan—más que en una identidad de situación jurídica, en una razón de analogía».

(100) Así opina DE BUEN (loc. cit., pág. 330).

β) Tampoco el hijo natural es necesariamente heredero (101).

Su cuota legitimaria es una parte alícuota de la herencia; pero puede ser sustituida por la entrega de su valor en dinero (102). Así lo determina el párrafo 2.º del artículo 840 del Código civil: «Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia, a justa reguación». Observando Castán (103) que este precepto «una vez

(101) Aun cuando la mayoría de los autores, en el periodo comprendido entre la promulgación del Código civil y nuestro Movimiento Nacional, no se ocuparon concretamente de la naturaleza de la legítima de los hijos naturales, presuponiendo su carácter de atribución a título de herencia, pueden citarse algunos tratadistas que llamaron la atención sobre su particular carácter. Así, CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cit., pág. 226), precisamente atendiendo—además de a lo dispuesto en los artículos 834, 838, 815 y 1.062—a la forma de pago de la legítima de los hijos naturales—art. 840, párr. 2.º—, cree que la legítima en nuestra legislación se orienta hacia «un simple derecho de crédito». Y CASTÁN (op. y vol. cit., pág. 270) señala que, aunque el Código civil español parece considerar a los legitimarios como herederos, «en realidad el criterio de dicho cuerpo legal no es absoluto, y no siempre el derecho a la legítima se traduce en derecho a bienes determinados, pues, de una parte, en la legítima del cónyuge viudo, y en la de los hijos naturales, se admiten formas alternativas de pago en metálico» (arts. 838 y 840, párr. 2.º).

(102) Ver VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 259). A primera vista cabrían dos interpretaciones de la facultad de pago en metálico que se concede a los legitimarios en el párrafo que comentamos. Por una parte, que el genitivo «de la herencia» está referido exclusivamente al ablativo «en otros bienes». Y, contrariamente, cabe sostener, que es aplicado conjuntamente a éste y al otro ablativo «en dinero». A la primera solución nos inclina decisivamente tanto la interpretación gramatical como la finalista.

En el primer aspecto, es de notar que la letra del precepto no reza «en dinero u otros bienes de la herencia», sino «en dinero o en otros bienes de la herencia». Es decir, que la conjunción copulativa «o» no une dos ablativos regidos por la misma preposición «en», sino que acumula dos ablativos independizados, cada uno con su respectiva preposición «en». Por eso creemos que el genitivo «de la herencia» se refiere sólo al inmediato ablativo «otros bienes», quedando aislado por la repetición ante este de la preposición «en», del otro ablativo «en dinero».

En su aspecto finalista, los comentaristas cronológicamente más próximos al Código civil explican el precepto por un deseo del legislador de evitar desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y los hijos naturales, «con motivo de la proindivisión de los bienes, que en muchos casos se impondría entre unos y otros herederos». Así MANRESA (op. y vol. cit., pág. 536), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. VI-2, pág. 912), SCAEVOLA (op. y vol. cit., 887): que, en consecuencia, refieren la posibilidad de pago en dinero sin limitarlo a los casos en que existiere metálico en la herencia (ver línea 16 de la página citada de MANRESA, las líneas 20 y 21 de la cita de SÁNCHEZ ROMÁN, y las líneas 4.ª, 5.ª y 6.ª de la de SCAEVOLA). De no darse este significado al precepto, el problema que se quiso resolver sólo podría solucionarse conforme al fin perseguido cuando hubiese metálico en la herencia. Lo que supondría una limitación de ese remedio, que lo haría ineficaz en la mayoría de los casos. Limitación que, por opuesta al fin no es lícito presumir sin una sólida base gramatical o lógica—que aquí no existe—donde apoyarla. Por eso, no es de extrañar que a los autores citados—ni a ningún otro que nosotros sepamos—ni siquiera se les haya ocurrido esta duda. Hasta el punto que a MANRESA le parece «clara» la doctrina de este párrafo. SÁNCHEZ ROMÁN (pág. 911) dice con referencia al mismo «que basta leer para ser comprendido», y SCAEVOLA juzga que «el precepto es sencillísimo».

(103) Op. y vol. cit., págs. 364 y 365.

más demuestra el criterio restringido con que está organizada la legítima de los hijos naturales, pues mientras respecto a la del viudo la forma de pago se subordina en definitiva al mutuo acuerdo de los interesados (art. 838) tratándose de esta otra se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro es que con la condición de estimar o valorar los bienes justamente (104).

Claro que se ha opinado que esta norma no hace perder en ningún caso a los hijos naturales su cualidad de herederos. Porque en ella, a los hijos legítimos sólo se les concede una *facultad de potestativo ejercicio*, posterior a la declaración hereditaria (105), por la que «pueden atraer a su dominio la totalidad de los bienes quedados al fallecimiento del padre abonando al hijo natural su cuota legitimaria» (106). Es decir, se les concede una opción de compra o expropiación, forzosa para los hijos naturales y potestativa a los legítimos.

Pero si esta facultad es concedida al heredero, parece fuera de duda que, con mayor motivo, el causante podrá ordenar directamente que sea precisamente abonado a sus hijos naturales en metálico, y no en bienes de la herencia, lo que por legítima les corresponda. Mandato que equivaldrá a disponer dicha legítima en forma de legado de una suma de dinero. Sin embargo, reconocer os que este argumento puede también ser replicado con la afirmación de que esa disposición del testador sólo significa una orden, imperativa para el heredero, por la cual se le impone, con carácter forzoso la realización en dicho sentido del ejercicio de la opción de pago en metálico que legalmente se le concede.

Lo que nosotros juzgamos decisivo para demostrar que la legítima del hijo natural no es necesariamente *pars hereditatis*—aunque la Ley le llame heredero forzoso (107)—, son precisa-

(104) SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., tomo VI, vol. II, pág. 912), señala que la garantía de la *justa regulación* de que habla el párrafo que comentamos «significa que sólo después de estar formulada la partición con todas sus operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y formación de haberes y hasta proyecto, al menos, de adjudicación, con todas las intervenciones que de derecho correspondan en la práctica de las mismas a los hijos naturales, como herederos forzosos que son, es cuando habrá llegado el caso de proceder con base suficiente al ejercicio, por opción voluntaria de los hijos legítimos, de la facultad que la ley les concede para pagar a los naturales su legítima en dinero, salvo el supuesto de que en cualquier momento y por las transacciones entre unos y otros lo concertaran así, estipulando una suma determinada al efecto».

(105) SÁNCHEZ ROMÁN (loc. cit., pág. 912).

(106) Loc. cit., pág. 887.

(107) La Sentencia de 22 de mayo de 1850 ha declarado que «las figuras de hijo legítimo y de hijo natural reconocido, declarados ambos herederos forzosos por el art. 807 del Código civil, se hallan diferenciadas por acusados matices, tanto en la forma de ser admitidas en la herencia como en el «quantum» de su porción legítima y parte de aquella de donde ha de sacarse dicha porción, de manera que no pueden ser exactamente identificados en su situación jurídica. Pero añade que «como qu'era que el art. 814 del Código civil no hace distinción alguna entre los demás herederos forzosos—exceptuando, claro es, el viudo o viuda—consignados como tales en el art. 807 del Código civil, es

mente las consecuencias que se derivan de una y otra posición. Si la facultad concedida al hijo legítimo ofreciese simplemente un derecho a adquirir—por un título análogo al de compra—la cuota del hijo natural, habría que aplicar, al lado activo de la enajenación, el art. 1.532 del Código civil, y en su aspecto pasivo, el artículo 1.205. Y, por consiguiente, relacionando este último precepto con el artículo 1.084 del mismo Código, tendríamos que el hijo natural expropiado de su cuota hereditaria, respondería solidariamente con los demás herederos de las deudas del caudal relicto. No creemos que esta sea la *mens legis* del párrafo de que nos ocupamos, y sólo nos parece posible la siguiente triple alternativa:

1) Mediante el pago de la justa estimación en metálico, se expropia no sólo la cuota del activo correspondiente al hijo natural, sino también su titularidad de heredero, es decir, que con dicho pago su legítima se transforma de *pars hereditatis* en *pars valoris*.

2) El hijo natural tiene un derecho con objeto alternativamente determinado entre una cuota de herencia (*pars hereditatis*) o una cuota de valor (*pars valoris*), y cuya elección corresponde a los descendientes legítimos del causante. Salvo si éste hubiere dispuesto otra cosa. Pero la concentración de la obligación no se verifica por dicha elección, y solamente llega a ser definitiva una vez que se haya verificado el pago, actuando de este modo implícitamente la *pars hereditatis* de garantía de la *pars valoris* (108).

3) O, finalmente—y esto es lo que creemos más exacto, en armonía con la naturaleza que como veremos tiene en el Código civil la sucesión forzosa—entender que la Ley, que no contiene vocación forzosa alguna a favor de ningún legitimario—excepto el cónyuge viudo—, se limita a reservar a favor del hijo natural una cuota de valor que puede serle atribuida por el causante por cualquier título, y que abintestato se le dispone, alternativamente a título de herencia o en valor, en la forma que acabamos de indicar.

b) No es el supuesto que examinamos el único en que el Código civil utiliza una terminología tildable de poco precisa. Notemos que ha habido autor, como García Valdecasas (109) que, en cierto caso en el cual la lexicología del Código civil favorecía la tesis por él defendida, usando concretamente la palabra here-

obligado que al aplicar el art. 814 del propio Código, anulando la institución de herederos universales consignada en el testamento del causante en razón de haberse preterido en el expresado testamento al hijo natural reconocido del testador, no comete infracción alguna de dicho precepto, sino que lo interpreta con exactitud».

(108) En este aspecto puede parangonarse la legítima que el Código civil concede a los hijos naturales y la legítima general catalana. Ver al efecto lo que apuntamos sobre esta última en nuestro trabajo citado «*Notas para la interpretación del párrafo 2.º del art. 1.056...*» (Loc. cit., pág. 674 del núm. 27, año III).

(109) *La adquisición de herencia en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVIII (febrero 1944), pág. 116.

pero referida «a» que todavía no ha aceptado la herencia», no valió en observar que semejante terminología «podría ser debida a simple defecto de técnica», no atreviéndose a conceder a dicha denominación valor argumental alguno.

En otras denominaciones se observa ese mismo defecto en el Código civil. Sea por quedarse rezagado ante los progresos técnico-terminológicos (110) o incluso con respecto al cambio normativo operado por la misma Ley. Tal vez porque, como ha dicho un autor (111): «El estudioso que observa un hecho nuevo, antes de darle una propia figura o crear una nueva doctrina, trata de referirlo a las figuras y a las doctrinas ya conocidas». Así resulta en el propio Código civil cuando se ocupa de la enfiteusis, de cuya superada teoría del dominio dividido, sólo conserva—aparte de algún vestigio atenuado—su terminología y la platónica definición del artículo 1.605 (112). Y aun más clara resulta la pervivencia histórica de esa terminología revisada en la Ley de Inscripción, División y Redención de Censos para Cataluña, de 31 de diciembre de 1945, que después de calificar, en su preámbulo, de evidente la naturaleza de simple «derecho real» de la titularidad del antiguo dueño directo, indicando que se ha producido «un desplazamiento de la naturaleza jurídica de la propia institución», desplazamiento que confirma la reglamentación que contiene su texto articulado, no obstante, en ese mismo texto, emplea en diversas ocasiones las designaciones, dominio directo y dominio mediano. Anomalía que Noguera (113) explica diciendo que la Ley «seguramente lo hizo para evitar circunloquios y seguir empleando palabras de todos entendidas, por ser tradicionalmente utilizadas».

También la denominación «herederos forzosos» es la tradicional en el Derecho de Castilla, antes de la promulgación del Código civil (114). Sin duda, entonces era totalmente exacto el primer

(110) VIRGILI SORRIBES (loc. últ. cit., pág. 485) dice al efecto que: «Hemos de superar la terminología de nuestro arcaico Código civil, y así como en el momento actual del desenvolvimiento jurídico nadie sostendrá la similitud entre las llamadas por él «servidumbres legales» (que, como ha demostrado la doctrina, no son servidumbres ni son legales) y las llamadas «servidumbres voluntarias», sino que, a pesar de la terminología legal, distinguen ambas instituciones, denominando a las primeras «limitaciones de dominio» y a las segundas «servidumbres»; así, debemos rechazar toda similitud entre heredero voluntario y heredero forzoso, denominando a aquél «heredero» y a éste «legitimario».

(111) BRUGI, *De la propiedad* (2.ª ed.), tomo I, pág. 415, citado por VIRGILI.

(112) Al efecto, ver NOGUERA DE GUZMÁN, *De la enfiteusis a la enfiteusis*, en *Anales*, tomo V, págs. 407 y sigs., y nuestro trabajo *Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LXVIII (enero-febrero de 1951), págs. 17 y sigs.

(113) *Exégesis parcial de la Ley de Censos*, en *La Notaría*, año LXXXII, segundo y tercer trimestres de 1947, págs. 123 y sigs.

(114) La medida de la justeza de esta denominación, antes del Código, nos la da esta definición de ESCRICHE (op. cit., II, pág. 15): «Heredero forzoso o necesario: el que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal... Dicese forzoso y necesario, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero y, en cierto aspecto, se llama también legítimo, porque la Ley prohíbe que se le prive de la herencia».

El art. 640 del Proyecto de 1851 (antecedente legislativo del vigente art. 608)

término de esa expresión. No eran legitimarios el cónyuge viudo ni los hijos naturales en la herencia paterna. Y la legítima, como antes expusimos, sólo podía dejarse a *título de herencia* y no «por cualquier título», como reza el vigente artículo 815 del Código civil. Nada tendrá, pues, de particular que aquella terminología, perfectamente correcta en el Derecho anterior, haya llegado a resultar imprecisa a consecuencia de la modificación del régimen legal. Ni tampoco nos parece extraño que continúe usándose, por una explicable inercia, a pesar de haber perdido su exactitud y justeza.

No consideramos las dos observaciones que acabamos de hacer suficientemente decisivas por sí solas para demostrar nuestra tesis. Pero sí creemos que inutilizan completamente el primer argumento de la posición contraria: la terminología del Código civil (115). Como ha dicho De Buen (116), tanto este cuerpo legal como la jurisprudencia usan la expresión «herederos forzosos en un sentido muy general». Esta denominación no puede, por tanto, constituir una muralla infranqueable que impida aceptar que el artículo 815, en su locución «por cualquier título» comprenda la atribución de un verdadero legado en pago de la legítima. Ni contradice el sentido que señaló García Goyena—como vimos—al precedente, en el proyecto de 1851, de este último precepto, ni a la significación que al vigente dieron los primeros comentarios del Código civil. El término «herederos forzosos» esgrimido como argumento no puede servir de parapeto, sino sólo de agujero donde esconder la cabeza para no ver más que su expresión literal (117).

§ 4.º INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 806 DEL CÓDIGO CIVIL

Si en la terminología del artículo 806 no existe obstáculo para nuestra tesis, tampoco lo encontramos en la definición que de la legítima ofrece este precepto. Ni el verbo «reservar» conjugado en el artículo, ni siquiera su declaración de que de esas legítimas «el

decía: «Llámanse herederos forzosos aquellos a quienes la Ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima.» Notemos también que GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 92), recoge una acepción de la expresión «herederos necesarios» que la hace equivalente «a personas que tienen derecho a la legítima».

(115) ORTEGA PARDO (*Hereditario y heredero forzoso*, lugar citado, pág. 336) dice que la consideración de los legitimarios como herederos «tiene por base un sólido argumento: la propia terminología de la Ley».

(116) Op. y vol. cit., pág. 330.

(117) No es ésta la posición de ORTEGA PARDO, que, a pesar de no aceptar que el Código incurra en imperfección terminológica al hablar de herederos forzosos, declara: «Pero pudiera ser que así fuese. Lo que no nos convence son los argumentos invocados para probarlo».

«testador no puede disponer» (118), constituyen obstáculo a que se disponga de las mismas a título de legado.

Vamos a demostrarlo analizando cuidadosamente las dos enunciadas locuciones «el testador no puede disponer» y «por haberla reservado la Ley»:

a) ¿Qué alcance tiene la expresión de que «el testador no puede disponer»? ¿Implica una prohibición de carácter absoluto o solamente es relativa y limitada a su fin?

Desde luego no es total ni absoluta en su ámbito, puesto que no alcanza a los actos verificados a título oneroso. Tampoco es absoluta en sus efectos tratándose de donaciones *inter vivos*, ya que aun cuando resulten lesivas para las legítimas no por ello son nulas, total ni parcialmente, sino tan sólo reducibles—a solicitud de quienes determina el artículo 655—estrictamente en la medida necesaria para que dicha lesión desaparezca. Como dice el artículo 654 del Código civil: «Esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del causante y para que el donatario haga suyos los frutos». Falta de retroactividad que, por lo tanto, dejará a salvo a los adquirentes del donatario, restando solamente a los legitimarios la consiguiente acción personal y crediticia contra aquél, para reclamarle el valor, traducido en moneda, de la parte que debió reducirse (119).

Ni siquiera es absoluta, tratándose de disposiciones *mortis causa*.

Así el artículo 808, en su primer párrafo, nos dice que constituye la legítima—es decir, esa «porción de bienes de que el testador no puede disponer» según el artículo 806—de los hijos y descendientes legítimos, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Y en su párrafo segundo añade que: «sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos»

Es decir, esta expresión de que «el testador no puede disponer», no tiene un sentido absoluto, sino relativo. Tratándose del segundo tercio, evidentemente se puede disponer a favor de cualquiera de los descendientes—según el párrafo 2.º del artículo 808 (120)—. Queda reducida a no salirse del ámbito de esta limi-

(118) Comienza así el art. 806: «Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer.»

(119) Es también de esta opinión ROCA SASTRE (loc. cit., pág. 207, nota 73), que por razones de analogía se remite a lo dispuesto en el art. 645 del Código civil, y PORPETA (loc. cit., pág. 187), que abunda en la misma tesis.

(120) Ciertamente FERRARA (Sexta conferencia, según resumen de JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., pág. 64 afirmó que al disponerse una mejora «el único efecto que el acto produce es el de *limitar el concurso de los legitimarios*, favoreciendo a unos en perjuicio de otros, y *regular con privilegio la concurrencia sucesoria* de los legitimarios entre sí...» «El testador consigue *indirectamente* modificar el condominio hereditario, en cuanto obtiene que ciertos herederos forzosos reserven en su cuota una cosa concreta y *determinada*, modificando el derecho de condominio abstracto de los otros legitimarios sobre la masa...» «Otra forma autónoma de injerencia es la *división inter liberos* (art. 1.056 del

tación, lo que el artículo 806 califica de no poder disponer. Y siendo así, parece lógico considerar paralelamente que dicha prohibición de disponer, referida al primer tercio, se concreta a impedir que el testador disponga de la cuota individual de cada legitimario a favor de persona distinta de aquél, a quien la Ley tiene reservada dicha porción.

Más preciso y expílicito resulta el párrafo segundo del artículo 763 del Código civil, cuando dice: «El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección quinta de este Capítulo». Roca Sastre (121), comentando este precepto, observa que «ante el supuesto de que estos legitimarios existan, no establece que, en tal caso, el causante no podrá disponer de la parte de su patrimonio relicto... (técnica de la reserva germánica), sino que admite que el causante pueda disponer *de sus bienes*, o sea, de todos ellos, si bien debiéndolo efectuar *en la forma y con las limitaciones que el Código establece en materia de legítimas*». Y Manresa (122) señala la diferencia existente en este punto entre nuestro Código y el francés, que señala un tope cuantitativo como límite de las liberalidades entre vivos o testamentarias. Mientras en nuestro Derecho la limitación consiste en el deber de respetar las legítimas, en el francés se traduce en su absoluta indisponibilidad.

b) La otra expresión del artículo 806 que examinamos—*«por haberla reservado la Ley»*—confirma el sentido que con relación al tercio de legítima estricta acabamos de señalar a ese *no poder disponer el testador*.

El participio pasivo *«reservado»* aplicado a un grupo de bienes, puede significar técnicamente que aquéllos sean objeto de *«reserva»*, en el sentido especial de esta palabra, como traducción germánica de legítima (*pars reservata*), que supone la plena indisponibilidad de la cuota legalmente atribuida por la Ley. Re-

Código civil), con la que nuestro instituto presenta infinidad de analogías, y en cuyo campo se desenvuelve estrechamente como una variedad.»

También en parecido sentido, FUENMAYOR (*La mejora en el sistema sucesorio español*, loc. y pág. cit.) ha opinado que «Cuando el ascendiente realiza una mejora en bienes determinados no hace en el fondo sino una partición anticipada de herencia.»

En otro lugar (especialmente en las notas 59 y 60 de nuestra citada conferencia *La mejora tácita*) hemos discutido estas opiniones. Ahora, por el momento, no nos interesa volver sobre el fondo de esta cuestión. Sólo queremos resaltar la terminología del Código civil contraponiendo las palabras «de que el testador *no puede disponer*» que emplea el art. 806, con la afirmación del art. 808, referida a los padres, de que *«podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima»*. Con ello creemos poder dar por inutilizado cualquier argumento que se apoye en las palabras «no puede disponer» del artículo 806, esgrimiéndolas en sentido riguroso. La indisponibilidad sólo es relativa. El testador puede disponer de la legítima respetando los derechos colectivos o individuales—de los legitimarios.

(121) Loc. cit., pág. 194.

(122) Op. y vol. cit., pág. 89

cuerdo del viejo *Wartrecht* (123). Pero puede usarse simplemente como *participio pasivo de su verbo correspondiente en su normal acepción gramatical* castellana.

La primera acepción debemos rechazarla. El Código civil da un sentido técnico distinto al sustantivo "reserva" y al verbo "reservar" en sus artículos 811 y 968 y siguientes. No lo usa, en cambio, ningún artículo en sentido equivalente a la palabra legítima. Tampoco esa significación era ni siquiera señalada en las obras de Derecho más en uso en el período inmediato anterior al Código civil, ni en los diccionarios jurídicos de la época (124).

Por lo tanto, hay que considerar que el término «reservado» se usa en el artículo 806 del Código civil en su acepción gramatical. Y examinar, en consecuencia, el diccionario de la Real Academia de la Lengua. Entre las acepciones en él señaladas a la palabra «reservar», encontramos adecuadas al caso que examinamos las dos siguientes: «Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso o personas determinados», y «Separar o apartar uno algo de lo que se distribuya, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro».

Ni *destinar*, ni *separar*, ni *apartar*, equivale en nuestro idioma a *transmitir* ni a *disponer* en su sentido técnico. Según el propio diccionario, en las acepciones aplicables al caso: «Destinar» es «ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto»; «Separar», significa «poner una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otro» o «distinguir unas de otros, cosas o especies»; y «Apartar» equivale a «separar, dividir».

Esa acepción de la expresión «por haberla reservado la Ley», confirma que tiene sólo sentido relativo la afirmación de que «el testador no puede disponer de la legítima». El testador no puede disponer de aquella porción de su herencia fuera del destino que a la legítima tiene señalado la Ley. En parte individualmente destinada a personas determinadas por su posición familiar, y en otra parte indistintamente destinada a los descendientes colectivamente considerados. El testador puede disponer de la legítima, pero ha de hacerlo respetando ese su destino.

(123) De esta opinión fué FERRARA (6.^a conferencia; ver su resumen por JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., pág. 57) que de las indicadas palabras del artículo 806 del Código civil deduce que «La legítima, pues, es una *reserva legal*, es la antigua reserva de los cuatro quintos que hoy se ha reducido a dos tercios, para los hijos y descendientes. Sólo que esta reserva no se refiere únicamente a los bienes familiares, al *quid relictaum*, sino a todos los bienes del testador, a su patrimonio en global, integrado en su consecuencia por todo aquello de que se ha dispuesto durante la vida, mediante actos a título gratuito.»

(124) Ni FERRERO, cuya obra hemos comprobado en las versiones de JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ y de GARCÍA GOYENA y AGUIRRE y MONTALVÁN, ni BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III), ni GÓMEZ DE LA SERNA (*Derecho civil y penal...*), ni ESCRICHE (*Diccionario...* cit.), ni GONZALO DE LAS CASAS (*Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, tomo II, Madrid, 1853, núm. 4.442, página 101 y tomo IX, Madrid, 1857, núms. 26.671 y 26.672, págs. 170 y 171).

§ 5.ª NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA

La tradición jurídica castellana confirma esta interpretación. A pesar de que en los primeros siglos de la Reconquista la legítima castellano-leonesa se identificase con la reserva germánica.

Anteriormente hemos llamado la atención respecto al influjo que, a través de autores y comentaristas, ejercieran sobre la legítima gótica las instituciones romanas de la preterición, desheredación, querrela de testamento inoficioso y acción de suplemento. Basta ojear al azar cualquiera de nuestros clásicos para ver todas las referencias a la legítima plagadas de citas de textos romanos y de autores de Derecho común. Vimos también cómo el más respetado de los juristas castellanos, Antonio Gómez, se ocupa de la legítima examinándola como una excepción que contra la *querrela* puede oponerse (125).

Examinando las opiniones de los autores anteriormente inmediatos o coetáneos a la etapa codificadora, como Jordán de Aso y Manuel (126), Febrero (127), Benito Gutiérrez (128), Escribche (129), Gómez de la Serna (130) y Navarro Amandi (131), ob-

(125) Op. cit., tomo I, cap. XI, págs. 133 y sigs.

(126) *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1775, libro 2.º, título III, cap. I, párr. 3.º, donde dice: «Sobre el modo en que el testador debe disponer de sus bienes, es principio incontestable en Castilla que si tuviere hijos, nietos o ascendientes, les debe instituir forzosamente herederos.»

(127) Ver parte 1.ª, cap. I, párr. 2.º, núm. 45, pág. 32, del tomo I, 3.ª ed., del *Febrero reformado y anotado* por JOSÉ MARCOS Y GUTIÉRREZ, Madrid, 1805, donde explica que el calificativo «forzosos» (aplicado a la palabra herederos), «porque sus ascendientes más cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, y no habiendo causa legítima para desheredarlos y no instituyéndolos podrán romper y anular el testamento en cuanto a la institución».

(128) Op. y vol. cit., pág. 286, donde, ocupándose de la legítima de los ascendientes y con relación a la Ley VI de Toro, dice: «Su primera parte declara a los ascendientes herederos de los descendientes por testamento y *ab intestato* como lo son éstos de ellos.» Es decir, que no ve otra posibilidad de atribución legitimaria que la testamentaria o la abintestato (a falta de testamento o de testamento válido, sea por causa de preterición injusta o cualquiera otra).

(129) Op. cit., tomo II, págs. 488 y 489, define de esta forma la legítima: «La parte de herencia que se debe por disposición de la ley a los herederos forzosos; o bien una porción que la ley confiere a ciertos herederos presuntivos en los bienes que hubieren recogido en totalidad sin las disposiciones que el difunto ha hecho de ellos en perjuicio suyo. Es un remedio introducido contra las liberalidades indiscretas de los que naturalmente deben proveer a la subsistencia de sus sucesores *ab intestato*; un socorro mandado por la naturaleza y arreglado por la ley.» De esta definición, la segunda frase y la mitad de la primera, lo mismo que la transcrita afirmación de JORDÁN DE ASSO Y MANUEL, corresponden claramente al concepto romano de la legítima. La segunda del primer apartado, a simple vista, leyéndose tan sólo las palabras «una porción de bienes que la ley confiere a ciertos herederos presuntivos», asemejaría recoger la concepción germánica. Pero concluyendo la lectura («en los bienes que hubieren recogido en la totalidad sin las disposiciones que el difunto ha hecho de ellos en perjuicio suyo» y que es «un remedio establecido contra las liberalidades indiscretas»), parece más bien referir el juego de la legítima (cuando no se incurre en preterición, en cuyo caso no actúa la legítima, sino que simplemente se da lugar a la sucesión *ab intestato*) a una función de top.

servamos que también orientan este concepto en su sentido romano, como deber del testador (palabra equivalente a *causante que otorga testamento* de instituir herederos a los legitimarios o como simple limitación impuesta a la libre disposición del causante.

En la misma dirección, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de octubre de 1865, consideró la legítima como la parte de herencia que *se debe* por disposición de la Ley a los herederos forzosos, y que se funda principalmente en los recíprocos deberes que median entre ascendiente y descendiente, cuya violación en ningún caso puede autorizarse.

Y García Goyena (130) comentando el artículo 640 del Proyecto de 1851—antecedente del vigente artículo 806—también recuerda que la legítima es «*debedo natural*», «*debitum naturale*», según expresión de las Leyes 17, título I, y 7, título XI, Partida sexta; y la 36, párrafo 2.º, título XXVIII, libro III del Código (133).

a fin de asegurar a los herederos forzosos una parte de los bienes que les corresponderían *ab intestato*, en la proporción legalmente fijada como mínima, limitando así liberalidades indiscretas que no respetaren aquel topé mínimo prefijado. Es decir, al juego romano de la reducción de dichas liberalidades, que no supone delación legal, sino simplemente una limitación impuesta por la ley al disponente.

(130) *Curso histórico exegético de Derecho romano comparado* (Madrid, 1869, tomo I, págs. 478 y 501). Con relación a la legítima justinianea, afirma que «divide la herencia en dos partes: una que *sólo puede ser dada a personas determinadas por la ley*, y otra absolutamente libre y dependiente de la libertad del testador». Y, refiriéndose a la legítima castellana, explica que: «El testador que tiene hijos puede enviarles el quinto del modo que más cuadre a sus deseos; pero si bien el testador ha de dejar precisamente a sus descendientes legítimos cuatro quintas partes de sus bienes, esto no es obstáculo para que, atendiendo a los méritos, cuidados y necesidades de alguno o algunos, pueda dejarles especialmente la tercera parte de los bienes.» Es decir, que si bien distingue ambos regímenes legitimarios por la proporción de sus respectivas cuotas y por la facultad de mejorar, que se admite en el sistema castellano, en cambio identifica las dos legítimas: a) por la limitación de que «sólo puede ser dada a personas prefijadas»; y b) por el deber del testador, que «ha de dejar precisamente a sus descendientes la legítima». Aspectos negativo y positivo, respectivamente, de la actuación de la legítima en su acepción de *pars debita*.

(131) Op. cit., vol. I, art. 959, comenta: «Conócese bajo la denominación de legítima, la porción de bienes que *por virtud de la ley han de percibir forzosamente* los hijos legítimos no desheredados en la herencia de sus padres o ascendientes en su defecto, y lo que en iguales casos corresponde a los padres y ascendientes en la herencia de sus hijos y descendientes» (pág. 485). y «... se dice que las legítimas son un ataque a la libertad del padre. Negamos en absoluto que semejante afirmación sea cierta... Para el hombre honrado, para el padre cariñoso..., la ley no es una limitación: marchan tan acordes sus deseos y los deseos de la ley, que no halla jamás un punto donde sienta contrariada su voluntad libre; para el que cumpliría la ley, aunque la ley no estuviera escrita, ¿qué significa esa pretendida limitación? Solamente cuando al padre agnijonean intereses bastardos contrarios a aquellos sagrados intereses, es cuando echa de ver que la ley está allí, eterno freno de las pasiones, para *recordarles sus deberes de paternidad*.» Hay un mandato legal, pero no una delación legitimaria legal. El incumplimiento de este deber por el testador anula la institución o, en su caso, da lugar a las acciones de complemento de legítima o de reducción de liberalidades inoficiosas o cargas que la lesionan.

(132) Op. y vol. cit., pág. 92.

(133) Es de notar, igualmente, que el propio GARCÍA GOYENA, al plantear

El Código civil nada pretendió cambiar respecto a la naturaleza de la legítima, sólo se ocupó de aumentar la libertad de testar, con la consiguiente modificación de topes, y de dar mayor amplitud a la actuación de la acción de suplemento.

Tuvo, pues, razón Jerónimo González (134) cuando observó a Ferrara que «por lo que toca a nuestra Patria, la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la legítima», reconociendo que el espíritu del Derecho español se halla en estas palabras de Sánchez Román (135): «Las legítimas en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte, y en relación con el primario fundamento de la facul-

la cuestión de las legítimas (vol. cit., págs. 88 a 92), centra la discusión en el problema de su cuantía—es decir, de su extensión, no de su intensidad—y, por otra parte, declara que: «Una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión general, fué la de *no innovar lo existenté, sino en caso de necesidad o de evidente utilidad o equidad.*»

(134) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo V (enero 1929), páginas 66 y 68; y *Estudios...*, vol. III, págs. 241 y sigs.

(135) Op. cit., tomo VI, vol. III, pág. 764. Es cierto, no obstante, que pudieran citarse otros fragmentos de la obra de SÁNCHEZ ROMÁN, en los que parece inclinarse a la concepción contraria; así, comentando el artículo 806 (párrafo final, pág. 788), dice: «Es un derivado del precedente genérico del artículo 609, primero del libro tercero, cuyo epígrafe es *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, la cual y los demás derechos sobre los bienes, a tenor del párrafo segundo, «se adquieren y transmiten por la ley», como uno de los diferentes modos de adquirir que ese artículo enumera, así como las legítimas son manifiesta aplicación de este principio, que tiene también en cuenta el párrafo primero del artículo 348, al decir que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», dentro de cuya fórmula general cae en perfecta concordancia la definición de legítima del artículo 806 respecto del propietario que, por tener herederos forzosos, siente como una de las limitaciones de su derecho la de no poder disponer por testamento de aquella porción de bienes que la ley ha reservado en favor de los mismos».

Más adelante vuelve a inclinarse, al parecer, en el sentido transcrito en el texto, afirmando (op. y vol. cit., pág. 792) que «el testador ha de respetar la porción legítima de heredero forzoso en cuanto la ley le priva de disponer de ella y ordene lo que quiera en el testamento, la sucesión de heredero forzoso ha de tener lugar por ministerio exclusivo de la ley, en cuanto a su legítima, *bien disponga conforme con ella en el testamento, bien la olvide, desconozca o contradiga; y en este sentido, cuando eso suceda, el derecho a la legítima de heredero forzoso se defiende siempre por sucesión intestada.*»

Y, anteriormente (loc. cit., págs. 759 y sigs.), distinguiendo las concepciones de la legítima como cuota de bienes (con la que, dice, es el legitimario más un acreedor que heredeto) o como cuota de herencia, explica en este sentido que «fué la primera consideración la que tuvo la legítima en Roma, reconociéndosela al hijo sólo por su condición de tal, y no por la de heredero, subsistiendo su derecho a la misma, aunque no fuera heredero por su condición de hijo, independientemente del hereditario. El propio criterio informa las leyes españolas, a diferencia de lo que sucede con otras legislaciones como la francesa y la italiana, la primera de las cuales, inspirada en su derecho consuetudinario, reputó siempre la legítima como una porción de la herencia, cuyo concepto legal es también el que ofrece el Código civil de Italia».

dad de testar, a título de necesidad de protección y defensa en favor de descendientes y ascendientes, y aun hermanos, y como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados y olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes».

En nuestro Derecho, como en Roma, las legítimas condicionan la libre disposición del causante, con el deber de respetarlas y bajo la pena de inoficiosidad. Dicho deber no consiste en que necesariamente tenga que dejarse su porción a los legitimarios, pues a nadie se le obliga a testar. Precisamente sólo entra en juego aquel deber en caso de que el causante teste. Entonces es cuando debe dejar su legítima a los llamados herederos forzosos o respetar la asignación que, en dicho concepto, les haya hecho la Ley. Si el testador no lo cumple, la institución que, con tal defecto, haya hecho será nula total o parcialmente, según el vicio consista en una preterición o en una desheredación sin causa justa. O bien los instituidos deberán sufrir la acción que para el complemento de su legítima compete a los legitimarios, a los que, por cualquier título, se les deje menos de lo que legalmente les correspondía (136).

Ortega Pardo (137) juzga que toda nuestra argumentación «se basa en un preconcepto: que la sucesión forzosa sólo se da contra la voluntad del testador». «Si el causante—razona el propio Ortega—tuviese una amplia facultad modeladora y pudiese dejar a legítima por cualquier título, prevaleciendo su voluntad sobre la designación legal, la sucesión forzosa sólo entraría en juego cuando no fueren respetadas por el testador las cuotas legitimarias».

A la primera de estas afirmaciones contestamos negando protestar esta previa opinión que se nos imputa. Creemos que la voluntad de la ley, de que los legitimarios perciban sus legítimas, actúa siempre, tanto si el testador espontáneamente la cumple como cuando aquélla se sobrepone a la voluntad rebelde o equivocada del mismo. A la segunda, opondremos estas palabras de Pascual Lacal (138): «El precepto prohibitivo no cambia de naturaleza ni pierde su condición cuando es aceptado voluntariamente.»

Claro que Ortega nos alegrará que para él la legítima supone una sucesión forzosa directamente atribuida por la ley. Pero entonces seremos nosotros quienes le acusaremos a él de partir de un preconcepto (139), que además, como creemos haber demostrado,

(136) Ver nuestro citado trabajo *Imputación de legados...* (loc. cit., página 321).

(137) *Heredero testamentario y heredero forzoso*, loc. cit., pág. 348.

(138) *Heredero y legitimario*, en *Rev. Crít. Der. Imm.*, año 1948, pág. 458.

(139) Preconcepto paralelo al de FUENMAYOR respecto de la naturaleza de la facultad de mejorar (op. cit., págs. 13 y sigs.), cuyo germen puede encontrarse en las ideas expuestas por FERRARA en su reiteradamente citada conferencia. Ideas a las que objetó JERÓNIMO GONZÁLEZ (loc. cit., pág. 65 de la *Revista Crít. Der. Imm.* de 1931 y pág. 241 del vol. III de sus *Estudios de Derecho hipotecario y civil*) que nada tendría que oponer a tal desarrollo si

no resulta de una interpretación lógica del artículo 806 ni está de acuerdo con el momento histórico de las legítimas en el período de la codificación (140), y que, además, como veremos, no resiste una interpretación sistemática.

Roca Sastre (141) se fija en la letra del artículo 658 cuando expresa que «la sucesión se defiere *por voluntad* del hombre manifestada en testamento y, *a falta de ésta*, por disposición de la Ley»; y comenta: «La Ley únicamente actúa supletoriamente, o sea, en el caso de silencio del causante y no como norma de derecho coactivo que impone un heredero en contra de la voluntad de aquél. En el Código sólo hay dichos dos tipos o formas de sucesión universal o de llamamiento de herederos: la testada y la intestada. No existe un *tertium genus* consistente en la llamada sucesión forzosa» (142).

Estas frases hay que completarlas señalando que la disposición hereditaria de la ley—la *intestada*—tiene lugar no sólo en los casos en que el testador no dispuso de todos o de parte de sus bienes, sino igualmente en los demás supuestos en que dicha voluntad *falte*, por haber quedado anulada total o parcialmente. Esto sucede en los casos de preterición y de desheredación sin causa o injusta. Ahora bien, en los supuestos de preterición se anula totalmente la institución testamentaria de herederos, quedando así totalmente expedito el camino a la sucesión intestada, aunque sin perjuicio de los legados y mejoras dispuestos por el testador (art. 814). En cambio, en los supuestos citados en el artículo 851 (143), la sucesión intestada sólo se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de la institución, hueco que exclusivamente deja paso

se tratase de exponer la materia en el Derecho francés o alemán; pero en el Derecho español los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve se funden desde hace muchos siglos en una concepción de líneas románicas que se impone a través de las variedades regionales».

(140) Momento histórico cuya fijación creemos de gran importancia, debido precisamente a que aparece clarísimo que la voluntad de nuestros codificadores fué la de mantener el régimen vigente y aumentar la libre disposición del causante para aproximar el régimen de Castilla al de los regímenes forales. Así resulta de las palabras de GARCÍA GOYENA (op. y vol. cit., pág. 90) antes transcritas en la nota 133 y de las manifestaciones de ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2.ª ed., Madrid, páginas 39 y sigs.).

(141) Loc. cit., pág. 196.

(142) SERGIO GONZÁLEZ COLLADO (*El legítimario no es sucesor*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, pág. 534) también se apoya en el artículo 658, pero llega a una consecuencia totalmente distinta: «el legítimario es adquirente *ex lege*, pero no sucesor».

(143) Artículo 851 del C. c., que dice: «La desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.»

al llamamiento otorgado concretamente a favor del injustamente desheredado, y en la medida de su respectiva legítima (144).

Como ha dicho Sánchez Román «el testador ha de respetar la porción legítima del heredero forzoso en cuanto la Ley le priva de disponer de ella, y ordenar lo que quiere en el testamento; la sucesión de heredero forzoso ha de tener lugar por ministerio exclusivo de la ley, en cuanto a su *legítima*, bien disponga conforme con ella en el testamento, bien lo olvide, desconozca o contradiga: y en este sentido cuando esto suceda, el derecho a la legítima del heredero forzoso se defiende siempre por sucesión intestada» (145)... «La consecuencia de la anulación o nulidad de la institución de herederos por preterición de uno, varios o todos los herederos forzosos en línea recta, es la apertura de la sucesión intestada, total o parcial» (146). *Los preteridos «suceden» ab intestato en todo, en concurrencia con los demás herederos forzosos o llamados por la Ley abintestato; los desheredados, únicamente en dos tercios, o en uno tan sólo, en la hipótesis de haberse ordenado mejoras»* (147).

Esta anulación parcial y actuación de la sucesión intestada sólo en la parte del desheredado sin justa causa, no es una innovación del Código civil. Tiene precedentes del más rancio abolengo.

a) Se dice comúnmente que en Roma, apoyándose en la presuposición de que el testamento estaba hecho por un loco (148), *la querela* producía la invalidación del testamento—«testamentum ipso iure rescissum est» (149)—y la apertura de la sucesión «abintestato» (150). Pero es más exacto precisar que en los casos de

(144) Ver las notas 151 y sigs.

(145) Op. cit., tomo VI, vol. II, pág. 729.

(146) Loc. cit., pág. 140.

(147) Pág. 1141.

(148) No obstante, notan JÖRS y KÜNDEL (*Derecho privado romano*, traducción española de la 2.^a ed. alemana por L. PRIETO CASTRO, Barcelona 1937, página 465, nota 2), siguiendo la opinión de BESELER y LA PIRA, que: «Los juristas clásicos no es de creer que acudieran seriamente a tal razonamiento; todos los testimonios sobre el *color insaniae* que se hallan en el Digesto son de autenticidad muy problemática. Por ello hay que suponer que fueron los compiladores postclásicos quienes introdujeron en la literatura clásica la figura retórica tan familiar a ellos.»

(149) Dig., lib. V, tomo II, Ley 8, Ulpiano, párr. 16: «Si ex causa de inofficioso cogoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est, et suus heres erit secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit; et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, que obtinuit; et haes utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, sepetit; et ita Divus Adrianus et Divus Pius rescripserunt.»

(150) Notemos que entre la preterición de un *suus* y su *exheredatio non rite facta*, existió la diferencia que media entre un supuesto de nulidad absoluta (caso de la preterición mediante el «*ius dicendi nullum*», en virtud del Derecho civil, si el preterido era *suus*, y por derecho pretorio, a través de la *bonorum possessio contra tabulas*, si era un emancipado) y la rescisión de algo civilmente válido (resultado del ejercicio de la *querela*). Distinción que destaca la Ley 1.^a del Tit. VIII, Partida sexta, cuando galanamente contrapone la posi-

pluralidad de instituidos o de legitimarios, se llegó a admitir que el testamento pudiese invalidarse sólo en parte (151). Al parecer, así ocurría:

1.º En supuestos de pluralidad de herederos instituidos en perjuicio de un hermano cuando sólo uno de aquellos fuera «*urpis persona*» (152), o siempre que, por otra cualquiera razón, la *querela* de un legitimario prosperase contra algún heredero y fracasase con el otro u otros (153).

ción del legitimario, a quien «oviessen desheredado a tuerto, e sin razón, que «pueda facer querella delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo oviessen desheredado»; del caso en que el testador «non fiziese enmiende en el testamento de aquél que avia derecho de heredar, heredándolo nin desheredándolo». En cuyo último supuesto observa que «tal testamento como éste non se quebrantaria pero non vale, nin es nada. E por ende, pues que non deve valer non se puede quebrantar». Nulidad inicial absoluta que se percibe en el fragmento de Papiniano, Ley 1.ª, Tit. III, Lib. XXVIII, del Digesto, y que GREGORIO LÓPEZ (glosa 10 a las palabras «non se puede quebrantar» de la Ley citada) comenta en estos términos: «Nam evacuar. et rescindi non potest id. quod nullum est, ut hic in l. non est si subconditioe vers post defectum, D. de injust. rupt.» (Dig. XXVIII-III, l. 5, donde Ulpiano afirma «non rumpit, quia nullus est»).

No obstante, en Derecho clásico—según JÖRS-KÜNKEL (op. cit., pág. 463)—la preterición de los *sui* que no fueren hijos de familia del testador ni póstumos de cualquier grado o sexo no anulaba el testamento, pero los preteridos concurrían a heredar con los instituidos (adscrecer.), recibiendo (¿cada uno?) la misma porción que el instituido, si era un *suis heres*, o todos la mitad de la herencia (Gayo 2, 124).

(151) Según GIRARD (*Manuel elementaire de Droit romain*, 8.ª ed., Paris, 1929, lib. III-V, tit. I, cap. III-II, nota 6, pág. 918), la nulidad absoluta se alcanzaba plenamente en los primeros tiempos, llegándose a admitir en el período clásico que el testamento afectado por la *querella* pudiese invalidarse sólo en parte en los supuestos que en el texto vamos a indicar. LA PIRA (*La successione ereditaria*, nota 1, págs. 437 y sigs. y 462 y sigs., según cita de JÖRS-KÜNKEL) conjetura que la rescisión parcial del testamento es principio clásico, y la total postclásico (pero prejustinianeo), derivado de la idea de *color insaniae*. SIBER (*Röm. R.* II, págs. 373, núm. 23, y 378, citado igualmente en el JÖRS-KÜNKEL) atribuye respectivamente la rescisión total y parcial a dos acciones diferentes, una «*hereditatis petitio*» frente al testamento del demente y una acción impugnatoria por inoficiosidad del testamento. JÖRS-KÜNKEL (op. cit., págs. 465, nota 2, 466, núm. 4, y 467, nota 6) entienden inadmisibles en sus tonos tan absolutos el punto de vista de LA PIRA e insostenible de todo punto la explicación de SIBER, inclinándose a entender que la medida de la invalidez del testamento declarado inoficioso, era cuestión a determinar a su libre arbitrio por el Tribunal, que podía conservar en todo o en parte las instituciones y la vigencia de otras disposiciones. BOYÉ (*Essai critique sur une acronis*, *La loi mater* (Dig. V, 2, 19) et le *Papyrus de Heidelberg 1272*, en *Revue d'Histoire du Droit*, tomo V, 1924, pág. 471, nota 4) se inclina a pensar, siguiendo a EISELE, que el sistema de la rescisión parcial se forja en la *querella* extraordinaria, más flexible que la *querella* cecumviral, sobre la que se impuso prontamente.

(152) Ulpiano, Dig. V, II, 24: «En la *querella* de inoficioso suele suceder las más de las veces, que en una y la misma causa se profieran diversas sentencias; pero ¿qué acontecerá si, querellándose un hermano, los herederos instituidos fueren de diversa condición legal? Lo que si sucediere, se entenderá que uno fallece en parte testado y en parte intestado.»

(153) Dig. V-II, 15, párr. 2.º (Ulpiano) y 25, párr. 1.º (del mismo), y Cod. III-XXVIII, 13, constitución de Gordiano.

2.º En caso de pluralidad de legitimarios injustamente desheredados de los que sólo alguno ejercite victoriosamente la *querela*, es decir, en la hipótesis antípoda de la anterior.

En este caso, la *querela* sólo llevaba a la sucesión intestada en cuanto a la cuota correspondiente al querellante (154).

3.º En la hipótesis de que entre los instituidos sujetos a la actuación de la *querela* exista un legitimario que no reciba mayor porción de lo que le correspondería "ab-intestato" (155).

(154) Así lo sostuvo WINSCHIED (*Dritto delle Pandette*, traducción del italiano, con notas de FADDA y BENZA, Torino, 1930, vol. III, párr. 584, pág. 265, nota 24). En contra, HUSKE, WITTE, VERING y SINTENIS, habían afirmado que en virtud de la sentencia obtenida por un legitimario, se abría totalmente la sucesión *ab intestato* incluso en beneficio de los legitimarios válidamente excluidos o debidamente silenciados y a favor de los herederos *ab intestato* no legitimarios (verbi gracia, antes de Justiniano, los hijos emancipados). WINSCHIED consideró que esta última solución supondría una grave infracción de la limitación subjetiva de la cosa juzgada, tanto más sorprendente cuanto que en el supuesto de pluralidad de herederos, siendo vencido con la querella sólo alguno de ellos, se respeta totalmente aquella regla limitativa. Más concretamente, se apoya en la Ley 16, pr. (Dig. V-II), que dice: «Con el hijo, que por su parte se querelló antes por el testamento inoficioso de su madre contra su hermano instituido y ganó el pleito, no concurre en la herencia legítima la hija, de quien aquél es hermano, que no se querelló o no ganó el litigio.» Fragmento que interpreta entendiendo que la afirmación de que la hermana, «que no se querelló o no ganó el litigio»—equiparación que debe tenerse muy presente—«in legitima hereditate non concurrat» con el hermano que esgrimió victoriosamente la acción, «no existe razón para entenderla en el sentido de que no concorra con él en la cuota hereditaria suya (de él); más bien de una sencilla argumentación en contrario se desprende (ya que si aquélla hubiese accionado victoriosamente, sería con él heredera *ab intestato* por la propia cuota hereditaria) que esa (la hermana) debe venir excluida de la herencia *ab intestato* en general».

(155) WINSCHIED va más allá (op. y vol. cit., pág. 267), afirmando que si el heredero testamentario que se halla frente al legitimario preterido, es a su vez heredero *ab intestato*, lo mismo si fué instituido solo o con otros herederos, no puede lograrse la invalidación del testamento en perjuicio suyo, sino en cuanto hubiese sido instituido en mayor porción de la que le correspondería *ab intestato*.

Textos legales que cita: los frags 6 y 7 del Tit. VII. *De dotis collatione*. Lib. XXVIII del Dig., y el discutidísimo texto de Paulo (Dig. V-II, 19) catalogado por los glosadores entre sus *leges damnatae*.

En el frag. 6 del Título *De dotis collatione*, Papiniano plantea y resuelve: «Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, *quae inofficiosi lite per lata parte dimidiam hereditatis abstulit*; non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi, nam et libertates competere placuit.» Y, en el siguiente, Paulo añade: «Nec ipsa dotem fratribus suis conferre, *quum diverso iure fratres sunt heredes.*»

El fragmento 19, antes citado, ha sido objeto de un detenido estudio por A. J. BOYÉ (*Essai critique sur une «crux iuris». La loi mat. (Dig. V, 2, 10) et le papirus de Heidelberg 1272*, en *Revue d'Histoire du Droit*, tomo V, 1924, páginas 464 y sigs.).

Este texto de Paulo, en su versión justiniana, dice así: «Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteritit; haec de inofficioso egit, et obtinuit; quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? (BOYÉ—págs. 465 y sigs.—observa que no debe perderse de vista que esa hipótesis es planteada por Paulo en sus *Quaestiones*, obra de enseñanza, a diferencia de los *Responsae*, recopilación de dictámenes sobre ma-

terias concretas. Y que debe entenderse como puramente teórica la cuestión planteada, hipótesis de escuela con sus términos libremente elegidos, que no constituyen los elementos de proceso alguno efectivamente coronado por el triunfo total de la hija omitida). *Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset.* (Observa BOYÉ—pág. 466—que Paulo, a esta cuestión doctrinal, imprecisa o mal planteada, contesta netamente recordando la regla: La hija omitida debe reclamar necesariamente la parte que ella tendría *ab intestato*. No puede reclamar más. La solución es clara. Parece que no falta más que deducir las consecuencias. Pero...). *Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solum habituram unversam successionem, quamadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.* (Si Paulo, en el ver. ant., acaba de decir que la omitida no puede reclamar más que su parte *ab intestato*, ¿cómo puede seguidamente introducir por una conjunción de coordinación (*itaque*) una proposición contraria a la que acaba de admitir? WINSCHIED, pág. 267, nota 27, opinó que las dificultades de todo el fragmento se desvanecerían: 1.º Admitiendo que con las palabras «*itaque dici potest*» solamente se insinúa un motivo de duda, no una decisión. 2.º Eliminando como glosema en la proposición que comienza con la indicada expresión las palabras «*et obtineat*», de modo que esta proposición viniese a decir «que es lícito en todo caso afirmar que el vencedor pudiese, a base de la sentencia obtenida, conseguir con la «*hereditatis petitio*» la totalidad de la herencia. En lugar de «*quae omissa est etiam si*», dice que propondría leer «*quae omissa est testamento, si*». ¿Actuó Paulo a manera de abogado del diablo argumentando contra su misma opinión? No lo cree así BOYÉ—págs. 467 y sigs.—, que encontrando sospechoso este inciso, tanto en la forma como en el fondo, lo estima interpolado por los bizantinos, debiendo por tanto ser eliminado del texto clásico. *Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiat agendo de inofficioso.* (También considera BOYÉ—págs. 468 y sigs.—interpolada esta frase.) *Praeterea dicendum est, non esse similem omitendi eam, quae ex testamento adiit.* (No es dudoso para BOYÉ—pág. 469—que ahí no hay sino una inoportuna anticipación sobre la continuación del fragmento); *et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.* (Según BOYÉ—págs. 469 y sigs.—desde el punto de vista de fondo», si se hace abstracción de todo el pasaje *itaque adiit*, la proposición *et ideo pertinet* armoniza perfectamente con la primera proposición de PAULO *respondi habitura esse*. La solución de PAULO comprende así dos términos bien claros y armonizados: la excluida no deberá reclamar más que su parte *ab intestato*, ni podrá reclamarla más que al extraño. Interpretación que es confirmada en el Papiro de HEIDELBERG I.272, gl. III, donde se dice que «cuando un extraño es escrito heredero por seis onzas o más, quien intenta la acción de inoficiosidad no toma lo que le es debido de los dos herederos, sino sólo del extraño». Pero—pregunta BOYÉ—. ¿conservará el extraño alguna cosa? A entenderlo así inclina la letra de este inciso). *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet qua si furiosae iudicium ultimum eius damnatur* (Si no en la forma, en la sustancia, este pasaje—según BOYÉ, página 472—pudo proceder del mismo PAULO, en cuanto la cuestión puesta tendía a saber si la hija escrita no estaba expuesta a ver caer por entero el testamento). *Ceterum si quis putaverit, filio optinente totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutum ab intestato posse adire hereditatem; nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi d'ferri.* (Acceptando la sucesión testamentaria, no debe entenderse eventualmente repudiada la sucesión legítima. Según BOYÉ—pág. 473—, el razonamiento no es de una gran firmeza jurídica. Del hecho que la instituida pueda aún aceptar la sucesión abintestato no dimana para nada la necesidad lógica de considerarla como «*heres scripta*», sino al contrario debería recibírsela como heredera abintestato. En cuyo caso—en la hipótesis estudiada—la situación sería bien distinta, tanto para ella como para el extraño. Así, la instituida en una cuarta parte, de suceder abintestato recibiría la mitad y sin tener que pechar con carga testamentaria alguna, y

Concretando, como explica Bonfante (156), en Roma la *querela* «tiene un carácter prejudicial; con ella se obtiene la rescisión del testamento, después de lo cual, el legitimario podrá pedir su cuota con la *hereditatis petitio ab intestato*»; y el testamento «puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, etc».

En todos esos casos, los romanos nos ofrecen un ejemplo de cómo deben adecuarse el medio con el fin perseguido, aun cuando se sacrifique la lógica dogmática y los principios preconstituídos. En efecto, llegan al resultado más justo y más proporcionado a su causa, sin perjuicio de tener que pasar por encima del principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus descendere potest*» (157) y de contrariar la lógica dogmática, admitiendo que un

nada recibiría el extraño. Por otra parte, si la hija instituida no puede entenderse renunciante de su herencia intestada, no será porque ignore que la sucesión legítima le es asignada, sino porque esta sucesión no se abrirá sino después del triunfo de la querellante, y porque no puede renunciarse a una sucesión no abierta. La forma del pasaje confirma también la sospecha de que debieron interpolarlo los bizantinos), *cum et hi, qui sciunt, ius suum, eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant* (Los términos excesivamente generales de este argumento a fortiori agravan la sospecha de interpolación a juicio del propio BOYÉ—pág. 474—). *Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falso opinione motus amplexus est; is enim non videtur honorum possessionem contra tabulas repudiasset* (Ejemplo puesto para ilustrar la anterior consideración general). *Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, quum rescisso testamento etiam institutae saltem ius sit adeundae hereditatis* (Tampoco cree BOYÉ—pág. 475—que este resumen final sea de PAULO. Principalmente, porque se insiste sobre la rescisión total desarrollada en los pasajes sospechosos de interpolación, y deja en silencio la idea, capital para el jurista clásico, a saber que la hermana omitida no puede reclamar más que la mitad de la sucesión).

En conclusión, BOYÉ cree discernir el fondo clásico del texto, a través de sus complicaciones, oscuridades y contradicciones, concretados en estos o parecidos términos. «La hija omitida no podrá intentar la *querela inofficiosi* más que por su parte *ab intestato*. Esta parte no podrá reclamarla más que al *extraneus* instituido, el testamento no será rescindido sino en partes». Las dificultades del texto no le parecen resueltas por las conciliaciones, las combinaciones, las distinciones sutiles o arbitrarias propuestas por glosadores, postglosadores y pandectistas. Vanamente se ha intentado explicarlo como texto homogéneo. El presidente FABRO había ya comprendido perfectamente que los pasajes que implicaban la posibilidad de una rescisión total del testamento no pueden expresar la opinión de PAULO. Tampoco la forma como están insertos permite pensar en qué expusiese y discutiese una opinión clásica contraria a la suya. Los incidentes y las contradicciones que sobrecargan la solución provienen en realidad de los bizantinos, posiblemente a través de la adición de glosas anteriores a la obra de TRIBONIANO (págs. 475 al fin).

(156) *Instituciones de Derecho romano*, traducido al castellano de la octava edición italiana por L. BACCI y A. LARROSA, revisada por CAMPUZANO, Madrid, 1929, págs. 627 y sigs.

(157) Así concluye el párr. 2.º del frag. 15 h. t. «*quia credimus cum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri*». El frag. 24 también observa: «*Quodsi fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur*». El párr. 1.º del frag. 25 afirma, «*quia testamentum pro parte valet*».

misimo testamento pueda en parte ser deferido por un hombre capaz y en parte ser obra de un loco.

A este respecto, entre nuestros clásicos, Gregorio López (158) determinó: «et natura querelae est, quod non detur contra illum, qui erat successurus ab intestato et non habet ultra quam sibi tangat ab intestato». Y Antonio Gómez (159), estudiando contra quién se da y compete la *querela*, afirmó: «Si vero fiat restitutio pro parte hæreditatis, et non in totum: pro ea tantum potest intentari: et pro ea rescindetur testamentum.»

En estos supuestos de rescisión «pro parte» de un testamento, en Derecho romano antejustiniano, según una constitución de Gordiano (160), no se debían los legados ni los fideicomisos, en cuanto a la parte en que se anuló el testamento, por más que competiesen las libertades directas y debiesen darse los fideicomisos.

El Cap. III de la Novela CXV de Justiniano, introdujo una profunda innovación, ordenando que de los testamentos rescindidos, en virtud del ejercicio de la *querela*, se cumpliesen, no obstante, en los legados, fideicomisos, libertades, nombramientos de tutores, y demás disposiciones legalmente permitidas ordenadas en los mismos (161).

La Ley 7 del Tit. VIII, Partida sexta, recoge esta doctrina afirmando «que como quier que el fijo, o el nieto, que fuesse desheredado en el testamento lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, e las libertades, que fuessen y mandas, e otorgadas a los siervos non se embargan nin se desatan por esta razón». Y la Ley 24 de Toro (162) para las mejoras de tercio y quinto, aclarando anteriores dudas (163), extendió definitivamente esta doctrina a su-

(158) Gl. 7 a la Ley I, tit. VIII, Partida sexta.

(159) *Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii* (Lugduni, 1701). Libro I, cap. XI, núm. 15 (pág. 142).

(160) Cod. III-XXVIII, 13: «Quum duobus heredibus institutus, uno ex quinque, alterum ex septem unciis adversum eum, qui ex septem unciis heris scriptus fuerat, iusta querela contendisse ab altero autem victum se fuisse alleges, pro ea parte, qua resolutum est testamentum, quum iure intestati qui obtinuit, succedat, neque legata, neque fideicommissa es debentur, quamvis libertates ex directe competant, et fideicommissariae prestandi debent».

(161) «Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legatibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtiniant testamentum».

(162) «Cuando el testamento se rompiere, o anulare por causa de preterición, o exheredación, en el qual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiese».

(163) Con posterioridad a la Novela CXV de Justiniano, no siempre habiendo exactamente precisados por la doctrina los linderos entre la preterición y la desheredación injusta.

a) Por de pronto, en Derecho romano, la preterición verificada por la madre o por los ascendientes maternos se consideraba como una desheredación (Codex, III-XXVIII, 15: «Filiam preteritam a matre ad successionem eius ultra inofficiosi querelam adspirare non posse, explorati iuris est»). Esta dis-

tinción, según la línea ascendente causante de la preterición, la vemos rechazada por ANTONIO GÓMEZ («*Ad Legem Tauri...*», XXIV, núms. 1-2, vers. 10.º, página 167). Por el contrario, LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 3.ª edic., Madrid, 1853, Tomo I, Ley 24, núms. 11, 26, 27, 29; págs. 434-5 y 438-9), la sostienen todavía. Opinión que es criticada duramente, en su versión del *Febrero*, por GARCÍA GOYENA (tomo I, tit. XI, núm. 1.234, pág. 414), con estas palabras: «La suidada de los herederos fué el primer origen de los efectos que dieron a la preterición y de él se resintió, a pesar de las modificaciones hechas por Justiniano: de aquí viene también que no siendo los hijos herederos suyos de la madre, el silencio o preterición de aquéllos en el testamento de ésta equivalía a la desheredación hecha por el padre; pero ¿qué tenemos que ver nosotros con estas injustificables distinciones y sutilezas?»

b) En segundo lugar se discute a qué lado de la línea fronteriza se encuentra la preterición hecha expresamente y con indicación de causa. Verbi gracia, la verificada con estas palabras: «*talem filium meum ideo non institui, quia me vulnerabit*» o «*ideo eum pretereo, vel non instituo, neque exheredo quia me verberabit*». E igualmente cuando, sin determinar su causa, se formuló expresamente la voluntad de preterir nominativamente concretada.

Por una parte, BAROLO, BALDO, FABRO y muchos otros autores (citados por GÓMEZ) opinaron que al hijo de quien se dijere que «se le pretería», no se le instuyó ni desheredó, requisito alternativamente necesario para que el testamento del padre de familia no fuese inicialmente nulo.

De otra, GREGORIO LÓPEZ (Glosa 7 a la Ley 11, Tit. VII, Partida sexta) afirmó: «*si enim opponeret verba privativa, tunc esset exhaereditatio, et non preteritio*»; y ANTONIO GÓMEZ (*Variae Resolutiones...*, tomos primus, cap. XI, número 3, págs. 134 y sigs.) distinguió según se hubiese indicado o no la causa de dicha expresa preterición, aceptando que en el primer caso valiese como desheredación, si el heredero instituido probase su certeza, y que diese lugar a la *querela* de *inofficiosi testamenti*, si no lograba probarla, y no a la acción de nulidad. De no expresarse la causa, la consideró como verdadera preterición (núm. 11, págs. 139 y sigs.).

COVARRUBIAS (*Opera Omnia*, Antuerpiae, 1614, tomo I, *De testamentis*, capítulo Raynutius XVI, *De exhaereditationis et praeteritionis*, núm. 3, pág. 63), a quien sigue LLAMAS y MOLINA (op., vol. y cap. cit., núm. 17, pág. 437), después de observar que la institución de heredero se puede hacer con palabras equivalentes (v. gr., Ticio sea señor de mi herencia), concluyó que lo mismo podía suceder en la desheredación, por no ser necesario que se exprese con palabras precisas y determinadas.

Esta última opinión, en cuanto es menos formulista, nos parece la más racional y lógica.

c) El supuesto de disposición de la legítima a título de legado—a lo que equivaldría su asignación en cosa cierta, salvo si se atribuyese a título de herencia—, instituyéndose a algún extraño, fué considerado por GREGORIO LÓPEZ (Glosa 6 a la Ley 5. Tit. VIII, Sexta Partida) y MATIENZO (op. y glos. cit., número 57, fol. 81) como supuesto de nulidad por preterición. Contra el parecer de FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (*De successionum creatione, progressum effectum et resolutione tractatus*, Salmanticae, 1559, lib. II, núm. 245, folio 224), que lo consideró como supuesto de desheredación injusta, que por tanto no daba lugar al ejercicio del «*ius dicendi nullum*», sino de la «*querela de inofficioso*».

Hoy esta cuestión ha perdido todo interés, pues en virtud del artículo 815 del Código civil puede el testador dejar la legítima por cualquier título—aunque no sea el de herencia—sin incurrir en vicio de preterición ni en desheredación injusta; no dando lugar sino a la acción *ad supplementum* cuando lo dejado «por cualquier título» al legitimario no alcanzare el valor de lo que según ley debía corresponderle.

d) En terreno igualmente discutido se halla la desheredación hecha sin expresión de causa.

GREGORIO LÓPEZ (Glosa 7 a la Ley 7.ª, Tit. VIII, Sexta Partida), reco-

giendo la opinión de BARTOLO, aceptó «quod exhaereditio facta sine causa, tamquam non solemn. hab. re debet pro praeteritione paterna».

DUARENO (cit. por LLAMAS Y MOLINA, págs. 435 y sigs.) fué de la misma opinión, en cuyo apoyo citó el fragmento 12 del título I, libro III, de la Instituta, que hablando de los hijos preteridos dice textualmente: «id est neque hereditatibus institutis, neque ut oportet exhereditatis». Pero este inciso «oportet exhereditatis» no es probable que se refiriese a la expresión de la causa, ya que no se exigía en el Derecho pretorio, al que alude el texto, ni posteriormente con anterioridad a la Novela CXV. Seguramente se refirió a que la desheredación se hubiere hecho «nominatim» y no simplemente «inter coeteros».

ANTONIO GÓMEZ (op. últ. cit., núm. II, pág. 139) fundamentó la misma afirmación en la Ley 30 pr., lib. III, tit. XXVIII, del Codex, y seguramente en las palabras: «Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi questionem introducere.» Pero, en realidad, de este inciso sólo puede deducirse que si el testador no señaló la causa de desheredación, no puede el heredero probar su certeza y, por lo tanto, queda indefenso ante la demanda del desheredado, sin que se presuponga que con ésta se ejercite precisamente la acción de nulidad y no la *querela*.

Contrariamente, COVARRUBIAS (op. y vol. cit., cap. Raynutius XVI, *De exha. red. et praeterit.*, núm. 7, pág. 63) y VINNIO (*Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, El. Novma, Lugduni, 1755, tomo I, páginas 448 y sigs., lib. II, tit. XVIII, ley 2, num. 3), entre otros, opinaron que la desheredación sin expresión de causa no daba lugar a la nulidad del testamento, sino a su rescisión por el ejercicio de la *querela*. Es decir, que encababa en los supuestos de desheredación injusta y no en los de preterición.

Razones: Antes de la Novela CXV de Justiniano, sólo se entendía preterido al hijo omitido en el testamento y la desheredación podía verificarse válidamente sin necesidad de precisar su causa. Más tarde se introdujo la *querela* para remediar los casos en que esa desheredación, sin expresión de causa, se hubiese verificado contra el officio impietatis. Justiniano no modificó este Derecho antiguo más que en dos extremos: Exigiendo, para que prosperase la *querela*, no sólo la prueba de la justa causa de desheredación, sino que precisamente la hubiese expresado en su testamento el desheredante. Y, en segundo lugar, disponiendo que, rescindiendo el testamento, por no ser cierta la causa alegada, permaneciesen válidos y subsistentes los legados, aunque se invalidase la institución de heredero. Pero no modificó el concepto de la institución ni los demás términos de la misma.

Por lo tanto, si según el Derecho antiguo, al hijo desheredado sin expresión de causa, le competía la *querela* y no la acción de nulidad—«iure antiquo exhaereditatis, etiam suis, non competebeat ius dicendi nullum, sed querela»—, del mismo modo debe entenderse que le siguió correspondiendo después de la Novela CXV—«et id ius non corrigitur, in Justinianeae Novella, igitur querela etiam odio locum habet, non ius dicendi nullum»—. Con la diferencia, respecto al anterior régimen, de que, en el nuevo, el heredero no podía probar que el desheredado hubiese incurrido en una causa legal de desheredación que no hubiere sido expresada en el testamento.

Esta opinión, a pesar de las vacilaciones de SALA (*Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª ed., Madrid, 1820, tomo I, pág. 174, lib. II, tit. V, número 27, donde, después de algún titubeo, concluye que «la cuestión de si eran nulos o necesitaban rescindir tales testamentos, tan reñida, atendido al Derecho real entre sus intérpretes, queda, a nuestro entender, también dudosa en las Leyes de Partida e inclinamos más a que necesitan rescisión»), y excepto el voto en contra de BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., tomo III, pág. 427), es la que parece imponerse entre nuestros autores inmediatamente anteriores y contemporáneos al período precodificador. Así LLAMAS Y MOLINA (op. y vol. cit., Ley XIV, núm. 20, pág. 437), ESCRICHE (*Diccionario...*, cit., tomo I, pág. 633) y GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, tomo II, art. 669, pág. 112).

También el artículo 669 del Proyecto de 1851 equiparó los casos de desheredación «sin expresión de causa, por una que no sea de las legales o cuya cer-

puesto de preterición, aun cuando cierto limitado sector de la doctrina mantuvo la opuesta opinión (164).

teza no haya sido probada». Criterio que, en cuanto a este trato igualitario, ha seguido nuestro vigente artículo 851 C. c. Resolviéndose así el viejo y discutido problema.

Queda sólo ya como discutible el supuesto de que se nombre a un hijo en el testamento, sin que luego se le instituya, ni deje cosa alguna en el mismo, no sólo sin expresar la causa, sino ni siquiera desheredándole de modo concreto. CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones...* vol. cit., pág. 231) afirma que, a pesar de haber sido nombrado, habría preterición. Desde luego optamos por esta solución en el supuesto de que se nombrasen a todos los hijos al hacer el testador su referencia familiar y se omitiese alguno al relacionarlos de nuevo en la cláusula de institución. V. gr.: «Tengo cinco hijos llamados A, B, C, D y E»; y luego: «Instituyo herederos a mis hijos A, C, D y E», sin indicar nada respecto de B, en favor ni en contra. Pues puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento.

(164) Entre glosadores y comentaristas del Derecho romano se suscitaron serias dudas acerca de la interpretación de la Novela CXV y de la *Authentica ex causa*. Dudas que nuestros autores extendieron a la exégesis de las Leyes de Partida. Incluso alguno hubo que pretendió prolongarlas después de la disposición de la Ley 24 de Toro.

a) La *Authentica ex causa*, extracto—tal vez debido a Irnerio—de los últimos versículos del párrafo 14, cap. III, Novela CXV, dice así: «Ex causa exheredationis vel preteritionis irritum est testamentum quantum ab institutionis: caetera namque firme permanent.» Mientras los indicados versículos de la Novela expresan más detalladamente esta idea de la nulidad de la institución, y validez de los legados, fideicomisos, libertades, nombramientos de tutores y demás cosas permitidas por la Ley contenidas en el mismo testamento, y la refieren al incumplimiento de las disposiciones contenidas en el mismo capítulo: «Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis—obsérvese que sólo dice *exheredatis*, no hablando de los *preteritis*—liberis praeiudicium generari...»

Esta disparidad en la terminología de la Novela y su *Authentica* se ha querido explicar desde opuestos ángulos visuales.

De una parte, algunos autores afirmaron que el indicado capítulo III de la Novela CXV nada innovó respecto a la antigua doctrina romana de la preterición, que arrastraba la nulidad total del testamento en que se cometieran dichas faltas. Esta opinión tiene a su favor la letra del versículo «sive igitur» de la Novela, que hablando de la conservación de los legados y demás, no nombra a los «preteridos», sino sólo a los «desheredados». Explicándose que la *Authentica ex causa*, al hablar de la preterición, se refería exclusivamente a la verificada por la madre o ascendientes maternos, que, como expresamos, estaba equiparada a la desheredación, ya que sólo producía la ruptura del testamento mediante el ejercicio de la *querela* (Cod. III, XVIII, 15).

La opinión contraria entendía que la palabra «exheredatio», en el versículo «Sive igitur», fué empleada en sentido lato, comprensivo de toda acción de exclusión a un legítimo de la herencia, tanto verificada de forma expresa como tácita.

DONELO (cit. por LLAMAS, pág. 433) hizo notar, al efecto, que el versículo «Si tamen» usa la expresión «in quibusdam talibus testamentis»—y no «in eadem testamenta»—, de cuya expresión, con sutileza tal vez excesiva, pretendió deducir que no se limita a comprender solamente a los hijos que fueren desheredados. Y BARTOLO (cit. por GREGORIO LÓPEZ), así como los demás autores que consideraron la desheredación hecha sin expresión de causa como supuesto de preterición, se fijaron en que el versículo «Sive igitur»—al que alude el versículo «Si autem haec observata», al prevenir «mas si no se hubiesen observado estas disposiciones»—comprende conjuntamente los requisitos de

Como consecuencia de la innovación de la Novela CXV, de admitir la validez de los legados dispuestos en testamento inoficioso,

expresión de causa por el testador y de prueba de su certeza por los herederos instituidos.

b) En el Derecho Histórico-Castellano, la Ley 7, tit. 8.º, Sexta Partida, en su apartado 4.º dispuso: «Otro sí dezimos, que como quier que el fijo, o el nieto, que fuesse desheredado en el testamento, lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas e las libertades, que fuessen y mandadas, e otorgadas a los siervos, non se embarcan, nin se desatan por esta razón.»

La interpretación de este fragmento también suscitó notables dudas.

Por un lado, es de observar que la Ley 1.ª del mismo título distingue los casos de desheredación injusta y de preterición, señalando que sólo en los primeros supuestos el testamento se puede quebrantar, pues en el caso de que «non fiziesse enmiende en el testamento, de aquel que avia derecho de heredar, heredándolo, nin desheredándolo, tal testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin es nada». Deduciendo, «pues que non deve valer non se puede quebrantar». Razonamiento, que relacionado con las expresiones «fuesse desheredado» y «lo quebrantasse», impuestas en la Ley 7, parece demostrar que la citada disposición adoptó una postura análoga a la de quienes entendían la Novela CXV, cap. III, en el sentido de que la preterición anulaba totalmente el testamento y la desheredación solamente rescindía la institución, pero no invalidaba las demás disposiciones en el mismo contenidas.

En cambio, GREGORIO LÓPEZ, glosando las palabras de este título «quebrantado» («Quebrantado seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en las leyes de este título») y «lo quebrantasse» («Lo quebrantasse por alguna de las razones sobredichas»), opinó que debía entenderse «sive ex causa exhaeredationes, sive ex causa praeteritionis...», «et quod hic dicit *quebrantando*, intellige largo modo, et procedat etiam evacuat, seu, annullato testamento ex causa praeteritionis» (glosa 1.ª). Y «Sive per *querelam* sive per jus dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas» (glosa 7.ª). Fundando su opinión en que la Ley 1.ª del mismo título antes citada, «aequiparat exheredationem perperam factum, et praeteritionem, et ita est, quod exheredatio facta sine causa, tamquam non solemnis, habere debet pro praeteritione paterna». Así como también en la Ley II del título VII de la misma Partida, puesto que señala que si el hijo que desheredare al padre sin expresar que lo hace por alguna de las causas legalmente fijadas (lo mismo que si luego no probare su certeza), «non valdrá el testamento quanto en el desheredamiento del, mas las mandas, e las otras cosas que el testador estableciesse en el testamento, son valederas». Disposición que para quienes, como él, consideran que es lo mismo «filius non fuit exheredatus vel praeteritus», tiene decisivo valor al aplicarlo analógicamente de la desheredación de los ascendientes a la de los descendientes.

c) La Ley 24 de Toro de que nos ocupamos habló en paridad de desheredación y preterición.

No obstante lo cual, LLAMAS Y MOLINA (op. y cap. cit., núm. 27, pág. 439) todavía pretendió sostener que esta Ley, al hablar de la *preterición*, no hizo sino copiar a la *Authentica ex causa*, y que a dicha palabra debía dársele en la Ley 24 igual sentido que en aquella, según la interpretación por el mismo aceptada, es decir, limitándolo a comprender la preterición hecha por la madre o ascendientes maternos. Pero esta opinión es justamente criticada por GARCÍA GOMENA (*Febrero...* vol. cit., pág. 414), que se extraña de verla afirmada «con tanta seguridad y magisterio», encontrando injustificables estas distinciones y sutilezas.

ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...* Ley XXIV, núm. 3, vers. «*Sed his non obstantibus*», ap. 2.º, pág. 160), comentando la citada Ley de Toro, planteó la siguiente distinción: «Ut intelligatur, et procedat (la validez de las mejoras aunque se anule la institución) quando filius est praeteritus scienter, secus vero si ignoranter, quia non conferuabitur, sed erit nullius momenti.» Pero

debió entenderse modificado el criterio de la antes citada constitución de Gordiano. Así, Salgado de Somoza (165) resuelve que «si filios agat de inofficioso contra duos haeredes et unum vincat, et ab alio vincantur, pro parte in ea que vincit tenentur creditoribus et legatariis, et alii fere infiniti».

b) Interpretando esta Ley 24 de Toro, se planteó la duda de si solamente era aplicable al supuesto de que las mejoras de tercio y quinto se otorgasen por vía de legado o si igualmente debía ex-

esta salvedad, hecha para el caso de que la preterición se hubiera verificado «ignoranter», no satisfizo a los autores del periodo preparatorio de nuestra codificación. Así por GARCÍA GOYENA (*Febrero...*, vol. cit., núm. 1.324, pág. 415) y por BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos...*, vol. cit., pág. 426) se alegó lo dispuesto en la Ley 20, título III, libro IV, del Fuero Juzgo tratándose de un póstumo: «E si el marido muriese, e deja la mujer preñada, el fijo que nasciere después, sea heredero igualmente en la buena del padre con los otros fijos. E si non dejare nengun filo, e diere su buena a quien quisiera mandamos que puede dar la quarta parte (luego sería la quinta) e las tres partes debe aver aquel que nasció después de la muerte del padre.» Es decir, que, en este caso, el póstumo recibiría su parte de legítima, pero sin perjuicio de que la porción de libre disposición quedase para el extraño instituido.

d) El proyecto de Código civil de 1851 señaló idénticos efectos a la preterición y a la desheredación injusta en lo relativo a la ineficacia de la institución de herederos y validez de las demás disposiciones contenidas en el testamento. Así el artículo 644, párr. 1.º, decía: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, *anula la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*» Y el 669 que: «La desheredación hecha sin expresión de causa o por alguna que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, *anula la institución de herederos; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima.*»

GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. cit., pág. 95), comentando el primero de estos dos artículos, afirmó: «El artículo hace sencillo lo que hasta ahora había sido embrollado y dudoso. Su justicia resalta por lo exorbitante de la legítima actual comparada con la de los Códigos antiguos y modernos; por esto deberá regir, aun cuando el testador ignore la existencia del heredero forzoso, contra lo que opina Gómez.»

e) Nuestro Código civil, en su artículo 814, por lo que se refiere a los efectos de la preterición de herederos forzosos en la línea recta, recoge la doctrina del artículo 644 del Proyecto de 1851, disponiendo que «anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».

En los supuestos de desheredación injusta, el artículo 851 llega directamente a la solución que, como veremos, trataban de alcanzar indirectamente algunos clásicos castellanos. Ya que no sólo dispone que «valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima», sino que, igualmente, limita la anulación de la institución de herederos «en cuanto perjudique al desheredado».

(165) *Labrynthus creditorum corrurentium*, Lugduni, 1757. párr. II. capítulo XI. núms. 38 y 39. págs. 403-4. Explicando en el número 30: «Ex quibus juribus constat, quod licet a principio legatariis, et creditoribus integra fuerit quaesita obligatio adversus scriptos haeredes, et omnia bona simul hipotecata legatariis quaesita; tamen, post factam haereditatis divisionem pars hereditatis relicta per filiam libera remansit, et alia pars quae penes haeredem vicentem remanet, pro parte dumtaxat creditoribus tenetur: attenda diversum sententiarum divisione, et separatione, et hoc fundamentum ex sequentibus valoratur.»

tenderse a los casos en que se defiriesen a título de herencia (166). Palacios Rubio sostuvo la primera interpretación si el hijo instituido en tercio y quinto no lo hubiese sido en el remanente juntamente con sus hermanos no preteridos (167), y la contraria opinión para el caso de que el mejorado hubiese sido también instituido en el remanente (168). Es decir, que de no instituirse en dicho remanente al mejorado, éste, anulada la institución, sólo salvaba la mejora si se le defirió como legado o como prelegado (169) y si la nulidad del testamento no fué por él invocada, sino por otro preterido (170). Pero también entendió que de instituirse al mejorado en el remanente con sus hermanos no preteridos debía mantenerse la mejora como prelegado, aunque ésta se le hubiere dejado a título de herencia o con palabras vulgares equivalentes a la institución según la doctrina.

(166) Así plantea el problema ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...*, Ley 24, número 3.º, vers tertio, pág 170): «*si pater vel mater instituit aliquos filios heredes, et unum praeterivit vel exhaeredavit, et alterum et diversum in tertio et quinto melioravit per viam institutionem, dicendo talem filium meum instituo in tertio et quinto bonorum: vel per alia verba directae institutionis, et postea filius praeteritus vel exhaeredatus annulet vel rumpat testamentum*».

(167) Ocupándose de este supuesto, en el núm. XI, aps. 2 y 3, en estos términos: «*Cum autem testamentum ex causa praeteritionis vel exheredationis rumpatur, quod ad institutionem et infirmetur, videtur quod etiam debeat rumpi quoad tertiam bonorum filiae relictam, in qua videtur filia instituta. Et sic nullo pacto poterit illam titulo praelegati retinere: quamvis ea contenta, velit a patris successione recedere: quia ut paulo ante dicebamus, illud, quo fit ad diminutionem, non debet operare augmentum.*»

(168) Loc. cit., núm. XII: «*Teneas ergo secundam casus positionem. nam si testator relinquit filio tertiam, et eum simul cum alio instituit heredem: quamvis testamentum rumpetur ex alterius praeteritione nimirum si consecutur tertiam iure praelegati, quia non videtur in eo institutus, eo quod ultra tertiam fuit simul cum fratre institutos, nec fuit ei relictam ad diminutionem: sicut in alia casus positione, ubi filiae reliquit tertiam, et in residuo alios instituit heredes*». XIII, «*Per ista patet quando relictum tertiae fit institutio vel legatum*».

(169) XIV. «*Vel pone casum aliter et quarto. Testator filiae legavit tertiam bonorum, alios duos fratres heredes instituit et quartum praeteriit, rumpitur testamentum ex causa praeteritionis, quaeritur an filia retinebit tertiam iure praelegati, et videtur quod sic per istam legem... Et sic non obstant eaque superior dicta sunt in tertia casus positione (se refiere al supuesto en que a la hija se le instituyó en tercio y quinto—o si estas porciones se le dejaron con palabras comunes—instituyéndose a los otros dos hermanos y pretiriéndose al cuarto), quia ubi testatur usus fuit verbo *relinquo* simpliciter sine legati adiectione (lo que entendía equivalente a la institución). Habebit ergo (en el caso cuarto) tertiam iure praelegati, et in super habebit legitimam ab intestato ad quam vocantur simul cum fratribus.*»

(170) XV, aps. 2.º y sigs. «*In hoc autem casus positione, loquimur ubi alter praeteritus impurgnavit, non ille cui fuerat tertia relictam. Hoc est capitale fundamentum, quare ibi non sustinetur legatum, secundum Iasonem post. Bal. et alios in dict. autem. ex causa quia ille praeteritus vel exheredatur cui erat legatum relictum, infringit testamentum. Ergo secus erit, ubi non ille, sed alius infringit. Et ideo hanc positionem credo esse veram, quae potest iurari ac auctoritate glossarum. Cyni. Pauli. et aliorum, quos in prima casus positione memoravimus, qui in fortioribus terminis tenuerunt hanc conclusionem, ubi indenmet melioratus infringebat testamentum.*»

En cambio, Antonio Gómez (171) fué de la opinión de que rescindiendo el testamento por preterición o desheredación de un hijo, no se invalida nunca la mejora deferida a otro a título de institución, considerando que «iste filius melioratus succedat ab intestato in sua legitima et in super per viam praelegati et fideicommissi sibi restitutio residui usque ad valorem tertii et quinti; quia dispositio patris vel matris erga filios etiam respectu solemnitatis inválida, debet ab intestato servari». Fundando su opinión en el valor codicilar (172) que atribuye a todo testamento dispuesto a favor de los hijos (173). Cuyo dictamen vemos compartido, en su resultado, sino en su explicación, por Covarrubias (174) y

(171) «Ad Legem Tauri...» loc cit.

(172) Ley XXIV, núm. 3, párr. final (pág. 170). «Item etiam, quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacite apposite clausula condicillaris, quae facit actum valere omni meliori modo quo possit, et per consequens operatur ut maior pars et portio quam legitima filio relicta vel assignata in testamento restituatur sibi ab intestato per cohaeredes, per viam praelegati et fideicommissi.»

Y Ley III, núm. 86, párr. 1.º (pág. 82) «Quartus effectus est, quia si pater fecit testamentum inter liberos aliquem universaliter instituendo, alios vero praetereundo vel iniuste exhaereditando vel quosdam inaequaliter instituendo, et postea annulletur vel rumpatur testamentum, talis filius universaliter institutus vel filij inaequaliter instituti, qui maiorem partem receperunt, censetur meliorari in eo quod sit ultra legitimam, et sic omnes succedent ab intestato, sed filius vel filij instituti percipiant iure praelegati vel meliorationis partes sibi assignatas in institutione ultra legitimas eorum.»

(173) Ver «Ad Legem Tauri...» Ley III, núms. 62, 64, 65 y 75 (págs. 24 a 26). Se apoya en la glosa a la Ley *Cohaeredis* (Dig. XXVIII-VI, 41), párr. *cum filiae* (2.º) palabra *non valit*, según la opinión de JUAN DE IMOLA, ARETINO, JASÓN en la glosa a la Ley *Filii patri* (Cod. III-XXXVI-16), según notó y comentó FUGOSIO, glosas de ALEJANDRO a la Ley 3 Cod. VI-XXIII, y del mismo y de JASÓN a la Ley 8 del tit. XXVI del mismo libro VI, comentarios de FULGOSIO, BARTOLO, ALBERICO y BALDO a la Ley 3, Dig. XXIX-I, y de BALDO a la Ley 1 del Dig. XXXIX-VII.

La citada Ley *Filii patri*, en su segundo apartado, parece expresivamente admitir que pese a ser deficiente de forma, la voluntad del padre en su testamento, aunque lleve a la sucesión intestada, el juez debe atenderse a dicha voluntad en el juicio de partición de herencia: «Sed et si tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibus cunque verbis voluntas eius declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto retentionis modo servato, familiae eriscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportere, iuris autoritate significatur.»

(174) Este autor (op. y lib. cit., cap. Raynutius, 1.º de haeredibus, institutio, núms. 4 y 8, pág. 67) afirma que en los testamentos inter liberos, no sólo se sobrentiende puesta la cláusula codicilar, sino también la cláusula «omni meliori modo, quod possit» (núm. 4). Y distingue ambas cláusulas por sus efectos y por su eficacia. Respecto a la codicilar, afirma: «Non congruit maiorem effectum habere ipsam clausulam condicillarem, quam si in condicillis facte esset dispositio, de qua tractatur»: que «in testamento liberorum gratia facto intelligi hanc codicillarem clausulam in eo, quod ipsis liberis utile sit, non tamen in damnum esset, quenquam eorum institui exprese, alium vero tacite, sit etenim quedammodo iniuria ei, qui nominatem non instituit, aut qui aequali honore simul cum fratribus ad patris bona non vocantur» (núm. 8). En cambio, la cláusula «omni meliori modo, quod possit», produce como efecto que se entiendan instituidos herederos los hijos en todo aquello que se les dejó en el testa-

aceptado por el jesuita Luis de Molina (175), entre otros autores.

Pues bien, el artículo 851 del Código civil nada innova. No hace más que seguir prácticamente en todos los supuestos de desheredación injusta—no en cambio en casos de preterición—la expresada opinión de Antonio Gómez, con algunas variantes, extendiéndola incluso al supuesto de institución de extraños (176). Esto

mento—«operatur ut filius, cui aliquid relictum fuerit testamento videatur haeres institutus» (núm. 4)—. Por esas razones entiende—citando en su apoyo la opinión de BALDO—que en los supuestos de testamento *inter liberos*, en el cual alguno de los hijos no fué instituido heredero, sino que se le dejó la legítima a título distinto, sólo cobraría valor: «cum testamento opponitur ille clausula, valeat meliori modo, quod possit, non autem quando simplex codicillaris clausula adjiicitur» (núm. 8). Porque «primo siquidem casu (es decir, con la cláusula, aquí sobrentendida, «omni meliori modo...»), legatum filii relictum ad institutionis titulum refertur, non sic in secunda specie» (es decir, con la cláusula codicilar expresa o tácita, que no borra lo que él considera como injuria, subsanando el efecto, pero no la causa, al entender como herederos aquellos a quienes correspondiera serlo ab intestato, con la carga de cumplir todo lo dispuesto en el testamento, reducido a codicilo, transformándose en fideicomiso) lo que en él se dispuso como herencia).

MATIENZO op. cit., Ley 1.ª, tit. IV, lib. V, gl. 10, núm. 59, f.º 81 vt.º) asimila ambas cláusulas diciendo: «clausula codicillaris scilicet ut valeat testamentum omni meliori modo». Afirma asimismo que: «haec clausula apposita consequitur in testamento inter liberos.» Y resuelve (núm. 63, f.º 82) que cuando en el testamento se disponga la cláusula «ut valeat meliori modo, quo valere possit, tunc enim quicquid filio relinquatur, vel legatur, ut illud habeat pro legitima censebitur relicto titulo institutionis ut actus sustineat». Advirtiendo que «haec clausula hoc in Regno semper apponi solet in testamentis quae et si in aliquo apposita non fuerit, per legem suppletur, et censebitur apposita».

(175) *Los Seis libros de la Justicia y el Derecho* (traducción, estudio preliminar y notas de MANUEL FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1943), tomo I, vol. III. Disputación CXXXII, núm. 4. Si bien observa que, «como el testamento, tanto cerrado como abierto, requiere en dicho Reino (se refiere a Castilla) la misma solemnidad, lo mismo si se hace a favor de los hijos como de los extraños, dudo mucho que tenga lugar esta cláusula codicilar tácita, que, por Derecho común, depende del privilegio de testar a favor de los hijos, con menor solemnidad que cuando se trata de extraños». Y en el núm. 8.º añade que: «si el padre hace testamento solemne a favor de sus hijos, y alguno de ellos es injustamente preterido o desheredado si se pone la cláusula codicilar, los demás hijos se consideran mejorados en los bienes de que el padre pudiera disponer libremente, o sea en este reino de Portugal, el tercio, y en el reino de Castilla, el tercio y el quinto; y el hijo preterido o desheredado quedará obligado, por vía de fideicomiso, a entregarles lo que quedare, además de la legítima y los legados; lo mismo que dijimos al tratar del efecto anterior en relación a los extraños. Aunque no cita (habla de A. GÓMEZ) ningún texto legal para demostrarlo, se halla este efecto ligado con el anterior, y aun con los anteriores, pudiendo deducirse de las mismas leyes un argumento a *paritate*. Y este efecto tendrá, sobre todo, lugar por Derecho común y de Portugal, aunque no figure expresamente la cláusula codicilar, pues, como vimos antes, en el testamento a favor de los hijos, siempre se considera puesta, como dice el mismo Antonio Gómez».

(176) Este supuesto fué ya examinado por GREGORIO LÓPEZ en su glosa 7.ª (*lo quebrantasse*; de la Ley 7.ª del Título VIII, de la Sexta Partida, plantando si rescindido el testamento por causa de preterición o desheredación subsistiría a lo menos la institución de herederos en cuanto al quinto, en cuya parte podía instituirse a un extraño. Dicho autor consideró como un argumento favorable a la solución afirmativa lo dispuesto en el párrafo 6.º de la Ley 5.ª del Digesto XXVIII-V (*De legat. prest. contra tabulas*). Fragmento de Urbano

es lo esencial. Pues lo de menos es la forma en que dicho resultado se obtenga. Sea entendiéndose deferida la herencia totalmente «ab

que dice: «Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis partibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus seapissime scripsit, in portione quoque hereditates idem, quod in legato, probandum, cuius sententia Rescripto Divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur.» Mas, a pesar de ello, GREGORIO LÓPEZ concluyó: quod in nullo conservabitur quod institutionem, quando exhaereditatio non fuit rite facta, vel filius praeteritus, qui erat in potestate; vel si erat emancipatus, fuit praeteritus sine causa, qui cum istis casibus testamentum sit nullum, et notat Gloss *in authent. de haered. et Falcid.*, párr. *ex haereditas*, in nullo tenebit quoad institutionem, et haereditas aequis portionibus veniet ad liberos et successores ab intestato». Más difícil le pareció la solución si el hijo fuese desheredado (injusta aunque ritamente) o bien un emancipado preterido, con expresión de causa, «cum tali casu tenebat testamentum, et opus erat remedio rescisorio». No obstante, opinó que sucedería lo mismo en este caso, ya que según el versículo *Sive igitur* y el capítulo IV, párrafo *si tales*, de la Novela CXV «nam rupto testamento, quae causa non est probata, testamentum redditur nullum quoad institutionem, et haereditas aequis portionibus deveniet ad liberos, ut ibi habetur», de conformidad a lo que habían opinado Alejandro y Baldo en los textos que cita.

En cambio, parece indudable que si el testamento era mantenido como codicilo, la institución del extraño en cuanto al quinto se convertía en fideicomiso, que, por tanto, debía ser restituído al extraño por los herederos legítimos. Así lo entendió ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri...*, Ley 3.ª, núm. 78, en rel. 75, págs. 26 y 27), que entre los efectos de la cláusula codicilar, «sit apposita expresse vel tacite», señala: «Tertius effectus est, quia si testamentum deficit ratione praeteritionis vel exheredationis, quia pater praeterit vel exhereditat filiam vel descendentem iniuste et extraneum instituit haereditem et tale testamentum postea annulletur vel irritetur virtute iuris dicendi nullum vel quaerelae: talis institutio extranei directa convertitur in fideicommissum, ut filius vel descendens praeteritus vel exhaereditatus succedens ab intestato teneatur restituere haereditatem haeredi extraneo, instituto, detracta sua legitima, et hodie in nostro regno tenebitur restituere solum quantum bonorum cum omnia alia bona sint legitima filii vel filiorum».

El jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., disputación 132, núm. 7, página 338) nos explica que: «La razón es que, respecto a la parte de los bienes de que el testador podía disponer libremente, el testamento aquel tiene fuerza de codicilo válido, si se pone la cláusula codicilar, y por esta causa el heredero *ab intestato* se considera, en virtud de aquel codicilo, obligado, por vía de fideicomiso, a entregar al heredero extraño aquella porción.» Pero así GÓMEZ (número 79 del mismo comentario a la Ley 3.ª, pág. 27) como MOLINA (párrafo 2.º del núm. 7 citado, págs. 338 y 339) observaron, no obstante, que esto sólo habría de entenderse cuando el testador hubiese preterido o desheredado a aquel a quien estaba obligado a instituir, haciéndolo conscientemente y sin causa legítima. «Pues si lo hizo por ignorancia, por creerle muerto o por haber nacido después de otorgado el testamento o por cualquier otra causa—dice MOLINA—, será absolutamente nulo el testamento.» «La razón es—explica—que no ha de presumirse que el testador ha preferido los extraños a su propio hijo o a otro a quien debiera instituir necesariamente, incluso por lo que se refiere a los legados.»

Más recientemente, JUAN ALVAREZ POSADILLA (*Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, Madrid, 1796), comentando la misma Ley 3.ª (págs. 50 y sigs.), afirmó, sin señalar excepción alguna, que «lo mismo si el testamento se rompiera por exheredación o preterición de algún hijo, o si los hijos fuesen instituidos en partes desiguales con perjuicio de la legítima de alguno, en cuyos casos, quejándose el ofendido del testamento, se declara insubsistente, pero sucederán los hijos *ab intestato* con obligación de restituir por vía de mejora todo lo que excede de sus legítimas,

intestato» y dando valor de prelegado a las mejoras «usando este término en su sentido más lato», aunque no hubiesen sido deferidas

sin sacar más cuartas que la legítima». Aceptando como cierto que «el hijo o hijos que tengan que restituir al fideicomisario tácito o expreso la herencia, deberán hacerlo del quinto integro, porque no debe sacar trevelánica, y sólo del quinto, porque todo lo demás es legítima suya».

Ahora bien, enlazando con los supuestos en que debía entenderse tácitamente dispuesta la cláusula codicilar, encontramos la trascendente modificación que significó la famosa Ley 1.^a del Título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que después fué Ley 1.^a del Título IV del Libro V de la Nueva Recopilación y más tarde del Título XVIII del Libro X de la Novísima.

Por dicha Ley, el testamento en que el testador no hubiere designado heredero alguno o en que el instituido no quisiera heredar, se admitió que valiese en cuanto a las mandas y demás disposiciones singulares en él contenidas. Y fué explicada por FEBRERO (*Febrero reformado*, por JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, tomo I, pág. 26, cap. I, párr. 2.^o, núm. 35) diciendo que «aunque el testamento carezca del nombramiento de herederos, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demás que disponga, siendo conformes a derecho, y se estimará como codicilo o última voluntad. (Constatemos, no obstante, que en nota al pie de la página, su reformador José Marcos Gutiérrez observa que «en vista de lo que previene la ley de la recopilación citada, es una sutileza vana y ridícula decir que en el presente caso no vale el testamento como tal, sino como codicilo o última voluntad. El testamento sin institución de herederos es un verdadero y válido testamento, una vez que esta formalidad no la exige la Ley».)

Aquí nos interesa examinar si, en virtud de esta ley, podía extenderse en Derecho castellano el valor de codicilo tácito, a los testamentos, en los demás supuestos de nulidad de los mismos como tales testamentos, cuando ésta no fuese debida a falta de institución de heredero o repudiación del instituido.

Desde luego, conforme al últimamente citado LUIS DE MOLINA, no adquiría valor de codicilo el testamento nulo por defecto de forma aunque reuniese los requisitos codicilares. Aun después de igualarse en Derecho real, en virtud de la Ley 3.^a de Toro, la mayor parte de los requisitos de testamentos y codicilos persistió alguna diferencia formal. En éstos, los testigos podían ser mujeres, cosa no permitida en el testamento. Además, el número de testigos no coincidía en relación con el testamento cerrado, salvo si se añadía expresamente la cláusula codicilar. Así dice este autor (disputación 132, núm. 1, página 334): «conviene saber que si el testador, queriendo otorgar testamento no pone toda la solemnidad necesaria, pero sí la suficiente en los codicilos, su disposición no valdrá como testamento ni como codicilo». Lo que coincide con lo dispuesto en Digesto (XXIX-VII-1) y Cod. (VI-XXIV-8).

Más discutible fué la cuestión en el supuesto de incapacidad del instituido.

ANTONIO GÓMEZ (*Ad Legem Tauri*... Ley 24, núm. 1, vers. 5.^o, pág. 166) y LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., disputación 154, núm. II, pág. 583) deducen que la citada Ley 1.^a del Ordenamiento de Alcalá, corrigiendo el Derecho común, admite la validez de los legados y demás disposiciones del testamento tanto si el defecto de heredero se debe a no haber sido instituido, o a que éste no quiera suceder, como si no pudiese suceder por causa de incapacidad. GÓMEZ explica la razón de su interpretación diciendo: «cuius ratio est, quia quando duo casus aequiparantur a iure dispositum in uno censetur etiam dispositum in alio, etiam in materia odiosa et correctoria... Sed in iure nostro caput impotentiae et caput voluntatis aequiparantur et tacite ex iuris dispositionem unum comprehendit alium».

Pero la cuestión que aquí concretamente perseguimos es relativa a si, en caso de nulidad o rescisión de la institución por preterición o desheredación injusta, en virtud de la Ley 1.^a que comentamos, tiene valor codicilar el testamento que la sufre. Y si, por consiguiente, además de valer los legados, fideicomisos y demás, conforme al Derecho común, se mantiene la institución del

como legados, sino embebidas en la institución—tesis de Antonio Gómez—. O bien, estimando que la institución sólo se rescinde parcialmente en cuanto perjudique a la legítima del injustamente desheredado, quien recibirá dicha porción *ab intestato*: tesis paralela a la seguida en el Derecho romano según la antes citada opinión de Winscheid, pero de más restringidos efectos en favor del desheredado.

En conclusión, la actuación de las normas protectoras de los legitimarios no es positiva, sino negativa, tal como expresaba Sánchez Román en su antes transcrita frase, ratificada por Jerónimo González, y como han sostenido mi maestro Alguer (177)

extraño en cuanto al quinto, aunque no se hubiese expresado su valor codicilar. Por entenderse que lo tiene tácitamente reconocido en virtud de la Ley que comentamos.

Esta duda se le plantea a ALFONSO DE AZEVEDO (*Comentarii iuris civiles in Hispaniae Regias Constitutiones*, Lugduni, 1737, tomo III, págs. 112 y 181), glosando las Leyes 1.^a, Título IV (gls. 152 y 153) y 8.^a, Título VI (gl. 4), del Libro V de la Nueva Recopilación. En la segunda de estas glosas, aun reconoció que, por Derecho antiguo, en el caso que estudiamos, en virtud de la *Authentica ex causa*, se viciaba el testamento en cuanto a la institución de herederos, aunque lo demás permaneciese firme, «et sic quod extraneus hic nihil sic percepturus ex dicta institutione sed quod quintum istud sicut alia bona inter filios suos praeteritos vel exhaeredatos aequaliter sit dividendum». Mas, no obstante, observó que «in contrarium tamen videtur, quoniam etiamsi extraneus ille quintum percipiat nihil de legitimis filiorum capit...», «nec d'cta lex 1, título 4, supra eod. (es decir, la que comentamos) loquitur in hoc casu cum haeres instituitur ille qui esse non potest sed quoties nullus instituitur haeres, vel si instituitur, ille qui institui potest non vult adire, quod differens est». Reconociendo «et hoc clarius procedet si in tali testamento in quo filius praeteritur continetur clausula codicillorum nam tunc in vim codicilli sustinentur *ibidem* contenta in eo quod testator disponere potuit».

A la mayor parte de los autores no llega a ofrecersele esta duda. Así, JUAN YÁÑEZ PARLADORIO (*Opera Juridica. Quotidianorum differentiarum*, dif. 148, número 8, ed. Coloniae Allobrogum, 1761, pág. 389) acepta la validez de la institución del extraño en cuanto al quinto, si fué preterido el hijo, solamente cuando se haya insertado la cláusula codicilar en el testamento destituido. Expresa previsión que también exige para la validez de la mejora dejada a título de herencia en el supuesto que hemos estudiado en nuestra nota 166.

También con absoluta claridad, el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. citados, disputation 132, núm. 7) declara: «si el testador injustamente posterga o deshereda a un hijo o a cualquier otro ascendiente o descendiente a quien debiera instituir necesariamente heredero, instituyendo a un extraño cualquiera en un testamento con la debida solemnidad, y añade la cláusula codicilar, entonces el heredero que debía ser instituido necesariamente se considera obligado a entregar al extraño el resto de la herencia, excepto su legítima... Mas si no se incluye la cláusula codicilar, el testamento es absolutamente nulo y sólo valdrá por un privilegio del Derecho en cuanto a los legados, según vimos al tratar del primer efecto, basándonos en la *Authentica ex causa* y en las Ordenanzas de este reino. De modo que el resto de los bienes del difunto pertenecerá a los herederos *ab intestato* que debieran haber sido instituidos en el testamento».

(177) *Ensayos varios sobre varios temas fundamentales de Derecho civil*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 132. *in fine.* y 133, donde dice: «La delación puede tener tres causas diferentes: la testamentaria, la contractual, allí donde se admitta, y la legítima. El llamamiento forzoso no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario.»

y más recientemente Pascual Lacal (178). No se da en nuestro Código un llamamiento legitimario, sino sólo una reserva—en el sentido gramatical de la palabra—a favor de determinados parientes del causante, y una limitación—o prohibición relativa—de disponer impuesta, en el indicado sentido, al *de cuius*. Hay sólo dos formas de vocación sucesoria, la voluntaria (testamentaria o contractual) y la ab intestato (que en los supuestos indicados se impone *contra tabulas*). No existe, como «*tertius genus*», vocación legitimaria (179). Únicamente, tratándose del cónyuge viudo, resulta del artículo 814, párrafo 2.º del Código civil, la existencia de una asignación legal usufructuaria, no sólo de carácter forzoso, sino además directamente atribuida por la Ley (180).

Ahora bien, esa actuación negativa de la protección legitimaria, por lo que se refiere a la institución de herederos, tiene hoy una acción más limitada que antes del Código civil. Entonces—como hemos visto—el presunto causante, si testaba debía instituir heredero al legitimario, cuando menos, en la cuota legalmente fijada. Por eso, los legitimarios eran *herederos forzosos* impuestos por el testador «*ministerio legis*». No había otra alternativa sino que el causante, obedeciendo a la ley, les instituyese *testamentariamente* herederos, o bien, que lo fuesen *ab intestato*. A esta delación desembocaba total o parcialmente la no institución del legitimario como heredero (preterición en sentido impropio o lato, derivada de la Novela CXV) o su desheredación injusta. El dilema sólo tenía una atenuación en el caso de institución de herederos en menos de la cuantía fijada. Gracias al juego de la acción de suplemento, que tendía a evitar que por una diferencia de cantidad,

(178) *Heredero y legitimario* (loc. cit., pág. 457), en cuyo trabajo infiere que la legitima «es en nuestro Derecho positivo una prohibición de disponer, dirigida a cualquier posible testador que se aventure a desconocer con sus disposiciones los derechos de los legitimarios, creando así el conflicto que se examina».

(179) En cambio defienden la existencia de este tercer género GONZÁLEZ PALOMPO (loc. cit., pág. 538) y ORTEGA PARDO (*Naturaleza jurídica del llamado legado...*, págs. 138 y 139). Este afirma que la vocación legal «se divide en dos especies: intestada o supletoria, y forzosa. El que estas dos tengan la misma fuente no autoriza a afirmar que sean iguales; según ese criterio, todos los contratos serían idénticos, pues todos tienen como fuente la voluntad individual».

Pero, en contra de esta opinión, ni los antecedentes históricos inmediatos a la época de la codificación, ni ningún artículo del Código civil, justifican la existencia de esa vocación. Precisamente lo contrario resulta del artículo 658, sin que el artículo 608—natural, lógica, histórica y sistemáticamente interpretado—suponga vocación, sino sólo reserva—en su aspecto positivo—y limitación de disponer—en su aspecto negativo—, usando en su sentido gramatical aquella palabra.

(180) Ver lo que decíamos en nuestro trabajo *Imputación de legados...* loc. cit., pág. 328, nota 68, y obsérvese que el Código civil (art. 942) llama *ab intestato* a los hijos naturales *en el quantum* que se les fija como legitima. Es decir, los artículos 840 y siguientes—en relación con los 808 y 807—*reservan* (en sentido gramatical), y el 942 *adipone*.

tal vez debida a error, se invalidase totalmente la institución de herederos (181).

Hoy no se obliga al testador a instituir herederos a sus legitimarios. Así resulta de la *mens legis*, según los autores de la norma actualmente contenida en el artículo 815. Sólo se ordena a aquél que les respete el *quantum* de bienes hereditarios que la Ley les reserva. Cosa que el testador puede cumplir atribuyéndola bien a título de herencia, por legados o por donaciones (en este último caso con tal de que en su testamento no incurra en preterición) o bien dejando paso franco a la vocación hereditaria *ab intestato* a favor del mismo legitimario por lo menos en cuanto a aquel mínimo cuantitativo que la Ley le reserva (182). Por eso, Porpetta (183) defiende con razón, para el Derecho castellano, el criterio —que califica de juicioso dictamen— de Borrell Soler (184), respecto al Derecho catalán, de que «el titular de la legítima será un heredero, un legatario o un acreedor, según la forma en que se

(181) Observemos cuánta diferencia media en este aspecto entre ese sistema inmediatamente anterior al Código civil—de líneas románicas aunque de proporciones germánicas—y el sistema germánico.

En éste la legítima, vista por su lado positivo, era atribuida mediante delación legal de la herencia, sólo susceptible de limitación a través de legados y mandas de quinto o tercio en su caso. Y, en su aspecto negativo, significaba una absoluta prohibición de disponer de esta parte reservada.

En cambio, en el sistema anterior al Código civil no estaba prohibida la disposición de esa parte. Sino que se imponía al causante, en caso de testar, la obligación de instituir heredero al legitimario en la porción legalmente fijada, *portio debita*. Nos lo prueba, además de la terminología de los autores anteriormente citados, el hecho de que la no institución de un legitimario anulaba totalmente la institución de heredero por efecto de la preterición o de la desheredación injusta. Debía instituirse herederos a los legitimarios o la institución era nula y entraba en juego la sucesión *ab intestato*.

(182) Por otra parte, la abolición por los artículos 668 y 764 del Código civil del principio romano «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*» ha influido igualmente en este cambio. Influencia que también se habría hecho sentir aunque el artículo 815 no hubiese modificado el principio justiniano determinante de que el legitimario debía ser siempre heredero.

Antes del Código civil no cabía ser heredero en parte de la herencia, definiéndose el resto por vocación legal. El Ordenamiento de Alcalá sólo modificó el Derecho romano en el sentido de dar como válidos los testamentos que no contuviesen institución de herederos, en cuanto a las mandas, y otras disposiciones del testador, como ya sucedía en los testamentos otorgados con cláusula codicilar, aun cuando no faltaron autores que sostuvieron lo contrario, cosa que después examinaremos, en la segunda parte de este trabajo.

En consecuencia, el que testaba de verdad, es decir, el que hacía un testamento que lo era en realidad y no sólo un codicilo, debía necesariamente instituir herederos a todos sus legitimarios a los que no desheredase justamente. De lo contrario, la institución era totalmente ineficaz, dándose lugar a la sucesión intestada. En cambio, en el Código civil cabe instituir heredero a un extraño en el tercio libre sin disponer del resto de los bienes, que se deferirán *ab intestato* a los herederos legítimos sin anularse la institución testamentaria si no hubo preterición.

(183) Loc. cit., pág. 182.

(184) *Dret civil vigent a Catalunya* (Barcelona, 1923), vol. V. 2.ª parte, párrafo 502, pág. 406.

le instituya, pero sin que tenga que ostentar por fuerza y en todos supuestos una u otra de estas tres cualidades».

§ 6.º ACTUACIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS LEGITIMARIOS

Pero esta actuación negativa—limitativa de las normas legales protectoras de los legitimarios, no se reduce a lo expuesto. Recorriendo los preceptos del Código civil reguladores de los derechos legitimarios, podemos distinguir:

a) Disposiciones que anulan total o parcialmente la institución de herederos, dando lugar a que juegue la sucesión intestada total o parcialmente, respecto a la parte reservada al legitimario injustamente desheredado: artículos 814 y 851.

b) Preceptos que anulan o que reducen las disposiciones a título singular otorgadas *inter vivos* o *mortis causa* por el causante, así como las condiciones, sustituciones y limitaciones que perjudiquen al legitimario instituido por el propio causante o que sea heredero *ab intestato* (185) o legatario al que especialmente se le grave con otro legado (186). Tales son los artículos 636, 654, 656, 782, 813 párrafo 2.º, 819 párrafo 3.º, 820 (187) y 863 párrafo 2.º

c) Norma que impide al legitimario, en vida del causante, toda renuncia o transacción sobre la legítima futura (art. 816) (188).

d) Disposición que, para cuando por cualquier título el testador atribuya a un legitimario menos de lo que legalmente le corresponda, concede a éste el derecho a reclamar el suplemento. Es la contenida en el artículo 815. Y que, en contraposición con las reglas anteriormente mencionadas, parece ser de carácter positivo y no meramente negativo. En lugar de *anular* instituciones—para dejar paso, total o parcialmente, a la deferida «*ab intestato*»—o *reducir* gravámenes y limitaciones, concede un *d. derecho a reclamar*. Pero examinando su génesis, y su *ratio*, observamos que su resultado positivo es sólo consecuencia de aquel principio—exacto no sólo en matemáticas y en física—que declara que del choque

(185) Bien a falta de testamento (art. 912, núm. 1), por no contener institución de herederos (arts. 912, núm. 2, 668 y 764) o por ser ésta totalmente (art. 814) o parcialmente nula (art. 857)

(186) El antecedente más remoto de estas disposiciones está en la Constitución de Justiniano del año 529, recogida en el Código, lib. III, tit. XXVIII, Ley 32, cuando dice: «hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel delationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset».

(187) Este con las limitaciones de los artículos 821 y 820.

(188) Ver sobre la interpretación de este precepto el magnífico estudio que le dedicó FUENMAYOR en su citado trabajo *La intangibilidad de la legítima* (loc. cit., págs. 63 y sigs.).

que un negativo con otro negativo el resultado producido es positivo. La «*actio ad supplementum*» supone una limitación (un negativo) de los efectos de la preterición o de la desheredación—expresa o tácita—hecha sin causa o injustamente. Es decir, que limitan a su vez la limitación que estos efectos—consecuente nulidad de la institución producida—(otro negativo), suponen a la libertad de testar, con el único fin de evitar estos resultados excesivamente radicales.

La cuota de bienes *destinada* por la ley al legitimario, en aquella parte que no hubiere sido *dispuesta* a su favor por el causante, y que reclame con la *actio ad supplementum*, no se le otorga *ab intestato*. No se anula la institución testamentaria en todo ni en la parte que resultare inoficiosa. Simplemente se concede un derecho a reclamar aquel suplemento. Pero ¿con qué carácter?. ¿por qué título?

He aquí el problema que a continuación examinamos.

§ 7.º EL SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA. DISTINTAS POSICIONES

El problema de la naturaleza del suplemento ha dado lugar a las siguientes interpretaciones:

a) El derecho al suplemento de la legítima no es más que un *crédito dirigido a obtener en bienes de la herencia el complemento* de lo que el testador dejó al actor, hasta dejar totalmente cubierta la participación que a éste legalmente le corresponda. En este sentido se manifiesta Clemente de Diego (189) al decir que lo dispuesto en el Código civil (art 815) acerca del suplemento de legítima «aproxima ésta a un derecho de crédito», pareciendo orientarse «hacia la legítima *pars bonorum* o simple derecho de crédito». Dávila García (190), considera a la legítima como derecho a obtener una *pars bonorum* (salvo en los casos excepcionales en que puede pagársele en metálico) dirigida contra el heredero. Virgili Sorribes (191), para quien el legitimario es «un acreedor de la herencia líquida, que tiene un derecho intangible por ministerio de la Ley a una porción de los bienes que la integran». Y Roca Sastre (192), que si bien considera la legítima como *pars valoris bonorum*, literalmente dice que el complemento de legítima «deberán percibirlo los legitimarios en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas antes indicadas de la división de herencia» (193).

(189) Op. y vol. cit., pág. 226.

(190) *Herederos y legitimarios*, en *Rev. Crit. Der. Inm.*, año 1943, páginas 666 y 670.

(191) Loc. cit., pág. 485.

(192) Loc. cit., págs. 202 y sigs., y concretamente en la 206.

(193) Dejando aparte la propiedad o impropiiedad con que usa la expresión «*pars valoris bonorum*», lo cierto es que ROCA SASTRE no ha sido bien interpretado por algunos de los autores que han combatido su posición. Para él, lo asegurado por esa «*tacitam hypothecam*» que cree garantiza a los legitimarios, es la entrega «*in natura*» y en *sustancia*, de bienes hereditarios (ver páginas 206 y 207, núm. 3, apartados B), núms. 1 y 2, y C), núm. 2), salvo

b) Para otros autores dicho suplemento, además de deber ser pagado con bienes de la herencia—*pars bonorum*—, *no se limita a constituir un crédito del legitimario contra la herencia, sino que es una cuota de la misma*. Su satisfacción no es un pago, sino resultado particional. El artículo 815 sólo ofrece garantías *complementarias* de los derechos de los legitimarios, pero que no altera la naturaleza, esencia y existencia de estos derechos. Esta es la tesis de González Palomino (194), para quien la legítima es una atribución legal de cuotas de la herencia a título singular (*pars bonorum*).

c) Otra posición estima que *la actio ad supplementum*—aunque lo atribuido al legitimario por el causante se le haya asignado a título singular—tiene que ir indefectiblemente orientado hacia la *pars hereditatis*. Es la tesis de Porpeta (195), que la fundamenta: «primero, porque nadie más que el difunto testador puede decidir la creación de nuevos legados, ya que el único margen posible de éstos está en las cláusulas testamentarias, y segundo, por la fuerza atractiva del concepto de *pars hereditatis*». Por eso cree que el heredero extraño o los demás legitimarios instituidos «no tienen que indemnizar al titular de la acción ni satisfacerle crédito alguno, sino que están obligados a recibirlo a la comunidad hereditaria con derechos exactamente iguales a los suyos».

En suma, deduciendo corolarios de la opinión de Porpeta, puede decirse que, para él, si el legado otorgado por el causante a un legitimario en lugar de su *pars hereditatis* no llega a cubrirla totalmente, tendrá el carácter y naturaleza de un prelegado. Con todas las consecuencias que de dicha calificación se derivan según nuestro Código civil y los principios generales de nuestro Derecho sucesorio.

d) En fin, hay quienes entienden que el suplemento de la legítima no es en realidad el complemento de una disposición del causante, sino *la parte de la herencia atribuida directamente por la ley al heredero forzoso y que el testador no ha dejado individualizada al asignar para su pago bienes determinados insuficientes*.

Esta última es, en definitiva, la tesis de Ortega Pardo (196).

Junto a este autor puede colocarse a Fuenmayor, teniendo en cuenta su posición respecto a la facultad de mejorar (197), a la que considera (198), nada más, como una orden de imputación y adju-en los casos extraordinarios del artículo 1.056, y legítimas del cónyuge viudo e hijos naturales.

(194) Loc. cit., págs. 546 y 547, en la nota.

(195) Loc. cit., págs. 198, *in fine*, y 199.

(196) Locs. cit.; especialmente las págs. 344 y sigs. de su citado artículo en este *Anuario*, III-II.

(197) En este punto sigue las mismas ideas que ya había defendido FERRARA (Conferencia VI. *El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español*), que JERÓNIMO GONZÁLEZ resumió y criticó en el tomo V de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (págs. 63 y sigs.).

(198) *La mejora en el sistema sucesorio español*. Coimbra, 1946, págs. 33 y siguientes.

dicación. Juzgando que el causante «no puede configurar la condición jurídica del legitimario, que en todo caso es un heredero, porque así lo quiere la ley; y lo que sí puede es asignar, en pago de su legítima, determinados bienes, usando de la facultad que le reconoce el artículo 1.056, párrafo 1.º Respecto al artículo 815, en concreto (199), afirma que: «El causante tiene libertad para atribuir al heredero forzoso, en pago de su derecho, cualquiera de los bienes del caudal relicto, pero es preciso en todo caso que estos bienes se encuentren ya integrando la herencia. Puede incluso ordenar que se le pague en metálico cuando éste sea suficiente; pero ello no por la regla del artículo 815, sino en virtud de lo contenido en el apartado 1.º del 1.056...» «El causante no puede ordenar el pago de la legítima en metálico, porque así resulta de la prohibición que de antiguo se establece en lo que mira a la enajenación de los bienes de la herencia en el caso concreto de que existan herederos forzosos, cuando el metálico existente en la herencia no baste para el pago.» «Así—afirma—resulta del artículo 20 de la antigua Ley Hipotecaria, en el que no se permitía la enajenación de ningún elemento patrimonial sin la precisa intervención y consentimiento de los herederos forzosos...» (200). Y en la actualidad «sigue contando con un sólido punto de apoyo en el artículo 1.056 del Código civil, cuyo párrafo 2.º no tendría ninguna razón de ser si el pago de la legítima en dinero fuese admitido y permitido como regla general».

Hasta aquí, en síntesis, las distintas posiciones adoptadas por la doctrina en torno a este tema. Vamos ahora a exponer nuestra opinión, no sin antes examinar la génesis de la acción que nos ocupa, en cuanto pueda resultar útil para explicar su naturaleza.

§ 8.º EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LA "ACTIO AD SUPPLEMENTUM"

La acción completoria, supletoria o expletoria nació para mitigar los radicales efectos de la *querela inofficiiosi testamenti*. La *querela*, como observa Maynz (201), se salía de los límites del Derecho común, puesto que podía dar lugar a la anulación de un testamento perfectamente regular y válido, y, además, tenía un carácter de gravedad particular, puesto que los jueces para motivar la rescisión del testamento debían recurrir a una ficción tan atrevida como la de suponer demente al testador. «Hoc colore... quasi non sanae mentis ferunt ut testamentum ordinaret. Et hoc

(199) *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-I, páginas 63, *in fine*, y 64.

(200) En contra de la doctrina del antiguo párrafo 7.º del artículo 20 Ley Hipotecaria, se ha manifestado GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, conferencia desarrollada en la II Semana Notarial de Santander—verano 1948—, publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, págs. 942 y sigs.).

(201) *Curso de Derecho romano*, traducción de Pou y Ordinas, Barcelona, 1888, tomo III, párr. 390, pág. 407.

dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatur sit: sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum» (202). Ficción de *color insaniae*, a la que probablemente se llegó, según Schulin (203), por influencia griega, ya que encontramos la misma forma de impugnación de testamentos inoficiosos en el antiguo Derecho ático. Además, la *querela* implicaba inevitablemente una lesión al honor de una u otra de las partes interesadas, según cual fuere el resultado del juicio: incluso los herederos instituidos podían ser tachados de infamia en ciertas circunstancias. No es, pues, de extrañar, dada su gravedad, que la *querela* sólo se admitiese subsidiariamente cuando se carecía de otros medios y que se limitase su ámbito, estableciendo restricciones a su ejercicio.

Inicialmente, cuando un descendiente legítimo era llamado a la sucesión de sus ascendientes en una parte menor de lo que le hubiera tocado de fallecer el causante sin testamento, los centumviro debían apreciar si había lugar a considerar inícuo el testamento. Pero un pasaje de Plinio (204) ya explica cómo esa cuota legítima fué fijada en la cuarta parte. «¿Tendrías tú derecho a quejarte si tu madre te hubiera instituido en una cuarta parte? ¿O bien si te hubiese instituido por el todo, encargándote de tantos legados que no te hubiera quedado más que una cuarta parte? Pues has de estar contento si, desheredado por tu madre, consigues de los herederos instituidos una cuarta parte.»

La concreción de este mínimo, exactamente la cuarta parte de la herencia y las graves consecuencias que podían producirse, si lo dejado por el causante a un legítimo no llegase a cubrirlo, suscitó palpitantes problemas. El testador podía calcular equivocadamente el montante de su caudal, o su fortuna podía aumentar después de otorgado el testamento, de modo que la porción dejada al legítimo no llegase a cubrir el mínimo que legalmente le correspondía. Implacable la *querela* jugaba en todo caso. Tanto si al hijo no se le hubiese dejado absolutamente nada, como si lo dispuesto a su favor no alcanzase el valor de su legítima, por la más insignificante diferencia.

Una Constitución de Constancio y Juliano (205) excluyó la *querela*, permitiendo únicamente que el legítimo pudiese complementar su porción cuando el testador lo hubiese previsto así, dejando dicho complemento *boni viri arbitratu*.

Esta acción de suplemento, dice Girard (206), tendía a hacer ejecutar la voluntad del testador, a lograr la rectificación de su error, y por ello no sufría ninguna de las restricciones a que estaba sometida la *querela*. De ésta difería también en cuanto a su

(202) Frag. 2, Dig. V-II (Marciano, lib. IV de sus Instituciones).

(203) *Das griechische testament verglichen mit dem römischen* (disc. rect., Basilea, 1882), págs. 13 y 21, cita de SOHN, *Institutiones...* pág. 361, nota 1.

(204) Epistolas, V, 1, cita de MAYNZ, párr. 390, nota 15 (vol. cit., pág. 406).

(205) Recopilado en el Código Teodosiano 2, 10 de noff. test. 4.

(206) *Loc. cit.*, pág. 910.

naturaleza, pues mientras la *querela* permitía perseguir los bienes aunque se encontrasen en manos de tercera persona, la *actio ad supplementum* era una acción personal contra el heredero instituido. Justiniano (207), «velando siempre por la voluntad de los testadores»—según expresa en una Constitución (208)—, determinó «quitar la fácil y frecuente ocasión de destruir las disposiciones de los mismos» (testadores), a cuyo fin dió por implícita aquella cláusula de suerte que, «ora diga el testamento que se complete la porción legítima, ora no, sea ciertamente firme el testamento, pero sea lícito a las personas que podían querellarse contra el testamento como inoficioso, o para destruirlo de otro modo, exigir lo que se les deje de menos en su porción legítima (*quod minus portione legitima sibi relicta est*) para completarla sin ningún gravamen ni demora» (*ad implendam eam sine nullo gravamine vel mora exigere*) (209).

En la citada Constitución 30, h. t., según el inciso final de su proemio, se excluía la *querela* y había lugar al ejercicio de la *actio impletoria*, tratándose de aquellas personas «quarum mentionem testantes facerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso licet minorem legitima portionem, relinquerint». Pero la Novela CXV en su capítulo III modifica este régimen, al declarar ilícitas la preterición y la desheredación injusta «nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem». Sólo en caso de institución en cuota menor a la legítima o en bienes que no cubriesen su valor—según el inciso 2.º del Cap. V de dicha Novela—se excluía la actuación de la *querela* y se daba lugar al juego de la *actio ad supplementum*.

No por eso varió el carácter meramente personal, carente de reipersecutoriedad de la acción de suplemento (210). Pero indirectamente

(207) Del frag. 25 (Dig. V-II) pr. podría desprenderse que en tiempos de Ulpiano ya se daba la acción supletoria siempre que al legitimario se le hubiese dejado por cualquier título menos de la legítima. En efecto, tal como lo recoge el Digesto, el proemio de este texto de Ulpiano (Disputationum I. 2) dice: «Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitrato repletur, aut certi conferri oportere id, quod donatum est».

Pero, como observa GIRARD (op. y loc. cit., pág. 912, nota 2), está claro que el referido texto de Ulpiano fué interpolado por los compiladores, para dejarlo de acuerdo con las innovaciones establecidas por Justiniano, probándolo el hecho de que, según la Constitución de Constancio y Juliano, recogida en el Código Teodosiano, ant. cit., en tiempo del Emperador Juliano era necesaria una cláusula expresa para que, en su caso, el legitimario sólo pudiese reclamar el complemento de su cuota, excluyéndosele el ejercicio de la *querela*.

(208) Codex, Lib. III, Tit. XXVIII, Ley 30 pr.

(209) El apartado 2.º del párrafo 3.º del título 18, libro II de la Instituta, en el mismo sentido dice: «Si vero quantacunque pars hereditatis vel res iis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id, quod iis deest, usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adiectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.»

(210) GIRARD, loc. cit., pág. 920, nota 1.

tamente, mientras no estuviese hecha la partición y gracias a su cualidad de coheredero, el legitimario tenía su suplemento plenamente asegurado, por la indisponibilidad sin su concurso de cualquier bien hereditario (211). Pero después de hecha la partición en la que se le adjudicasen los bienes al mismo asignados, si éstos resultasen inferiores a su legítima y no hubiese renunciado a reclamar su suplemento, quedaba en idéntica situación meramente crediticia que en el Derecho anterior. Igual sucedía, como veremos en la segunda parte de este trabajo, si el legitimario fué instituido *ex re certa* concurriendo con instituidos *ex asse*.

Otra modificación entrañó la Novela CXV en su Cap. V. El testamento no se invalidaba y los legitimarios mantenían su derecho al suplemento, aunque el testador les hubiese ordenado contentarse con ciertos bienes («etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti»). Por tanto, el suplemento dejó de apoyarse en un error de cálculo del testador. Esta disposición confirmó el derecho a reclamarlo sin otra consideración que la insuficiencia de la atribución. Mas no llegó a deferirse este suplemento ni a hacerse cancelación del mismo. Simplemente se siguió otorgando para reclamarlo una acción de naturaleza meramente personal, como dejamos expuesto más arriba.

La Partida sexta, en el apartado final de la Ley quinta de su título VIII, recoge la acción de complemento regulándola en los siguientes términos: «Otrosi dezimos, que dexado el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, magüer no le dexase toda su parte legítima que deve aver según derecho, por todo esso dezimos que non podría quebrantar el testamento; más podría demandar que aquello que le menguara de la parte que devia aver que gelo cumpliessen e los otros, que son escritos por herederos en el testamento son tenudos de lo fazer.»

Por Parladorio (212) fué definido el *supplementum legitimae* diciendo que: «est remedium quod loco querelae inofficiosi tes-

(211) Tal vez esto explique por qué PASTOR Y ALVIRA (*Manual de Derecho romano*, 4.ª ed., Madrid, 1914, pág. 375), entre las diferencias que separaban en Derecho romano la expletoria y la querrela, señaló «su fin y resultado, que no era la rescisión total del testamento y apertura de la sucesión intestada, sino únicamente en la parte indispensable para completar a los legitimarios...».

(212) *Opera Iuridica*, Coloniae Allobrogum, 1761, *Quotidianorum Differentiarum Iesquiescenturia*, Diff. 148, núm. 23, pág. 390. No obstante, en contra de esta definición y de la opinión de GÓMEZ (*Variae Resolutiones...*, cit. lib. I, capítulo XI, núm. 23, pág. 146) que: «talis filius («institutus in minus quam legitima») debet agere ad supplementum ut ex bonis patris suppleatur sibi integra legitima, non vero potest agere querela ad rumpendum testamentum». AZEVEDO (op. y vol. cit., Ley 1.ª Tauri V, lib. V, tit. VIII, núm. 14, página 234) excepcionó «nisi pater talis instituisset turpem personam, quia tunc posset filius in totum testamentum illius querelare». Siguiendo en esto la opinión de RODRIGO SUÁREZ (op. cit., Repetitio I, Quoniam C. de inoff. testam. Evidentialia, núm. 15, vers. «non est omitendum», pág. 508), que también acepta JUAN AYLLÓN LAINEZ (op. cit., tomo I, cap. XI, núm. 23, párr. 2.º, página 70) diciendo que «tunc non solum ad supplementum posset agere filius, sed in totum posset querelare».

tamenti datur filio, qui in minus legitima fuit institutus, ut quod deest, ei suppleatur, ut testamentum non rescindatur».

Gregorio López, glosando las palabras *gelo cumpliessen* (213) observó que esta acción tenía lugar aunque el padre que instituyó al hijo en menor parte de la legítima hubiese prohibido que éste percibiera más, y aun cuando el hijo hubiese aceptado lo que le dejó su padre. Opinión en la que abunda Antonio Gómez (214), diciendo que procede «etiam si pater adjiciat in testamento, quod nullo modo filius possit plus petere, vel habere»..., «ut procedat, et habeat locum, etiam si filius simpliciter acceptet rem vel quantitatem, sibi relictam a patre. Imo etiam si fecit aliis fratribus vel haeredibus vel quietationem, vel liberationem generalem de eo quod recepit, quia sibi non nocet, nisi expresse et specialiter dicat, et promittat, supplementum legitimae, non petere».

La cuestión de mayor interés, relativa a la naturaleza de esta acción, la resuelve Gregorio López, en opuesto sentido que Bartolo, opinando que si bien la acción de suplemento de la legítima ocupa el lugar de la querrela de inoficioso, no desaparece como ella con el transcurso de cinco años. A su juicio, la acción debía durar treinta años, conforme al dictamen de Baldo, y no obstante lo dispuesto en la Ley 63 de Toro, que consideraba prescrita a los veinte años toda acción personal. Pues entendía que dicha Ley no debía aplicarse al suplemento ni a la legítima, para cuya persecución se disponía de la *actio petitio hereditatis*.

En cambio, contra el dictamen de Saliceto, opinó que el suplemento no tenía lugar *ipso iure*. Sino que siguió la común opinión de la doctrina, representada por Bartolo, Baldo, Alberico y Pablo de Castro, advirtiendo como Rodrigo Suárez (215), «quoad inmutabilem acquisitionem, quae non fit nisi per agnitionem». Hecho que, a su juicio, no impedía que pudiese transmitirse a los herederos del titular de la acción aunque éste hubiese fallecido sin reclamarlo.

• Ocupándose del término de prescripción de la acción dirigida a reclamar el suplemento, determinación íntimamente relacionada con el problema de su naturaleza, opinaron también como la mayor parte de la doctrina, Rodrigo Suárez (216) y Antonio Gómez (217), que dicho plazo es de treinta años, «ex eo quia jus agendi ad supplementum petitur per conditionem ex lege... sed cum conditio sit actio personalis, durat tempore statuto actionibus personalibus, scilicet 30 annis»—explica Suárez—; «quia pro eo competit actio personalis, vel in rem scripta quae de sui natura est perpetua: et durat per 30 annis»—expresa Gómez—. «Secundo—prosigue este último—quia repletio legitimae sit ipso jure per legem et sic praesupponit jus nam in esse productum, et quaesitum, et

(213) Gl. 9 a la Ley 5, tit. VIII, 6.ª Partida.

(214) *Variae Resolutiones...* cit., tomo I, cap. XI, núm. 23, pág. 146.

(215) Op. y loc. cit., *Declaratio legis Regni*, II aditio a/, pág. 498.

(216) Op. y pág. cit., núm. 1.

(217) Loc. ult. cit.

tantum requiritur declaratio. Nec obstat, quod subrogatur loco querelae: imo est introductum odio ejus ad eam submovendam, et merito non sapit ejus naturam, Nec obstat etiam quod tale gravamen ipso jure tollitur, et rejicitur, et repletio sit ipso iure per legem, et sic videbatur durare perpetuo sine temporis praescriptione, quia respectu realis et actualis effectus acquisitionis non potest quari sine partis petitione: ideo praescribitur praedicto tempore 30 annis.»

De lo cual infiere que este «jus agendi ad supplementum» y la acción a este fin correspondiente es transmisible a los herederos. Opinión esta última en la que abunda la común doctrina. Así, Azevedo (218)—«in jure agendi ad supplementum legitimae jus filios transmittit ad haeredes suos etiam extraneos»—y Ayllón Lainez (219)—«quod hoc jus transmittatur ad quosunque haeres, etiam si filius moriatur, antequam perierit cum sic actio personalis...»

En el siglo pasado, Pedro Gómez de la Serna (220), resumiendo la doctrina justiniana, tal como fué entendida a través de los comentaristas, señaló las diferencias entre la acción *ad supplementum* y la *querela*, por razón de su duración, transmisibilidad y renuncia:

a) «Por su duración, porque la acción *ad supplementum* subsiste hasta treinta años, término ordinario de las acciones personales (221)...; y la querella se extingue por el silencio de cinco años, contados desde la adición de la herencia.»

b) «Por su transmisión, por cuanto la acción *ad supplementum* pasa a los herederos aunque no esté preparada, lo que no se verifica con la querella, que como acción de injurias no se transmite sino preparada por regla general.»

c) Finalmente por su renuncia, porque se entiende que el que recibe algo de lo que se le ha dejado en el testamento renuncia tácitamente a la querella» (222)..., «y no se reputa, por el contra-

(218) Loc. ult. cit. núm. 19.

(219) Loc. ult. cit., párr. penúltimo.

(220) *Curso histórico exegético del Derecho romano comparado con el español*, 4.ª ed. Madrid, 1869, tomo I, pág. 476.

(221) En Derecho de Castilla, después de la Ley 63 de Toro, que pasó a ser la Ley 6 del título XV, libro IV de la Nueva Recopilación y la 5.ª del título VIII, libro XI de la Novísima, los autores siguieron defendiendo que debía aplicarse el mismo plazo de prescripción de treinta años, tanto a la *ac. haereditatis* como a la *ac. espletoria*. Así, AZEVEDO (op. cit., tomo II, pág. 370, núms. 48 y 49 de la citada Ley 6, tit. XV, lib. IV de la Nueva Recopilación) comenta: «petendum supplementum legitimae, sive petatur petitione haereditatis, non praescribetur minori tempore triginta annorum, secundum, gl. penúlt. in 1. 5 tit. VIII P. 6 (glosa de GREGORIO LÓPEZ, de la que antes hemos transcrito lo pertinente), sive conditione ex lege, tempus idem erit necessarium, sicut etsi pereretur per petitionem haereditatis triginta annis duraret, ut communem inquit Suarez... et petitionem haereditatis triginta annis durare... et per consequens legitimae totius, sicut neque partis jus minori tempore triginta annorum praescribetur.»

(222) Párrafos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley 31 y párr. 1.º de la Ley 10.ª, Dig. V.

rio, que renuncie a la acción *ad supplementum* más que el que expresamente así lo manifiesta en escritura.»

Es de observar que la acción de suplemento, en el período que media entre la Novela CXV de Justiniano y el artículo 915 del Código civil correspondía a persona testamentariamente instituída heredero—pues de no haberlo sido dispondría de la *querela*—(in minus quam legitima). Por esto era un coheredero quien la ejercitaba contra otro u otros coherederos. Cuya circunstancia arrastraba la consecuencia de que, antes de la división del caudal¹, el titular se hallaba totalente garantizado, aun atribuyendo a la acción expletoria naturaleza meramente personal. Y efectivamente era así dada la imposibilidad para cualquier coheredero de disponer de bienes de la herencia sin el concurso de los demás. En esta situación, dicha acción de suplemento se enlazaría con la «*petitio hereditatis*» y con la «*familiae erciscundae*», junto a las cuales podría actuar recubriéndose de su naturaleza respectiva. Su efectividad directa y aislada sólo podía ser puesta a prueba en los supuestos en que la partición hubiese tenido lugar o no fuese necesaria. Es decir, en los casos de institución «*ex re certa*» del legitimario perjudicado, o de partición ya realizada, por el testador, por comisario o por los propios herederos, si el legitimario instituído en porción menor a su legítima no hubiese renunciado expresamente al suplemento.

En estos últimos supuestos, ¿qué eficacia podía surtir la acción expletoria respecto a terceros adquirentes del heredero? Habría resultado muy interesante encontrar este problema planteado y resuelto por nuestros clásicos. Pues de su solución, tal vez, podría inducirse si se operó alguna posible evolución en el carácter y naturaleza del derecho al suplemento. Nosotros no hemos sabido encontrar texto alguno que se ocupe concretamente de ello.

Intentando plantearlo en los términos que serían básicos para aquellos autores, sólo encontramos estos dos datos previos: Por un lado, la citada asimilación que establece Gregorio López, mejor expresada por Azevedo (223), entre la ac. «*petitio hereditatis*» y la ac. «*ad supplementum*», comparando al derecho a toda la herencia el derecho a una parte de ella. Por otro vemos que tanto Rodrigo Suárez como Gregorio López y Antonio Gómez (224) catalogan la ac. expletoria como *actio personalis*. Aunque también según el tercero de ellos, «*vel in rem scripta*». Expresión que cuadra perfectamente con su afirmación de que el suplemento «*sit ipso jure in bonis et substantia defunctis*».

Entre los autores próximamente anteriores y coetáneos al período codificador, no hemos encontrado ninguno que se haya ocupado de la naturaleza jurídica de la acción de suplemento.

Ni Febrero, Llamas y Molina, José Marcos Gutiérrez, ni Gar-

II-, Doctrina recogida por las Partidas en la Ley 5.^a, tít. VIII, Partida sexta, aps. 3.^o y 4.^o

(223) Ver nota 218.

(224) Locs. cit.

cia Goyena, Navarro Amandi ni Benito Gutiérrez, en sus obras reiteradamente citadas, plantean esta cuestión. Sólo incidentalmente alude García Goyena (225) a su prescribibilidad trentenaria en contraposición con la quinquenal de la querella.

En cambio, después de la publicación del Código civil, Manresa (226), Valverde (227) y Castán (228) han afirmado que esta acción, «según la mayoría de los intérpretes» es de carácter real. Pero, en realidad, en nuestra Patria, esa mayoría de intérpretes se reduce casi exclusivamente a los tres prestigiosos maestros citados. La verdadera mayoría de los autores posteriores al Código civil no se ocupan ni siquiera plantean esta cuestión. Anotemos que, muy prudentemente, López R. Gómez (229), señaló que «el heredero al que *por cualquier título* (subraya él), como el de legado se le deje menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma *por cualquiera de las acciones ordinarias que la Ley le concede*» (subrayamos nosotros) (230).

Pero ¿qué innovación ha traído el Código civil, respecto al derecho anterior al mismo, en relación a la acción de suplemento?

A juzgar por lo que dispone, sólo una. Que pueda reclamarse el suplemento y no quepa la querella, cuando lo dejado al legitimario sin alcanzar el valor de la legítima le hubiere sido atribuido a título distinto del de heredero.

¿Por qué, pues, si la doctrina anterior nos dice que la acción para reclamar el suplemento es personal, o, a lo más, «*in rem scripta*», se asegura hoy por prestigiosos autores que es una acción real? ¿Será tal vez por el plazo de treinta años que claramente se señalaba para su prescripción? ¿O quizá por su pretendido paralelismo con la *petitio hereditatis*?

Este parangón no deja de ser interesante en el supuesto de que el legitimario haya sido instituido heredero en porción menor a su legítima. ¿Supone entonces la *ac. expletoria* una *petitio hereditatis* parcial dirigida contra un «*possessor prohaeredem*» o «*pro possessore*» que le perjudique en su derecho?

No vamos a olvidar que la más reciente doctrina acerca de la naturaleza de la *petitio hereditatis* (231) considera a ésta de carác-

(225) *Febrero reformado*, vol. cit., pág. 413, nota de GOYENA al núm. 1.321.

(226) Op. y vol. cit., pág. 361.

(227) Op. y vol. cit., pág. 268, nota 1.

(228) Op. y vol. cit., pág. 303.

(229) Op. y vol. cit., pág. 524, in fine y s.

(230) ¿Pero, a qué acciones se refiere? ¿A las correspondientes al título —herencia o legado de una u otra especie—, en virtud del cual le dejó el causante la legítima incompleta que se pretende completar?

(231) Ver al respecto, por lo que se refiere a nuestra doctrina: TRAVIESAS, *Sobre el derecho hereditario*: «12. Efectos de la adquisición de herencia. La *hereditatis petitio*» (en *Rev. Dr. Priv.*, Tomo VIII, enero 1921, pág. 16) y TRULLENQUE SANJUÁN, *La actio petitio hereditatis* (en *Rev. Gral. de Dr.*, tomo IV, núms. 46, 47, págs. 395 y ss., y núm. 48, págs. 466 y ss.). Este autor clasifica en la siguiente forma las posiciones adoptadas en torno a la naturaleza de esa acción:

ter complejo, integrada por dos acciones distintas: una declarativa del estado de heredero y otra, que tiene a esta primera como presupuesto, dirigida a la «*vindicatio hereditatis*» contra quienes posean «*pro herede*» o «*pro possessore*» (232) bienes de la herencia. Pues bien, la *actio ad supplementum*, ostentada por quien fué instituido heredero en parte menor de su legítima, podría, a primera vista parificarse con la segunda fase de una *petitio hereditatis* limitada a reclamar el complemento por cubrir (233) al heredero o legatario que de más lo disfrutaren—luego veremos cuánto podrá dirigirse contra los legatarios.

Pero esta semejanza, ¿es debida a mera coincidencia más o menos total en el fin perseguido?, o ¿se debe, por el contrario, a identidad de naturaleza?

Sinceramente creemos que los antecedentes históricos de la acción que estudiamos, no desmentidos por el Código civil, demuestran que no existe esa identidad de naturaleza a pesar de que se hiciese aplicación analógica a la acción expletoria del plazo asignado a la «*petitio hereditatis*». La acción «*ad supplementum*» no suponía una delación legal complementaria (234) para el instituido «*in minus quam legitima*» sino la atribución a este «*ipso iure*» de una acción personal—o «*in rem scriptam*», según Gómez—para re-

a) Doctrina que considera la *petitio hereditatis* como acción real (PACIFICI-MANZONI, AUBRY ET RAY, PLANIOL, RICCI, CROME, ARANGIO RUIZ, RUGGIERO).

b) Teoría que le asigna naturaleza personal (ALGER, ROUSSEAU, LAISNEY).

c) Tesis que ve en ella una acción mixta (BAUDRY-LACANTINERIE y ROSSEL MENTHA).

d) Posición que le atribuye carácter real, personal o mixto, según la índole del derecho que proteja en cada caso. (MOURLON, NACQUET GARSONET).

e) Postura que afirma se trata de una acción compleja, bajo cuya denominación se integran y encubren dos acciones autónomas, pero de las que la primera es presupuesto necesario de la segunda (postura del Código germánico, que es señalada como la más exacta por el propio TRULLENQUE). La primera de estas dos acciones *declarativa del estado de heredero*, es universal, absoluta (es decir, oponible erga omnes) e imprescriptible. La segunda, dirigida contra el poseedor que se crea a sí mismo sucesor, al efecto de restituir los bienes hereditarios, es *acción universal fundada en un derecho absoluto no real*, una *vindicatio hereditatis, absoluta* o *erga omnes*, y, según algunos autores, imprescriptible, aunque indirectamente pueda perder su eficacia en virtud de usucapiones de bienes y derechos protegidos.

(232) También se entiende puede ser dirigida útilmente contra el que de buena o mala fe comprase la herencia, o porción de ella en bloque como universalidad, *al falsus heres*.

Llámase *possessor pro possessore* al que posee de mala fe sin derecho ni título, es decir, que sólo puede alegar «*possideo quia possideo*».

Al que posea, de buena o mala fe, en virtud de título singular, sea o no derivado del causante, no se le puede demandar por la acción «*petitio hereditatis*», sino por la reivindicatoria o singular respectiva que en su caso pudiere corresponder.

Véase al efecto VINNIO, *Sententium Iuris Quaestionum*, Libro I, cap. XXIII, pág. 42 vers. «*Executiamus jam*» (obra inserta al final del tomo II de sus Instituciones en la edición citada)

(233) Como observa BORRELL SOLER (op. y vol. cit., párr. 539, núm. 23, pág. 589), la *petitio hereditatis* puede dejarse contra el coheredero que retenga más de lo debido (Dig. V-III, 10, pr. 25, párr. 19, y XLIV-II, 15).

(234) En contra, PASTOR y ALVIRA (loc. cit. en la nota 208).

clamarlo. Aunque fuese una acción personal dirigida a completar una cuota parte hereditaria con bienes igualmente hereditarios, y ejercitable no sólo contra los herederos que gozasen de aquella porción, sino también, en su caso, contra los legatarios, según luego veremos.

¿Quiere esto significar que el titular de esta acción ha de quedar desamparado ante las enajenaciones dispuestas por los herederos que gocen de la porción que dejó de asignársele a aquél? Para contestar a esta pregunta, fundamentando de paso la exactitud de nuestra respuesta, vamos a distinguir los dos siguientes supuestos:

A) *El actor fué instituido heredero en porción menor a su legítima:*

a) *Si el testador realizó personalmente la partición de su herencia conforme al párrafo 1.º del artículo 1.056 del Código civil.*

En este supuesto, en cuanto a los inmuebles, la partición es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Produciendo esa inscripción la legitimación sustantiva (art. 38 L. H.) suficiente para provocar el juego de la fe pública (artículo 34 L. H.) (235) sin la limitación del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dada la excepción que su último apartado establece tratándose de «inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos». Legitimación que debe entenderse que la operan con relación a los bienes muebles, las adquisiciones derivadas de actos dispositivos del heredero adjudicatario, que serán protegidas, en sus respectivos ámbitos y medidas de eficacia, por los artículos 464 C. c. (236), 85 y 545 C. de c., según la naturaleza jurídica del bien mueble de que se trate.

Estas enajenaciones onerosas, siendo el adquirente de buena fe, pueden reducir el objeto contra el que pudiera dirigirse la acción en caso de agotarse los bienes hereditarios, transformando en un crédito dinerario, por el «*id quod interest*», dirigido contra el heredero disponente.

Sólo cabe un recurso al instituido en porción menor de su legítima para evitar este perjudicial resultado. Interponer la corres-

(235) Sea ésta una adquisición «*ex non domino*» resultante del poder dispositivo del titular inscrito y de la fuerza convalidante de la inscripción derivada de quien según el Registro podía disponer (vid. ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 265 y sigs. y 318), o bien producida por la fuerza de la buena fe apoyada en la apariencia legitimadora de la inscripción del transferente y seguida del cumplimiento del requisito posterior de inscribir la adquisición (tesis nuestra, en «La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública», en *Rev. Dr. Priv.*, tomo XXXI diciembre 1947, págs. 947 y sigs.), o simplemente una consecuencia, o rebote, de la «*negatio actionis*» que produce la irreivindicabilidad a favor de quien en el Registro aparece como tercer adquirente (vid. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, *Rev. Cri. Dr. Inm.*, 1949, páginas 248 y 249, y *Perfiles de la fe pública*, en *Anuario*, II, núm. 1, págs. 43 y sigs.).

(236) Respecto a la actuación del art. 464 del Código civil, ver la Sentencia de 11 junio 1945.

pondiente demanda (237), solicitando a la par las consiguientes medidas de seguridad. Tratándose de inmuebles, la anotación preventiva de dicha demanda (238).

Pero notemos que estos resultados, con todos los peligros que entrañan para el legitimario perjudicado, brotan de nuestro sistema hipotecario, independientemente de la naturaleza real o personal de la acción *expletoria*. O de si el actor reclama el complemento de la participación en una cotitularidad que la ley le defirió directamente, o bien ejercita un crédito para que le entregue la participación en los bienes hereditarios que el causante le restó, debiendo dejársela conforme a ley.

La partición hecha por el testador es inscribible, sin necesidad de que la aprueben previamente los legitimarios (239) y dicha inscripción, siendo a favor de heredero forzoso, no está limitada por el artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Permitiendo, sin lapso interruptivo alguno, el posterior ingreso en el Registro de un título que haga entrar en juego al artículo 34 de la propia Ley.

b) *El testador designó comisario contador-partidor para que la verificase, conforme autoriza el artículo 1.057 C. c.*

En este segundo supuesto, la solución es la misma que la anterior (240). Con la sola diferencia, en favor del legitimario, de que

(237) La sentencia de 28 de noviembre 1896 dice que, en estos casos, los legitimarios no pueden interponer juicio de testamentaria, sino la correspondiente acción de impugnación.

(238) Al amparo del núm. 1.º del art. 42 L. H. No puede afectar a su anotabilidad la consideración de la *ac. expletoria* como personal. En efecto, como dice ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo III, pág. 425), la anotación preventiva que establece dicho núm. 1.º del artículo 42 de la Ley, «tiene mayor amplitud de la que logra desprenderse de la simple lectura del precepto. A primera impresión parece que sólo permite la anotación de las demandas en que se ejercite alguna acción real (reivindicatoria, declaratoria de propiedad, confesoria o negatoria); pero, como reconoce la jurisprudencia hipotecaria, entran también dentro de su ámbito las demandas en que se ejercite una pretensión o acción personal dirigida o encaminada a lograr una modificación jurídica real inmobiliaria (una acción rescisoria, por ejemplo), y asimismo deben incluirse todas las demandas en que se pretenda la rectificación de alguna inexactitud registral, aunque ello no implique ejercicio de una acción verdaderamente real».

Así, ha admitido la Dirección General de Registros la anotación de demanda en que se reclame la legítima foral catalana (Resoluciones de 19 enero 1897 y 23 septiembre 1912), las de nulidad de testamento (Resoluciones 1 mayo 1901, 14 febrero 1917), de rescisión de contratos que afecten al contenido de algún asiento registral (Resolución 13 febrero 1929), la que pida la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa (Resolución de 9 junio 1922), la que ejercite la acción pauliana (Resolución 13 febrero 1929), etc.

(239) La Sentencia de 6 marzo 1945 ha afirmado que en estas particiones la expresión de la voluntad del padre es la única que juega papel decisivo y genera materia jurídica de obligada observancia.

Y la Resolución de 16 noviembre 1922 declara que «el artículo 1.056 y menos el 1.075 del Código civil, no exigen una demostración a priori de que la partición hecha no perjudique a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan se pase por ella reservando las acciones de impugnación a los lesionados».

(240) Según la jurisprudencia, en principio, las particiones hechas por

normalemente éste dispondrá un margen mayor de tiempo para salvaguardar eficazmente sus derechos. Si es diligente, casi siempre llegará a tiempo para interponer su acción de suplemento y pedir las consecuentes medidas precautorias antes de verificarse la partición.

Tomemos nota de una anomalía que se da en nuestra Ley Hipotecaria, tanto en este como en el anterior supuesto (241). Los legitimarios sometidos al Derecho foral catalán, cuando se les deja porción menor que su legítima, están más fuertemente protegidos que los de Derecho común, si ha sido inscrita la herencia ya adjudicada e individualizados sus derechos a través de partición o asignación de bienes hecha por el testador o persona a quien éste confirió facultades para hacerlo. Se da la paradoja, en estos supuestos, que la legítima débil, que el testador o el heredero pueden reducir a *pars valoris*, está más asegurada y vincula más fuertemente todos y cada uno de los inmuebles de la herencia, que la legítima fuerte del Código civil, que es *pars bonorum* y, a veces, se atribuye como *pars hereditatis*. Ello es consecuencia del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, que en su párrafo 5.º letra a) declara que durante los cinco primeros años de la fecha de la mención legitimaria «quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las Leyes determinen, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del comisario contador-partidor o albacea con facultad de partir, heredero distributivo, heredero de confianza, usufructuario con facultad de señalar y pagar legítimas u otras personas con análogas facultades, nombrados por el causante en acto de última voluntad, contractual o testamentaria» (242).

Limitación no establecida a favor del legitimario de régimen común.

c) *El testador no ha hecho la partición ni ha designado comisario contador-partidor a dicho fin.*

comisario deben considerarse como si las hubiese otorgado el mismo causante (Sentencia de 17 abril 1943, y Resoluciones 12 noviembre 1895, 22 enero 1896, 22 enero 1898, 25 noviembre 1899, 18 mayo 1890, 11 noviembre 1907, 30 abril 1917, 1 julio 1920, 6 marzo 1923, 9 marzo y 12 diciembre 1927 y otras), y por eso son inscribibles sin necesidad de aprobación por los herederos (Sentencias 17 mayo 1910, 7 enero 1942 y 17 abril 1943). Resultando de la doctrina de la Resolución de 22 enero 1898 que los terceros adquirentes, de los bienes adjudicados por el comisario a herederos no legitimarios o en exceso a los que no lo fuesen, no pueden ser perseguidos por los legitimarios que impugnaron estas adjudicaciones hechas en principio de sus derechos.

(241) ROCA SASTRE (op. ult. cit. vol. II, pág. 265, nota 2), lo subraya diciendo que «resalta la particularidad de que frente a la legítima objeto del artículo 15, el alcance de la función de los contadores partidores es mucho menor que tratándose de la legítima del Código civil, o sea de la no comprendida en dicho artículo 15, lo cual no deja de ser chocante, pues está en razón inversa a la diferente consistencia de los tipos legitimarios respectivos».

(242) Excepto si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dicha legítima o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia, conforme determina el ap. 2.º de dicha letra a).

Gracias al llamado principio de unanimidad en la partición (243) el legitimario al que se le instituyó en menor porción que su legítima, está totalmente garantizado. Sin su aquiescencia no se podrán individualizar los derechos de otros herederos, ni traducirse en propiedad exclusiva sobre bienes o participación de bienes concretos.

De común acuerdo, sin necesidad de que se ejercite judicialmente la acción expletoria, los herederos podrán subsanar el déficit que respecto a su legítima hubiese sufrido cualquiera de ellos en las disposiciones del testador: Si tal acuerdo no se lograre, el legitimario perjudicado, mientras judicialmente se ventila la partición y consiguiente acción de suplemento, estará totalmente garantizado en cualquier caso por la indisponibilidad por cualquiera de los herederos, que no representen la totalidad de la herencia en su conjunto, de bienes, derechos y participaciones de unos y otros.

B) *Al actor se le ha deferido a título de legado, bienes de valor inferior a su legítima.*

En los supuestos de partición hecha por el testador o de designación por éste de comisario u otra persona con facultades para verificarla, no difiere la situación del legitimario legatario de la que hemos indicado en los casos A) a) y A) b), para el legitimario heredero. En cambio, si la partición deben verificarla los herederos, la cuestión, a primera vista, parece diferente.

No obstante, creemos que no es así. En el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición (244). Esta no puede válidamente efectuarse sin su concurso, a no ser que previamente se hubiese dado por satisfecho.

(243) Como expresa ROCA SASTRE (op. y vol. últ. cit. pág. 643), «El principio de unanimidad en la partición por los herederos es básico en nuestro sistema positivo. En cuanto falte la voluntad de uno solo de ellos deberá acudir a la partición judicial, ejercitando la correspondiente *actio familiae erciscundae*, de acuerdo con las normas del juicio de testamentaria, en el cual, bajo el «control» judicial, actuará incluso la teoría del silencio. El llamado principio de unanimidad está consagrado en nuestro Derecho por dichos artículos 1.058 y 1.059 y otros del Código civil, así como por la Ley de Enjuiciamiento civil y por reiterada jurisprudencia (Sentencia de 25 de octubre de 1898, entre otras, y Resoluciones de 5 de septiembre de 1896, 14 de marzo de 1901, 6 de noviembre de 1912, 30 de junio de 1915, 27 de febrero de 1922, etcétera). Sólo existe en nuestro Derecho una excepción a dicho principio; es el caso, previsto en el art. 1.080 del Código, de preterición de buena fe de un coheredero».

No obstante, como expone el mismo autor, el Registrador «no puede exigir que se justifique que no existen otros herederos de los que intervienen en la partición, como tampoco que, siendo los herederos voluntarios, no han quedado legitimarios (Resoluciones de 2 de diciembre de 1897, 23 de abril y 11 de mayo de 1900, 26 de junio de 1901, 3 de marzo de 1912, etc.)».

(244) También es de este criterio ROCA SASTRE (loc. últ. cit., pág. 645: «Los legitimarios o herederos forzosos del Código civil, o mejor dicho, los derechohabientes de legítima del tipo no contemplado en el art. 15 de la Ley Hipotecaria han de intervenir necesariamente en la partición». Opinión de tanto mayor interés cuanto que este prestigioso autor ha considerado la legítima del régimen común como *pars valoris bonorum*).

Razones: El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero, está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación de los bienes a partir entre los herederos, requiere una serie de operaciones previas de valoración, computación e imputación y, en su caso, reducción de donaciones, legados y mejoras. Dichas operaciones, no es aceptable que se puedan verificar unilateralmente, sin el concurso de una parte interesada, como es el legitimario, aun cuando no sea heredero. Las reducciones previstas en los artículos 818 y siguientes y 829 del Código civil, indirectamente presuponen el concurso de todos los legitimarios en las operaciones indicadas.

No hay que olvidar que la legítima, en el Código civil, se concreta en una *pars honorum*. No es un simple símbolo ni es potestativamente transformable por el heredero ni por el testador en un mero crédito con o sin garantía *ex re*. Por el contrario, debe concretarse en bienes hereditarios cuyo valor alcance la participación legalmente fijada.

Esta concreción pudo haberla hecho por sí anticipadamente el testador, o dejado encomendada a tercera persona que no sea uno de los herederos. Pero los herederos no pueden, por sí solos, sin intervención de los legitimarios legatarios, adjudicarse las demás bienes sin comprobar, de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden alguna parte de la cuota que íntegramente debió disponerse a favor de cada uno de éstos.

De no admitirse esa posición sería, no obstante, de notar que el legitimario legatario no quedaría en peor posición que el legitimario heredero, a quien se le hubiere instituido en porción menor a su legítima, cuando hubiese hecho la partición el propio testador o el contador partidario designado al efecto.

En definitiva, con relación a terceros de buena fe, la posición del legitimario en nada varía, según sea heredero o legatario, tanto si recibe el suplemento en uno o en otro carácter, considerada real o personal la acción que le corresponde para reclamarlo, tratándose de bienes muebles o del dominio y demás derechos inmobiliarios inscritos. Es decir, en los casos de mayor trascendencia. Hecho que resta el principal interés teleológico y práctico al intento de revisar nuestra tradicional construcción de la acción *expletoria*.

§ 9.º SUJETO PASIVO Y LÍMITE CUANTITATIVO DE LA "ACTIO AD SUPPLEMENTUM"

Dos cuestiones hace falta examinar para concluir de perfilar ese ligero bosquejo que estamos intentando trazar de la acción de suplemento. Trátase del examen de cuál es su sujeto pasivo y de concretar el límite cuantitativo a que dicho complemento se dirige.

A ellas vamos a dedicar las breves líneas que a continuación siguen:

A) *Contra quién debe dirigirse la acción expletoria.*

La Ley 5.^a del título VIII de la sexta Partida, hablando de que el instituido en menos de la legítima «non podría quebrantar el testamento», precisa que, en cambio, le competería «demandar, que aquello que le menguaba de la su parte que devía aver, que gela cumpliesen; e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer».

Gregorio López, al glosar la palabra «herederos» del fragmento transcrito, expone concretamente la que fué común opinión de los romanistas clásicos: «De esto parece inferirse que el gravamen del suplemento pesara únicamente sobre los herederos, cual lo dispone también la *nov. 115, cap. 5, vers. cæterum*: empero Bartolo en la *Ley 8, § 9 de inoff. testam.* asienta que a los herederos y a los legatarios juntamente incumbirá suplir lo que falte a la legítima; y contesta a la *cit. nov.* que ella no dice simplemente *ad haeredibus*, sino que añade, *secundum nostras alias leges*, según las que los legatarios deben también soportar a prorrata dicho gravamen, como lo dispone respecto de la legítima del patrono la *L. 20, § 2, D. de bon. libert.* Nuestra 1. habla simplemente de los herederos. Podríamos decir con Saliceto y otros que siendo la legítima una especie de deuda, según dicha ley 8, § 9, se deducirá, de la misma suerte que las demás, del cuerpo hereditario; pagándose del residuo los legados, detraída la falcidia por el heredero y de esta suerte pesará en cierta manera el gravamen del suplemento sobre los herederos y legatarios: ahora, si la porción que debiese quedar al heredero después de satisfechos los legados y la legítima, equivaliese a la cuarta parte del total de la herencia, no sufrirán dichos legados disminución alguna. En estos términos parece que deberá entenderse nuestra ley» (245).

Antonio Gómez (246) en el mismo sentido expresa que «tale supplementum legitimæ potest peti contra haeredem et legatarios prorrata, quia, sit ipso jure in bonis et substantia defunctis».

En otra glosa, Gregorio López (247), cita la opinión de Paulo de Castro, que limita a los legatarios que lo fueren en especie, más sin alcanzar a los que lo fuesen en cantidad, el deber de suplir a prorrata con los herederos el complemento de legítima por cubrir.

Precisando Ayllón Láinez (248) que dicha acción en lugar de afectar a los legatarios a prorrata con los herederos, se reducía a afectarles con carácter subsidiario respecto a la responsabilidad correspondiente a los herederos y exclusivamente con cargo a los

(245) Según la traducción de SAPONS Y BARBA, MARTÍ DE ELXALÁ Y FERRER Y SUBIRANA (*Las Siete Partidas*, Barcelona, 1843), TOMO III, pág. 568; gl. 33 del cit. tit. VIII, 6.^a Partida, 10.^a de su Ley 5.^a

(246) *Variae Resolutiones...*, núm. 23 cit. (pág. 146).

(247) Vers. fin de la glos. penúlt. de la Ley 17, TOMO I, 6.^a Partida (a las palabras «deven aver»), en la que cita la opinión de PAULO DE CASTRO (1. 91, D. ad leg. falcid).

(248) Op. cit. vers. final, cit. núm. 23 (pág. 70): «Quatenus autem nost. GÓMEZ, in præsentis asserit, hoc jus ad supplementum etiam contra legatarios competere, intelligendus est, quando haeres ex haereditate supplere non potest».

bienes asignados. Diciendo conformarse, en este punto, con la doctrina de Merlino, Barbosa y Cancr.

Antes de intentar resolver conforme a los preceptos de nuestro Código civil la cuestión que estudiamos, conviene comenzar por separar las hipótesis de asignación insuficiente propiamente dicha y de asignación suficiente, pero disminuída por gravámenes que, por sustracción, la dejen reducida por debajo de la cuota legalmente fijada.

a) *Asignación suficiente cuyos gravámenes la dejan reducida a menor medida de la que debió dejarse al legatimario libre de toda carga o limitación* (249).

Se dará este supuesto cuando el testador imponga, conforme al artículo 858 y párrafo 1.º del artículo 859, algún legado que no deba ser satisfecho a prorrata por todos los herederos, sino que pese especialmente sobre el legatimario reclamante. Quien, de ese modo, vería su atribución mermada a menos de lo que por legítima le correspondería. O bien, si se le impusiesen alguna condición, plazo, sustitución o cualquier otra limitación que igualmente redujese por debajo del nivel de dicho tope la parte que quedare libremente asignada.

En este caso, se incumpliría el párr. 2.º del artículo 813 C. c.: «Tampoco podrá imponerse sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.» Y debe resolverse conforme expresa el artículo 817: «Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.» Consecuentemente, *esta reducción exclusivamente repercutirá en contra del presunto beneficiario del legado, sustitución o condición* que mengüasen alguna legítima.

b) *Asignación insuficiente*. Es decir, el verdadero supuesto, estrictamente hablando, de la *actio ad supplementum*.

La solución, en este caso, debe partir de las siguientes premisas:

1.º La legítima debe ser satisfecha con bienes de la herencia. Así resulta de su propio concepto, dado en el artículo 806 C. c.,

(249) Originariamente ese supuesto, a pesar de ser distinto del que propiamente da lugar a la reclamación del complemento, fué recibido por el Derecho romano asimilándolo a éste. Así vemos que la Ley 32, libro III, título XXVIII del Codex, que recoge una Constitución dada por JUSTINIANO en Constantinopla el año 529, expresa que «Habiendo dispuesto en leyes anteriores, que, si se hubiera dejado menos de la porción legítima a quienes por las antiguas leyes podían promover la acción de inoficioso testamento, se les completase, a fin de que no se rescinda el testamento con ocasión de la menor cantidad dejada, al presente hemos creído deber añadir que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición, que produjese demora, modo u otro gravamen, se considerasen que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se suprima dicha condición, plazo o disposición que causa la demora o cualquier gravamen, y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento». (Traducción de GARCÍA DEL CORRAL).

que resalta su naturaleza de «pars bonorum» (250). Sólo es exceptuado este principio, de modo total, en el supuesto del párr. 2.º del artículo 1.056 C. c. y, parcialmente, en los regulados por los artículos 821, 822 y 829 C. c.

2.º Los herederos que a su vez sean legitimarios, cuando otro legitimario ejercite la acción expletoria, no deben sufrir en el ámbito de su propia legítima los efectos de dicha acción. La razón de ello estriba en que la cualidad de heredero y la de legitimario no son incompatibles (251). El heredero legitimario tiene derecho a recibir íntegra y sin gravamen su cuota legal (arts. 813, párr. 2.º, 817 y 863, párr. 2.º).

3.º Los legatarios tienen derecho a percibir íntegros sus legados en tanto no deban ser objeto de reducción por razón de lo dispuesto en alguno de los arts. 820, 887 y 891 (252).

(250) Como hemos visto anteriormente—en el § 7 al principio—, todos los autores españoles están de acuerdo, incluso ROCA SASTRE, en que el suplemento debe satisfacerse con bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia.

(251) El principio «donde hay herencia no hay legítima» (teoría de la absorción), defendido por DÁVILA GARCÍA (op. cit., *Rev. Crít. Der. Inn.*, 1943, página 670) y ROCA SASTRE (trab. cit., *Rev. Der. Priv.*, tomo XXVIII, página 204), lo derivan sus mantenedores, aplicando la doctrina del prelegado a la concurrencia en una persona de ambos conceptos de heredero y de legitimario. Su fallo dogmático está en que la legítima no es una atribución que la ley haga a título de legado que pueda concurrir con el llamamiento testamentario a título de herencia a favor de la misma persona. Pues ya hemos dicho que la legítima, en su aspecto contable, es un tope mínimo que la ley garantiza a ciertas personas, y que jurídicamente se traduce en una serie de medidas, casi totalmente de signo negativo, dirigidas a asegurar y defender la percepción de aquella participación. Sin que la ley disponga delación a título de legítima. No hay, pues, concurrencia de causas lucrativas, sino garantías legales que tienden a liberar cargas o a ampliar en cuanto fuera necesario la delación testamentaria hecha a título de herencia. Además, en nuestro Derecho positivo, esa tesis es desmentida en los artículos 782, 813, 817, 819 núm. 3.º, 820 y 863, párrafo 2.º

(252) No existe antinomia entre estos tres artículos, pues los supuestos que regulan son distintos. En cambio, ofrecen disparidad de criterios para solucionar problemas análogos.

Tampoco ninguno de los tres indicados artículos prejuzga la discutida cuestión de la responsabilidad «*ultra vires*» o «*intra vires*», del heredero que no sea legitimario ni haya aceptado a beneficio de inventario, por razón de los legados con que el causante le hubiere gravado. Para el estudio de este interesantísimo problema, ver SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI-II, pág. 1333), MANRESA (op. cit., vol. VII, 6.ª ed., Madrid, 1943, pág. 427), CLEMENTE DE DIEGO (op. y volumen cit., pág. 368), VALVERDE (op. y vol. cit., pág. 518), PÉREZ SAQUILLO (*Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, conferencia, aún inédita, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el año 1948), ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, vol. III, pág. 512), LUIS CÁRDENAS HERNÁNDEZ (*Responsabilidad ultra vires por legados*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIV, febrero 1950, págs. 151 y sigs.) y GINOT y LLOBATERAS (*La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y en el foral*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, tomo III, fas. 4.º, págs. 1057 y sigs.); especialmente estos dos últimos trabajos, en los que sus autores defienden, respectivamente, las opuestas soluciones de responsabilidad «*intra vires*» y «*ultra vires*».

a) El artículo 820 tiene como presupuesto que las legítimas deben satisfacerse con bienes de la herencia. Luego es lógico que si los bienes que quedan

4.º Se han de respetar las donaciones «mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento» (art. 820, núm. 1).

Relacionando estas cuatro premisas podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.ª En principio sólo los herederos (253) deben sufrir la *actio ad supplementum* con cargo a los bienes que se les hubiesen deferido. De ser legitimarios a su vez, ninguno de estos herederos, contra los que se dirigiese la acción, deberá responder del complemento reclamado por el otro legitimario mientras la parte por él recibida no exceda de su legítima estricta.

2.ª Sólo deberán ser objeto de reducción los legados cuando los bienes de la herencia que, a título de heredero, reciban quienes no sean legitimarios, o por encima del mínimo legalmente fijado

a los herederos no son bastantes para cubriéndolos, deben reducirse los legados cuyo objeto lo constituyan bienes de la herencia.

Por otra parte, si—como es frecuente—todos los herederos fueran legitimarios y lo que a ellos les restaría después de satisfacerse cuanto se haya legado a extraños, no llegase a cubrir los dos tercios, es indudable que, conforme a los artículos 817 y 863, párrafo 2.º, deberían ser reducidos los legados. Ello, aunque nada añadesen los artículos 818 y 820, impone o no el principio de la responsabilidad «*ultra vires*» tratándose del heredero simple.

b) El artículo 887 puede jugar, aunque rijan dicho principio de la responsabilidad «*ultra vires*», en los siguientes casos: 1) si toda la herencia fué distribuida en legados y no hay activo bruto suficiente para cubrirlos totalmente; 2) si el heredero aceptó la herencia a beneficio de inventario; y 3) si éste fuese insolvente o no la tuviese bastante para cumplir los legados que excedieren del valor líquido del caudal relicto. Sin perjuicio de que, en este último caso, continúe el débito del heredero frente al legatario no satisfecho, que deberá saldar, de llegar a mejor fortuna, conforme al principio de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.971.

c) Finalmente, el artículo 891 parte del doble supuesto de que toda la herencia se haya distribuido en legados y de que, habiendo suficiente activo bruto para satisfacerlos, existan deudas y gravámenes por satisfacer.

d) Puede darse un supuesto por el que deban jugar combinadamente los artículos 887 y 891, cuando no hubiere activo líquido suficiente para satisfacer todos los legados y además existieren deudas. En este caso deberá distribuirse el activo conforme al artículo 887, y luego prorratearse las cargas conforme determina el artículo 891, pero solamente—es claro—entre quienes hubiesen percibido sus legados—por lo menos en parte—y distribuyéndolas en proporción a lo que efectivamente hubiesen recibido.

Pero ¿quid en el caso de haberse instituido heredero y de aceptación por éste a beneficio de inventario? ¿Debe aplicarse sólo el artículo 887? Así parece ser, poniéndolo en relación con el supuesto de los artículos 1.028 y 1.030. Y salvo, en el caso del artículo 1.029, de aparecer otras deudas después de pagados los legados y no quedando en la herencia bienes suficientes para satisfacerlas, en cuyo caso debería aplicarse analógicamente el artículo 891.

Claro que, con esto, llegamos a resultados distintos según se hayan liquidado las deudas previamente o no hubiese sido necesario hacerlo así. En el primer caso resultarían privilegiados, por el orden que el artículo 887 señala, los legados que se determinan en los cinco primeros números de este precepto. En el segundo, dicho privilegio desaparece y las deudas se prorratean.

Francamente, no alcanzamos a ver qué razón puede justificar que exista esa diferencia de criterios respecto de uno y otro caso.

(253) ¿Y los legatarios de parte alicuota? De esta cuestión pensamos ocuparnos en la segunda parte de este trabajo.

los que lo fueren, no alcancen para satisfacer los complementos de legítima por cubrir.

3.ª La reducción de legados «se hará a prorrata sin distinción alguna». Salvo si el testador hubiese dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros. En cuyo caso no sufrirá el indicado reducción, sino después de haberse aplicado los demás por entero al pago de la legítima (art. 820 núm. 2) (254).

4.ª Si hubieren de reducirse dos o más donaciones (255), «se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente» (256).

En consecuencia, el hecho de que la *actio ad supplementum* pueda dirigirse directamente no sólo contra los herederos, sino incluso, en su caso, contra los legatarios, hace que esta acción, aunque se acepte como personal, tenga detalles que la asemejan y acercan a las acciones reales y que—conforme a las indicadas afirmaciones de Gómez—«sit ipso iuris in bonis et substantia defunctis». Resultando «in rem scripta», por lo menos mientras los bienes hereditarios no hayan salido de manos de los herederos y legatarios o de quienes les sucedan a ellos en la causa (257).

Finalmente, en caso de venta o cesión por cualquier otro título de la participación que en el caudal corresponda a algún heredero, debe entenderse que la *ac. ad supplementum* que contra él competía, podrá igualmente ejercitarse contra el adquirente (258), sin que el vendedor, salvo pacto en contrario, venga en este caso obligado a responder al comprador, ya que, conforme al artículo 1.351 C. c., aquél sólo será responsable de su cualidad de heredero

B) *Cuál es el límite del suplemento de legítima.*

La cuestión del límite del suplemento de la legítima está íntimamente ligado con el problema de la naturaleza jurídica de la llamada legítima lata y con la pretendida exclusión de las mejoras tácitas (259).

Manresa (260) y Sánchez Román (261) la fijaron en la parte viril correspondiente al legitimario en los dos tercios (legítima

(254) El supuesto de concurrencia de mejoras que excedieren del segundo tercio y de legados que no tuvieran aquel carácter, y que, sumados al excedente de aquéllas, no cupieren en el tercio libre, lo estudiamos en nuestra citada conferencia *La mejora tácita...*, IX-5.

(255) Tratándose de donaciones *mortis causa*, ver lo que expusimos en nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil*. X-II, a) (*Annals* cits., págs. 742 y sigs.).

(256) Sobre la imputación de donaciones no colacionables y la cuestión de la penetrabilidad o impenetrabilidad entre el segundo y tercer tercio de la herencia, ver nuestra referida conferencia *La mejora tácita...*, VIII-7.

(257) Sucesores propiamente dichos. Es decir, sucesores en la relación jurídica, no meros adquirentes de bienes o derechos.

(258) Ver JORDANO VAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en ANUARIO DERECHO CIVIL, tomo III, fasc. 3.º, págs. 695, *in fine*, y 696.

(259) Ver nuestra conferencia citada, *La mejora tácita...*, V-5 y VI-I.

(260) Op. y vol. cits., pág. 361.

(261) Op. y vol. cits., págs. 937 y sigs.

larga), salvo si el causante hubiere dispuesto mejoras, en cuya hipótesis la porción viril la calculaban sobre «el resto que quede de estas dos terceras partes, después de deducido el importe de la mejora».

En otra ocasión (262) manifestamos nuestro criterio sobre este punto. Consideramos que la «*actio ad supplendam legitimam*» va encaminada a asegurar su mínimo legal a cada legitimario. Deduciendo de ello que si fuera ejercitada frente a un heredero no forzoso por un legitimario, o por todos ellos en bloque, debe referirse a los dos tercios; pero que, usado por uno solo de los legitimarios—siempre que lo atribuido a todos ellos en su conjunto alcance globalmente los dos tercios—se limita la acción a referirse a lo correspondiente a aquél exclusivamente por legítima estricta.

Nuestra opinión en este segundo supuesto indicado la apoyamos en el siguiente silogismo:

Premisa mayor: voluntad del testador, que es ley de la sucesión (art. 675 C. c.). La palabra heredero supone un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, o bien a coparticipar de ella con los demás instituidos (Sentencia 16 abril 1947); mientras que el llamamiento concreto a una cosa determinada es siempre un legado (art. 678 C. c.). Por tanto, el testador que designa un heredero y un legatario expresa claramente su voluntad de que aquél reciba todo el haber, excepto la cosa o porción expresamente legada.

Premisa menor: el límite legal de dicha voluntad, habiendo varios descendientes legitimarios, para cada uno de ellos con respecto a los demás, lo constituye su respectiva legítima estricta (art. 808). La naturaleza del tercio de mejora explica esta realidad. Como dijo Alfonso de Azevedo (263) «*nam tertium honorum secundum supra dictos (se refiere a Suárez y Segura) inter filios et descendentes non dicitur, nec reputatur legitima, secundum Castillo et melius Baeza, et Suárez, et Tellius, et ita debet intellegi, id quod ipse Tellius dicit, dicentes esse tertium legitiman nam debet intellegi respectu extraneorum non vero descendentium*». O, como razonó Sancho Llamas y Molina (264), recogiendo la opinión de Covarrubias y Matienzo, «aunque el tercio de mejora sea legítima de los hijos respecto a extraños... el tercio no es legítima de los hijos respecto de los nietos y descendientes, y, por tanto, se puede dejar a cualquiera de ellos sin injuria de su padre».

Conclusión: Si la voluntad del testador es dejar tan sólo la cosa legada a uno de sus legitimarios; y si, habiendo varios descendientes legitimarios, aquella voluntad no tiene más límite que

(262) *Imputación de legados...* loc. cit., pág. 331.

(263) *Comentarii juris civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones*, tomo III (libro V de la Novísima Recopilación). Lugduni, 1737, comentando la Ley 3.^a del Título VI del indicado libro, en la que se recoge la Ley 19 de Toro (página 160, núm. 8).

(264) *Comentario crítico-jurídico literal de las ochenta y tres Leyes de Toro* (3.^a ed., Madrid, 1853), tomo I, págs. 344 y sigs.

el respetar la legítima estricta de aquél, es claro que dicho legítimo sólo podrá pedir el complemento de su legado hasta cubrir su cuota mínima legalmente fijada.

§ 10. POR QUÉ TÍTULO SE ENTIENDE ATRIBUÍDA LA LEGÍTIMA CUANDO FUÉ DISPUESTA POR PALABRAS COMUNES

Como escribió el jesuíta Luis de Molina (265), «hemos de observar aún que dentro de la institución directa de heredero existen los términos llamados comunes, y aquellos otros que los jurisperitos llaman términos propios o civiles. Son éstos los que, empleándose según el debido sentido, no pueden confundirse ni acomodarse al legado ni a la substitución fideicomisaria; por ejemplo: sea Pedro mi heredero; o sea Pedro heredero; o instituyo heredero a Pedro. Y aunque no se añada la palabra heredero bastará decir: instituyo a Pedro en la cuarta parte, o en la quinta parte de mis bienes, o en tal fundo o tal otra cosa determinada, pues estas son palabras propias y civiles, que denotan y significan institución de heredero».

«Son palabras comunes—prosigue el citado texto—las que sirven indistintamente para la institución directa de heredero, para el legado o para la institución fideicomisaria de heredero, como, por ejemplo: dejo (*relinquo*), suceda y otras semejantes».

Nuestros clásicos se plantearon el problema del valor de estos términos comunes (especialmente la palabra *relinquo*) referidos a la universalidad de la herencia, a una cuota, a una cosa: cierta o a especie y cantidad determinadas.

a) Nadie dudó de que aplicadas a la universalidad del caudal, significaban institución de herederos.

La Ley 6, tit. III, sexta Partida, en su último versículo, así lo reconoció: «sobre todo dezimos que el establecimiento del heredero se puede aún fazer por otras palabras; así como si dixesse aquel que lo fazia: Fulano sea mió heredero; o: Quiero; o: Mando que lo sea; o si dixese: Fulano sea señor de todas mis heredades; o: Haya todos mis bienes; o: Dexo todo lo que he; o otras palabras cualesquiera, semejantes destas, porque se pudiese mostrar su voluntad en esta razón».

Gregorio López (266) corrobora dicha afirmación, entendiendo que la palabra *habeat* y la palabra *relinqui* «adjectis universitatibus honorum, inducit institutionem, ut hic, et in cap. Raynulfus, de testam. et ibi notat Abb., Bartol. in l. centurio (ley 45), final col., D. de vulgar et pupillar».

Opinión que sustentaron Palacios Rubios (267), Antonio Gó-

(265) Op. y vol. cit., Disp. CLV, núm. 8, pág. 591.

(266) Gl. última de esta Ley a las palabras «todo lo que he».

(267) Op. cit., Lex 24 Tauri, núm. IX (pág. 596), apelando a la autoridad de Bartolo y Saliceto.

ñez (268), el jesuíta Luis de Molina (269), así como los demás autores, sin que sepamos de excepción alguna.

b) Menos unánime, aunque en general orientada a solución puesta a la anterior, fué la opinión sustentada por los autores en los supuestos en que las palabras comunes se aplicasen a cosa cierta, especie o cantidad determinadas: Haciéndolas significar atribución de legado o prelegado.

Así, Díaz de Montalvo (270), Palacios Rubios (271), Matienzo (272), Covarrubias (273), Antonio Gómez (274), el citado Molina (275), etc.

Sólo el Abad Panormitano y Dumoulin, según cita de Covarrubias (276), pretendieron que la palabra «*relinquo*» aplicada a cosa singular significaba institución, cuando se dejaba dicha cosa a quien debía ser instituido heredero.

No obstante, si el testador, además de decir «dejo tal cosa a mi hijo», añadiera ser su voluntad que valga el testamento del mejor modo y forma que valer pueda (ut valeat omni meliori modo, quo valere possit) fué común doctrina, iniciada por Baldo, que cita y aprueba Gregorio López (277), que el llamamiento debe entenderse a título de institución—que en dicho caso sería *ex re certa*—«dado que las palabras deben tomarse atendidas las circunstancias y calidad de la persona que habla» y «que sería muy duro y contra la equidad natural el que a una palabra genérica no se le diera el sentido, según el cual puede sostenerse la disposición». Opinión que vemos admitida por Matienzo (278) y Covarrubias (279).

c) Más discutida fué la cuestión cuando dichos términos vulgares eran referidos a cuota o parte proporcional de la herencia.

(268) *Variae*..., cap. X. núm. 12, vers. «ex quo infertur» (pág. 117).

(269) Op. y vol. cits., Disp. CLV, núm. 9 (pág. 592).

(270) Glosas al Fuero Real de España, ed. Salamanca, 1569, lib. III, tit. V, ley 9.ª, gl. a las palabras «mejorar a algunos».

(271) Loc. últ. cit., donde cita en su apoyo a Bartolo, Angeli y Saliceto.

(272) Op. cit., lib. V, tit. IV, Ley 1.ª, gl. I, núm. 62 (fol. 81 vto.): Ni aun cuando la asignación de cosa cierta con palabras comunes se hiciese a favor de un hijo no instituido en la universalidad ni en cuota alguna de la misma. Afirmando que «Verbum enim, relinquo, addictum certae rei, non refertur ad haereditatem, nec videbitur hoc casu filius institutus».

(273) Op. cit., cap. Raynutius. § 1.º *De haered. instit.*, núm. 9, págs. 67: «verbo, relinquo addictum rei alicui in specie non inducit haereditatem».

(274) Loc. últ. cit., núm. 12, verss. «Nunc vero» y «Ex quo infertur».

(275) Loc. últ. cit., núm. 1, pág. 593.

(276) Ver esta referencia en COVARRUBIAS, loc. cit., núm. 9 (pág. 68), que explica cómo, según Juan de Imola y Alejandro, fué asimismo de esta opinión Baldo, en determinado texto, demostrando la inexactitud de esa referencia y la opinión contraria de este autor.

(277) Gl. 8 a la Ley 5.ª del Tit. VIII, 6.ª Partida, a las palabras «como a heredero».

(278) Op. y gls. cits., núm. 82, pág. 63.

(279) Op., vol. y cap. cits., § 1.º, núm. 4, pág. 67.

Por una parte, Díaz de Montalvo (280), Palacios Rubios (281) y otros muchos admitieron que significaba institución de heredero.

Antonio Gómez (282) y Covarrubias (283), en sentido opuesto, entendieron que los llamados a una cuota en términos comunes debían tenerse por meros legatarios. A esta afirmación de Gómez, el jesuita Molina (284) objetó que aquél la fundamentaba tomando un argumento indirecto de la *l. Cogi. párr. et generaliter ff. ad Trevell*, pero que en dicho párrafo solamente se habla del instituido en cosa cierta y en cuota de herencia *por palabras indirectas* sin referirse a las comunes.

Covarrubias (285) entendió que esa palabra aplicada a cuota hereditaria no implicaba institución ni siquiera refiriéndola a los hijos, que formalmente debían instituirse.

Notemos, por otra parte, que algún autor de los que inferían institución del llamamiento de cuota hecho en términos vulgares —como los citados Montalvo (286) y Palacios Rubios (287)—, al referir éstos a la mejora, consideraron que no inducían institución, sino prelegado, cuando el mejorado también hubiese sido instituido en el remanente sólo o juntamente con sus coherederos.

De no ser así, es decir, en el supuesto de decir el testador «dejo (reliquo) a la hija el tercio», sin hacer más mención de ella, opinó Palacios Rubios (288) que debía entenderse atribuido dicho tercio a título de institución: «porque a la palabra *relinquo* está añadido cuota de bienes. Por esta razón no se dice preterida, *porque la voluntad del testador debe sanarse, donde la significación de las palabras no repugne*».

En cambio, en general, el llamamiento con palabras comunes a la legítima, fué reputado como institución. Así lo dicen Angulo, Paulo de Castro y Gregorio López. También Matienzo (289) afirmó «quoties testador in testamento dixit, relinquo filio meo legitimam aut partem legitimam, tunc enim titulo institutiones relinquisse videtur».

No obstante, como siguiendo la exposición de Pablo de Cas-

(280) Loc. últ. cit., vers. «An autem» (referido a «certae rei»), y vers. fin. («hic. verbum relinquo adiicit certae speciei seu quantitati non traitur ad titulum institutionis»).

(281) Loc. cit., núms. IX, X, XI y XIII (págs. 596 y sigs.).

(282) Loc. últ. cit. Diciendo que los llamados «in re certa, *vel quotas*», cuando lo fueran «per verbum obliquum, *vel comune*», «tunc censetur mere legatarius».

(283) Loc. últ. cit.

(284) Núm. 10, cit.

(285) Núm. 9, cit., vers. final: «Imo verbum, relinquo, addiecto quotae haereditatis, non inducit institutionem in filius, que formaliter sunt instituendi».

(286) Gl. cit.

(287) Loc. cit., núm. XVIII (pág. 597): «Secus quando filius consequitur tertiam iure praelegati, tunc enim non dicitur legitima. Sed praelegatum...», «et in omnibus naturam legati vel praelegati sortitur».

(288) Loc. cit., núm. XIII, pág. 596.

(289) Loc. últ. cit., núm. 61, fol. 81 vot.

tro indicó Gregorio López (290), no faltó quien defendiese la posición contraria, fundándose en que la legítima es parte de los bienes, más no de herencia; pues aquélla se debe del líquido resultado de la segunda, esto es, deducidas las deudas (ley 8, § 8, Dig. de inoff. testam.); y, además, porque la institución en una parte de los bienes no se considera disposición universal, si se hubiese nombrado otra persona con el título de heredero (l. 66, § 2 D. ad Trebell.).

Gregorio López (291) distinguió del anterior supuesto el caso en que el padre deje *algo* al hijo por su legítima. Reconoció que la mayoría de los doctores parecen estar por la afirmativa, como Bartolo, Baldo y Fugosio. Pero más bien se inclina por la opinión contraria, sostenida por Saliceto, Juan de Imola, Alejandro, Jason, Guillén Beneded, juzgando que parece estar más de acuerdo con aquellas palabras de la ley 5, Tit. VIII, Part. 6.ª: «más si aquella parte le dejasse en el testamento *non como e heredero...*»

No hemos expuesto esta cuestión por mero entretenimiento ni como curiosidad puramente histórica. Contrariamente, nos sirve para centrar el problema que pretendemos resolver de acuerdo con nuestro Derecho positivo vigente.

Tratamos de indagar a qué título se entenderá deferida la legítima cuando el testador se limite a decir, con términos vulgares, «dejo a mi hijo X, lo que por legítima le corresponda», o «cuando por legítima estricta deba haber». O bien, si previamente o después de otorgar la institución de herederos, declare dejar el tercio de legítima estricta a todos los hijos por iguales partes.

Indudablemente, el problema consiste en determinar cuál ha sido la verdadera voluntad del testador. Es cuestión interpretativa, para cuya solución es imprescindible atenerse a las pertinentes normas del Código civil, artículos 675, 668, párrafo 2.º, y 660.

El primero de dichos artículos, en su § 1.º, expresa que: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.»

El párrafo segundo del artículo 668 aclara: «En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.»

Y el artículo 660 dice: «Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario, al que sucede a título particular.»

De la conjugación de esos tres preceptos, inferimos que si el testador al dejar a un hijo su legítima pretendió llamarle a título universal, indudablemente debe considerarse como heredero a

(290) Gl. 1 de la Ley 5.ª, Tit. VIII, 6.ª Partida, a las palabras «dexo a su fijo su parte legítima».

(291) Gl. 2.ª id. lev.

dicho hijo, aunque no se hubiere usado esa palabra al hacerse el llamamiento. Pero la cuestión no queda, con esto, resuelta. El padre al disponer a favor de un hijo lo que por legítima le corresponda, ¿le llamó, realmente, para que le sucediese a título universal?, ¿fué esa su intención?

Aclaremos, ante todo, que para resolverlo, hoy no se padece la coacción que suponía antaño la ineludible alternativa que se planteaba entre entender instituido heredero al legítimo llamado en términos comunes a su legítima, o bien considerarlo como legatario incurriendo en este caso en el consiguiente vicio de desheredación no ritamente verificada. Según hemos visto, no es ya necesario instituir heredero al legítimo, con lo cual desaparece esa presión que sin duda supone para el intérprete el hecho de tener que optar entre una interpretación que permita la validez de la institución y otra que produzca su ineficacia.

Seguidamente conviene rememorar en qué consiste la sucesión a título universal. Diferenciándola de la impropriamente llamada sucesión a título singular, que no es sucesión «*stricto sensu*», sino simplemente una adquisición. En efecto, se puede adquirir a título singular una universalidad de bienes, así como adquirir una sola cosa en virtud de una sucesión a título universal. Lo primero ocurre cuando se compra en bloque un conjunto de bienes o se adquiere a título de legado una cuota de bienes hereditarios. Lo segundo, cuando se hereda un caudal que de hecho se halla reducido a un solo fundo o a un único bien de cualquier clase (292).

Anteriormente hemos indicado (293) que lo característico de la sucesión a título universal es, o bien el hecho de colgarse el heredero, solo o juntamente con otros coherederos, en lugar del causante en todas y cada una de sus relaciones jurídicas activas y pasivas—*versión romana*—, o bien en la adquisición de la totalidad, o de una cuota o parte alicuota de un patrimonio, con todas sus cargas afectando inseparablemente a los bienes del mismo—*versión germánica*—. Es decir, que el dato más destacado de la sucesión a título universal consiste en la transmisión al heredero de las deudas del causante, sea por asumirlas personalmente, en virtud de la indivisibilidad de la aceptación de la herencia, o bien grabando inseparablemente los bienes de la universalidad adquirida, de forma que en esta segunda hipótesis el heredero—liquidador antes que adquirente—deba satisfacerlas con cargo al activo por él adquirido.

Ahora bien, ¿reúne esas características al hacerse efectiva a

(292) VIÑICO (*Select. Iuris Quaest.*, cap. XXIII, cit., págs. 40 y sigs., distingue con toda lucidez ambos supuestos. Así le vemos aludir a la adquisición a título singular de una universalidad, cuando expone: «*aut allegat titulum sed universalem, scilicet pro haerede...; aut allegat titulum singularem, et hunc vel in universitate sive haereditate aut parte hereditatis... vel in re singulare*». También observa: «*ne confundamus possessore rei singulare cum possessore titulo singulare*».

(293) Ver. § 7, pág. 481.

favor del legitimario la transmisión que el causante le dispuso al asignarle con palabras comunes su legítima?

La respuesta va ligada al problema de cuál es la naturaleza de legítima cuando se atribuya en su forma pristina. Es decir, no embebida en una institución de heredero ni especificada mediante la asignación de un legado, sino como atribución genérica de la mínima participación que la ley impone.

Varias teorías han pretendido explicarla:

a) *Tesis de la legítima como «pars valoris».*

Según ella el legitimario no adquiere sino un crédito contra el heredero, ya sea de carácter puramente personal (294) o bien con afección real sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia (295). Esta teoría resulta incompatible con la normal naturaleza que el Código civil atribuye a nuestra legítima, según resulta de los artículos 806, 808, 809 y «sensu contrario» de los artículos 821, 829 y 1.056, párr. 2.º, dado el carácter excepcional de sus supuestos.

b) *Teoría de la legítima «pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet».*

Entiende que la legítima supone una titularidad sobre el valor pecuniario de los bienes que integran el patrimonio hereditario con la «naturaleza propia de derecho real de realización de valor que afecte a modo de carga o gravamen a todo el patrimonio hereditario, y por consiguiente a todos los bienes relictos, en su consideración de elementos del valor mismo», y que debe traducirse en la percepción de este valor, no en dinero, sino en «bienes hereditarios *in natura* según las reglas de la división de herencia».

Esta es la opinión defendida por Roca Sastre (296)

La legítima, según ese sistema, se diferencia de la subespecie de legítima *pars valoris*, con afección real sobre los bienes hereditarios, en cuanto debe ser satisfecha precisamente en bienes de la herencia y no en dinero. En ambos sistemas puede decirse que la legítima es *pars valoris bonorum*. Pero así como en el primero es

(294) Legítima simple crédito personal como en el parágrafo 2.303 del B. G. D.

(295) Naturaleza atribuida a la legítima catalana, conforme admiten la mayoría de los autores del Principado, reconocida y regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

VIVES Y CEBRIÁ. *Usatjes y demás derechos de Cataluña* (2.ª ed., Barcelona, 1861), tomo II, pág. 25 (lib. VI, tit. V), apoyándose en CÀXER (Pars. I, capítulo III, núm. 16), nos expone la génesis de esta *tacitam hypotecam*, fundada en que los legitimarios, cuando son legatarios, no deben ser de peor condición que los demás legatarios, que—hasta la Ley Hipotecaria de 1861—gozaban de hipoteca legal tácita y general sobre los bienes de la herencia, en garantía del pago de sus respectivos legados.

(296) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit.; ver especialmente las páginas 202, 203 y 206, núm. 3.

traducible y pagable en dinero, en el segundo debe concretarse normalmente «*in natura*» en bienes del caudal relicto (297).

Asimismo se distingue de la legítima *pars bonorum*, en la ecuación que media entre la sincrónica a actuación de *periculum* y *comodum* en todas y cada una de las cuotas de cualquier cotitularidad (298) y la fijeza e inmutabilidad de valor de una participación previamente tasada, de una cosa o un patrimonio, a pesar de las oscilaciones de valor que éste sufra.

Para Roca Sastre (299), en el Código civil, «la legítima tiene un valor económico *fijo, tasado, inmutable*, no susceptible de aumento o disminución, a consecuencia de las variaciones de valor que, con posterioridad al fallecimiento del causante, se produzcan en los elementos hereditarios. El aumento o depreciación de estos elementos lo recibe o soporta exclusivamente el heredero o herederos, pero no los legitimarios». Así resulta—según dice—del artículo 818 al disponer que «para *fijar* la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador». Lo mismo dispone el artículo 654 al hablar de la imputación del valor líquido de los bienes del donante «al tiempo de su muerte».

Es decir, que para Roca Sastre, «*die mortis*, los legitimarios sólo tienen asignado un valor dinerario tasado, y esta situación de titularidad subsiste hasta que en satisfacción de la legítima se distraen bienes de la masa relicta» (300). Parece, pues, que según esta tesis no es necesario que el legitimario reciba en su día una

(297) PORPETA (conf. y loc. cit., págs. 178 y sigs.) usa la expresión «*pars valoris bonorum*» en distinto sentido que ROCA SASTRE. Así como este último la asimila a lo que nosotros denominamos, traduciendo su pensamiento, «*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*», PORPETA le da el significado equivalente de una «*pars valoris*» garantizada con los bienes de la propia herencia, a modo de hipoteca. Así dice que: «si se enlazan los dos conceptos de *pars valoris* y *pars bonorum* en un complejo de *pars valoris bonorum*, tendremos que ir a parar como consecuencia ineludible a que de unos determinados bienes se extraiga su propio valor». Deduciendo que: «esto exigiría, o que la forma normal de pago de la legítima consistiera en una forzosa enajenación de los bienes hereditarios, o que el derecho de legítima, por su propia naturaleza, estuviese asegurado con una afección real, por ministerio de la ley. Lo primero no ocurre nunca. Lo segundo supondría una anotación preventiva (incompatible con el derecho que al legitimario otorgan las leyes para promover el juicio de testamentaria) o una hipoteca. Y en ambos supuestos quedaría desvanecido el pretendido carácter autónomo de la titularidad sobre el valor y convertida ésta, como no puede ser menos, en simple derecho accesorio».

Como palpablemente queda comprobado, ambos prestigiosos autores usan esa expresión dándole un sentido completamente distinto.

(298) Así ROCA SASTRE (loc. últ. cit., pág. 199) explica que las mismas fluctuaciones del mercado, acrecimiento y aminoración que recibe o sufre el elemento objetivo de un condominio, lo reciben o sufren cada una de las participaciones ideales en que se entiende dividido. Así: «las cuotas podrán ser, por su módulo, constitutivamente distintas, pero sustancialmente todas están sometidas sincrónicamente al mismo fenómeno de aumento o disminución en su objetividad económica».

(299) Loc. últ. cit., págs. 199, *in fin.*, y 200, *in princip.*

(300) Pág. 200.

ava parte de los bienes del caudal líquido, sino que sólo tiene derecho a percibir una cantidad de bienes, del mismo caudal, suficiente para cubrir el valor que tuviera aquella ava parte precisamente en el momento del fallecimiento del causante. Es decir, que no es el derecho a una parte alícuota de bienes, sino el derecho a la cantidad de bienes equivalentes al valor que en aquel momento dado tenía aquella ava parte. Se fija así el valor, aunque posteriormente se desdibuje la proporción originaria.

c) *Teoría de la «pars bonorum».*

El legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario. Con la particularidad de que así como la proporción que respecto al todo representa su cuota está previamente fijada, en cambio el conjunto de bienes a que aquélla se refiere sólo resulta concretado definitivamente después de la liquidación del pasivo que dejó el causante. Y aun, en ese momento, si bien se concreta la masa, idealmente dividida por el denominador representativo, en cambio no se individualizan—a no ser que lo hubiere hecho previamente el testador—los bienes sobre los que ha de traducirse en el momento de la partición (301).

d) *Sistema de la legítima «pars hereditatis» (302).*

El legitimario es coheredero. Como tal, sucede al causante en todas sus relaciones jurídicas; en la totalidad de sus derechos y obligaciones. Concretamente es un cotitular del activo y pasivo hereditario, que, en cuanto a los derechos se traduce en una serie de cotitularidades especiales cuyos sujetos definitivos están transitoriamente indeterminados (303). Y en cuanto a las obligaciones,

(301) PORPETA (loc. cit., págs. 171, *in fine*, y 172) dice que la expresión *pars bonorum*, en su sentido más estricto, «representa una cuota de haberes determinada en función de la cuantía del caudal y libre del pasivo hereditario».

(302) Hace notar PORPETA (loc. cit., pág. 172) que «es de sumo interés conjugar los dos conceptos de «cuota de herencia» y «cuota de bienes» a la luz de los principios rectores de cada ordenamiento según sus raíces históricas, pues si concebimos la herencia *more germanico*, como una resultante de las operaciones practicadas en busca del haber líquido, o lo que es lo mismo, *deducto aere alieno*, nos veríamos seriamente comprometidos para trazar una divisoria firme entre *pars hereditatis* y *pars bonorum*, siendo por el contrario más difícil la discriminación respecto del *hereditas romana*».

(303) Muy discutida ha sido en nuestro Derecho la naturaleza de la cotitularidad hereditaria.

Para CAMPUZANO (*Elementos de Derecho Hipotecario* [Notarías], Madrid, 1931, vol. I, págs. 370 y sigs.), y según la Resolución de 29 agosto 1925, se trata de una comunidad *zur gesammte Hand*.

FERNANDO DE LA CÁMARA (*El derecho hereditario sin abstracto*, en *Revista Crítica Der. Inm.*, año 1926, pág. 182) y ROC SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 541) la han conceptualizado como propiedad romana por cuotas, pero referida al patrimonio hereditario considerado como *universum ius*.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, tomo III, página 368) la juzgó intermedia entre la comunidad y la persona jurídica, y GARCÍA GRANERO (*Cotitularidad y comunidad*, en *Rev. Crít. Der. Inm.*, año 1946, pág. 624) entre la *gesammte Hand* y el *Mitteigentum*.

Según CHAMORRO (*Los derechos hereditarios*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo 160, abril 1941, pág. 331) da lugar a una copropiedad romana sobre cada

al contrario que en el Derecho romano, produce una relación de solidaridad pasiva (304).

¿Cuál es el sistema adoptado por nuestro Código civil?

Excluyendo los supuestos especiales—legítimas del viudo y del hijo natural, de que antes nos hemos ocupado, y actuación de los preceptos contenidos en los arts. 821 y 829 y párrafo 2.º del 1.056, de que trataremos en la segunda parte de este trabajo—, es indiscutible que por las razones apuntadas, en nuestro Código la legítima no puede considerarse como «*pars valoris*».

Desechada esa posibilidad, vamos a discutir la tesis que conceptúa la legítima como «*pars valoris bonorum quam in specie heres solvere debet*», que más exactamente podríamos calificar como una «*pars bonorum*» no concretada en una cuota alícuota, sino fijada en el valor nominal—en moneda en curso— que aquella cuota tuvo en la fecha del fallecimiento del causante.

Su característica, se ha expresado que reside en la fijación de su valor, que queda inamovible en su equivalencia dineraria una vez haya muerto el causante. Según esta teoría, en el momento del pago de la legítima, bastará satisfacer una porción del activo hereditario equivalente al valor, que en el instante del fallecimiento del causante había tenido la avana parte del activo que al legítimario proporcionalmente le correspondía.

Sin duda, Roca Sastre, al pretender la vigencia de esa construc-

uno de los bienes del caudal y tantos créditos y obligaciones mancomunadas como derechos u obligaciones existen, pero sin poder de disposición sobre los respectivos derechos en cada comunidad. Esta construcción parece conjugarse mejor con la «reserva de bienes de todas clases» de los *pays de coutumes* del antiguo Derecho francés—ver la obra de Mme. WEIL FREIBOURG, que cita PORPETA [loc. cit., pág. 184]—que significaba «que el reservatario tenía derecho a recibir, no ya una fracción indeterminada de la universalidad patrimonial relicta, sino una parte de todos y cada uno de los bienes inmuebles que la componen»: pero con el aditamento, que esta reserva suponía, en vida del causante, una indisponibilidad a título de donación de las participaciones a ella sujetas.

Para Cossío (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 188) supone una comunidad romana sobre el patrimonio y una serie de comunidades germánicas concretadas en cada uno de los bienes singulares que del mismo formen parte.

Y, finalmente, FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Parte General, tomo II, Madrid, 1949, págs. 584 y sigs.)—a nuestro modesto parecer certeramente—ha precisado que solamente el título o la cualidad de heredero está en comunidad, mientras que respecto de cada bien o derecho existe de modo transitorio una indeterminación de sujetos interina, entre los coherederos. El módulo de esta especial cotitularidad lo indicz la respectiva cuota: pero ésta no se concreta en bienes determinados y sólo contablemente puede decirse que se refiere al patrimonio en su conjunto.

(304) En Derecho romano todo acreedor podía exigir a cada coheredero, a prorrata de su participación hereditaria, la satisfacción de la parte correspondiente de sus créditos contra el causante. Es decir, que los herederos respondían en forma simplemente mancomunada de todas y cada una de las deudas hereditarias (fragmento 2, § 5. y fragmento 3, Dig., X-II). En cambio, según el artículo 1.084 C. c., en nuestro Derecho vigente dicha responsabilidad de los coherederos ha pasado a tener carácter solidario.

ción, se fijó en los supuestos de previa concreción de la legítima en bienes determinados por disposición del testador. Es claro que en estos casos no se da la comunidad de *periculum* y *comodum* características de la comunidad propiamente dicha. Pero entendemos que ello no se debe a la naturaleza de la legítima, sino a la circunstancia de haberse individualizado los bienes con los que debe satisfacerse. El supuesto es análogo al que se daría en caso de hacerse la partición en la misma fecha del fallecimiento del causante.

Los supuestos en los que se pone a prueba el carácter y naturaleza del mínimo legalmente asegurado, son precisamente aquellos en que el testador deja a un legitimario—expresándolo así, en líneas generales—lo que por legítima le corresponda sin instituirle heredero. Y en este caso, nos consta que Roca Sastre se inclina por la partición—hágase cuando sea—del activo líquido en la proporción que indica el quebrado representativo de la cuota legitimaria según la ley (305).

Pero si en lugar de detenernos aquí agotásemos las posibilidades de la tesis, llegando donde nunca pretendió llegar su ilustre sostenedor, llegaríamos a consecuencias totalmente injustas.

Así, los bienes se valorarían con relación a dos momentos distintos, a saber: a la fecha del fallecimiento del causante a efectos del cálculo de la legítima, y con relación al tiempo actual a efectos de la suficiencia del pago que con ellos se hiciera.

Con un ejemplo aclararemos la cuestión:

En el momento de fallecer el causante X, su haber se componía exclusivamente de una finca rústica de veinte hectáreas de cabida, de un valor uniforme cada una, de cuarenta mil pesetas, lo que en total suma ochocientas mil pesetas; y teniendo un pasivo de noventa mil pesetas.

Para fijar la legítima de uno de los tres hijos del causante—los demás fueron instituidos herederos, mientras a aquél se le dejó lo que por legítima le correspondiese—debería procederse en esta forma:

$$800.000 - 90.000 = 710.000 : 710.000 : 3 = 270.000.$$

$$270.000 : 3 = 90.000; \text{ igual a la legítima estricta del hijo Z.}$$

Valorada de nuevo la finca en el momento de tenerse que pagar la legítima, resultó haber alcanzado aquélla—al vez más por depreciación de la moneda que por verdadero plus valor de la finca (306)—un valor de noventa mil pesetas por hectárea, y, por tanto, en conjunto, de un millón ochocientas mil pesetas.

(305) No obstante habla (lc. últ. cit., pág. 206) «de la percepción de *este valor*» refiriéndose a «la *pars valoris bonorum* que en principio atribuye la ley», que dice «tendrá lugar en bienes hereditarios *in natura*, según las reglas de la división de herencia».

(306) NÚÑEZ LAGOS (comentando la conferencia de MARÍN MONROY, *La colación. Historia crítica de los problemas de valoración*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, tomo 180, 2.º semestre 1946, págs. 722 y sigs.) se ha ocupado de un problema semejante. El relativo a la colación de los bienes donados por el padre a sus hijos, que valorados con relación a la fecha de la donación se colacionan a un caudal que en cambio se valora con referencia a la fecha del falleci-

En definitiva, aplicando hasta sus últimas consecuencias la teoría que examinamos, resultaría que al legitimario podría pagársele su legítima entregándole una sola de las veinte hectáreas que componían el único bien hereditario. Siendo así que de haberse efectuado el pago al tiempo de fallecer el causante, hubiese habido que entregar a Z, para dejar totalmente saldados sus derechos, una parcela del fundo no menor de dos hectáreas y veinticinco centiáreas.

¿Es eso lo que se ha querido disponer en el artículo 818 del Código civil, al decir que para *fixar* la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador? (307).

Notemos, ante todo, que el artículo 818 indica que «se atenderá al *valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador*». Pero lo que no se dice es que deba atenderse «al *valor que tuviesen a la muerte del testador los bienes que entonces quedaren*» (308)

miento del causante. Su intento se dirigió a resolver las injusticias provocadas por la desvalorización de la moneda, a base de distinguir cifra de valor y cifra de dinero. Para él, es cifra de valor, pero no cifra de dinero, la que debe considerarse a efectos de las indicadas valoraciones. Y, por lo tanto, la pretérita valoración debe hacerse traduciendo al cambio de la moneda actual el que tuviese la misma moneda en la fecha de la donación que se colacione.

(307) En este sentido es entendido por PELLA Y FORGAS (*Código civil de Cataluña*, tomo III, Barcelona, 1918, pág. 278).

(308) Los autores clásicos catalanes evitaban ese aleatorio resultado—indudablemente injusto cuando lo provocaba un ficticio cambio de valor de las cosas, producido por una disminución del valor de la moneda—a través de distinguir dos momentos distintos para determinar la cuantía de la legítima: el instante de la muerte del causante para fijar la composición y contenido del caudal relicto; y el momento del pago de la legítima para determinar el valor de la misma, traducido en dinero. De esta forma la legítima se valoraba en el mismo momento del pago y, por tanto, se pagaba no sólo con la misma unidad monetaria, sino con idéntico valor real al que sirvió de base a la valoración de la legítima.

VIVES Y CEBRIÁ (op., vol. y loc. cits., pág. 258) expone así el problema: «Por supuesto, para fijar la cuarta legítima es necesario ante toda cosa saber la consistencia de los bienes del padre o de la madre en el día de su muerte. Pero no basta esto, si que también es necesario que dichos bienes se valoren. Antiguamente en Cataluña, según Derecho común, la legítima debía pagarse precisamente en cuerpos hereditarios y por lo mismo rara vez podía ocurrir dificultad sobre la época que debía atenderse para la valoración de los cuerpos hereditarios, pues que aunque éstos hubiesen por el decurso del tiempo aumentado o disminuido de valor, entregándose los mismos cuerpos, participaba así el heredero como el legitimario de este aumento o disminución. Sólo podía venir el caso de distinguir las épocas cuando las fincas hubiesen desmerecido de valor por culpa del heredero, o bien hubiesen aumentado por industria del heredero, en cuyos casos era claro que este aumento o disminución perjudicaba o favorecía sólo al heredero. Pero como según la ley 2 de este título puede el heredero pagar la legítima en dinero y muchas veces la legítima se pide años después de la muerte del padre, y en este intermedio las fincas por sólo el transcurso del tiempo y por causas extraordinarias pueden haber aumentado o disminuido, se ha discutido muchas veces si la valoración debe hacerse con referencia al tiempo de la muerte del padre, o con referencia al tiempo en que se puso la demanda. Pero Fontanella, en la decisión 574 sostiene certeramente que debe atenderse al valor de los bienes al tiempo del pago o a lo menos de la reclamación del crédito, y de ningún modo al tiempo de la muerte del padre :

En perfecta equidad, si la legítima se calculó según el valor que los bienes de la herencia tenían al fallecer el causante, igualmente conforme a dicho valor debieran tasarse los bienes que posteriormente sirviesen para su pago al legitimario—salvo la cuestión de las mejoras y deterioros correspondientes o imputables al heredero—. Y así se hacía en el Derecho común, como indica Vies y Cebriá (309), «rara vez podía ocurrir dificultad sobre la época en que debía atenderse para la valoración de los cuerpos hereditarios, pues que aunque éstos hubiesen por el decurso del tiempo aumentado o disminuído de valor, entregándose los mismos cuerpos, participaban así el heredero como el legitimario de ese aumento o disminución».

Tan imbuído estaba el Derecho castellano de estas ideas, que Angulo (310), ocupándose de los supuestos en que un legado de cuota, como lo era la mejora de tercio o quinto, podía pagarse con su estimación en dinero, dictaminó que «hoc casu quando aestimatio quotae bonorum solvi potest, valor bonorum attendi debet nom secundum tempus mortis, sed secundum tempus solutionis». Por otra parte, una cosa es la fijación de la legítima para congelarla concretándola en un valor nominal dado, que supone una

lo mismo sostiene CÁNCER en la parte 1.ª, capítulo 3, número 28. Algunos, en corroboración de esto mismo, pretenden que así lo exige la razón natural, porque a no ser así, como el heredero tiene la elección de pagar en dinero o en cuerpos hereditarios, resultaría una desigualdad en perjuicio de los legitimarios, porque si los cuerpos hereditarios hubiesen disminuído de valor elegiría el heredero pagar en cuerpos hereditarios, lo que no podrían rehusar los legitimarios, pues que, por fin, él los entregaría según la valoración dada; y al contrario, si los bienes hubiesen aumentado de valor, elegiría pagar en numerario. Observan que de esto reportaría el heredero un beneficio en daño de tercero, porque si las fincas, v. gr., valían 12.000 al tiempo de la muerte del padre y después, al tiempo del pago, valían 18.000, destinando para el pago de la legítima 3.000, que es la cuarta parte de las 12.000, habría cumplido; no obstante que la cuarta parte de las 18.000 serían 4.500, librando así un beneficio de 1.500.»

Igualmente GIBERT (*Teórica del arte de Notaría*, traducido al castellano por TAPIA y anotada por FALGUERA, Barcelona, 1875, págs. 266 y sígs.) afirma que «si se aumentaren o disminuyeren los bienes del padre antes de pagarse dicha legítima, se ha de observar la regla siguiente: En cuanto a la cantidad se atiende al tiempo de la muerte; por lo que hace a la calidad o valor, al tiempo del pago; v. gr.: Cuando murió el padre había en la herencia una finca cuyo valor se aumentó después, de tal suerte que valiendo 100 al tiempo de la muerte, llegó después a valer 200. Se pagará de éstos la legítima, que siendo la cuarta parte importará 50, la cual se dividirá igualmente entre todos los hijos».

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 20 junio 1886, 15 junio 1869, 19 octubre 1870 y 11 junio 1873, impuso la injusta solución de fijar en el momento de la muerte del causante en cifra de dinero la cuantía de la legítima catalana, prescindiendo de que en el momento del pago hubiere desaparecido la proporcionalidad originaria entre el valor de los bienes y el valor efectivo de la moneda con que se pagase. Afirmando la Sentencia de 19 octubre 1870 que la doctrina de los autores antes referida «no estando admitida por la jurisprudencia de los Tribunales no puede servir de fundamento para un recurso de casación».

(309) *Usatjes y demás derechos de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1861, tomo II, pág. 258.

(310) *Comentarium ad leges Regios meliorationum*, Matriti, 1592, Lex Quarta (20 de Toro), glosa V, pág. 363.

fijación ficticia, precisamente por ser meramente nominal y tomada con una unidad de medida cuyo valor a su vez fluctúa (311). Y otra distinta es determinar o fijar su valor con referencia a aquel momento dado, simplemente para ver qué legados o donaciones resultan ser inoficiosos en aquel instante, precisamente decisivo para determinar la inoficiosidad.

Esa segunda finalidad, creemos que es la única que persigue el artículo 818 C. c. Parece indicarlo así su colocación entre el artículo 817, que dispone la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, y los artículos 819 y ss., que se ocupan del modo y forma cómo debe llevarse a cabo dicha reducción.

Los artículos 808 y 809 C. c., a juicio nuestro, confirman esta apreciación. Pues determinan que constituyen la legítima ciertas avas partes del haber. Naturalmente, en tanto que no se haya separado de éste. Su fijación, hecha antes de su separación e individualización, daría lugar a que dos valoraciones interdependientes entre sí se tomasen con raseros distintos (312).

Además, aceptando la teoría que discutimos, se contradeciría el concepto que de la legítima ofrece el artículo 806 C. c. Si, de acuerdo con ésa, la legítima es *porción de bienes*, deberá sufrir todas las alteraciones de valor que éstos sufran. Por eso *no puede fijarse su valor en el sentido de dejarlo «fijo» e «inamovible»*. Es el *contenido* del caudal y de su activo libre—del que ha de sacarse aquella cuota—lo que debe *fijarse* en este sentido. Pero *no su*

(311) Cuestión que nada tiene que ver con el problema del abono de las mejoras realmente hechas por los herederos después del fallecimiento del causante y antes de entregar su parte al legitimario. Esta debe regirse por las normas generales que el mismo Código civil determina al ocuparse de la posesión (artículos 453 y sigs. del Código civil).

Así aclaró FALGUERA comentando el párrafo de GIBERT transcrito en la nota que antecede: «Esto se entiende si el aumento o disminución del valor fué obra del tiempo o de la naturaleza; pero si provino de hechos del heredero, por ejemplo, si el heredero derribó un piso de la casa o edificó otro nuevo, este aumento o disminución no se toma en cuenta para el pago de la legítima, y se atiende para el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador» (página 267 ii).

Distinción que nos parece más clara que la que establece PELLA Y FORGAS, «como hace TRISTANY (*Sacri Supremi regis Castelloniae Senatus decisiones*, desc. 71, núm. 17) entre aumentos *intrinsecos* y *extrinsecos*, es decir, aquellos aumentos procedentes o no de la cosa, según observa VOET (*Commento alle Pandette*, vol. 1, pág. 1112). Pues esa última distinción deja en la penumbra los supuestos de cambio de valor por circunstancias de mercado y de falso plus valor por desvalorización de la moneda, aparte de interferirse en la cuestión de los frutos, en contra del criterio de la ley 73 D. XXXV-II y de la ley 3, título XI, 6.ª Partida.

(312) Cosa distinta sucede si el testador concreta la legítima en un legado de cosa específica de la herencia; lo que supone una individualización de riesgos con separación de la masa común, en cuyo caso bastará, por consiguiente, que el legado cubra la cuota legitimaria, según la valoración de aquél y ésta con relación a la fecha del fallecimiento del causante. Pero esto ocurre a consecuencia de la individualización de la cosa con que se ha de satisfacer la legítima, no de que ésta tenga en este caso carácter distinto.

valor, que sólo puede fijarse en el sentido de «calcularlo», de «determinar» su montante, con relación a un momento dado, pero sin implicar su petrificación (313). Cálculo que puede ser conveniente a otros fines y que es imprescindible para averiguar si resultan o no inoficiosos los legados y donaciones que el causante hubiere otorgado.

Claramente indica esa finalidad la ley 3.^a del Tit. XI, Partida sexta (314) en el título de su rúbrica que reza: «Que tiempo deve ser catado, para poder menguar las mandas, en razón de poder sacar el heredero la su parte legítima» (315).

Esa es la única finalidad del precepto. Y asimismo lo entiende Manresa (316), al deducir que «el verdadero objeto del artículo 818 es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para poder deducir la porción de que podrá disponer, y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima. Fijada en efecto la legítima, queda fijada la porción libre». Y sólo—añadimos nosotros—conociendo éstas y el valor de lo legado y donado por el causante, puede comprobarse si existen disposiciones inoficiosas y proceder a su reducción, si debiere acudirse a ella.

Queda, pues, la incógnita reducida a una alternativa entre las concepciones que respectivamente juzgan a la legítima como *pars bonorum* y como *pars hereditatis*. Es decir, la vieja cuestión que ya fué planteada y discutida durante varios siglos por los autores de Derecho común, entre los que predominó su consideración como *pars bonorum* (317)

(313) Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el verbo *fijar* puede significar «hacer fija o estable alguna cosa», pero igualmente también cabe que exprese «Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto».

El artículo 818 da reglas para fijar, en el sentido de *determinar*, el valor de la legítima con relación a un momento dado, el de la muerte del causante, con el fin de poder precisar qué legados y donaciones resultan inoficiosas y en qué medida. Podría, pues, decirse que *fija* su valor (en el sentido de determinarlo aunque sólo sea con relación a un momento dado), y *fija* (en el sentido de hacerla estable) la masa líquida de la que ha de deducirse proporcional y materialmente su contenido.

(314) Además, como observa VIVES Y CEBRIÁ (loc. y págs. cit.), refiriéndose a esta Ley de las Partidas y a la Ley 73 Dig. XXXV-II, «estas leyes no hablan del aumento o disminución de cada una de las cosas de la herencia, sino del aumento o disminución de los frutos de los cuerpos hereditarios, pues hablan de los hijos de los siervos o de los ganados que han nacido, de la lana que se ha trasquilado, de los quesos que se han hecho, cuáles cosas son un fruto de los cuerpos hereditarios que pertenece al heredero».

(315) Aunque se considere al legitimario como legatario de parte alicuota, se hallará en la misma posición, a este respecto, que el heredero legitimario, como comprobaremos en la segunda parte de este trabajo.

(316) Op. cit., vol. VI, pág. 370

(317) Así lo recoge GREGORIO LÓPEZ en el vers. final de su glosa a la Ley 5, título VIII, Partida Sexta, referida a las palabras «dexa a su fijo su parte legítima».

Vinnio (318) ha sido, a nuestro parecer, uno de los autores que mejor lograron captar y resolver, en el ámbito del Derecho romano común, ese arduo problema. Para ello, partió de la siguiente distinción:

a) La legítima justinianea era *pars bonorum*: 1.º, «si ponamus filio juste exhaeredito legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exhaereditatus obtinet, sed bonorum quota est»; y 2.º, si el hijo fué instituído «in re certa», concurriendo con él «coherede simpliciter scripto vel ex parte assis», ya que en ese caso aquel legítimario «legatarii loco habetur, ut neque actiones haereditarias exercere, neque a creditoribus haereditariis conveniri nequeat».

b) En cambio, era *pars hereditatis*, «si filius haeres institutus sit vel in ipsa legitima... vel ex parte aliqua haereditatis». Juzgando indudable, «quin ea pars, quam tamquam haeres jure haereditario habeo et titulo institutionis, sit pars haereditatis».

En este último supuesto, estimó compatible la circunstancia de que para calcular la legítima—conforme determinaba la Ley 8.ª, § 9, Digesto V-II—hubiese que deducir las deudas del causante y el hecho de que el instituído en dicha cuota respondiese a prorrata (hoy será solidariamente) como tal heredero de las deudas hereditarias. Igual sucedía—y así lo hizo patente—con la cuarta *Trebellianica*, que se calculaba sobre el importe del caudal líquido, no obstante lo cual, por recibirse a título de herencia, significaba para el fiduciario la obligación de responder a todos los acreedores de la herencia que no hubieren sido satisfechos, en una cuarta parte (cuota de la *Trebellianica*) de sus créditos respectivos.

No resultaba, pues, incompatible el previo cálculo del activo líquido que debía percibirse con la circunstancia de ostentar su percipiente la cualidad de heredero. La diferencia entre recibir esa porción como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*, radicaba en la existencia o inexistencia de esa responsabilidad mancomunada. Y se percibía en los supuestos de aparecer nuevas deudas después de hecha la liquidación de las conocidas y una vez satisfecha la legítima. Entonces quien la hubiese recibido como *pars hereditatis* debía responder de aquéllas personalmente y a prorrata, mientras que quien la obtuvo como *pars bonorum* sólo debía sufrir el reajuste de su cuota con los herederos, pero sin tener responsabilidad inmediata frente a los acreedores.

Hoy, a nuestro juicio, sigue siendo posible atribuir la legítima como *pars hereditatis* o como *pars bonorum* indistintamente. *Pars hereditatis*, cuando se atribuya a título de herencia. *Pars bonorum*, no ya solamente otorgándola a través de una institución «in re certa», sino también, sin necesidad de desheredar al legítimario, cuando se le deje su parte a título singular.

Y, ahí situados, volvemos a enlazar con la cuestión que pre-

(318) *Select. Juris Quaest.*, lib. I, cap. XXII, vol. cit., págs. 38 y sigs.

tendemos resolver: ¿es «*pars hereditatis*» o «*pars bonorum*» la legítima dejada con palabras comunes?

En ocasiones, examinando la disposición testamentaria, se observan determinadas circunstancias que aclaran la intención del testador. Así sucede cuando se contienen en cláusulas distintas la institución universal de heredero o herederos y el otorgamiento con palabras vulgares de la legítima. O cuando en la misma cláusula de institución se hace la salvedad de la legítima o legítimas de los no instituidos; v. gr., expresando que: «*Instituye heredero a X, sin perjuicio de las legítimas de Y y Z.*»

Pero otras veces, la expresión, tal vez inoportuna e incorrecta, de instituir en el remanente puede rodear de sombras a la intención expresada en la disposición, contenida en una cláusula anterior, en la que se dejó—así con este verbo vulgar—su legítima a alguno o todos los descendientes o ascendientes del propio testador.

Esto nos obliga a volver a ocuparnos del artículo 818 C. c. y a fijarnos de nuevo en su afirmación de que para fijar la legítima «se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas...» y, naturalmente, a examinar sus antecedentes.

Precedente legislativo: El artículo 648 del Proyecto de Código civil de 1851, que contiene un inciso igual al transcrito del vigente artículo 818, con la sola sustitución del pretérito perfecto de subjuntivo «que hayan quedado», por el pretérito imperfecto del mismo modo «que quedaren». Siendo de notar que García Goyena (319), comentando este proyectado precepto, no se preocupa de explicar el inciso «con deducción de las deudas y cargas»; pasándolo de largo al saltar de la glosa de las palabras «a la muerte del testador» al comentario de la coletilla «sin comprender, etc.», con la cual concluye el primer párrafo de dicho artículo.

Antecedente histórico remoto: El citado § 9.º de la Ley 8.ª del título II (*de inoff. testam.*) libro V, Digesto, texto de Ulpiano, que en su primer inciso observa: «*Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno (las deudas) et funeris impensa (los gastos de funeral)*». Sirviendo de enlace entre ambos textos—el romano y el nuestro vigente—las glosas de los comentaristas del Derecho común. Véase, v. gr., esa afirmación que, siguiendo a Saliceto, hace de pasada Gregorio López (320): «*omne aes alienum primo ab hereditate deductum; secundo vero ad aeris alieni similitudinem legitima filii deductur ex residuo vero solventur legata, detracta falcidia jure institutionis haeredi debita*».

El legitimario a quien el testador «deje» su legítima y que, una vez totalmente saldadas las deudas conocidas, hubiese recibido su cuota líquida, ¿deberá responder con los herederos en forma per-

(319) *Concordancias...*, vol. cit., pág. 97.

(320) Glosa final a la ley 5.ª, tit. VII. Partida Sexta.

scnal directa y solidaria de las deudas de la herencia que aparecieren posteriormente? O bien, ¿únicamente deberá sufrir la correspondiente reducción de su cuota, que directamente sólo podrá exigírsele por el heredero o los herederos que hubieren pagado aquellas deudas e indirectamente, mediante el ejercicio en su caso, de la acción subrogatoria, por los acreedores hasta entonces ignorados?

He aquí la prueba del fuego de la cualidad del heredero, de sucesor *in loco ius* en la hereditas, con su activo y su pasivo, derechos y obligaciones.

Se ha dicho que las palabras del artículo 818 que antes hemos transcrito tienen la clave de la cuestión. Y, naturalmente, como sucede con casi todas las claves no sabidas de antemano, se ha pretendido interpretarla de distintas maneras:

a) Por una parte, Manresa y Porpeta han entendido el artículo 818 dándole un sentido puramente contable. «El verdadero objeto de éste—dice el primero (321)—es llegar a conocer exactamente el total importe de la herencia de una persona para deducir la porción de que podría disponer, y aquella otra que, por ser indisponible, constituye la legítima.» Añadiendo Porpeta (322), «que lo único que aquí se busca es acotar la zona en que pueden moverse los actos de disposición a favor de personas extrañas y mediante el cálculo, que por fuerza tiene que recaer sobre el valor líquido de la herencia y no sobre su valor bruto.» Por eso niega rotundamente Porpeta que la legítima sea normalmente nada más que una parte de activo líquido y que, por ende, el legitimario nunca responda directamente del pago de las deudas hereditarias. Para él, la legítima puede presentarse bajo la forma de cuota de herencia o como legado, y de ello depende, y no de otra cosa, esta regla concreta de la responsabilidad. Pero estima que lo normal es que el legitimario sea heredero—y así debe darse por supuesto cuando el testador no le nombre legitimario—, entendiéndose que entonces «tendrá que concurrir como todos a la extinción del pasivo proporcionalmente a la cifra de sus bienes» (323).

(321) Loc. últ. cit.

(322) Loc. cit., pág. 191.

(323) Pag. 189. En la siguiente página comenta la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, diciendo ser cierto «que nuestro Tribunal Supremo ha llegado a decir cosas como ésta en la Sentencia de 10 de enero de 1920: «Distribuida la herencia en un tercio de mejora para los nietos, otro de legítima estricta para los hijos y un tercio libre para el cónyuge viudo (no obstante haberse designado a éste con el calificativo de legatario), es improcedente que los acreedores demanden a los titulares de la legítima estricta, cuyos haberes no se pueden mermar en ninguna forma con arreglo a Derecho y, en cambio, se han de dirigir contra el cónyuge como tenedor de la parte libre, única que legalmente puede ser afectada por el pasivo.» Se olvidan tantas cosas en esta sentencia, que lo verdaderamente interesante sería averiguar cuáles son las que se recuerdan. Nos maravilla, por ejemplo, que se confunda la cuestión del pago de las deudas con la aptitud del tercio libre para soportar legados y cargas, etc., etc. Bien es verdad que la de 2 de mayo de 1896 había sentado la opuesta doctrina, completamente ortodoxa, de que no cabe excluir del pago de las deudas a los he-

También discrepa de quienes pretenden inferir del artículo 818 que si la cuenta de la legítima ha de determinarse a base de tal detracción previa, es que el legitimario se encuentra exento de pasivo. Oponiendo a quienes así opinan este razonamiento «*ab absurdum*»: «Aplicando este argumento hasta el fin, tampoco el titular del tercio libre sería responsable de las deudas ni, por lo tanto, heredero en sentido estricto, por más que el testador se obstinara en instituirlo con este carácter, ya que la porción libre, exacta y absolutamente igual que los dos tercios de legítima y mejora, ha de cuantificarse también, sin que quepa ningún otro procedimiento, partiendo de las deudas existentes; por lo tanto, respecto de ella habría que deducir también, lógicamente, la misma consecuencia que para los otros dos tercios» (324).

Sacando la conclusión de que: «El acreedor que se retrasa y concurre luego de terminada la partición, no por ello pierde su derecho a que se le pague. Y si tal eventualidad se produjera podría obligar a una serie de sucesivas rectificaciones, con la consiguiente reducción en cada caso del activo líquido de la herencia, repercutiendo por igual sobre los legatarios (a pesar de ser éstos ajenos por definición a todo compromiso con los acreedores) y sobre los herederos forzosos o voluntarios, porque el derecho de los acreedores es el que goza de mejor rango, y el artículo 1.029 les permite repetir, incluso, contra el titular de un legado ya satisfecho, dado caso de no quedar en la herencia bienes bastantes para el pago de sus créditos» (325).

b) El opuesto punto de vista lo vemos defendido por Roca Sastre, Virgili Sorribes y Puig Brutau. El primero (326) afirma que el legitimario adquiere bienes o valores económicos, pero no sucede al difunto, y por ello no asume la responsabilidad de las deudas del mismo ni tiene por qué aceptar a beneficio de inventario. Las obligaciones hereditarias *le afectan* en el sentido de reducir su percepción legitimaria, pero él no es *titular pasivo* de las mismas». «En materia de legítima, como ésta es una fracción de valor de la herencia *liquida* o haber hereditario *nato*, para calcularla hay que deducir previamente el pasivo del activo y, por ello, es evidente que las deudas u obligaciones del causante minoraran el valor base sobre el cual se computa la *partio debita*. Así lo dispone el artículo 818 del Código. Los derechos de los acreedores hereditarios son preferentes a los de los legitimarios, y por ello

rederos forzosos en tanto no hayan renunciado o aceptado la herencia con alguna limitación; que la de 4 de julio de 1906 continuó considerando a todos los herederos, incluidos los forzosos, como sucesores del causante en todas sus obligaciones, a diferencia de los llamados por título singular, y que la de 24 de junio de 1927 enseña que la calidad de heredero es la que conviene al legitimario y que para el cálculo de las legítimas debe aplicarse con todo rigor el artículo 818».

(324) Págs. 190 *in fins* y 191.

(325) Pág. 192.

(326) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 196.

las deudas de la herencia *afectan* a éstos por repercusión.» No obstante, si el legitimario fuese instituido heredero, le considera (327), como tal, «*sucesor* en todo el *ius* del causante», y por lo tanto titular pasivo de sus deudas.

Virgili (328) cree que el legitimario no sucede en todos los derechos y obligaciones del *auctor*... que «la legítima es siempre un activo hereditario»... que—el legitimario—no responde de las deudas del causante porque sólo recibe una porción alícuota, no de la herencia, «sino del superávit entre el activo y pasivo (artículo 818 del Código civil)». Pero admite que si, además, fuese designado heredero, «si acepta la herencia pura y simplemente, responde de todas las deudas del causante *ultra vires hereditatis*» (329).

Puig Brutau (330) entiende que del artículo 818 C. c. resulta que la ley atribuye a los legitimarios una fracción del activo que pueda quedar después de pagados los acreedores de la herencia. Y que cada uno de los legitimarios «tiene derecho a una *pars bonorum* (art. 806), que no se le podrá atribuir hasta que se hayan deducido las deudas (art. 818)». Pero también excluye de esta regla—además del supuesto de legado de bienes concretos en pago de la legítima—el caso de haberse instituido heredero al legitimario (331).

Desde su punto de vista, pero con irreprochable lógica y preciso dominio de los conceptos y terminología jurídica, va sentando Puig Brutau estas afirmaciones:

«Si este saldo activo o «valor de los bienes que quedaren», como dice el artículo 818, no existe en definitiva, tampoco existirá, naturalmente, legítima, aunque antes se hubiese creído erróneamente lo contrario a causa de haberse omitido por inadvertencia, póngase por caso, alguna de las deudas de la herencia. Procederá entonces rectificar las operaciones de liquidación, división y adjudicación, sin que las consecuencias que ello implique, aunque obliguen al legitimario a devolver lo recibido, deban entenderse en el sentido de que el mismo responde personalmente del pasivo de la herencia» (332).

En cambio, «la condición de heredero, es anterior y previa a todo cálculo o liquidación hereditaria, al revés de lo que sucede con el legitimario, al que la Ley coloca en una situación jurídica, que sólo quedará concretada en un derecho subjetivo perfecto cuando exista activo hereditario, porque precisamente lo que la Ley le atribuye es una parte del activo, y no otra cosa» (333).

(327) Pág. 204.

(328) Loc. cit., pág. 482 y sigs.

(329) Pág. 487.

(330) Capítulo IV de *Estudios de Derecho Privado*, de ROCA SASTRE (capítulo debido a la pluma del citado colaborador JOSÉ PUIG BRUTAU), págs. 138 y sigs.

(331) Ver pág. 142, segundo párrafo.

(332) Págs. 139 *in fine* y 140.

(333) Pág. 140.

Para él (334) «la confusión que existe ante esos problemas es consecuencia, en gran parte, de no distinguir entre el hecho de que un pasivo afecte económicamente a alguien (legitimario, legatario de parte alícuota, etc.) y el de que le obligue personalmente, esto es, que le convierta jurídicamente en deudor (como le sucede al heredero)». Distinguiéndose al legitimario del heredero que acepta a beneficio de inventario—fórmula adecuada para salvaguardar sus bienes propios, sin dejar por ello de ser heredero—, en que, éste, al seguir siendo heredero, continúa siendo «deudor personal» aunque con responsabilidad entonces limitada del pasivo hereditario.

A su juicio (335) «el legitimario a quien el testador se limita a mencionar en su testamento o a expresar en el mismo que le deja lo que por legítima le corresponda, tiene una posición jurídica equivalente a la del legatario de parte alícuota...» «Consiste (la legítima) en una parte alícuota del saldo activo de los bienes relictos. Por ello, el legitimario a quien no se haya instituido heredero y a quien el testador no haya legado bienes concretos y determinados en pago de su derecho, tendrá un derecho cualitativamente igual al de un legatario de parte alícuota (336).

c) Una tercera posición es la representada por Ortega Pardo (337).

Este autor, en ciertos aspectos, parece aceptar la posición de Pompetá, y así dice: «El artículo 818 no tiene por fin exonerar de responsabilidad al legitimario, sino que viene a acotar la zona

(334) Págs. 140 *in fine* y 141.

(335) Pág. 141, párrafo último.

(336) Aparte de los citados autores, también DÁVILA GARCÍA (loc. cit., página 668), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. cit., notas de las págs. 540, 541 y 543) y GONZÁLEZ COLLADO (loc. cit., págs. 535 y 540) consideran igualmente que el legitimario no sucede en las obligaciones del causante, llegando incluso más allá en el sentido de entender que la legítima nunca se atribuye a título de herencia (bien por dejar de ser legitimario el designado heredero, según creen ROCA SASTRE y DÁVILA GARCÍA—teoría de la *absorción*—o por tratarse de llamamientos independientes, según GONZÁLEZ PALOMINO y GONZÁLEZ COLLADO—teoría de la *yuxtaposición*—). Pero esa irresponsabilidad por las deudas del causante la fundamentan en forma distinta. Reduciendo el artículo 818 a ser consecuencia y no causa.

Así DÁVILA dice que «la legítima es siempre un activo hereditario». Fundamentándolo en los términos del artículo 806, cuando dice «Legítima es *porción de bienes...*» GONZÁLEZ COLLADO se apoya en estas mismas palabras, indicando que, con ellas, el artículo 806 «quiere decir que la legítima es *sólo activo*, que el legitimario no sucede en las deudas, ni las soporta siquiera (las soporta la herencia y, en consecuencia, resulta afectado por ellas)», y que «el legitimario es *adquirente ex lege è ipso iure de activo puro*».

GONZÁLEZ PALOMINO, fundándose en que el legitimario es sucesor a título singular, deduce que «como tal legitimario no responde *ultra vires* de las deudas hereditarias, porque de esta manera no responden nunca los sucesores a título singular». Están las legítimas en su cuantía afectas a la liquidación de la herencia; y de la existencia o no existencia de deudas y del hecho de que éstas sean mayores o menores dependerá la extensión de su derecho (art. 818). Incluso la inexistencia de contenido económico de las mismas.

(337) *Heredero test. y heredero forzoso*, loc. cit., págs. 352 y 356.

en que el testador puede realizar actos de libre disposición a favor de personas que no son herederos forzosos; por ello impone ese cálculo sobre el valor líquido de la herencia, porque es éste el único procedimiento para poder determinar matemáticamente aquella zona y poder así precisar cuándo el testador excedió ese límite» (338).

Pero por otra parte llega a ciertas conclusiones que creemos contradictorias con la indicada posición de Porpeta. A saber:

α) «Es cierto que para que exista heredero forzoso se precisa que el investido de esa cualidad obtenga su cuota. El artículo 818 viene a condicionar la aparición del legitimario a la percepción de la cuota legal, que se detraerá del superávit entre el activo y el pasivo hereditarios. Si no hay superávit no puede haber cuota, ni, por tanto, heredero forzoso que venga a reclamarla» (339).

β) «El primer párrafo del artículo 818 no debe intepretarse en el sentido de que los legitimarios están exentos de las deudas, sino en el de que los intereses de los acreedores hereditarios están por encima de los del heredero forzoso; por ello *sólo permite formar las cuotas después de deducir el pasivo*» (340). Con lo cual viene a aceptar que el artículo 818, párrafo 1.º dispone algo más que una simple operación contable, que una resta hecha para conocer la porción disponible, ya que impone—a juicio del propio Ortega—una previa detracción efectiva para la liquidación material del pasivo.

γ) «Guarda cierta semejanza la posición del heredero forzoso con la del instituido en testamento que acepta a beneficio de inventario. Este último deja de responder frente a los acreedores del causante cuando el pago de las deudas hereditarias haya agotado lo que recibió por testamento; supedita la adquisición de su título de heredero a las deudas de la herencia, de modo de no convertirse en responsable *ultra vires* de las deudas del difunto, sino a limitar su responsabilidad al montante de lo que por testamento recibe. El legitimario tiene también supeditada la adquisición de su cuota al hecho de que sobren en la herencia bienes después de deducir el pasivo de la misma; sólo cuando el pasivo está salvaguardado puede pretender que se le atribuya la legítima. En todo caso, hay entre ambos una diferencia que no puede desconocerse: El heredero a beneficio recibe la herencia de la que hace un inventario y va pagando a los acreedores hasta donde llega el caudal inventariado; el legitimario sólo recibe su cuota cuando se demuestra que existen bienes para pagar el pasivo de la herencia y aun sobran los suficientes para componer su legítima; esa demostración previa exime de la necesidad de hacer inventario» (341).

Igual comparación del legitimario con el heredero o beneficio

(338) Pág. 354.

(339) Pág. últ. cit.

(340) Pág. 375.

(341) Pág. 356.

de inventario, sugiere Sols García (342) al afirmar que el heredero no continúa nunca la persona del causante y que en cuanto a sus derechos y obligaciones, no siempre, pues—pese al artículo 661 C. c.—cabe la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Y Gómez Morán (343), para quien la legítima es «cuota activa de haber puro», también cree «que tampoco la circunstancia de que el instituido aleje la responsabilidad *ultra vires* y recoja en la sucesión una parte líquida, excluye su carácter de heredero, porque si así fuera al que usa el derecho de deliberar o el beneficio de inventario no podía designársele con ese título, ya que a priori sabe, y a ello subordina la aceptación, que en la herencia habrá de corresponderle una porción líquida».

d) Nuestra opinión está de acuerdo, aunque a primera vista parezca paradójico, con la mayor parte de las afirmaciones, así de Porpeta como de Roca Sastre y de Puig Brutáu, que acabamos de transcribir.

Del primero nos separamos en un único extremo y en sus consiguientes corolarios. A su juicio, lo normal es que el *legitimario* sea heredero y que así debe suponerse cuando el testador no lo nombre legatario. En cambio nosotros aceptamos la opinión de Puig Brutáu, según el cual *el legitimario a quien el testador no haya instituido heredero (ni lo sea abintestato, conviene añadir), debe entenderse como legatario*, y precisamente como legatario de parte alícuota cuando no se le hubieren asignado bienes determinados. Nosotros, que por los motivos que luego veremos, optamos por esta última opinión, tampoco podremos aceptar que el legitimario en los casos en que no haya sido expresamente instituido heredero, deba responder directamente a los acreedores por las deudas hereditarias.

En cambio, totalmente de acuerdo con Porpeta—y así lo expresamos en otra ocasión (344)—, estimamos que el artículo 818, § 1.º, no contiene más que una disposición de carácter puramente contable. Es un precepto que señala una criterio de computación, pero no impone un orden riguroso de liquidación.

Pero esto no es obstáculo para que el artículo 818, § 1.º, completando el criterio de los artículos 806, 808 y 809, vengan indirectamente a precisar el contenido mínimo de la legítima debida. Es decir, nos indica exactamente, a través de explicarnos la forma de calcularla, cuál es ese contenido del que no puede privarse a ningún legitimario. Por lo cual, dándole a conocer, sirve a su vez este artículo para que conozcamos lo que significa el llamamiento hecho *directamente* a un legitimario, sin designarle heredero ni otorgarle legados de cosas concretas, sino señalándole con palabras vulgares ese mínimo de que estamos tratando.

(342) Loc. cit., págs. 572 y sig.

(343) *Tratado...* cit, pág. 349.

(344) *Imputación de legados...*, loc. cit., pág. 323.

Si, en esos términos, yo deajo a alguien a su legítima, le asigno ese contenido de que hablamos. Siendo así, el llamamiento no es a título universal, sino singular. Pues no le atribuyo una parte alícuota de la universalidad, con su activo y su pasivo, ni le invito a sucederme en mis relaciones jurídicas, *in loco ius*. Me limito a *dejarle* una cuota de activo líquido. Por lo tanto, le otorgo un legado de cuota.

También, pues, tiene razón Puig Brutáu. Ya que, aunque expresamente no se diga en el artículo 818, puede deducirse de él que aquel a quien se le *deje*—con palabras vulgares—lo que por legítima le corresponda, no es más que un simple legatario de cuota.

Pero, así como no parecen casi totalmente exactos los criterios de Porpeta y de Puig Brutáu—opuestos tal vez exclusivamente por estar tomados desde ángulos visuales distintos—, por el contrario, estimamos insostenibles, contradictorias y basadas en confusiones y errores de perspectivas y conceptos, las opiniones de Ortega Pardo, Sols García y Gómez Morán.

«Los herederos—conforme al artículo 661 C. c.—suceden al difunto por el hecho sólo de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones.» E incluso después de hecha la partición—según el § 1.º del artículo 1.084—«los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

Como venimos repitiendo, en eso consiste el suceder a título universal. Fenómeno en el cual es más consubstancial la sucesión en las deudas en general que la continuación de la totalidad de los derechos. Estos pueden ser individualizados por el causante sin perder por ello el asignatario su cualidad de heredero (artículo 1.056, párrafo 1.º). Mientras que la distribución de las deudas sólo puede tener eficacia en el ámbito de las relaciones internas entre los coherederos, sin afectar a los acreedores (artículo 1.083, párrafos 2.º y 1.º). Lo que demuestra que la voluntad del causante no alcanza a individualizar las relaciones de deuda que pesan conjunta y solidariamente sobre todos y cada uno de los herederos.

Ahora bien, esa característica de la sucesión a título universal no sólo obedece a un concepto puramente histórico y dogmático del heredero, sino también a los principios positivos básicos de nuestro Código civil, que los autores últimamente citados quieren desvirtuarlos a base de confundir ciertos estados resultantes de una situación de hecho con situaciones jurídicas perfectamente definidas. Así le ocurre a Ortega Pardo (345), cuando dice: «El heredero forzoso para serlo tiene que recibir una cuota legitimaria. Pero cuando la recibe será heredero porque para tener esa cualidad no es obstáculo que se obtenga una cuota del activo». Con lo que

(345) Loc. últ. cit., pág. 355.

confunde, Ortega, el *resultado de hecho*, que un heredero—aunque hubiere sucedido en todos los derechos del causante—obtenga una cuota del activo, adjudicándosele una porción líquida, con la *posición jurídica del legitimario* que, cuando no es heredero, adquiere sin asumir participación alguna del pasivo, es decir, solamente en una cuota del activo.

Tampoco es exacta aquella afirmación de Sols García de que hoy el heredero no siempre sucede en los derechos y obligaciones del causante, porque le cabe aceptar a beneficio de inventario. Más cierto es que aun cuando el heredero acepte la herencia con dicha limitación, no deja de suceder en las obligaciones del causante. Lo único que ocurre, según indica el número 1 del artículo 1.023, es que aquél quedará exonerado de la obligación de pagarlas desde el momento en que se haya agotado el caudal hereditario. Es decir, el heredero que acepta a beneficio de inventario, sucede en las deudas, conforme al artículo 661 C. c., pero no responde de ellas más que hasta donde alcancen los bienes de la herencia, según el artículo 1.023 número 1.

En la herencia aceptada a beneficio de inventario debemos distinguir dos momentos distintos: el período de liquidación y el período posterior a ella. Durante el primero de ellos la herencia se halla en situación de administración (art. 1.026). No pueden ser enajenados los bienes que la componen, sino para el pago de los créditos y legados, y «en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil respecto a los abintestatos y testamentarias, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios, acordaren otra cosa» (art. 1.030 C. c.). Si en esta fase se van pagando las deudas exclusivamente con los bienes de la herencia, es a consecuencia del estado de liquidación establecido por la ley como garantía de que a los acreedores no les será escamoteado el patrimonio relicto por su finado deudor. Terminada esta fase y obtenida por el heredero la plena libre disposición del líquido sobrante, conforme al artículo 1.032 C. c., es cuando podremos captar, en caso de aparecer nuevas deudas del causante antes ignoradas, la verdadera posición del heredero a beneficio de inventario. Entonces aparecerá en toda su pureza, no oscurecida por circunstancias de hecho resultantes de la situación liquidatoria. Y es cuando comprobaremos que dicho heredero responde personalmente hasta el valor del líquido sobrante, según se fijó en el inventario, aun cuando hubiese perdido, consumido o donado los bienes que lo componían. Aquella responsabilidad, que en el artículo 1.123 número 1 parece ser «*cum viribus*», aparece en esa segunda fase «*pro viribus*», directa y personal, pero limitada a un valor dado que corresponde al heredero que aceptó a beneficio de inventario. Sólo esta solución nos parece correcta, relacionando cuidadosamente los artículos 661, 1.023 y 1.022 del Código civil y teniendo en cuenta la tradición romana que informa nuestro beneficio de inventario.

En cambio, tratándose del legitimario que no sea heredero,

no hay razón alguna para entender que deba responder personalmente, frente a los acreedores, por las deudas que aparecieren «a posteriori» de la liquidación de su cuota. Si como legatario no sucede en las deudas del causante, no tiene por qué responder directamente a los acreedores.

El heredero será quien tenga que entenderse con ellos. Sin perjuicio de que el mismo heredero actúe luego contra el legitimario, por razón de la repercusión que la deuda recién descubierta pueda representar en la determinación de la parte de activo líquido correspondiente a la legítima, que con ello quedará reducida. Pudiendo así ejercitar aquél la consiguiente acción para recuperar el exceso que, según el resultado de esa corrección contable, llevare de más el legitimario.

Por el contrario, si el legitimario fué instituido heredero, entendemos—contra la opinión de Ortega y otros—que responderá «*ultra vires*» y solidariamente con los demás coherederos de las deudas del causante. Ningún precepto lo exonera de esa responsabilidad, que como heredero le corresponde. El artículo 817 no reza para las cargas consistentes en derechos reales que gravitaran en bienes concretos del caudal, ni con las deudas que el causante dejare. Sólo alude a las constituidas en testamento, así como el artículo 654 únicamente se refiere a las donaciones inoficiosas que hubiere otorgado el causante. El artículo 818—aparte de no contener, como hemos dicho, sino una disposición de orden contable—no prevé el supuesto de aparecer nuevas deudas después de hecha la liquidación.

Por tanto, es necesario, como hizo Vinnio (346) «*primum discernenda onera, quae ex dispositione testatoris proficiscuntur, ab his, quae exurgunt ex ipso jure haereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur... Caeterum quod attinet ad ea onera, quae ex ipso jure haereditariae portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo institutionis; et jure haereditario veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum et obvenit ut pars bonorum; quod evenit: cum filio juste exhaeredito reiecta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto cohaerede indefinite, aut ex parte haereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut haeres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus aeris alieni pro reiecta haereditatis parte pertineat.*»

Concretando, podemos distinguir claramente estos supuestos:

1.º El legitimario que sea heredero: responde personal y solidariamente de las deudas del causante. Sin perjuicio de que, conforme al párrafo segundo del artículo 1.084, tenga «derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos» y de que, a tenor del párrafo segundo del artículo 1.145, pueda «reclamar a sus

(346) *Select. Juris Quaest.*, vol. cit., cap. XXII, pág. 39.

codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo».

2.º El *legitimario que fuere heredero a beneficio de inventario*, cuando aparecieren deudas antes ignoradas, una vez concluida la fase de liquidación y repartida la herencia *responderá también solidariamente con los demás coherederos frente a los acreedores, pero limitadamente en la medida del valor de los bienes que se le hubieren adjudicado*. Y sin perjuicio de que en consonancia, con la reducción del caudal, que esas nuevas deudas supongan, pueda luego, en su caso, reclamar a los legatarios aquella parte de sus respectivos legados que hubiere resultado inoficiosa. Igualmente podrá ejercitar los derechos derivados de los párrafos segundos de los artículos 1.084 y 1.145, con el límite que pueda suponer la aceptación que a beneficio de inventario hubieren verificado los demás coherederos.

3.º El *legitimario que no sea heredero: nunca responderá personal ni directamente frente a los acreedores de las deudas del causante*, aunque aparecieren después de percibida su cuota. Dichos acreedores, sólo contra los herederos podrán ejercitar directamente su acción. Sin perjuicio de que, a consecuencia de la aminoración de valor, que esas deudas signifiquen para la herencia líquida y por tanto para las legítimas, el heredero o herederos, que las hubieren pagado, puedan reclamar a los legitimarios, como a cualquier otro legatario de parte alicuota, la cantidad correspondiente al valor en que hubieren quedado reducidas sus respectivas legítimas. Aparte de que a los acreedores no pagados les quepa actuar a su favor ese derecho de reducción, mediante el ejercicio de la llamada acción subrogatoria, que concede el artículo 1.111 C. c. siempre que se dé la circunstancia de previa excusión de los bienes del heredero, exigida en la indicada norma.

Ninguna de esas tres posiciones puede confundirse.

En cambio, como comprobaremos en la segunda parte de este trabajo, idéntica posición ante las deudas de la herencia, corresponde tanto al legatario de parte alicuota como al legitimario a quien su porción se le hubiere dejado sin concretarla en bienes determinados y a título que no fuere el de heredero (347).

RESULTADOS QUE DIMANAN DE ESTA PRIMERA PARTE

Para resumir y concretar las conclusiones a que hemos llegado en esta primera parte del presente estudio, conviene que indi-

(347) La distinción que establece ORTEGA PARDO (loc. últ. cit., pág. 356) entre el legitimario y el legatario de parte alicuota, está viciada de petición de principio, ya que se apoya en el presupuesto de que el legitimario siempre es heredero y en que el legatario de parte alicuota, naturalmente, no es heredero. La premisa mayor es la que se trata de demostrar. Y nosotros la estimamos inexacta, pues el legitimario, si bien puede ser heredero igualmente puede válidamente no serlo.

quemos, con breves trazos, las orientaciones más fundamentales que ha ofrecido en la historia y en el Derecho comparado la reglamentación de las legítimas. Estas se concretan en los tres siguientes sistemas:

A) *Sistema legitimario de reglamentación negativa (freno).*

Significa un *límite a la libertad de disponer por testamento o donación*. Limitación no absoluta, sino relativa, tanto en cuanto al título y a la porción, como en cuanto a quienes pueden ser beneficiarios. El incumplimiento de este deber, legalmente impuesto, lleva aparejado la nulidad de la institución sea total o parcialmente y la apertura de la sucesión abintestato, en todo o en la parte que corresponda al perjudicado, o bien la nulidad o reducción de las disposiciones que mengüen los derechos de éste. Sólo aparece con ciertos contornos positivos el ejercicio de la *actio ad supplendam legitimam*, con la que el legitimario puede reclamar el complemento de lo que hubiere recibido del causante. Pero, precisamente, se le concede para evitar los efectos excesivamente duros de la querrela de inoficiosidad.

En este sistema, la legítima ofrece dos aspectos. Uno *constante*: la legítima es una cifra de valor que señala el mínimo que, sea por título («inter vivos») o («mortis causa»), universal o particular, testado o intestado, debe recibir el legitimario. Y otro aspecto *normativo*, que se concreta en esa serie de normas protectoras a que antes hemos hecho mérito.

Este sistema ofrece diversas variantes, a saber: a) Si el deber del testador sólo puede cumplirse instituyendo heredero al legitimario (sistema justiniano, seguido en las Partidas, y que adoptado a las proporciones visigóticas conformó la legítima castellana gracias a la labor de los juristas); b) Si basta que, sin necesidad de instituirle heredero se le deje al legitimario una porción de bienes, precisamente del caudal hereditario, que alcancen un activo líquido predeterminado: debiendo satisfacerse igualmente el complemento con bienes de la herencia (sistema del Código civil para la legítima de descendientes y ascendientes a excepción de los supuestos de los artículos 822, 829, 1.056, párrafo 2.º, y 1.061 C. c.); c) Si puede el testador asignar la legítima en metálico (supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 C. c.), o si incluso se concede al heredero—aun cuando no se la otorgue expresamente el testador—la facultad de pagar la legítima con los bienes hereditarios que prefiera o en metálico, a su elección (sistema legitimario catañán a partir de la Constitución dada por Felipe II en las Cortes de Monzón del año 1595, y señalado para los hijos naturales en el Código civil según su artículo 840. párrafo 2.º).

En este régimen, de concurrir en una misma persona las cualidades de legitimario y de heredero voluntario, no cabe que se produzca ni una *yuxtaposición* de llamamientos ni siquiera su *superposición* como equivocadamente defendimos en un anterior

trabajo, que en este punto rectificamos. Pero tampoco hay *ab-sorción* del carácter de legitimario por la cualidad de heredero, cosa que creemos tener demostrada. Como ha dicho Lacal (348), el concurso de ambas cualidades no produce «pugna de intereses ni choque dramático». El heredero testamentario o abintestato que sea legitimario, sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones; pero no viene obligado a soportar las cargas impuestas en testamento que perjudiquen a su legítima ni las donaciones que sean inoficiosas o los actos simulados que le produjera igual lesión. Es un heredero como cualquier otro, pero que goza de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar en aquel mínimo asegurado por la ley.

B) *Sistema que considera la legítima como una porción forzosa de la sucesión abintestato.*

Su contenido es positivo. Se apoya en una *delación* legal. Los herederos legales pueden ser privados por el causante de una parte del haber que abintestato les correspondería. Pero únicamente de una parte. El resto es indisponible para el causante (*pars reservata*). Por *delación legal* pasa *ipso iure*, por el solo hecho del fallecimiento del causante, a los herederos forzosos.

Este sistema es el característico del primitivo Derecho germánico. Hoy rige en Francia.

Ha ofrecido, en su evolución histórica, distintas variedades; según se pueda disponer de la porción libre a título de herencia o bien solamente por legados (principio *solus Deus potest facere heres*); por razón de la cuantía de la parte reservada, y según alcance o no la indisponibilidad a las donaciones entre vivos, a toda clase de bienes o a los inmuebles únicamente, y según se concrete en todos y cada uno de los bienes de la herencia individualmente considerados (reserva de bienes de todas clases), o simplemente de modo general en el patrimonio hereditario (reserva de cuerpos hereditarios).

La concurrencia en una misma persona de las cualidades de heredero legal y testamentario, en este sistema, da lugar normalmente a una *yuxtaposición* de llamamientos. Aunque tampoco resultaría incompatible, en régimen influenciado por ideas de Derecho común, con una *superposición* o *sustitución relativa*, de la *delación* legal en su parte forzosa por la testamentaria más favorable al heredero.

C) *Sistema que conceptúa la legítima como «tertius genus» de delación distinto de la testada y de la abintestato, y de carácter totalmente forzoso.*

Es la posición predominante en la doctrina italiana. Aquí la

(348) *Herederos legitimarios*, «Rev. Crít. Dr. Inm.», noviembre 1945, página 723.

han recogido Valverde, Fuenmayor, Ortega Pardo, González Palomino y González Collado, entre otros.

Ofrece dos variantes, según se entienda que este llamamiento forzoso es deferido a título de herencia (opinión de los tres primeros autores) o a título singular (tesis de los dos últimos).

En este sistema, la concurrencia de las cualidades de heredero voluntario y forzoso en una misma persona, sólo puede dar lugar a una *yuxtaposición* de ambas delaciones respectivamente concretadas a sus correspondientes porciones.

Pues bien, el régimen del Código civil corresponde al primero de los tres grupos señalados. Así debía catalogarse el sistema castellano, del período anterior a la Codificación, que el Código civil no pretendió modificar ni de hecho varió. Este—como hemos visto—sólo quiso alterar, y así lo verificó, ciertos extremos concretos, como el referente a la reducción cuantitativa de la legítima (artículos 808 y 809), a la validez de su otorgamiento por cualquier título (art. 815), a la posibilidad de que cristalice total o parcialmente en *pars valoris* (arts. 821, 822, 829, 840, párrafo 2.º, y 1.056, párrafo 2.º). Aparte de las variaciones establecidas en los elementos personales de la relación legitimaria.

No hay, pues, delación legitimaria en el Código civil. Salvo la dispuesta, a título singular, a favor del cónyuge viudo (artículo 814, párrafo 2.º). Ni porción forzosa en la delación abintestato. Luego falta el presupuesto básico de la tesis de Ortega Pardo. Si no hay delación legal no puede haber mera concreción e individualización de la misma en bienes determinados. Esa pretendida individualización ha de ser forzosamente, por tanto, un verdadero llamamiento a título singular, cuando el testador no instituyó heredero al asignatario ni hizo dicha asignación en acto particional.

Pero no nos contentamos con la creencia de haber demostrado la inexistencia de ese pilar fundamental de la tesis que discutimos. En la segunda parte de este trabajo estudiaremos su construcción técnica. Si entonces podemos demostrar que no es lo mismo recibir un legado en lugar de la legítima, que ser instituido heredero en dicha porción con asignación de bienes concretos, hecha en acto particional por el propio testador, se habrá derrumbado la explicación técnica que esa teoría ofrece.

Igualmente pensamos estudiar en la segunda parte las ventajas y desventajas que la posición de heredero y de legatario pueden suponer respectivamente al legitimario. Al efecto analizaremos la fuerza expansiva del título de heredero, la transmisión inmediata de la posesión, la responsabilidad por deudas, etc. Y para su análisis tendremos que examinar la evolución de los principios de la universalidad de la institución, el «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*», los distintos medios de que dispone el testador para individualizar en bienes concretos el derecho de los legitimarios, y las consecuencias

de la utilización de una y otra forma, y las diferencias que median entre recibir la cuota legitimaria a título de institución u obtenerla como legado de parte alicuota.

Es decir, una vez hecha la crítica del *presupuesto* y de la *explicación*, nos ocuparemos de analizar el *fin*. Es decir, las posibles ventajas—que no creemos que hoy persistan—y las desventajas—indudablemente reales—que puede reportar al legitimario recibir su legítima precisamente a título de herencia.

Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural (*)

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

Dr. en Derecho. Prof. adjunto de Derecho civil en la Univ. de Granada

SUMARIO: I. Sujeto activo.—I. Paternidad natural.—A) Paternidad.—a) Determinación del momento de la cohabitación.—b) Presunciones sobre la capacidad para procrear.—B) Naturalidad.—2. Capacidad del reconocedor. A) Capacidad del menor.—B) Capacidad de la mujer casada.—C) Capacidad del demente en intervalo lúcido.—D) Otras posibles incapacidades.—II. Sujeto pasivo.—I. Filiación natural.—2. Filiación ilegítima no reconocible.—3. Filiación natural presunta.—4. Condiciones o estados en que puede hallarse o disfrutar un hijo natural.—A) Reconocimiento del anteriormente reconocido por otra persona del mismo sexo que el reconocedor.—B) Reconocimiento del hijo adoptivo.—a) Reconocimiento del hijo adoptivo del reconocedor.—b) Reconocimiento del hijo adoptivo de otros padres.—C) Reconocimiento de quien se presume no hijo del reconocedor.—D) Reconocimiento del concebido pero no nacido.—E) Imposibilidad del reconocimiento del no concebido.—F) Reconocimiento del hijo premuerto.

I. SUJETO ACTIVO

I. PATERNIDAD NATURAL.

Sólo pueden reconocer los padres naturales (1). Esto implica que sean *padres* y que sean *naturales*.

A) Paternidad.

Con razón dice Motin (pág. 168): «Une règle élémentaire, si simple qu'elle a pu être négligée, domine la matière de la reconnaissance. Elle peut être exprimée ainsi: Nul ne peut reconnaître que l'enfant qu'il a procréé».

(*) Este trabajo es un capítulo de un estudio monográfico que tenemos realizado sobre el reconocimiento de la filiación natural.

(1) El que el poder de reconocer corresponda sólo a los padres, se considera por Cicu (pág. 107) como prueba de que el reconocimiento no es meramente una atestiguación de la verdad de la procreación, pues si fuese así, la maternidad podría declararse por cualquiera que hubiese asistido al parto

No se exige para el reconocimiento que el que lo hace aporte prueba alguna de su paternidad, prueba que, por lo que respecta a los reconocedores varones, normalmente no podría ser ni mucho menos concluyente. Sin embargo, como sólo puede reconocer quien sea *padre*, es indudable que sólo podrá hacerlo el que en la *época de la cohabitación que dió lugar a la concepción hubiese sido capaz de procrear*, pues ya que no se exige prueba del hecho de la paternidad o maternidad, se requiere al menos que la posibilidad del mismo no quede excluída (1 bis).

a) *Determinación del momento de la cohabitación.*

La determinación de la época de la cohabitación que dió lugar a la concepción se hace a base de presunción edificada sobre el momento del nacimiento. De esta forma se puede fijar, aproximadamente, una fecha de concepción, y, también aproximadamente, a través de esta fecha de concepción, marcarse cuál fué el momento de la cohabitación que la produjo.

La cohabitación se presume posible en cualquiera de los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo (argumento art. 108-2.º). Tal presunción admite prueba en contrario.

Para nosotros, en este punto, el plazo del art. 108 tiene plena validez para los hijos habidos fuera de matrimonio.

En efecto, en dicho artículo se presume la *legitimidad de los hijos concebidos por obra de unión carnal habida dentro de matrimonio*. Conocida la madre y el hecho del matrimonio, la presunción de legitimidad se basa en otras dos presunciones: la de cohabitación dentro de matrimonio y la de paternidad.

1.º Hay que determinar el tiempo en que la cohabitación es posible para ver si pudo tener lugar en matrimonio. Por eso se establece la presunción del momento de la cohabitación. Esta es posible en cualquiera de los primeros 120 días de los 300 que preceden al nacimiento.

2.º Presunción de que el padre es el marido, si cualquiera de esos 120 días ha transcurrido constante matrimonio y no se prue-

(1 bis) Hablamos de que no se exige prueba de la paternidad, como regla general. Sin embargo, en algún supuesto debe acudirse a tal o cual prueba para admitir el reconocimiento, con objeto, en unos casos, de que éste no sea algo inestable y expuesto a una segura impugnación, y en otros, de que no llegue a adquirir solidez una situación que al momento de su nacimiento sea fácil constatar que es claramente contraria a la realidad.

Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de que dos mujeres pretendan reconocer a un mismo hijo en el acta de nacimiento. Evidentemente, se debe exigir, para admitir sólo uno, la prueba no difícil—por regla general—de la no maternidad de una de ellas (la de la maternidad de la otra acredita la no maternidad de la una, pero bastaría la de la no maternidad, demostrando, por ejemplo, que dió a luz dos meses antes del nacimiento de aquel a quien pretende reconocer).

ba la imposibilidad física de dicho marido para tener acceso carnal con su mujer durante todo ese período.

Esta segunda presunción sólo es aplicable si existe matrimonio, pues sin él no hay marido (2), pero la primera, que se basa solamente en la naturaleza, puede aplicarse aun sin matrimonio.

El Proyecto de 1851, más explícito, además de un artículo igual a nuestro 108, contenía otro—el 123—que decía: «Para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará que el que le reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento; la ley presume para este caso que el hijo es natural». Y García Goyena comentaba (pág. 138): «La naturaleza no varía su curso y leyes porque el hijo sea o no legítimo» (2 bis).

Pero, naturalmente, la presunción admite prueba en contrario, y, por tanto rige aquí el art. 1.251: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». Prohibición expresa que no existe en este caso. Cualquier prueba en contrario es posible. Por ej., la de la madurez del feto (3).

(2) Otros Códigos contienen también para la filiación extramatrimonial una presunción de paternidad, en determinadas condiciones, del varón que cohabitó con la madre durante el período de la concepción. Así B. G. B., § 1717-1.º, C. c. suizo, art. 314.

(2 bis) En el sentido del texto: DURANTON, núm. 194; DEMOLOMBE, número 351; BIANCHI, pág. 30, núm. 90 bis; PACIFICI-MAZZONI, pág. 2, notas 1 y 2; AZZARITI, núm. 19. En contra: LAURENT, núm. 4; CARRESI, pág. 64; PRANZATARO, 509; CICU, pág. 105. Este sostenía la opinión contraria en la anterior edición de su obra (ed. esp., pág. 221). No razona su cambio de parecer, sino que se limita a decir que la presunción no se aplica porque está establecida exclusivamente en beneficio de la legitimidad. La mayoría de los que opinan como él sólo advierten que la presunción sobre la época de la concepción no puede extenderse por analogía. En algunos, como PRANZATARO, sin embargo, se recogen gran número de argumentos en pro de su tesis.

Para el que no existe presunción legal aparece correcto afirmar, como hace CARRESI (pág. 64), que caso por caso corresponde al oficial del estado civil fijar la presumible época de la concepción, la cual podrá ser determinada extrajudicialmente mediante prueba pericial, etc.

Nuestra doctrina dominante se inclina por la aplicación de la presunción del artículo 108. Así SÁNCHEZ ROMÁN, págs. 1019-20-21; MANRESA, pág. 618; SCAEVOLA, III, págs. 370 y sigs.; NAVARRO AMANDI, pág. 204-5; DE DIEGO, pág. 515; VALVERDE, pág. 439; etc.

Algunos Códigos contienen una presunción de la época de la concepción del hijo extramatrimonial. Así el B. G. B., en § 1592-1.º y en § 1717-2.º, referentes a las filiaciones legítima e ilegítima, establece igual presunción sobre el momento de la concepción. Dicen ambos así: «Als Empfängnis zeit gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu dem dreihundertundzweiten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluss sowohl des einhunderteinundachtzigsten als des dreihundertundzweiten Tages.» Y en el Código suizo tal presunción se deduce del artículo 314.

(3) El rechazar algunos escritores la aplicación de la presunción de la época de la cohabitación que origina la concepción, del hijo legítimo al hijo natural, es más aparente que real. Así DURÍ (pág. 633, núm. 134) dice: «Aquella presunción no puede tener un valor absoluto, no puede con igual eficacia aplicarse a la filiación natural porque las presunciones, siendo todas de *ius singu-*

Decimos que se admite prueba en contrario, es decir, prueba que descarte la cohabitación generadora durante los antedichos 120 días y que, por tanto, constate que el hijo se generó a través de una cohabitación que tuvo lugar antes o después de ese período de los 120 días primeros de los 300 que precedieron al nacimiento.

Y, además, se admite también prueba que fije la cohabitación en cualquier período de los antedichos 120 días.

Así pues, en principio se presume que la cohabitación que originó la concepción pudo tener lugar en cualquiera de los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. Pero se admiten pruebas tendentes a demostrar que tuvo lugar antes, que tuvo lugar después, y también tendentes a precisar que se produjo o sólo fué posible en cualquier o cualesquiera determinados días de esos 120.

b) *Presunciones sobre capacidad para procrear.*

La capacidad para procrear nos parece que sólo debe presumirse a partir de la pubertad legal (doce años para la mujer y trece para el hombre—argumento art. 83-1.º—) tanto por ser legal como por ser generalmente pubertad natural. Tal presunción es también destructible mediante prueba contraria. Así pues, probado el poder de generar antes de las edades citadas o bien su falta a pesar de haberse cumplido ya, será válido el reconocimiento hecho antes de ellas o bien no lo será ni aún el verificado después de las mismas.

Los tribunales belgas no dudan en rechazar el reconocimiento en los casos de impubertad manifiesta. Levy (pág. 27) cita varios casos de los de Bruselas, Lieja y Brujas (4).

lare, no se pueden extender de un caso a otro y menos por analogía.» Realmente, no se trata de que DUSI rechace la aplicación de la presunción antedicha, sino solamente que reconoce admite prueba en contrario, lo cual es cosa distinta, ya que rechazarla de plano cuando se basa en la propia naturaleza es inaceptable. Por eso dice a continuación DUSI: «El juez podrá conceder la prueba en contra mediante peritos, testigos, indicios, presunciones, etc. Cfr. también PRANZATARO, en loc. cit., y GAUDEMET, pág. 602.

(4) El de Brujas—9 enero 1900—dijo: "Attendu que le défendeur, à l'appui de son assertion, invoque une circonstance qui serait de nature à la justifier à savoir l'impuberté du demandeur au moment de la conception du défendeur; attendu que l'état des personnes est d'ordre public et que le mensonge d'une reconnaissance ne peut créer état: qu'il est une fraude à la loi, une atteinte à l'ordre social et que la fraude et le mensonge peuvent s'établir par toutes voies de droit et partant, par de simples présomptions; attendu que le défendeur étant né à X... le 20-I-1840 et le demandeur à Y... le 20-III-1825, celui-ci n'avait pas 14 ans et 6 mois à l'époque de la conception du défendeur; attendu que d'après toutes les données de la science, on ne peut admettre, que généralement en Belgique la puberté soit antérieure à 13 ans pour la femme et à 16 ans pour l'homme; que le demandeur étant donc impubère et incapable de procréer au moment de la conception du défendeur et qu'il ne peut être

Menos decidida es la jurisprudencia francesa (v. Motin, págs. 172-3). Un fallo de Douai—6 junio 1851—dijo ser atacable el reconocimiento si al momento de la concepción el reconocedor tenía apenas trece años y aparece, por otro lado, que ninguna relación pudo existir entre él y la madre. Por otra parte, también ha dicho tal jurisprudencia—Rennes, 8 marzo 1882—que el reconocimiento no puede anularse por el solo hecho de que el reconocedor no tuviese en la época del nacimiento del hijo la edad requerida para contraer matrimonio.

Como advierte Motin (pág. 172), esa jurisprudencia, no queriendo exponerse al riesgo de situarse en contradicción con la ciencia, no presenta la ineptitud para la procreación como motivo determinante de sus decisiones.

La jurisprudencia italiana se pronuncia en el sentido de que es preciso haber alcanzado la pubertad para poder reconocer (5).

Como es natural, la capacidad del padre para procrear a la época de la cohabitación, presupone la capacidad de cohabitar.

Por lo que respecta a la madre, se requiere no sólo la capacidad de cohabitar cuando tuvo lugar la cohabitación (6), sino también la capacidad para concebir cuando la concepción se produjo, así como que haya sido posible para ella la gestación y el parto del hijo determinado que pretende reconocer. Cualquier prueba que excluya alguno de estos supuestos, es claro que impide que una mujer reconozca a determinado sujeto como hijo suyo, pues 1.º se puede ser hijo de quien no nos pudo concebir, gestarnos y darnos a luz.

B) *Naturalidad.*

Como sólo pueden reconocer los padres *naturales*, habría que decir—de acuerdo con el C. c., art. 119-2.º—que no puede hacerlo quien durante todo el tiempo en que la concepción fué posible no hubiera podido casarse con el otro padre con dispensa o sin ella.

Tenemos para nosotros que esto es profundamente equivocado. No es éste el momento de examinar a fondo los requisitos de la filiación natural, ni tampoco la desafortunada redacción del

le père de celui-ci; attendu que le demandeur voulait se prevaloir d'une précocité exceptionnelle et en dehors des règles de la nature, il lui incomberait de rapportet la preuve de son allegation; attendu qu'aucun fait tendant à établir le fondement d'icelle n'a été articulé.»

El de Bruselas—3 diciembre 1892—dijo: «Attendu que la reconnaissance l'un enfant naturel ne repose que sur une simple affirmation de la part de son auteur; qu'elle ne constitue pas même una presumption de fait qui disparaît devant une presumption contraire; attendu en fait que P... n'avait que 12 ans 4 mois et 15 jours à l'époque de la conception de l'enfant qu'il a reconnu; qu'il était donc impubère et par consequent incapable de procréer...»

(5) Ap. Torino, 28 diciembre 1926, v. en Rep. For. ita., 1927. 675 A.

(6) Aquí sólo estamos aludiendo a la concepción que es obra de unión carnal; dejamos al margen los problemas planteables mediante la eutelegenesia, que nos llevarían demasiado lejos. Sobre este punto, puede confrontarse entre nosotros lo que dice BATLLE (págs. 657 y sigs.).

artículo 119. Hay que contentarse, pues, con afirmar que no pueden reconocer los que no son padres *naturales*. Pero sin entrar a estudiar este punto, que tiene su sede en la formulación del concepto, previo al estudio del reconocimiento, de filiación natural, y dejando aparte el matrimonio canónico y ciertas cuestiones discutibles que el Código plantea, se puede preguntar:

1.º ¿Es que no son hijos naturales—ya que sus padres no pudierón casarse en el momento de la concepción, ni sin dispensa ni con ella—los que tuvo una persona loca al concebirlos?, ¿es que no lo son tampoco los que engendraron las personas a que se refieren los párrafos 7.º y 8.º del art. 84, si la concepción tuvo lugar cuando ya eran libres (después de la muerte del cónyuge)?, y ¿es natural, por el contrario, el hijo de un ordenado *in sacris*, ya que tal ordenación es impedimento dispensable según el Derecho canónico como, además, expresamente recoge nuestro inefable art. 83-4.º?

Es indudable que en los dos primeros casos nos encontramos frente a hijos naturales, y en el tercero no.

2.º ¿Es que es en el momento de la concepción cuando se requiere que sea posible, sin o con dispensa, el matrimonio entre los padres?

Creemos que la respuesta ha de ser negativa.

Ya se advirtió—Cicu, pág. 119—que aunque se habla del momento de la concepción (así lo hace la doctrina, y concretamente nuestros arts. 119-2.º, 130, etc.), el momento que interesa es el de la *unión carnal* que dió lugar a la concepción (7).

Este es, repetimos, el que interesa a los efectos de fijar el carácter de naturalidad. Ello, porque cohabitación y concepción pueden hallarse separadas, aunque no sea mucho, en el tiempo, y entre una y otra puede tener lugar un cambio de estado de los padres (así, matrimonio de la madre con un tercero).

Por la misma razón que el nacimiento constante matrimonio de un hijo concebido antes de las nupcias por la mujer y por obra de un varón que no sea el marido, no hace (tal nacimiento constante matrimonio) que el hijo sea adulterino, tampoco la concepción constante matrimonio de un hijo cuyo padre no sea el marido, hace al hijo adulterino, cuando la unión carnal que es causa de tal concepción sea anterior al matrimonio.

La concepción, como el nacimiento, son consecuencias de un acto: la cohabitación. Por éste y no por aquélla hay que determinar el carácter de la filiación que de él procede (8).

(7) Aunque a veces, por no modificar las palabras utilizadas por la doctrina, la jurisprudencia o la legislación, hablemos del momento de la concepción, debe tenerse presente que nuestro sentir es el que queda expresado en el texto.

(8) Debemos advertir también aquí que aunque la doctrina habla, al tratar de la legitimidad, de concepción dentro de matrimonio, nuestro artículo 108 se refiere a la cohabitación, al hablar de la prueba de la imposibilidad física del *accessu carnal*.

Contra esto que decimos, se puede observar que no tiene relieve desde el punto de vista práctico, por no poder fijarse el momento de la concepción, sino sólo un plazo en el que es posible. Con lo cual no puede discriminarse el corto período que puede mediar entre cohabitación y concepción.

No negamos que tal observación sea exacta, pero ello no impide para que teóricamente sea acertada nuestra postura. Y, además, cuando la fijación de la cohabitación generadora no se haga a base de presunción edificada sobre el momento del nacimiento, sino que por otro medio de prueba se pueda fijar directamente, puede nuestra postura tener trascendencia práctica.

2. CAPACIDAD DEL RECONOCEDOR.

Nuestro Código guarda silencio en lo referente a la capacidad necesaria para reconocer, siguiendo en esto los pasos del francés y de italiano de 1865. Es preciso llenar tal vacío.

La doctrina se preguntaba la capacidad que era necesaria. Con las más diversas justificaciones se han sostenido las opiniones más dispares (9). Desde el rigor extremo en la exigencia de capacidad, hasta la amplitud de criterio de quien como Demante (núm. 62 bis) decía: «C'est ici comme pour les obligations qui naissent des délits, et dont ni la naissance, ni le mode de preuve ne sont subordonnés à aucune condition de capacité légale».

Nosotros pensamos que, como dice Dusi (núm. 127, pág. 606), sólo son precisas dos cosas: pubertad (capacidad natural de tipo físico)—como ya vimos—y discernimiento (capacidad natural de tipo psíquico).

Por incapacidad natural psíquica no podrá, consiguientemente, reconocer el que, transitoria o habitualmente, carezca de tal capacidad, es decir, no pueda querer conscientemente. Así, el loco, el sonámbulo, el embriagado, mientras que dure su perturbación (10).

Lo anterior es claro, pero es preciso examinar algunos casos en los que, sin faltar la capacidad natural, se duda, al menos por algún sector de la doctrina, si se tiene capacidad legal para reconocer. Los examinaremos y veremos que, como dice Motin (página 29), las incapacidades legales relativas a mujeres casadas, menores, interdictos, etc., son extrañas a esta materia y sólo no pueden reconocer los individuos que carecen de aptitud natural para saber lo que hacen.

(9) Como dice CARRESI (pág. 56), doctrina y jurisprudencia han adoptado todas las soluciones posibles.

(10) CARRESI, págs. 58 y sigs.; DUSI, pág. 600, núm. 127; AZZARITI y MARTÍNEZ, pág. 858.

A) *Capacidad del menor.*

El Código italiano de 1942 (art. 250) exige para reconocer que el hombre tenga dieciocho años y catorce la mujer, salvo que el reconocimiento tenga lugar con ocasión de su matrimonio. En este supuesto—aunque la edad necesaria para poder contraerlo son catorce y dieciséis años, respectivamente—, puede tener lugar el reconocimiento desde los doce y catorce, ya que la dispensa de edad es posible y puede con tal dispensa casarse el hombre de catorce años y la mujer de doce (art. 84).

En Derecho alemán, el reconocimiento hecho por un menor requiere el consentimiento de su representante legal—§ 107— (v. Kipp y Wolff, pág. 193).

Entre nosotros, una sentencia de 12 de junio de 1885 dijo que el ser el padre menor al otorgar la escritura de reconocimiento no hace éste ineficaz, porque no constituye ningún contrato ni hay ley que prohíba a los menores llevarlo a efecto, y sería contrario a la moral que hubiesen los padres de dejar incumplida la obligación que tienen, con arreglo al Derecho natural y al positivo, de reconocer y alimentar a sus hijos.

Pérez y Castán (pág. 210) abogan porque la razonable doctrina de esta sentencia, dictada con arreglo al Derecho anterior al Código, se recoja dentro del régimen de éste, para lo cual no ven dificultad. También reconoce expresamente Castán a los menores capacidad para reconocer hijos naturales (I, pág. 370). Y Scaevola (III, pág. 372), Viñas (pág. 156), etc.

La polémica existente en nuestra doctrina recoge, en gran parte, la que se planteó con respecto al Cód. Napoleón y al italiano de 1865. Los argumentos contradictorios giran en torno a: 1.º, la regla general es la incapacidad del menor, y no hay excepción que le permita reconocer; 2.º, el Código no prohíbe reconocer al menor y, por tanto, se debe entender que es capaz (10 bis).

Junto a los que—doctrina, jurisprudencia o legislaciones—sostienen la capacidad del menor y a los que afirman que es precisa la intervención de la persona bajo cuya guarda o potestad esté (11),

(10 bis) Equivocadamente se ha pensado entre nosotros (así BENLLOCH, páginas 80 y 81) que a tenor del artículo 130 el Código exige para poder reconocer «la capacidad necesaria para contraer matrimonio al tiempo de la concepción». «Es decir, los doce años en la mujer y los catorce en el varón.»

El razonamiento sobre el 130 es falso, porque éste se refiere sólo a que el hijo reconocido por un solo padre se presume natural, si aquél era capaz legalmente para casarse al momento de la concepción. No dicta dicho artículo ninguna disposición sobre la capacidad necesaria, en el sujeto activo, para el reconocimiento, sino que lo que hace es presumir la aptitud del sujeto pasivo para ser reconocido. Se refiere a la *naturalidad presunta* del hijo.

(11) Para citas en pro de las diversas tesis, v. CARRESI, págs. 65 y sigs. En STOLFI—pág. 701, nota 1—, cita de legislación, jurisprudencia, y también de trabajos doctrinales especialmente dedicados al estudio del problema de cómo el menor puede reconocer.

hay una tercera postura, un grupo de autores—con referencia a nuestro Código—que creen que la cuestión depende de la forma en que se haga el reconocimiento. Entienden que podrá el menor reconocer por sí solo, cuando lo haga en testamento o en acta de nacimiento. Se necesitará la intervención del padre o tutor cuando lo haga en «otro documento público» (11 bis).

No nos parece admisible esta distinción. Creemos que el reconocimiento no debe someterse a las reglas dictadas para los actos de disposición patrimonial, ni siquiera a las dictadas para otros actos no patrimoniales. Basta, para hacerlo, la capacidad natural, sin que sea precisa la intervención del que ejerza la patria potestad o la tutela (12).

Puede reconocer el menor en testamento desde que tiene capacidad para testar (arts. 662 y 663).

Puede hacerlo en el acta de nacimiento porque la ley del Registro civil (art. 47) impone al padre o a la madre, sin distinguir si son mayores o menores, la obligación de hacer las manifestaciones relativas a la paternidad o maternidad del nacido (12 bis).

Puede hacerlo, finalmente, en «otro documento público» (13), porque: 1.º, en última instancia carece, en buena lógica, de fundamento creer que quien puede reconocer de aquellas formas no pueda hacerlo de ésta (14); y 2.º, porque el reconocimiento hecho en «otro documento público» necesita de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal. Y esta exigencia, cuyo origen es, sin duda, el afán de protección a la persona a quien se reconoce, puede servir también para proteger al menor que reconoce.

La garantía que ofrecen la intervención judicial y fiscal, no cabe duda que es por lo menos tan sólida como pudiera serlo la que ofreciese la intervención de la persona bajo cuya potestad o guarda esté el menor reconocedor. Así pues, nos parece injusti-

(11 bis) Así VALVERDE, pág. 442; MANRESA, pág. 621; DE BUEN, pág. 803.

(12) En favor del reconocimiento posible a partir de la capacidad fisiológica para generar, véase PÉREZ y CASTÁN, pág. 212. Nosotros advertimos que el que tenga recién cumplidos los doce o catorce años sólo es presumido capaz para reconocer a un hijo todavía no nacido.

(12 bis) El artículo 47 de la Ley del Registro civil no impone el deber de declarar la paternidad a los padres, como lo demuestra el 51, cuando los hijos no son legítimos. En tal caso no se expresará quiénes son los padres sino cuando éstos reconozcan.

Ahora bien, lo que sí se deduce del artículo 47 es que pueden reconocer los padres, aunque sean menores de edad. Se deduce porque impone el deber de hacer las manifestaciones relativas a la paternidad o maternidad: 1.º al padre; 2.º a la madre; 3.º al pariente más próximo, «siendo mayor de edad». Luego, a contrario sensu, con los padres no reza lo referente a la mayoría de edad.

(13) Tal opinión es la que parece preferible a CASTÁN, I, pág. 370; OYUELOS, pág. 200; etc.

(14) SCAEVOLA (citado por CASTÁN, I, pág. 370) dice (V, 4.ª ed., pág. 125): «Si tienen aptitud para reconocerlo en acto de última voluntad o en el acta de nacimiento, ¿qué razón hay para excluir el caso de documento público? ¿Por qué ha de tener capacidad el menor cuando se verifique en una forma y ha de carecer de ella cuando se trate de otra?»

ficado, teniendo aquella garantía, buscar en el Código ésta que, para nosotros, no existe.

Por otro lado, aún nos parece más inaceptable la posición esa de parte de nuestra doctrina, ya que ella implica requerir la doble intervención de autoridad judicial (y Ministerio Fiscal) y de representante legal, en unos casos (reconocimiento en «otro documento público») cuando en otros (reconocimiento en testamento o en acta de nacimiento) se acepta que no es precisa ninguna de las dos.

B) *Capacidad de la mujer casada*

También ha repercutido entre nosotros la discusión, fundamentalmente comenzada sobre el Código Napoleón, en torno a si precisa la mujer casada de la autorización marital para reconocer hijos.

La opinión dominante (15), en los países cuyos códigos fueron seguidos por el nuestro, no consideraba necesaria tal autorización (16). Si había posibilidad de duda la han desvanecido tanto la ley francesa de 18 de febrero de 1938 como el art. 259 del Código italiano de 1942.

Siguiendo la opinión dominante (17) creemos que en nuestro Código no se precisa la autorización marital. Apoyan tal punto de vista: 1.º, la tendencia general a restringir en lo posible la incapacidad de la mujer casada; 2.º, el art. 125-4.º, que exige la autorización del otro cónyuge para legitimar hijos por concesión, lo cual hace pensar que no habiendo exigencia parecida en la sección del Código que trata «del reconocimiento de los hijos naturales», que viene a continuación de lo relativo a la legitimación, es que la autorización no es necesaria.

Respecto del reconocimiento hecho en testamento apoya, también, nuestro punto de vista el art. 63-1.º: «Podrá la mujer sin licencia de su marido: 1.º Otorgar testamento...».

No nos parece que sirvan de sostén a la tesis que mantenemos ni el art. 1.263 ni, contra lo que opinan muchos (18), el 63-2.º Aquél porque, aparte de referirse a esfera no del Derecho de familia, sino meramente contractual, siempre tendrá enfrente el artículo 61. Este (el 62-2.º) porque sólo habla de que «podrá la mujer aun sin licencia de su marido ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos naturales *recono-*

(15) V. citas en BIANCHI, núm. 98 bis, pág. 66.

(16) En el sentido del texto. DUSI, núm. 127, pág. 601; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1414.

(17) Entre nosotros, se pronuncian en contra de la necesidad de autorización CASTÁN, I, pág. 396; MANRESA, pág. 620; VALVERDE, págs. 441-2; PÉREZ y CASTÁN, pág. 212; PUIG PEÑA, pág. 74; ROYO, pág. 260; VIÑAS, pág. 156; etcétera.

(18) Así CASTÁN, I, pág. 396; PÉREZ y CASTÁN, pág. 212; PUIG PEÑA, págs. 74; ROYO, pág. 260; etc.

cidos que hubiese tenido de otro». Y en tales frases no vemos cómo basar un argumento en favor de la no necesidad de licencia para el reconocimiento. De ellas sólo se sigue que no es precisa para cumplir deberes o ejercer derechos respecto a los hijos naturales reconocidos, pero no que puedan reconocerse sin licencia. Porque precisamente es a los hijos *no reconocidos* (caso contrario al del art. 63-2.º) a los que se trata de reconocer.

Ahora bien, es pensable que la utilización del art. 63-2.º, como apoyo para rechazar la necesidad de la autorización marital, se hace estimando que existe una razón de analogía, que en dicho artículo el espíritu de la ley aparece como contrario a la necesidad de tal autorización, ya que, en efecto, parece posible pensar que no exigiéndose la misma para «ejercer los derechos y cumplir los deberes que correspondan respecto de los hijos naturales reconocidos» tampoco ha de ser exigible para el propio reconocimiento.

Sin embargo, nosotros creemos que es equivocado el ver así las cosas, porque el art. 63-2.º se refiere al ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que son contenido de un estado—el de filiación natural reconocida—, cuyo estado es preexistente y, por tanto, tales derechos y deberes, secuela de aquél, no tienen por qué depender en su ejercicio y cumplimiento de la autorización de quien—como el marido de la madre—es ajeno a la situación jurídica—estado—base de los mismos.

Mientras que cuando se trata del reconocimiento y de si puede verificarse sin autorización marital, nos encontramos frente a un acto que va a crear un estado—más trascendental, por tanto, que aquel mero ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes—, y que no es sólo consecuencia de su preexistencia. Y aunque el marido de la madre sea también en este caso ajeno a tal estado, sin embargo, por razón del vínculo que le liga con ella, podría ser que la ley, a pesar de contener un art. 63-2.º, le concediese derecho a intervenir en un acto de quien es su cónyuge y va a enlazarse con otro sujeto en un estado de filiación, aunque sea al margen de la familia.

Así que, en conclusión, entre el supuesto del art. 63-2.º y el del reconocimiento de un hijo natural hay una diferencia substancial, porque en un caso el acto de la madre crea un estado y en el otro, no. Por ello nosotros, que admitimos que no es necesaria la autorización marital para reconocer hijos, insistimos en que no lo es independientemente y por otras razones distintas de lo que se diga en el art. 63-2.º

Hay quien utiliza el art. 63 y el 125-4.º como argumentos a favor de la necesidad de autorización marital para que la mujer casada pueda reconocer hijos naturales (19).

(19) BORRELL—pág. 85—dice: «Del artículo 63, fin, y hasta del 125, número 4, del Código civil, parece desprenderse que la mujer casada no puede reconocer hijos naturales sin licencia marital. Su finalidad debe ser la imposi-

C) *Capacidad del demente en intervalo lúcido.*

En la doctrina extranjera ha sido y es discutida la posibilidad de que el loco pueda reconocer hijos en intervalos lúcidos (20). En la nuestra se admite la respuesta afirmativa (21). En contra puede alegarse la sentencia de 11 de octubre de 1929 que en términos muy generales declara que la capacidad del loco en un intervalo lúcido no se puede aplicar a otros actos que el ejercicio de la testamentación activa, por las especialísimas circunstancias del mismo.

Creemos que, a tenor del artículo 665, con la intervención de los facultativos que respondan de su capacidad, puede el loco testar y reconocer en tal testamento a un hijo natural. Además nos parecería razonable admitir que con tales garantías pudiese también reconocer hijos, aunque sea en el acta de nacimiento o en otro documento público (22) (22 bis).

D) *Otras posibles incapacidades.*

Otras incapacidades, como la del pródigo, la del que sufre interdicción, la del concursado o quebrado, unas que no afectan para nada a la esfera de derechos familiares y otras aun afectándola, no creemos que incapaciten para reconocer hijos naturales (23).

Es notoriamente exagerada la postura de los que piensan como Laurent, el cual ya dijo respecto del interdicto: «Le silence même de la loi témoigne contre la capacité» (núm. 41 in fine) (24).

bilidad de que, contra la voluntad del marido, se introduzcan en la familia (?) hijos cuya existencia ignoraba al casarse» (v. el § 367, nota 14, al fin). En esa nota se refiere a la exigencia del consentimiento del cónyuge para legitimar.

(20) En favor de tal posibilidad: MASSONIÉ, pág. 34; BONNECARRERE-LABORDE-LACOSTE-CREMIER, pág. 328; RICCI, pág. 304; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1414; LAURENT, núm. 308; BAUDRY-LACANTINERIE, núm. 895, página 437; COLIN y CAPITANT, pág. 556; BIANCHI, pág. 65; PACIFICI-MAZZONI, número 176, pág. 6; REBUTTATI, pág. 70. En contra: VENZI y FRANCO, pág. 53; DUSI, núm. 127, págs. 603 y sigs.; BOGGIO, pág. 269; CARRESI, pág. 60; PAOLI, pág. 223; BORSARI, núm. 688-9.

(21) Así NAVARRO AMANDI, pág. 220; PÉREZ y CASTÁN, pág. 212; PUIG PEÑA, pág. 74; DE BUEN, pág. 603; ROYO, pág. 269; COVIÁN, pág. 812. MARRASA, pág. 621, dice que se ofrece la duda de si el loco puede reconocer en intervalo lúcido.

(22) Cfr. PUIG, pág. 74.

(22 bis) Problema más delicado plantea la posible demencia del reconocedor al momento presumible de la cohabitación de la que procede el hijo a quien se pretende reconocer. Ya que si aquél no pudo darse plena cuenta de sus actos, es aventurado permitir que se declare padre.

(23) En el sentido del texto, entre nosotros, PUIG, pag. 75; ROYO, página 269; COVIÁN, pág. 812.

(24) Cfr. COSATTINI, núm. 33; CARRESI, págs. 58 y sigs.; CICU, pág. 109.

Cicu (p. 109) cree que en los casos más graves de pérdida de los poderes familiares por la interdicción es posible también la pérdida del poder de reconocer (25).

Contra tal punto de vista se manifiestan, creemos que con razón, Carresi (p. 62) y Cosattini (núm. 33, p. 113). Como observa Carresi, aun cuando el reconocedor se halle sometido a interdicción, su reconocimiento satisface la fundamental exigencia del instituto, que es la de proveer de un estado de filiación a quien de otro modo se vería privado de él.

Por otro lado si se adopta la postura de Cicu se incurre en el error de extender por analogía una norma restrictiva de la capacidad personal.

II. SUJETO PASIVO

1. *Filiación natural.*

Hemos dicho que el reconocido ha de ser hijo natural del que lo reconoce, pero con esto no basta. Examinemos la cuestión más a fondo.

2. *Filiación ilegítima no reconocible.*

Nuestro Código es en absoluto de los no propicios a admitir la reconocibilidad de los hijos ilegítimos no naturales.

Hoy se muestra clara tendencia en las legislaciones extranjeras a aceptar que se pueda reconocer en ciertos supuestos, bastante amplios, a los hijos adulterinos e incestuosos (26).

Como en nuestro Derecho existe, además, una tercera categoría de hijos ilegítimos no naturales: los sacrílegos, nos hallamos con que la prole ilegítima no reconocible está compuesta por los hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos habidos por padres ligados entre sí por parentesco en grado no dispensable (nefarios).

3. *Filiación natural presunta.*

Y los llamados hijos naturales presuntos, ¿son o no reconocibles?

El artículo 130 dice: «En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.»

Se llama a estos hijos naturales presuntos.

(25) Sabido es que Cicu concibe el reconocimiento como un acto de poder familiar.

(26) Sobre reconocibilidad de hijos adulterinos, cfr. CARRESI, págs. 75 y sigs.; COSATTINI, núm. 38; sobre la de los incestuosos, véanse los mismos, páginas 79 y sigs. y núm. 37.

Se puede pensar que al amparo de ese artículo es posible el reconocimiento de hijos no naturales, con tal de que el padre que reconoce pudiese haberse casado al momento de la concepción.

De hecho es ello ciertamente posible, pero no así de derecho.

Lo más interesante es dilucidar si el artículo 130 es una autorización para reconocer hijos no naturales o, si no lo es. Es decir: ¿qué sentido tiene el artículo 130?, ¿permite reconocer cuándo el que reconoce pudo casarse al momento de la concepción (artículo 119-1.º) del hijo, omisión hecha de que no hubiese podido hacerlo con el otro padre?, o, por el contrario, como no han reconocido ambos padres y no consta completamente el carácter de natural, se limita el artículo 130 a presumirlo, pero sin que ello suponga que se permita reconocer ni siquiera al padre, que, aunque no absolutamente incapaz de casarse al momento de la concepción, no hubiese podido hacerlo, sin embargo, con el que no reconoció?

Nos inclinamos por lo segundo, porque el artículo 138 permite impugnar el reconocimiento cuando el hijo no reúna las condiciones del artículo 119-2.º (27), o sea, cuando no hubiese existido la posibilidad de casar ambos padres entre sí al momento de la concepción. Tal opinión la apoya la sentencia de 9 de junio de 1893, según la cual «el artículo 130 no define la filiación natural, sino que, dándola por definida en el artículo 119 y presuponiendo la facultad que el 129 otorga a los padres para que cada cual de ellos pueda reconocer separadamente el hijo que tenga esa calidad, se limita a declarar, como una consecuencia lógica de tal facultad, que el hijo así reconocido se presume natural, si el

(27) Quizá se piense que contra la alegación del artículo 138 en defensa de nuestro punto de vista, se podría decir que el artículo 130 permite reconocer *así al hijo no natural*, con tal de que el reconocedor fuese libre al momento de la concepción. Y que el artículo 138 lo que hace es solamente tolerar que se impugne tal reconocimiento, que por ello sería presunto, provisional e impugnabile *pero admisible*.

A esta postura, cuando menos, parece inclinarse nuestra doctrina. Cfr. ROYO, página 269; PUIG, págs. 75 y 76; VALVERDE, pág. 441; SÁNCHEZ ROMÁN, páginas 1021-22; CASTÁN, IV, pág. 18; PÉREZ y CASTÁN, págs. 210 y 212; MANRESA, páginas 615 y sigs.; SCAEVOLA, III, págs. 367 y sigs.; DE BUEN, pág. 605. DE DIEGO—pág. 514—dice: «A lo que se presta el artículo 130 es a que se declaren por esta vía como naturales muchos hijos que sean adulterinos, etcétera, lo cual es absurdo. Pero reducido a sus verdaderos límites como calificación provisional y presunta que puede ser impugnada cuando perjudique, creemos que no es malo; al fin favorece a seres desgraciados sin perjudicar a nadie, pues el perjudicado ya reclamaria en contra.»

Nosotros creemos, sin embargo, que aunque de hecho sea inevitable, nuestro Derecho no permite el reconocimiento del hijo natural presunto, cuando realmente no es natural!

Que, *lege lata*, apreciemos las cosas así no quiere decir que *lege ferenda* no pensemos de muy distinta manera. Por eso no hacemos nuestros los dictérios que un tanto folletinescamente lanzaba GARCÍA GOYENA (pág. 138) contra el artículo 123 del Proyecto (semejante a nuestro 130), al que llega a calificar de repugnante, escandaloso y horrible. Todo porque en la práctica abría la puerta al reconocimiento de la prole ilegítima no natural.

que lo reconoce tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción».

4. *Condiciones o estados en que puede hallarse o disfrutarse un hijo natural.*

El caso que corrientemente se presenta es el de reconocimiento de hijo ilegítimo sin reconocer por nadie del mismo sexo, pero reconocible. Pero el que realmente es hijo natural de determinados padres, puede aparecer ostentando estados muy diferentes. Así, como hijo legítimo de otros o como natural reconocido por otros, etc. O bien puede aparecer, como hijo ilegítimo no natural, carente de tal estado y sin posibilidad legal de adquirirlo, o como hijo natural de otro, pero sin reconocer.

El reconocimiento, al atribuir el estado de hijo natural reconocido, que se supone responde a la realidad, no es posible sin atacar otro estado que aquél a quien se quiere reconocer ostente respecto de otro padre del mismo sexo que el que pretende reconocerlo. Y esto ni se puede hacer siempre ni lo puede hacer cualquiera. Ahora bien, si en los casos posibles no se destruye, por la persona a quien la ley permita impugnar, ese estado que aquél a quien se pretende reconocer ostente, el reconocimiento no es posible.

Asimismo el reconocimiento no es posible tampoco sin destruir la situación jurídica del que aparece como hijo ilegítimo no natural o como hijo natural (sin reconocer) de otros padres (27 bis).

(27 bis) Esta situación jurídica aparece en virtud de la constatación del vínculo paterno-filial. Y no importa que tal constatación se haya producido respecto de un padre de sexo distinto que el que pretende reconocer, si de ella se sigue la filiación ilegítima no natural.

Por ejemplo, la paternidad o maternidad ilegítima no natural resulta de un documento indubitado del padre o de la madre en el que expresamente se reconoce la filiación, o de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil (art. 140, 1.º y 2.º), y el hijo sobre dicha base está percibiendo alimentos, en virtud de sentencia.

En tal supuesto, aunque el padre que pretende reconocer sea de sexo distinto que aquel cuyo vínculo con el hijo consta, no podrá verificarse el reconocimiento, puesto que, en todo caso, el hijo aparece como no natural.

Esto sucede porque con la constatación de la sola filiación paterna o materna queda ya excluida la naturalidad del hijo. Pero aun cuando la constatación de una sola filiación no excluya la naturalidad, puede suceder que un reconocimiento se demuestre que es incompatible con un estado del hijo, a cuyo tenor el padre que aparece legado a tal hijo por el vínculo paterno-filial, sea de sexo distinto que el reconocedor.

Por ejemplo: el hijo está ya reconocido por una mujer y después lo reconoce un varón, pero se prueba que entre ambos padres no pudo existir comercio carnal. En tal caso es falso, por lo menos, uno de los reconocimientos.

Ahora bien, apuntado lo anterior, debemos advertir que la cuestión de la incompatibilidad de estos reconocimientos creemos mejor estudiarla al tratar de sus clases (bilateral o conjunto y unilateral, pero reconociendo aisladamente

En base a esto creemos que hay que resolver lo referente a la condición del sujeto pasivo del reconocimiento. Este ha de ser *hijo natural ni reconocido ni con filiación judicialmente fijada, ambas cosas respecto de otro padre del mismo sexo que el sujeto activo del reconocimiento.*

Ha de carecer el reconocido de un estado de familia (hijo legítimo), o de filiación (hijo natural reconocido), o de la condición de hijo cuya filiación, siendo natural, está judicialmente fijada, pero sin conferirle un estado (en este caso y en el anterior el padre conocido ha de ser de igual sexo que el que pretenda reconocer al hijo), o de la condición de ilegítimo no natural. Y ni el que aparece como hijo legítimo (28) ni el que aparece como hijo natural reconocido o con su filiación natural fijada en los

los dos pretendidos padres) y las relaciones entre los reconocimientos de los padres de ambos sexos.

Aquí, a continuación, sólo trataremos del problema del *double* reconocimiento, que es reconocimiento hecho por dos padres, pero del mismo sexo. Y en este lugar sólo nos interesa advertir que aunque, como venimos diciendo en el texto, el reconocimiento, considerado en abstracto, es sólo incompatible con un estado del hijo según el cual este hijo tenga ya un padre del mismo sexo que el que pretende reconocerlo, hay que tener en cuenta lo arriba indicado.

Quando de la filiación fijada no se siga necesariamente la no naturalidad, o la imposibilidad de que el reconocido sea hijo del que pretende reconocerlo, será preciso que, para que el posterior reconocimiento no sea posible, el padre conocido sea del mismo sexo que el que pretende reconocer.

Creemos que la constatación de la filiación en los casos anteriores ha de producirse mediante declaración judicial, abstracción hecha de la causa que la provoque. Podrá ésta ser, bien un escrito indubitado (140), bien una impugnación victoriosa de un reconocimiento anterior (declarando éste nulo porque el reconocedor no era padre, pues se probó serlo otra persona, o porque el reconocedor sea padre no natural).

Si se admitiese que la constatación de la filiación pudiese realizarse sin necesidad de declaración judicial, cualquiera de mala fe podría obligar al reconocedor a la prueba de la no paternidad de ese cualquiera, otorgando, antes del reconocimiento, un escrito en el que, por ejemplo, se declarase padre ilegítimo no natural del futuro reconocido.

(28) A este respecto dice el artículo 253 del Código italiano de 1942: «In nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio legittimo in cui la persona si trova.» La doctrina italiana no advierte la inutilidad de tal regla. Así, unos, como RUGGIERO y MAROI—pág. 330—, la recogen sin más; otros, como DEGNI—com. art. 251—y BUTERA—com. art. 251—, la creen consecuencia lógica del *favor legitimitatis*, y piensan que encaja con otros artículos precedentes. Pero esa regla la consideramos nosotros perfectamente inservible en cuanto por no aparecer, el que goza del estado de hijo legítimo, como hijo natural, es irrecognoscible. Así que: 1.º Si lo que con ella se pretende es que no puedan ser reconocidos los hijos legítimos (antes de impugnar su estado) es ociosa, pues es evidente que no pueden serlo, ya que hasta que la impugnación triunfe no son hijos naturales, sino legítimos, y por ser legítimos son inhábiles para ser reconocidos (v., p. ej., CICU, pág. 110; COSATTINI, núm. 35, pág. 117). 2.º Si lo que en ella se quiere decir es que el que pretende reconocer no puede impugnar la legitimidad en base a que él es padre natural y pretende reconocer, es también ociosa porque ya la ley indica quiénes pueden impugnar la legitimidad, y no puede hacerlo, exclusivamente como tal, el presunto padre natural (v., p. ej., DEGNI, com. art. 251; MESSINEO, § 66, pág. 457).

terminos antes indicados, ni el que aparece como ilegítimo no natural, se encuentran en tal caso.

Por lo demás, huelga advertir que el llamado reconocimiento forzoso—declaración judicial de filiación—sitúa al hijo en igual situación que si hubiese sido reconocido. (Así sent. de 26 de marzo de 1904.)

A) RECONOCIMIENTO DEL ANTERIORMENTE RECONOCIDO POR OTRA PERSONA DEL MISMO SEXO QUE EL RECONOCEDOR.

Creemos que según la anterior afirmación hay que solucionar el problema del doble reconocimiento por personas del mismo sexo. El segundo reconocedor no puede reconocer realmente sin que haya sido destruido antes el primer reconocimiento. Esto como regla general y sin distinguir como hace, por ejemplo, Rebuttati (página 90) entre reconocimientos anteriores y posteriores al nacimiento, considerando preferente el primer reconocimiento sólo en el caso de que se trate de reconocimiento posterior al nacimiento.

Sin embargo, el doble reconocimiento puede plantear problemas.

Ya decía, entre nosotros, Sánchez Román (págs. 1027-28): «Lo que pudiera ser ocasionado a complicaciones, es el problema de si otorgado este reconocimiento por una persona, como acto de su voluntad, sobreviniera otra que, por igual motivo voluntario, quisiera declararse también padre de aquel hijo natural.»

«Como la doble paternidad es un concepto inadmisibles, y pudiera suceder que el primer reconocimiento no fuera la expresión de la verdad y el segundo sí, en cuanto a esta relación paterno-filial o viceversa, claro es que la cuestión habrá de resolverse por la impugnación y declaración de nulidad que del primer reconocimiento se hiciera, o bien por su confirmación.»

«... son éstas fases de aplicación de la doctrina y cuestiones todas que en la misma pueden sobrevenir, que es forzoso remitir a los resultados de la discusión judiciales.»

Por de pronto, partiendo de distintas concepciones del reconocimiento y basándose en argumentos diferentes, se ha llegado a afirmar:

a) La eficacia del primer reconocimiento y la ineficacia del segundo (29).

(29) Así CICU—pág. III—, que dice: «Cuando un hijo haya sido ya reconocido por el padre o por la madre, no podrá un reconocimiento posterior de diverso padre o madre quitar, sin más, eficacia al título; para que el segundo reconocimiento adquiera valor de título será necesario que el primero sea destruido a consecuencia de un juicio en el que se le impugne.» Cfr. también nota 4 de pág. III. Y CARRESI—págs. 69 y 70—, que opina: «En realidad no se justifica cómo la prioridad pueda constituir título de procedencia, si se considera el reconocimiento como un medio de prueba; pero sí, por el contrario,

- b) La recíproca destrucción de ambos reconocimientos (30);
 c) La validez tanto del uno como del otro (31).

Para nosotros es válido el primero, y el segundo no es posible, puesto que antes de él ya disfruta el hijo del estado de natural reconocido, lo que lo hace inidóneo para un nuevo reconocimiento (32) por padre del mismo sexo que el que ya lo reconoció.

se considera como una declaración, negocial o no, encaminada a la atribución de un estado, se está precisamente obligado a deducir de ello que si el primer reconocimiento inviste al hijo del estado de hijo natural reconocido, todo reconocimiento posterior, no pudiendo cumplir la misma función, en cuanto no puede haber dos padres o dos madres del mismo hijo, será—al menos a los efectos que aquí estamos tratando—ineficaz.» Y COSATTINI—núm. 36, pág. 121—, que basa su postura en que el reconocimiento es un negocio jurídico de fijación de filiación.

En la doctrina francesa se afirma que el reconocimiento, al establecer la filiación frente a todos hasta prueba en contrario, exige afirmar que en caso de pluralidad de reconocimientos por personas del mismo sexo hay que tomar en consideración sólo el primero, hasta la prueba de su falsedad. Los reconocimientos posteriores deben ser provisionalmente ineficaces; no pueden producir efecto nada más que si su autor demuestra la falsedad de los reconocimientos precedentes. Dicha prueba puede verificarse por todos los medios (BONNECARRE-LABORDE-LACOSTE-CREMIEU, pág. 329). HARDOIN, pág. 451; LAGARDE, página 449; SAVATIER, en *Dalloz*, pág. 20; SAVATIER, *Cours*, núm. 403; DESBOIS, pág. 4616.

(30) El Código uruguayo—art. 240—dice: «Si alguno fuese reconocido como hijo natural por más de un hombre como su padre, o por más de una mujer como su madre, *no habrá prueba de paternidad o maternidad*, mientras que uno de estos reconocimientos contradictorios no fuese excluido por sentencia que cause ejecutoria.

Se atenderá en tal caso al reconocimiento que tuviese a su favor más presunciones o probabilidades.»

(31) La tesis de la validez de entrambos, que fué dominante en Francia (v. PLANIOL-RIPERT-ROUAST, núm. 827, pág. 698)—aunque, como vimos en nota 29, hay actualmente un gran sector de opinión en contra—es mantenida también hoy. Así PLANIOL-RIPERT-BOULANGER afirman—núm. 1420—: «Cuando un hijo ha sido ya reconocido, ningún texto se opone a que sea objeto de un segundo reconocimiento.» Asimismo también tuvo seguidores en Italia, por ejemplo, RICCI, pág. 156; RONGA, núm. 92, págs. 125 y sigs.

Se entiende también que el hijo tiene el derecho de elegir entre los dos reconocimientos. Así MARCADÉ—núm. 78—sostenía que podía ejercitar sus derechos de hijo natural respecto al reconocedor que le plazca, salvo el derecho de éste de oponerse negando—a través de una impugnación del reconocimiento que se le atribuye—la cualidad que el hijo asume. Así también BIANCHI, número 122 bis, pág. 239.

Alguno se ha decidido por la validez del reconocimiento con el que se legitima. Así VERHAEGEN, 226.

(32) Aunque en teoría queden las cosas solucionadas así, en la práctica puede entenderse aparecer erizada de dificultades la aplicación de lo antedicho.

Piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento hecho en un testamento ológrafo que, por haberse falseado la fecha de tal testamento, aparece como anterior a otro reconocimiento realizado primero.

Esta dificultad queda salvada plenamente para los que crean—como COSATTINI—que el título de estado es condición de eficacia del estado y que no hay título hasta que el reconocimiento está anotado en el acta de nacimiento en el Registro civil (v. núms. 54 y sigs., págs. 167 y sigs., y en particular número 61, págs. 190 y sigs.). COSATTINI—pág. 191, núm. 61—se pregunta: ¿Prevalce el reconocimiento cuya declaración es cronológicamente anterior o aquel

B) RECONOCIMIENTO DEL HIJO ADOPTIVO (33).

Lo anterior tiene lugar porque no es admisible que una persona tenga dos filiaciones distintas. No se puede ser, por ejemplo, hijo legítimo de unos padres e ilegítimo de otros, o hijo natural de dos padres o de dos madres.

a) *Reconocimiento del hijo adoptivo del reconocedor.*

Sin embargo, cuando una de las filiaciones es la legal—adopción—las cosas varían. La filiación legal no sólo implica una filiación natural distinta, sino que parece lo normal que los padres en ambas sean también distintos. Se afirma que los padres naturales—en el sentido de padres «in natura»—no pueden adoptar a sus hijos.

No es preciso ni tratar de la inadoptabilidad de los propios hijos legítimos.

Respecto de los ilegítimos, son adoptables en Derecho alemán (34); no lo son en el italiano de 1865 por expresa declaración del art. 205: «I figli nati fuori di matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori.» En Suecia los declaró expresamente adoptables una ley de 14 de junio de 1917. En Francia,

cuyo título de estado (que para COSATTINI es el acta de nacimiento con la anotación) es anterior? La doctrina italiana por lo general piensa que vale el primer reconocimiento (declaración), dice COSATTINI, pero él cree—pág. 194—que prevalece aquel cuyo título es anterior, «en cuanto va tutelada la legítima adquisición del estado familiar».

Entre nosotros la aplicación de un principio como el contenido en el artículo 1.227 podría evitar el dejar prácticamente en poder del reconocedor la facultad de convertir siempre su reconocimiento en el primero.

Recientemente nuestro T. S., en sentencia de 27 de junio de 1950, ha abordado un caso de doble reconocimiento. Se refiere la sentencia a dos reconocimientos de un mismo hijo, hecho uno en acta de nacimiento y otro en testamento, y dice: «En este caso de reconocimientos contradictorios hay que tener muy presente que el primer reconocimiento hecho en el acta de nacimiento reviste las condiciones legales que establece el artículo 131 del C. c., y con la fuerza legal que le da la constancia y publicidad del Registro civil establece una situación jurídica que no puede ser destruida por otro reconocimiento posterior, aunque revista forma legal, pero que no ataque al mismo tiempo directa y válidamente la situación existente y el acto que la creó.» Refuta el T. S. la tesis del recurrente de que «en presencia de dos reconocimientos de paternidad de un hijo, contradictorios por estar hecho el uno en el acta de nacimiento del Registro civil y el otro por persona distinta en su testamento, hay que atenderse al resultado de la prueba de presunciones».

Para nosotros, aparte de las anteriores maneras de ver la solución del problema, éste se resuelve en base a nuestra postura de que el reconocimiento contenido en un testamento como el ológrafo no es perfecto sino desde la protocolización, y retroactivamente eficaz solo a partir de la muerte del testador, es decir, hasta ésta, pero no antes de la misma, alcanza la eficacia retroactiva.

(33) Cfr. COSATTINI, núm. 35.

(34) Cfr. KIPP y WOLFF, pág. 158, con abundante bibliografía sobre el particular.

doctrina y jurisprudencia se inclinan por la adoptabilidad (35). Entre nosotros Pérez y Castán (pág. 166) dicen: «Si la paternidad natural consta (por estar ya reconocido el hijo natural o por indicarse en la escritura de adopción el vínculo existente entre adoptante y adoptado), entendemos que no es lícita la adopción, pues siendo mayores los derechos del hijo reconocido que los del adoptivo, perjudicaría aquélla la condición del hijo. Mas si no consta en forma legal la paternidad ilegítima, no vemos que en el terreno jurídico, y prescindiendo de los matices morales del problema, pueda negarse la posibilidad de la adopción.» Y por lo que respecta al sentir de la generalidad de nuestros autores lo recoge Castán (IV, pág. 67) afirmando que éstos «entienden que no, tratándose de los hijos naturales, pues la facultad de reconocerlos excluye la de adoptarlos, máxime cuando el hijo reconocido tiene mayores derechos que el adoptado. En cambio, hay discrepancia de opiniones tratándose de los demás ilegítimos, pues mientras Burón y De Diego dicen que si consta la paternidad no pueden ser adoptados, Valverde considera que el Código no lo prohíbe».

El Código italiano de 1942 dice en su artículo 293: «I figli nati fuori del matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori. Non può tuttavia essere dichiarata la nullità dell'adozione se, al momento in cui questa avvenne, la qualità di figlio naturale dell'adottato non risultava da riconoscimento o da dichiarazione giudiziale... Se l'adottato è un figlio naturale non riconoscibile, del quale la filiazione risulta in uno dei modi indicati nell'articolo 279, può essere sempre dichiarata la nullità dell'adozione.»

Sin embargo, aunque queríamos poner de relieve lo anterior porque es conveniente para lo que a continuación diremos, lo que nos interesa no es ver si es adoptable por los padres su hijo reconocido, sino ver si es reconocible su hijo adoptivo.

Creemos que sí lo es. Precisamente se ha dicho reiteradamente que no debía admitirse la adopción del hijo reconocido porque, siendo mayores sus derechos como reconocido, se perjudicaría

(35) La cuestión ha sido muy controvertida. En contra ya escribió BENECH un libro. En pro de la inadoptabilidad alegaba fundamentalmente los trabajos preparatorios del Código Napoleón (v. pág. 28, núm. 30).

Ciertamente TREILHARD (pág. 372) había dicho en sesión de 27 Brumario del año XI: «... en effet si les enfants *sont reconnus*, ils ne peuvent être adoptés...» Pero la Casación había consagrado lo contrario (28 abril 1841). Para después, en 16 de marzo de 1843, decidirse por la inadoptabilidad (v. BENECH, página 5, núm. 1). Y en 1 de abril de 1846 volver a considerarlos adoptables. Postura, esta última, que ya no ha variado la jurisprudencia (13 mayo 1868, 13 junio 1882). Para indicación de diferentes puntos de vista, cfr. DALLOZ, voz «Adoption», en especial *Supplément*, núm. 21. En conclusión, el *rapporteur* de la Ley de 19 de junio de 1923, relativa a la adopción, declaró que la solución de considerar adoptables a los hijos legítimos era la admitida (v. PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1597. Estos autores indican que la Casación ha utilizado un único argumento, sólido a su modo de ver. Tal argumento es sencillo por demás: el Código, que determina las condiciones para la adopción, no dice que el hijo natural no pueda ser adoptado después de haber sido reconocido).

al hijo adoptándolo (esta postura implica que no se supone que coexisten ambas filiaciones (36), porque si no el hijo no se perjudicaría teniendo unos derechos como natural reconocido y otros como adoptivo), así que, en base a este mismo argumento, debe prosperar el reconocimiento del hijo adoptivo. Si no tiene sentido que coexistan entre uno o unos mismos padres y un mismo hijo ambas relaciones de filiación, debe desaparecer la que no se basa en la naturaleza y, además, beneficia menos al hijo. Porque aunque el adoptante supiese que adoptaba a su hijo natural y pudiese hacerlo por razones más o menos justificadoras (por ejemplo, para evitar perturbaciones matrimoniales, ya que su cónyuge ignoraba que tenía un hijo natural), sin embargo, en ningún caso su conducta, adoptando en vez de reconociendo, creemos que pueda perjudicar al hijo, impidiendo el posterior reconocimiento. Aparte de que se podría ignorar que a quien se adoptó fué al propio hijo natural.

En contrario, el Código italiano de 1942 dice en su artículo 293: «... Il riconoscimento posteriore all'adozione nos ha effetto se non ai fini della legittimazione...»

Como indica Barassi (pág. 206), la adopción excluye la posibilidad de un reconocimiento ulterior, según la opinión dominante, en cuanto el Código prohíbe la coexistencia de los estados de hijo adoptivo y de hijo natural.

b) Reconocimiento del hijo adoptivo de otros padres.

Finalmente, creemos perfectamente normal el reconocimiento del hijo adoptivo de otros padres (37). No parece que sea preciso el consentimiento del padre adoptivo si el hijo es menor, ya que el Código—y sólo en el reconocimiento hecho en «otro documento público»—únicamente exige la autorización judicial, pero no requiere la intervención del tutor ni tampoco la del padre que ya hubiese reconocido, cuando se trate del reconocimiento de un hijo reconocido con anterioridad por el padre del otro sexo.

(36) Se ha admitido generalmente la afirmación de que la ficción no puede concurrir con la realidad y que por adopción del hijo natural habría una ficción contra la naturaleza (v. BENECH, núms. 67 y 68, págs. 54 y sigs.). Naturalmente, si se parte de que la coexistencia de ambas filiaciones no tiene obstáculo, no hay cuestión sobre la reconocibilidad del hijo adoptivo.

(37) En Francia tal reconocimiento posterior a la adopción será imposible cuando el Tribunal que apruebe la adopción, tratándose de un menor de veintidós años, hubiese decidido a petición del adoptante que el adoptado cesara de pertenecer a su familia natural (art. 352, reformado por Decreto-ley de 29 de julio de 1939).

La justificación de tal precepto está en que, como advierten PLANTOL-RIPERT-BOULANGER (núm. 1421), el reconocimiento de los hijos adoptivos de otro es muchas veces interesado y falso, pues su autor pretende conseguir beneficios a costa del padre adoptivo.

Sin embargo, el medio técnico empleado, según el tenor literal del artículo 352, es un tanto extraño, pues es imposible que por una orden de un Tribunal se cese de ser hijo *in natura* de quien nos generó.

C) RECONOCIMIENTO DE QUIEN SE PRESUME NO HIJO DEL RECONOCEDOR

Hasta aquí nos hemos referido a situaciones jurídicas—estado familiar de hijo legítimo, estado de hijo natural reconocido, situación de hijo ilegítimo no natural, estado de hijo adoptivo— las cuales había que estudiar para ver si eran, y cómo eran, obstáculos para el reconocimiento. En ellas tal obstáculo (excluyendo la filiación adoptiva que no lo es) se halla en la situación del hijo *en sí*, como *tal hijo*, en cuanto que aparece como hijo de otro o como hijo no natural del que pretende reconocerlo.

Hemos afirmado que para reconocer no se exige prueba de la paternidad natural, pero de lo que dijimos al tratar del sujeto activo y de lo que acabamos de estudiar sobre las condiciones o estados en que puede hallarse el hijo natural, se deduce que se requiere al menos: 1.º que la posibilidad de tal paternidad no quede excluida; 2.º que la ley no presuma otra paternidad; 3.º que la ley no presuma que el hijo no es natural. O, naturalmente, que no exista ante el Derecho no ya la presunción, sino la certeza de una de esas cosas.

Porque la posibilidad de la paternidad queda excluida, no se puede reconocer, por ejemplo, al que es mayor que el reconocedor. Porque la ley presume la paternidad del primer reconocedor, no puede reconocer otra persona del mismo sexo a un hijo ya reconocido, hasta que triunfe la impugnación del primer reconocimiento. Porque la ley presume que el hijo no es natural, no puede, por ejemplo, reconocer la madre a un hijo cuya filiación adulta *rina a padre* se deduce de una sentencia (art. 140).

Pero, además de los anteriores, hay casos en que sin quedar absolutamente excluida la paternidad de un determinado sujeto, ni presumir directamente otra paternidad concreta la ley, existe una situación jurídica previa al reconocimiento, situación que se basa—exclusivamente o en parte—en la no paternidad de aquel determinado sujeto. La ley no presume que sea padre de un hijo esta o aquella persona, pero sí presume que otra persona determinada no lo es.

En estos casos, para poder reconocer, es preciso aportar prueba que excluya la presunción de que el reconocedor *no es padre* del reconocido. Obsérvese que no se exige necesariamente la prueba de que *es padre*, sino sólo la que destruya la presunción de su no paternidad (38). Una vez aportada ésta el reconocimiento ya puede verificarse, porque la posibilidad de la paternidad del reconocedor no queda excluida, y, por tanto, su declaración de paternidad puede presumirse verdadera.

En esos casos el obstáculo para el reconocimiento no surge de

(38) Habrá casos, sin embargo, en los que la presunción de no paternidad sólo podrá destruirse probando que *se es padre*.

la situación del hijo *en sí, como tal hijo*, es decir, no surge del *estado de hijo* que aquel a quien se pretende reconocer ostente, sino que surge de que el estado de filiación en el que se hallaría después de reconocido es incompatible con otro estado (no de hijo) del que disfruta en la actualidad. Así, por ejemplo, un cónyuge pretende reconocer al otro como su hijo natural o una persona pretende reconocer como tales a dos esposos. En uno y otro caso, si el reconocimiento fuese posible, nos encontraríamos con la imposibilidad de coexistencia del estado de hijo con el estado matrimonial. El parentesco natural en línea recta o en segundo grado colateral son impedimentos dirimentes y no dispensables y, por tanto, no pudieron contraer matrimonio válido ni el padre con su hijo ni dos hermanos entre sí.

En tales casos el reconocimiento no es posible (39) sin la previa destrucción de la situación o estado que se opone a él (40). La prueba para tal destrucción tendrá que ser algunas veces la de la paternidad del que pretende reconocer. Ello podría hacer suponer que normalmente en el reconocimiento no se exige la prueba de la paternidad del reconocedor, pero que en estos supuestos excepcionales sólo puede reconocer el que pruebe ser padre del reconocido. Pero tal creencia no sería exacta. Como advertíamos, la prueba de la paternidad no se exige para hacer *directamente* el reconocimiento, sino sólo para *destruir* el estado que se opone a aquél. Lo posibilita, pues, pero *indirectamente*. Confirmación de ello es que la prueba de la paternidad no se exige con exclusión de toda otra. Tal exclusión no tendrá lugar por disposición legal, sino por la naturaleza de las cosas, ya que a veces será la única posible o convincente.

Así, para reconocer como hijo natural a la propia mujer, habrá que probar ser padre de la misma (circunstancia que, por ejemplo, se ignoraba), pues sólo así aparece el impedimento di-

(39) Piénsese que para obviar las consecuencias que de tal reconocimiento se seguirían si se admitiese su posibilidad, no bastarían ni la necesidad del consentimiento del hijo mayor ni la de la autorización judicial para el reconocimiento del menor (que negándose harían el reconocimiento ineficaz). Por ejemplo, una persona reconoce en testamento a dos cónyuges que son menores. ¿Es que se va a admitir ni siquiera que hasta que lleguen a su mayor edad, o en cualquier otro supuesto en que sea posible la impugnación, hasta que ésta triunfe, se considere inválido el matrimonio, en base a la *sola declaración* del reconocedor?

(40) DUSI—págs. 640 y 641, núm. 136—afirma que si del reconocimiento resulta un vínculo de parentesco natural que constituye impedimento dirimente para el matrimonio precedentemente contraído por el hijo, el reconocimiento trae consigo la anulabilidad del matrimonio. Todo interesado en contrario (interesado en mantener la validez del matrimonio) puede impugnar la validez y veracidad del reconocimiento. En igual sentido CARRERÍ—pág. 113—y allí citados. Postura que nos parece desafortunada. Vemos las cosas exactamente al revés. No serán los cónyuges quienes hayan de probar la falsedad del reconocimiento si quieren salvar el matrimonio, será el reconocedor quien tenga que probar el impedimento dirimente, para poder reconocer. De admitir lo contrario nos hallaríamos con un cómodo expediente para tirar por tierra esos matrimonios.

rimente de consanguinidad. Pero para reconocer a dos esposos bastaría probar que son hijos de una misma madre.

En resumen, como regla general podemos sentar que el reconocimiento sólo es posible cuando su propia realización o la verdad de sus presupuestos no implique la destrucción de situaciones o estados jurídicos precedentes e incompatibles con ellos.

D) RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO, PERO NO NACIDO

La admisibilidad del reconocimiento del concebido, pero no nacido, se puede basar en nuestro Código en dos artículos: el 29 y el 644-1.º En aquél porque acoge la regla de que al concebido se le tiene por nacido para lo favorable, siempre que nazca con las condiciones legales. En éste porque contempla el caso de que una persona haya tenido un hijo natural reconocido póstumo («... 1.º, que el donante tenga después de la donación, hijos... naturales reconocidos, aunque sean póstumos»). Lo cual implica que el reconocimiento sólo pudo tener lugar cuando el hijo se hallaba aún en el vientre materno, puesto que el nacimiento del mismo acaece después de la muerte del reconecedor.

Así, pues, podemos decir que en nuestro Derecho es admisible el reconocimiento del hijo no nacido, aunque sí concebido.

Esta afirmación parece intachable. ¿Lo es? Respecto de una futura madre que reconoce a un hijo concebido, sí. Respecto de un varón futuro padre, ha de advertirse que no es posible que reconozca al concebido sin que, para identificarlo, indique cuál es la que será madre por obra suya. El hijo no puede ser individualizado sino por su nacimiento de una determinada mujer.

Esto, en el caso de que lo reconozcan ambos padres, no obsta para nada. Pero puede pretender reconocer sólo el padre, y hay que tener en cuenta que el artículo 132 dice: «Cuando el padre o la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por la que pueda ser reconocida...»

Creemos que este artículo impide el reconocimiento del concebido hecho solamente por el padre (41).

Entre nosotros, por el contrario, Royo (pág. 272) cree que debe admitirse el reconocimiento aun a costa de identificar a la madre que no reconoce.

Algún autor, como Rebuttati (pág. 58), indicó la conveniencia de derogar para el reconocimiento del concebido la prohibición de designación de la mujer con quien se hubo (Código italiano de 1865, art. 376). Así creía que se evitarían problemas, aunque

(41) En el sentido del texto, JAÉN—págs. 643 y 644—.

de todos modos piensa que no se debe reconocer, *lege lata*, a la madre el derecho a no ser designada.

Sin embargo, sobre tal cuestión de si al concebido no lo puede reconocer el padre además, la doctrina discrepa. Mientras que unos, como Bianchi (núm. 100) y Cicu (ed. esp., pág. 222) se deciden por la irrecognoscibilidad, otros, como Dusi (núm. 134, página 634), opinan lo contrario y creen la indicación de la madre eficaz, aunque al solo efecto de individualizar al hijo (42).

La solución que da al asunto el nuevo *Codice* es la que defendemos nosotros. El artículo 258 prohíbe que en el acto del reconocimiento se hagan indicaciones relativas al otro padre. El proyecto preliminar hacía seguir al texto del actual artículo 258 otro párrafo que decía: «Le disposizioni del precedente comma non sono applicabili quando trattandosi di figlio nascituro, le indicazioni relative alla persona dell'altro coniuge siano necessarie per identificare la persona del figlio.» Disposición ésta que se suprimió, observándose que el intento de facilitar el reconocimiento del padre antes del nacimiento no justificaba la derogación, siempre peligrosa, del principio de inindicabilidad del otro padre (43).

La doctrina (Degni, pág. 553, com. art. 256; Azzaritti y Martínez, pág. 862, núm. 456, etc.) acoge como justificado tal modo de proceder.

Finalmente, Carresi (pág. 66), siguiendo a Cicu (pág. 112), advierte que la ineficacia del reconocimiento hecho por el padre, cuando la madre no ha reconocido a su vez, cesa por el posterior reconocimiento de ésta.

E) IMPOSIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL NO CONCEBIDO

Antes de la concepción no es posible reconocer porque no puede asegurarse la paternidad futura.

El T. S. ha declarado que es contrario a toda lógica que pueda ser reconocido un hijo natural por medio de escrito hecho antes de su concepción (sent. de 19 de diciembre de 1902).

También se pronunciaron así la jurisprudencia y la doctrina francesa y la italiana (44).

Como dice Motin (pág. 169), el reconocimiento no puede aplicarse a un ser puramente imaginario. El reconocimiento es indudable para nosotros que supone necesariamente la obra de la paternidad realizada y la de la maternidad comenzada al menos. Habría una chocante inmoralidad en el hecho de reconocer anticipadamente al ni siquiera concebido. Se puede comprender todavía

(42) También VENZI y FRANCO, pág. 65, y MASSONIÉ, pág. 42.

(43) V. *Relazione al progetto ministeriale* del Lib. I, núm. 265.

(44) V. MOTIN, pág. 129; MASSONIÉ, pág. 41; CARRESI, pág. 63, y allí citados.

que una mujer quiera reconocer todos los hijos que nacerán de ella, pero es difícilmente admisible que un hombre sea autorizado para reconocer, antes de la concepción, al hijo o a los hijos que nazcan de determinada mujer.

Un reconocimiento anterior a la concepción puede tener lugar, por ejemplo, en el supuesto de que la mujer lo exija al varón antes de la unión carnal, con objeto de asegurar un estado de filiación al hijo que pueda nacer de dicha unión (45).

Si realmente tal hijo llega a nacer se podría pensar que es injusto que el reconocimiento no sea válido, ya que el reconocedor es padre del reconocido.

Sin embargo, aunque *prima facie* las cosas parezcan así, militan contra tal validez razones fundamentales y decisivas, en cuanto que en el fondo no hay tal reconocimiento, sino una apariencia del mismo que se ha producido en el vacío. Cuando el llamado reconocimiento tiene lugar, faltan absolutamente un sujeto pasivo y un sujeto activo, porque ni siquiera es admisible la existencia de un reconocedor, con arreglo a Derecho, pues éste ha de ser padre natural, y difícilmente puede haber padre cuando falta el hijo.

Ciertamente que la madre, ante la invalidez de tal reconocimiento, puede verse defraudada. Incluso pudo ser el mismo la base de su seducción. Ahora bien, cualquier clase de perjuicio que se siga de su invalidez, no puede tener como vía para su reparación la de considerarlo válido, sino que el camino debe ser otro (46).

Como la concepción se supone posible hasta un máximo de trescientos días antes del nacimiento, salvo prueba en contrario, pensamos que es válido el reconocimiento hecho en cualquiera de esos trescientos días. Y el que pretenda que se reconoció antes de la concepción habrá de probarlo.

F) RECONOCIMIENTO DEL HIJO PREMUERTO

Siguiendo al Código Napoleón y al italiano de 1865, nuestro Código no habla del reconocimiento del hijo ya fallecido. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo creen posible (47). Se aplica el principio del artículo 124: «La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes.»

(45) A tenor del art. 29, no sería admisible el reconocimiento hecho después de la unión carnal, pero antes de la concepción, aunque fuese precisable la separación entre ambos momentos.

(46) Cfr. Trib. Ravenna, 12 junio 1936. v. en Rep. Fort. it., 723 C.; CARRESI, pág. 63, nota 1.

(47) CASTÁN, IV, pág. 19; PÉREZ Y CASTÁN, pág. 212; ROYO, pág. 269; PUTG, pág. 77; DE DIEGO, pág. 517; SÁNCHEZ ROMÁN, pág. 1029; MANRESA, página 625; SCAEVOLA, pág. 372; COVIÁN, pág. 813.

Más oscuro se cree que aparece otro punto: si tal reconocimiento requiere que el premuerto haya dejado descendientes o no.

Nuestra doctrina se halla dividida sobre la posibilidad de reconocer si los descendientes faltan (48), pero la mayoría lo acepta.

En ese artículo 124 hemos visto que se dice que la legitimación del fallecido aprovechará a sus descendientes. Y esto, aplicado al reconocimiento, no encierra prohibición de reconocer si faltan los descendientes. Lo único que pasará es que no podrá aprovecharles por la sencilla razón de que no existen.

En el Código Napoleón (art. 332), lo mismo que en nuestro Proyecto de 1851 (art. 121), se requirió para la legitimación del premuerto que éste dejase descendientes: «La l'gitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants.» («La legitimación puede hacerse en favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará a éstos.»)

Y, sin embargo, la jurisprudencia francesa, después de algunas dudas, ha acabado por pronunciarse en favor de la validez del reconocimiento del hijo premuerto, aunque no quedasen descendientes del mismo (49). Y PLANIOL - RIPERT - BOULANGER (número 1.419) razonan tal proceder diciendo: «Hay, en efecto, una gran diferencia entre el reconocimiento y la legitimación, y lo que para una es imposible no se puede concluir que lo sea para la otra; la legitimación es un beneficio que tiene por fin conferir un derecho nuevo al hijo; ella no tiene, pues, razón de ser si éste ha muerto sin dejar posteridad. Por el contrario, el reconocimiento es declarativo: constata un lazo natural, un parentesco que produce efectos útiles lo mismo para los padres que para el hijo; aporta la prueba de un hecho anterior. Se comprende, pues, que pueda realizarse en un momento en el que el hijo no se puede aprovechar de él, y aunque no tenga descendientes» (50).

(48) Contra el reconocimiento explícitamente: ROYO, pág. 269. Implícitamente cabe entender la negativa en PÉREZ Y CASTÁN, pág. 212. Cfr. también PUIG, pág. 77; DE BUEN, pág. 603. A favor del reconocimiento implícitamente: VALVERDE, pág. 443. Explícitamente: COVIÁN, pág. 813. Cree que la admisión o denegación del reconocimiento deberá depender de las circunstancias de cada caso. Será rechazable cuando el padre pretenda sólo adquirir la herencia del hijo difunto. Admisible—dice COVIÁN—si se hace «con el propósito de prestar homenaje a la memoria del difunto y dar satisfacción a la propia conciencia». Y DE DIEGO—pág. 517—dice: «Respecto al natural ya muerto, si deja prole, no hay duda que si es posible el reconocimiento, por analogía con la legitimación, pues sus beneficios recaerán sobre la prole; pero si no deja prole, hay el peligro de que sea un acto interesado de los padres. No obstante, como se trata de constatar un vínculo y hecho anterior, del que son términos personales padres e hijos, no hay duda que es un derecho en ellos, que lo pueden ejercitar». En igual sentido JAÉN, pág. 644. y CASTÁN. R. D. P., 1930, págs. 225 y 226.

(49) V. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, núm. 1.419; STOLFI, pág. 693, nota 1.

(50) Así también JOSSEKAND, núm. 1.192; COLIN y CAPITANT, págs. 555 y 556; BONNECASE, núm. 559. Cfr. también ZACHARIAE-CROME, § 538, pág. 537.

El artículo 196 del Código italiano de 1865 decía: «Può anche aver luogo la legittimazione dei figli premorti *in favore dei loro discendenti*» (51).

Ya Masetti (págs. 4 y ss.) en 1888 había escrito sobre esto recogiendo las diversas opiniones entonces existentes. Clasificaba las tesis mantenidas en tres grupos:

1.º El reconocimiento no es posible después de muerto el hijo sin descendencia.

2.º Es válido el reconocimiento del premuerto sin descendencia, pero sólo a efectos morales, negándose los efectos sucesorios.

3.º Es válido el reconocimiento del premuerto sin descendientes, y lo es a todos los efectos, incluso sucesorios (52).

Lo mismo que el Código de 1865, pero aplicado en particular al *reconocimiento* y hablando, por tanto, de éste y *no de legitimación*, dice el artículo 255 del Código de 1942: «Può anche aver luogo il *ricoscimento* del figlio premorto, *in favore dei suoi discendenti legittime e dei suoi figli naturali riconosciuti*» (53).

En estos cuerpos legales—según su tenor literal—sería posible entender que la legitimación o el reconocimiento no son admisibles sino en favor de los descendientes del premuerto y, por tanto, que no podrían tener lugar si éstos faltan, pues es evidente que en tal caso no pueden favorecerlos. Pero, sin embargo, hemos visto cómo tanto en Francia como en Italia hay, por lo menos, un sector de opinión que piensa que puede reconocerse al premuerto aunque no deje descendencia. Luego con mayor razón en nuestro Derecho, ante las palabras del artículo 124, podría admitirse tal opinión, puesto que ni habla como el Código Napoleón, de legitimación de los premuertos «que han dejado descendientes», ni, como el italiano, de que tengan lugar dichos legitimación o reconocimiento «*en favor* de los descendientes» de tal premuerto, sino que según las palabras de ese artículo 124 nada se opone a que

y bibliografía allí citada, nota 10. Para el estudio de la controversia sobre el reconocimiento *post mortem* en la doctrina y jurisprudencia francesa, v. DEMOLOMBE, núm. 416; DALLOZ, en especial voz «Paternité et filiation», núms. 508 y 509; AUBRY ET RAU, § 568, texto y notas 30 a 32; MASSONIÉ, pág. 50 ss.

(51) Para cita de doctrina y jurisprudencia italianas sobre el reconocimiento del premuerto, v. REBUTTATI, pág. 59; PACIFICI-MAZZONI, pág. 10, nota 2; CARRESI, pág. 67, nota 1; STOLFI, pág. 693, nota 2; CICU, pág. 112, nota 10.

(52) El se decidía (pág. 41) por la tercera opinión. La cree la lógica y jurídicamente más justa. Piensa que es la equitativa y la admitida en el Código italiano de 1865. Contra la validez del reconocimiento, v. DUSI, núm. 135.

STOLFI—pág. 693, núm. 1.064—indica que en Italia la tesis de la validez del reconocimiento del premuerto, aun sin descendientes, es generalmente seguida por la doctrina; pero la jurisprudencia opina que el reconocimiento no puede tener lugar, bien porque estaría determinado por el solo propósito de adquirir la herencia del hijo después de haberlo abandonado en vida, bien porque faltaría el fin que marca la ley, que es el de mantener y educar al hijo natural. STOLFI se decide por la opinión de la jurisprudencia.

Allí se pueden encontrar citas de ellas.

(53) CICU—pág. 112—cree que, según el art. 255, no es posible el reconocimiento si no quedan descendientes. En igual sentido CARRESI—pág. 137—.

la legitimación—o reconocimiento, aplicando a éste el espíritu de la norma dictada para aquélla—se practique aun sin tales descendientes del premuerto.

El T. S., en sentencia de 22 de marzo de 1928, niega validez a este reconocimiento cuando el hijo falleciese sin descendientes y resulte probado que al padre no le impulsó otro móvil, al hacerlo, que el de adquirir la herencia del hijo que intentaba reconocer (54).

Después de ver la posición de la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto españolas como extranjeras, sobre el reconocimiento del premuerto, vamos a exponer nuestra opinión.

Ciertamente, si el reconocimiento *post mortem filii* es, por sí, posible, no será el artículo 124 el que lo impida, si los descendientes del premuerto faltan, porque, como advertimos, de él sólo se sigue que si los hay se aprovecharán de las consecuencias de tal reconocimiento.

Pero hay que examinar, aparte de la existencia o inexistencia de descendientes, la posibilidad del reconocimiento del hijo premuerto.

Por de pronto, sobre el artículo 137 parece que se puede construir un argumento contra tal posibilidad. Algunas, al menos, de las razones que aconsejan el no permitir—como regla general—que se pida la declaración de paternidad muerta el presunto padre (así evitar la aportación de lo que éste hubiese podido oponer a la petición), existen también en el caso de que haya muerto la persona a la que se pretende reconocer. Por ejemplo, el reconocimiento puede prosperar porque con la muerte del hijo hayan quedado ignoradas las razones que éste hubiese tenido para no consentirlo.

Aquellos para los que el reconocimiento sea meramente declarativo lo entenderán posible (55).

No es éste el momento de entrar en el problema de si su carácter es declarativo o constitutivo; pero nosotros, que en principio admitimos éste, creemos que basta sólo advertir que falta un sujeto pasivo para poder deducir de ello las consecuencias que nos interesan.

Faltando el sujeto pasivo es imposible conferirle un estado. Y no tiene sentido hablar de que el reconocimiento se limita a declarar que ese estado lo tuvo en vida, porque es evidente que el

(54) Dice MOTIN—pág. 178—: «Prueba de la generación, el reconocimiento puede ser hecho después que aquella ha tenido lugar, no importa en qué momento, lo mismo después de la muerte del reconocido que durante su vida, y sin atender a los móviles que lo inspiren: éstos pueden ser el odio, el lucro, la venganza o el afecto o el sentimiento del deber. Todos estos elementos de orden moral deben ser indiferentes, lo mismo que lo son en la declaración de fallecimiento, por ejemplo».

(55) Sin embargo, muchos de los que lo creen declarativo y retroactivo niegan su posibilidad si faltan los descendientes del premuerto. Así, *ad exemplum*, *Dusi*, núm. 135; *Stolfi*, núm. 1.064.

cúmulo de consecuencias que pudieron derivarse de él, no existieron nunca. (No se puede hablar, por ej., de que el hijo estuvo en vida sometido a la patria potestad del padre que lo reconoce *post mortem*, y deducir de ello que tuvo la nacionalidad del padre, etc.) Y si aun sin la existencia de tales consecuencias se quiere afirmar que si hubo estado, no vemos el sentido de tal afirmación, porque carece de base real: sostener que quien durante toda su vida careció de padre jurídicamente conocido, vivió ligado a este padre por los vínculos de un estado que se descubre *post mortem*.

Es claro, pues, que en el reconocimiento después de la muerte no se cumple el fin fundamental del reconocimiento, que es conferir un estado al hijo. O sea, tal reconocimiento se limitará a fijar una filiación que existió *in natura*. Cuya fijación en principio no es rechazable que se realice después de la muerte en forma solemne. Pero faltarán los efectos de un verdadero reconocimiento.

Ahora bien, otra cosa es que se considere equitativo admitir cualquier ventaja que del reconocimiento pueda seguirse para los descendientes del premuerto. Mas a su base no existirá un propio reconocimiento, con sus efectos peculiares, sino que hay que admitir que lo que sucede es que tales consecuencias favorables a los descendientes del premuerto se producirán *como si el reconocimiento se hubiese realizado normalmente*. Lo cual es también lo que acaece en el artículo 124, en cuyo supuesto no hay legitimación, sino un seguirse consecuencias favorables para los descendientes *como si* la legitimación hubiese existido (56).

Por último, sin ni siquiera un apoyo como el artículo 124, las consecuencias del reconocimiento *post mortem*, favorables al padre reconocedor, son absolutamente inadmisibles. E incluso contra el que pretendiera lo contrario, quizá fuese utilizable el argumento

(56) En éste no hay legitimación, a pesar de las palabras de dicho artículo, por la poderosa razón de que la legitimación—acto de ingresar en el estado de hijo legítimo—por subsiguiente matrimonio, no es posible sin que existan *a la vez* el hijo y el matrimonio de los padres. Nunca pudo ser hijo legítimo (legitimado) el que murió antes de tal matrimonio, porque precisamente ese matrimonio es presupuesto esencial de su estado de hijo legítimo. Tampoco puede serlo después del matrimonio, porque falta entonces el sujeto legítimo. Y no se puede hablar de que el matrimonio legitime retroactivamente (es decir, no se puede entender el art. 124 como excepción al 123), porque si la propia naturaleza de las cosas no se encargase de mostrarlo, el propio art. 123 dispone que la legitimación surta sus efectos desde la fecha del matrimonio. Y, naturalmente, al que pretendiese que la legitimación opera retroactivamente, si el hijo murió antes de la contracción del matrimonio, cabría preguntarle: ¿cómo puede legitimar un matrimonio retroactivamente a un hijo cuando éste no existe, si ni siquiera cuando vive lo legitima sino a partir de su celebración? Al que crea que la respuesta se halla en decir que precisamente se produce el efecto retroactivo porque el hijo murió antes de tal celebración, cabe nada más advertirle que el estado de hijo legítimo—posición en la familia—no es posible sino por la existencia contemporánea del hijo y de la familia.

que el artículo 756, 1.º, encierra: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1.º, los padres que abandonasen a sus hijos...»

AUTORES CITADOS EN ESTE TRABAJO (*)

- AUBRY et RAU: *Cours de Dr. civ. français*, 5.ª ed., t. IX, rev. por BARTIN.
 AZZARITI, en *Nuovo Digesto italiano*, voz «Filiazione».
 AZZARITI y MARTÍNEZ: *Dir. civ. italiano, secondo il Nuovo Cod.*, 2.ª ed., II, Padova, 1943.
 BARASSI: *Ist. di Dir. civ.*, 4.ª ed., Milano, 1948.
 BATLLE: *La eutelegenesia y el Dro.*, en R. G. L. J., 1949, t. 185, y ed. separada
 BAUDRY-LACANTINERIE: *Precis de Dr. civ.*, 13.ª ed., I, París, 1922.
 BENECH: *De l'illegalité de l'adoption des enfants naturels*, Bruxelles, 1844, 2.ª ed.
 BENLLOCH: *La familia natural y la familia civil*, Madrid, 1902.
 BIANCHI: *Corso di C. C. italiano*, 2.ª ed., vol. VI, parte II, Torino, 1908.
 BOGGIO: *Delle persone fisiche incapaci*, I, Torino, 1888.
 BONNECARRERE, LABORDE-LACOSTE y CREMIEU: *Exposé methodique de Dr. civ.*, I, París, 1940.
 BONNECASE: *Precis de Dr. civ.*, I, París, 1934.
 BORRELL: *Derecho civ. vigente en Cataluña*, IV, Barcelona, 1944.
 BORSARI: *Commentario al C. c. italiano*, I, Torino, 1871.
 BUTERA: *Il C. c. commentato secondo l'ordine degli articoli*, lib. I, Torino, 1939.
 CARRESI: *Il riconoscimento dei figli naturali*, Milano, 1940.
 CASTÁN: *Derecho civ. (Notarias)*, t. I (7.ª ed.), Madrid, 1949; t. IV (6.ª ed.), Madrid, 1944.
 — En R. D. P., 1930, pp. 225 y 226 (com. a S. T. S. 22 marzo 1928).
 CIGU: *La filiazione*, en el *Trattato di Dir. civ.* dirigido por VASSALLI, Torino, 1939. También ed. anterior de su obra en la trad. esp., Madrid, 1930. Cuando la cita se refiera a ésta lo indicaremos.
 COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Dro. civ.*, trad. esp., I, Madrid, 1922.
 COSATTINI: *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942.
 COVIÁN: *Hijos naturales*, en *Enciclopedia Jur. Esp.*, Seix, t. XVII.
 DALLOZ: *Repertoire methodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 35, voz «Paternité et filiation»; t. II, voz «Adoption».
 — *Supplément* al anterior repertorio, t. XII, voz «Paternité et filiation»; t. I, voz «Adoption».

(*) Lo a continuación inserto no es ni una nota o referencia bibliográfica, ni una lista de obras consultadas. Por un lado conocemos la existencia de monografías que no estuvo a nuestro alcance manejar (como MORELOT, *De la reconnaissance des enfants illegitimes suivant le C. Napoléon*, Dijon, 1869; ALLARD, *Des enfants naturels, reconnaissances*, etc., 1878; DECOFFET, *L'enfant naturel et son père. Reconnaissance et action en paternité en droits autrichien, allemand, français et suisse*, Lausanne, 1917; GRIVEAUD, *De la reconnaissance volontaire des enfants naturels en Droit et en Droit comparé*, Dijon, 1909; DABIN, *De la nature juridique de la reconnaissance d'un enfant naturel*, Bruxelles, 1947; etc.). Por otro, hemos consultado más obras, que no creímos útil citar.

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

- DE BUEN: *Notas al Curso de COLIN y CAPITANT*.
- DE DIEGO: *Instituciones de Dro. civ. español*, t. II, Madrid, 1930.
- DEGNI: *Commentario al C. c. d'rigido por D'AMELIO*, lib. I, Firenze, 1940.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE: *Cours analytique de cod. civ.*, II, París, 1896, 3.^a ed.
- DEMOLOMBE: *Cours de C. Napoleón*, V, 6.^a ed., París, 1881.
- DESBOIS, en *Jurisclasseur periodique*, 1948.
- DURANTON: *Cours de Dr. français suivant le Cod. civ.*, 4.^a ed., III, Bruxelles, 1844.
- DUSI: *Della filiazione e della adozione*, 2.^a ed., terminada por BRUGI, Napoli-Torino, 1924.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del C. c. español*, I, Madrid, 1852.
- GAUDEMET, en *Rev. Trimestr. de Dr. civ.*, 1925.
- HARDOIN, en *Rev. Crit. Legis. et Jurispr.*, 1938.
- JAÉN: *Derecho civil*, Madrid, 1928.
- JOSSERAND: *Cours de Droit civ. positif français*, 2.^a ed., I, París, 1932.
- KIPP y WOLF, en ENNECCERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Dr. civ.*, trad. esp., IV, 2.^o
- LAGARDE, en *Rev. Trimestr. de Dr. civ.*, 1938.
- LAURENT: *Principes de Dr. civ. français*, IV, París-Bruxelles, 1870.
- LEVY: *Traité pratique de la légitimation des enfants naturels, simples, incestueux ou adulterius*, 2.^a ed., 1926.
- MANRESA: *Comentarios al C. c. español*, I, 6.^a ed., corregida y aumentada por CHAMORRO, Madrid, 1943.
- MERCADÉ et PONT: *Explication théorique et pratique du C. c.*, II, 8.^a ed., París, 1886.
- MASETTI: *Del riconoscimento di figlio naturale premorto senza prole e dei suoi effetti successorii*, Firenze, 1888.
- MASSONIÉ: *De la reconnaissance des enfants illégitimes*, Aix, 1890.
- MESSINEO: *Manual de Dir. civ. e comm.*, I, 7.^a ed., Milán, 1946, I.
- MOTIN: *Essai d'une théorie nouvelle sur la nature juridique de la reconnaissance volontaire des enfants naturels*, París, 1934.
- NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del C. c. reformado*, I, Madrid, 1889.
- OYULLOS: *Digesto*, t. I.
- PACIFICI-MAZZONI: *Ist. di Dir. civ. italiano*, 5.^a ed. Firenze, 1924, vol. VII, parte II.
- PAOLI: *La tutela, l'interdizione e l'inabilitazione*, Génova, 1881.
- PÉREZ y CASTÁN: *Notas al Dro. de familia en el Tratado de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF*.
- PLANIOL, RIPERT et BOULANGER: *Traité élémentaire de Dr. civ. de PLANIOL, refondu et complété par RIPERT et BOULANGER*, I, 5.^a ed., París, 1950.
- PLANIOL, RIPERT et ROUAST: *La famille*, en *Traité pratique de Dr. civ.*, II, París, 1926.
- PRANZATARO, en *Giur. italiana*, 1917, I, 2.
- PUG PEÑA: *Tratado de Dro. civ. español*, t. II, vol. 2.
- REBUTTATI: *Di alcune questioni in materia di filiazione e di adozione*, Forlì, 1927.
- RICCI: *Corsa teorico pratico di Dir. civ.*, 3.^a ed., a cura di Piola, Torino, 1929, I.
- RONGA: *Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio*, Torino, 1873.
- ROYO: *Derecho de familia*, Sevilla, 1949.
- RUGGIERO y MAROI: *Ist. di Dir. privato*, 8.^a ed., Milano, 1950, vol. I.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Dro. civ.*, 2.^a ed., V, vol. 2, Madrid, 1898.
- SAVATIER, en DALLOZ: *Recueil de jurisprudence*, 1947.
- SAVATIER: *Cours de Dr. civ.*, 2.^a ed., t. I, París, 1947.
- SCAEVOLA: *C. c. comentado y concordado*, t. III, 5.^a ed., rev. por Ortega Lorca, Madrid, 1943.

- STOLFI: *Dir. civ.*, vol. V. Torino, 1921.
- TREILHARD: en FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du C. s.*, vol. X, París, 1827.
- VALVERDE: *Tratado de Dro. civ. español*, 3.^a ed., Valladolid, 1926. t. IV.
- VENZI y FRANCO: *Notas a las Instituciones de PACIFICI-MAZZONI*.
- VERHAEGEN, en *Belg. jud.*, 1927.
- VIÑAS, en *Dro. civ.*, en colaboración con DE CASSO (*Notarías*), I, Madrid, 1927.
- ZACHARIAE-CROME: *Manuale del Dir. civ. francese*, trad. ital., vol. III, Milano, 1908.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Derecho mercantil hispanojalifiano

CESAREO RODRIGUEZ-AGUILERA

Doctor en Derecho. Juez de primera instancia. Graduado
en Estudios sociales. Comendador de la Orden Mehdauia.

SUMARIO: A) *Concepto.*—B) *Fuentes.*—C) *El Código de comercio: estructura y principios que lo informan.*—D) *Los actos de comercio.*—E) *Los comerciantes y sus auxiliares.*—F) *La sociedad mercantil.*—a) *En general.*—b) *La sociedad anónima.*—c) *Término y liquidación de las sociedades mercantiles.*—G) *La contabilidad mercantil.*—H) *El registro mercantil.*—I) *Titulos-valores.*—J) *Los contratos mercantiles.*—a) *En general.*—b) *Cuentas en participación.*—c) *Comisión.*—d) *Depósito.*—e) *Préstamo.*—f) *Compraventa, permuta y transferencia de créditos no endosables.*—g) *Transporte.*—a') *En general.*—b') *Transporte de efectos de comercio.*—c') *Transporte de personas.*—h) *Fianza.*—i) *Cuenta corriente.*—a') *En general.*—b') *Contrato de cuenta corriente de caja o de imposición de dinero en cuenta corriente.*—c') *Contrato de imposición de valores en cuenta corriente.*—d') *Contrato de depósito en cuenta corriente.*—e') *Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.*—f') *Contrato de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo.*—K) *La suspensión de pagos.*—L) *La quiebra.*—M) *Derecho mercantil marítimo.*—a) *El buque y su dotación.*—b) *Transporte de pasajeros.*—c) *Hipoteca naval.*—d) *Abordajes y naufragios.*—N) *Derecho aeronáutico.*

A) *Concepto.*—El concepto del Derecho mercantil se encuentra hoy en trance de reelaboración. Las orientaciones principales pueden reducirse a dos: la que considera el Derecho mercantil como el Derecho de los actos de comercio, y la que lo circunscribe al Derecho de las empresas. En la doctrina española predomina hoy esta última tendencia, afirmada por Garrigues, Polo, Uria y Girón Tena. Se opone a ella Vicente Gella y Langle.

Así como los árboles no dejan ver el bosque, dice Garrigues (1), así los actos de comercio no dejan ver el Derecho mer-

(1) *Instituciones de Derecho mercantil*, 2.^a edición, Madrid, Aguirre, 1948
página 6.

cantil. La recta trayectoria de este Derecho, estrechamente ligada a los comerciantes y a sus organizaciones, ha sufrido (por obra de la codificación francesa del pasado siglo) una desviación que le ha hecho perder su clara fisonomía originaria como Derecho profesional, sustituyéndola por otra borrosa de un Derecho apofesional e inorgánico, cuya justificación legislativa es punto menos que imposible.

La concepción de nuestro Código de comercio (que es precisamente la de los actos de comercio), añade el mismo autor, es insostenible tanto desde el punto de vista conceptual como de técnica legislativa. La característica del Derecho mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino la de los actos en masa, cuya tesis no se justifica sino refiriéndola a una organización económica antecedente; es decir, una empresa. Con lo cual el Derecho mercantil se concibe como el Derecho que regula las empresas («aportación de fuerzas económicas—capital y trabajo—para la obtención de una ganancia ilimitada»).

Este concepto doctrinal—criticado por otro sector de la doctrina española (2)—no es el acogido por el Código de comercio español, ni por el hispanoajalifiano, que continúan fieles a la concepción francesa del Derecho mercantil como Derecho de los actos de comercio (3). Por lo cual la definición que del mismo se formule, ha de ajustarse al criterio legislativo y con ello considerar el Derecho mercantil como el Derecho que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante individual y social y los estados de anomalía en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (4).

En sus relaciones con el Derecho civil, el Derecho mercantil aparece como rama autónoma, pero esta autonomía ni en el orden conceptual ni en el de las normas, significa independencia. Mientras cuando permanecieron unidos el Derecho civil y el penal, dice Hernández Gil (5), sólo podía haber entre ambos un lazo formal, entre el Derecho civil y el mercantil hay, en cambio, aun diferenciados, una unidad sustancial. Uno y otro se hallan en relación de Derecho general y Derecho especial. Aceptada la autonomía

(2) Véase LANGLE, EMILIO: *Las directrices fundamentales del Derecho mercantil*, Revista de Derecho mercantil, núm. 9, 1947, págs. 317 y sigs. VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN: *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1944, tomo I, págs. 21 y sigs.

(3) Véanse los artículos 2.º y 50 del Código español y 2.º y 47 del hispanoajalifiano.

(4) GARRIGUES: Obra citada, pág. 9.

(5) *El concepto del Derecho civil*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1943, pág. 80.

jurídica y científica del Derecho mercantil (6), la cuestión del Código único de obligaciones civiles y mercantiles adquiere un carácter puramente formal.

B) *Fuentes*.—La doctrina de las fuentes del Derecho mercantil se presenta en el Derecho hispanoalifiano con idénticos caracteres que en el Derecho español. Como afirma Garrigues (7), no hay diversidad de fuentes civiles y mercantiles, sino diversidad de normas. Por eso el problema de las fuentes del Derecho mercantil se resuelve inmediatamente en la determinación del contenido de las normas jurídico-mercantiles (Código de comercio, leyes especiales y costumbre mercantil).

El artículo 2.º del Código de comercio hispanoalifiano reproduce el contenido del de igual número del Código español, con la especial referencia de que en defecto de las disposiciones del Código, los actos de comercio se regirán «por los usos de comercio observados generalmente en la zona española de Marruecos», y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. El artículo 47 reproduce el 50 del Código español, en relación con los contratos mercantiles, los cuales se regirán por las disposiciones del Código de comercio, y en lo que no se halle establecido en él, por las reglas generales del Derecho común (8).

C) *El Código de comercio: estructura y principios que lo informan*.—Promulgado por Dahir de 1.º de junio de 1914, el Código de comercio se divide en tres Libros: el 1.º relativo a los comerciantes y el comercio en general, el 2.º a los contratos especiales del comercio y el 3.º a la suspensión de pagos, quiebras y prescripciones. Tales Libros se dividen, a su vez, en diversos títulos y secciones y 609 artículos en total.

En la Exposición de motivos que le precede, se dice que está redactado siguiendo fielmente el texto del Código vigente en España, salvo algunas modificaciones de detalle y aun de principio, exigidas unas por las circunstancias de lugar y tiempo de su aplicación, y otras reclamadas por los modernos desenvolvimientos que ha logrado el tráfico mercantil.

Entre las primeras ha de señalarse la supresión de la parte relativa al comercio marítimo—que en el Código para la zona francesa fué también suprimida por estimarla innecesaria—dado que la mayor parte de las transacciones del comercio marítimo en Marruecos se hallan sometidas al régimen de la ley del puerto de salida o de llegada del barco o a la de las partes contratantes, y sólo en algún caso extraordinario de conflicto jurídico, producido sin contrato en las aguas territoriales, podría haber lugar a la aplicación de la ley local.

(6) Véase especialmente LANGLE: *La autonomía del Derecho mercantil*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, agosto 1942.

(7) Obra citada, pág. 27.

(8) Las fuentes peculiares del tráfico mercantil pueden tener también su reflejo y desarrollo en el Derecho hispanoalifiano. Sobre su carácter y efectos, véase GARRIGUES, ob. cit., pág. 40.

De las segundas, reviste importancia indiscutible la inclusión y regulación del contrato de cuenta corriente en sus diversas manifestaciones, que tan usado y beneficioso resulta en la actualidad.

El contrato de transporte terrestre de personas o de efectos, ha sido revisado y completado. En lo concerniente a sociedades anónimas, se remite a la vigente legislación española. En lo relativo a suspensiones de pagos y quiebras, cuyos preceptos aparecen dispersos en la legislación española, se han clasificado y separado los de carácter sustantivo y los de carácter formal. Las bolsas de comercio (título V, del libro I, del Código español), no se regulan en el Código hispanoalifiano. Todo lo relativo al contrato mercantil de seguro se silencia en el correspondiente Código hispanoalifiano, pero el de Obligaciones y contratos dice, en su artículo 759, que el contrato mercantil de seguro, que es el celebrado a prima fija y cuando el asegurador fuere comerciante, se regirá por los preceptos del Código de comercio vigente en España.

El criterio de omitir lo relativo al Derecho marítimo, fué rectificado en zona francesa y, en cierto modo, lo ha sido también recientemente en la española, mediante la promulgación de diversos dahires sobre la materia.

En resumen puede afirmarse con Langle (10), que el Código hispanomarroquí de 1914, no aprovechó los progresos del Derecho mercantil de nuestro siglo en la medida apetecible. Es una obra legislativa que sólo se propuso, fundamentalmente, llevar a cabo una simple adaptación de las normas observadas en la Metrópoli al territorio del Protectorado. Mas aunque carezca de mayores vuelos, no por ello se ha de regatear el elogio de las novedades que presenta.

D) *Los actos de comercio*.—El Derecho mercantil es el Derecho propio de los actos de comercio. La distinción entre acto civil y acto mercantil sirve de base a la separación entre Derecho civil y Derecho mercantil. Toda la doctrina relativa a los actos de comercio del Derecho español, es aplicable al Derecho hispanoalifiano, donde el artículo 2.º del Código de comercio es reproducción del español.

Serán reputados actos de comercio, dice el último párrafo del citado artículo, los comprendidos en este Código (sistema de enumeración) y cualesquiera otros de naturaleza análoga (sistema de referencia o analogía). Es decir, que respecto a la determinación de los mismos se sigue un sistema mixto o, como dice Vicente Gella (11), de enumeración tácita. No obstante, la doctrina no ha logrado encontrar todavía un concepto unitario del acto de comercio (12).

(10) *Manual de Derecho mercantil*. Barcelona, Bosch, 1950, tomo I, página 238.

(11) Obra citada, tomo I, pág. 105.

(12) Ante este hecho y la indeterminación del artículo 2.º, el Tribunal Su-

E) *Los comerciantes y sus auxiliares.*—Son comerciantes para los efectos de este Código, dice el artículo 1.º, los *individuos* que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente, y las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código y realicen el mismo fin. En líneas generales, las normas sobre la persona comerciante son reproducción de los preceptos correspondientes del Derecho español.

Se omite el artículo 7.º del Código español, relativo a la prestación de autorización de la mujer casada que ejerciere el comercio. El menor emancipado, con capacidad para ejercer el comercio, dice el último párrafo del artículo 4.º, tiene la libre y plena disposición de sus bienes.

A las prohibiciones para ejercer el comercio se refiere, dentro del Código, el artículo 12, en el que se dispone que no podrán ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención alguna, administrativa o económica, en Compañías mercantiles o industriales: los sentenciados a penas de interdicción civil, salvo si hubieren cumplido sus condenas o sido amnistiados o indultados; los declarados en quiebra no rehabilitados; los funcionarios públicos de cualquier clase que sean, y los agentes de cambio y corredores de comercio, donde los hubiere.

Confirma esta prohibición, y en parte la amplía, el Dahir de 11 de mayo de 1943, que prohíbe a los funcionarios que perciban retribución de cualquier clase, con cargo al presupuesto del Protectorado: ejercer el comercio por sí o por otro; desempeñar cargo o tener intervención en sociedades o empresas, mercantiles o industriales, que tengan o puedan tener relación con los diversos organismos de la Administración del Protectorado; acudir como licitadores, o representantes de éstos, a subastas y concursos para la adjudicación de obras o servicios públicos.

El auxiliar del comerciante es concebido en el Código hispanoajalifiano de igual modo que en el español. Los artículos 156 a 176 de aquél, sobre factores, dependientes y mancebos, reproducen los artículos 281 a 302 del Código español. El artículo 177 dispone, especialmente, que en todos los casos, haya o no plazo señalado para el empeño, los primeros quince días serán considerados como de prueba, y durante dicho tiempo cada una de las partes, principal o dependientes, pueden anular el contrato sin

premo ha remitido reiteradamente la calificación del acto de comercio, como cuestión de hecho, al Tribunal de instancia (sentencias de 11 de octubre de 1918, 13 de marzo de 1936). A pesar de lo cual ha calificado como mercantiles diversos contratos (emisión y suscripción de acciones: sentencia de 8 de octubre de 1929; arrendamiento de un establecimiento mercantil: sentencia de 13 de marzo de 1943; explotación de un café-bar: sentencia de 15 de octubre de 1940; contrato de cuenta corriente: sentencia de 22 de diciembre de 1941; etc.), y en algún caso (sentencias de 8 de octubre de 1929 y 13 de marzo de 1936) ha establecido la distinción entre el acto civil y el mercantil, atendiendo a la índole y finalidad de las operaciones realizadas.

derecho a indemnización, salvo el pago del sueldo devengado, si bien para que tal disposición tenga efecto es necesario que una de las partes avise a la otra dando por fenecido el contrato, con dos días de anticipación.

A los agentes mediadores del comercio se refiere el título IX del libro II (13), y únicamente figura en él la profesión de mediador o corredor de comercio, que pueden ejercer todas las personas que tengan capacidad para ejercer el comercio (artículo 282). Se consignan sus derechos, deberes y obligaciones, y se dispone (art. 299) que serán aplicables a los corredores y mediadores las disposiciones sobre el arrendamiento de servicios, en cuanto no se opongan a lo establecido en el Código (14).

F) *La sociedad mercantil.*—a) *En general.*—La materia relativa a sociedades aparece regulada en el Código hispanoalifiano de modo sumario y sin particularidades de importancia. Los artículos 59 y 60 reproducen los artículos 116 y 117 del Código español, si bien hay que destacar la omisión, en el artículo 60, del último párrafo del artículo 117, relativo a la libre creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, sociedades de crédito, etc.

Las compañías mercantiles, dice el artículo 64, se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas: regular, colectiva, comanditaria y anónima. Las definiciones que de las mismas se dan son idénticas a las que formula el artículo 122 del Código español. Se omite, en cambio, la expresión con que comienza este artículo: «Por regla general». Ello plantea el problema de si en el Derecho hispanoalifiano es posible la constitución de sociedades mercantiles diferentes de las enumeradas y definidas en el artículo 64 del Código de comercio. El sentido literal del texto parece imponer la contestación negativa; pero el espíritu liberal que en todo el Código impera (15), la falta de alusión expresa por parte de los autores del mismo y el peso que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia española ejercen en la interpretación de las leyes hispanoalifianas, serán la causa que imponga la solución afirmativa y, por tanto, la posibilidad de constituir sociedades mercantiles de tipo diverso a las enunciadas en el artículo 64 (la de responsabilidad limitada, por ejemplo).

b) *La sociedad anónima.*—Las sociedades anónimas no pueden formarse en la zona española de Protectorado en Marruecos

(13) El Código español se ocupa de ellos en el título VI del libro I.

(14) A pesar de la regulación legislativa, no se han establecido en la Zona mediadores de esta clase. Los defectos de esta ausencia y la necesidad de que sea nombrado urgentemente un corredor de comercio, han sido puestos de relieve por ARAGONCILLO: *Necesidad del corredor de comercio en la Zona española de Marruecos*, Boletín del Colegio de Abogados, núm. 2, julio 1950, páginas 79-81.

(15) No sólo en cuanto a la forma de los contratos (art. 48 del Código de comercio), sino respecto a su contenido (art. 50, en relación con el 213, del Código de obligaciones y contratos).

más que en las condiciones previstas por el Código de comercio español, a cuyos preceptos estarán sometidas en su funcionamiento (art. 91). Esta remisión al Derecho español queda referida, en primer término, a los preceptos del Código de comercio (han de entenderse excluidas las leyes o decretos particulares sobre la materia), y en segundo lugar, al estado en que tales preceptos se encontraban al hacerse la indicada declaración (1.º de junio de 1914, fecha de la promulgación del Código hispanojalifiano).

La solución adoptada no puede estimarse satisfactoria: la importancia y desarrollo de la sociedad anónima han demostrado la insuficiencia de las disposiciones del Código español sobre la misma, lo que ha originado no sólo una abundante legislación de carácter administrativo, sino un anteproyecto de bases y un proyecto de Ley para la reforma del régimen español de las sociedades anónimas que, en todo caso, revela lo defectuoso del sistema actual. Hay que suponer, por tanto, que el régimen hispanojalifiano sobre sociedades anónimas no ha de tardar en regularse de manera general, en consonancia con las nuevas necesidades y con la importancia de la materia.

Existen disposiciones parciales sobre distintos aspectos de la institución que, por su interés, conviene recoger. El Real decreto de 23 de noviembre de 1927 (16) dispone que las sociedades civiles y mercantiles de forma anónima domiciliadas en España, cuyos negocios principales radiquen en la zona de Protectorado español en Marruecos y tengan en territorio de soberanía española servicios públicos o usen de los del Estado, provincia o municipio, habrán de sujetarse a las reglas siguientes: el 75 por 100, por lo menos, de las acciones habrá de pertenecer a españoles, las cuales serán nominativas e intransferibles a extranjeros (17), las tres cuartas partes, por lo menos, de los miembros del Consejo de Administración han de ser españoles, sin que pueda recaer en extranjeros la presidencia ni los puestos directivos; las resoluciones de estas sociedades que impliquen mutación en el modo de ser social, referentes a llevar fuera del territorio español su domicilio o someterse a la ley distinta de la española, sólo podrán adoptarse por acuerdo unánime de los accionistas. Para asegurar el cumplimiento de tales obligaciones, las indicadas sociedades habrán de remitir, a la Presidencia del Consejo de Ministros, copia de las actas de los Consejos y Juntas generales que celebren.

El Dahir de 9 de abril de 1942, sobre domicilio y celebración de Juntas generales, dispone que las sociedades anónimas ya constituidas o que se constituyan en lo sucesivo con sujeción a la legislación hispanojalifiana vigente, habrán de fijar necesariamente su domicilio social en territorio de la Zona o de España. Las Juntas generales y los Consejos de Administración habrán de

(16) Promulgado en la Zona por Dahir de la misma fecha.

(17) Las existentes en aquella fecha, con el indicado carácter, convertirían el 75 por 100 de las acciones, en el plazo de tres meses, en nominativas.

celebrarse en los mismos territorios, salvo autorización en contrario de la Alta Comisaría. Los actos y acuerdos adoptados en contravención de lo dispuesto en el Dahir serán considerados nulos a todos los efectos legales.

El Dahir de 22 de febrero de 1946, sobre participación del capital marroquí en las sociedades anónimas, dispone que las civiles y mercantiles de tal carácter que se constituyan en la Zona con arreglo a las disposiciones legales en ella vigentes, habrán de reservar un 25 por 100 de su capital para su suscripción por súbditos marroquíes, originarios y residentes en la zona española de Protectorado. A tal efecto se anunciará en el *Boletín Oficial* de la Zona y en algún periódico de los de más circulación en ella, la cuantía del capital y el número de acciones que, con arreglo a la proporción indicada, se ponen a disposición del capital marroquí. Se fijará un plazo de quince días, transcurridos los cuales podrán suscribirse libremente aquellas acciones que no lo hubieran sido por súbditos marroquíes. Las acciones suscritas por éstos se convertirán, si no lo fueran ya, en nominativas e intransferibles a extranjeros. El Decreto visirial de 30 de septiembre de 1946 desarrolla el citado Dahir y lo completa con disposiciones de detalle.

c) *Término y liquidación de las sociedades mercantiles.*—Los artículos 93.a a 113, relativos a la materia, reproducen lo dispuesto en los artículos 218 a 238 del Código español, sin variación alguna.

G) *La contabilidad mercantil.*—El título III del libro I del Código, dedicado a los libros y a la contabilidad del comercio, es reproducción del español de igual número. Sus escasas particularidades pueden reducirse a la omisión del precepto contenido en el artículo 35 del Código español, así como la del último párrafo del artículo 36, que hace referencia al sellado de los libros. Respecto a la conservación de los libros y correspondencia de los comerciantes, el artículo 46 del Código hispanoalifiano la impone a los sucesores o herederos de aquéllos solamente durante diez años (18).

H) *El Registro mercantil.*—El Registro mercantil se establece en las poblaciones de la Zona en que exista Juzgado de primera instancia (Tetuán, Larache y Nador) y se compone de tres libros independientes (para comerciantes individuales, sociedades y buques) que se hallarán a cargo «de los funcionarios judiciales que reglamentariamente se designen». En un principio se encomendaron a los secretarios de los Juzgados de primera instancia, y en la actualidad desempeñan el cargo de Registrador mercantil los

(18) No hay precepto alguno sobre el idioma en que deben llevarse los libros. Dadas las particularidades de la Zona, se impone en tal aspecto un criterio amplio.

jueces de paz de las localidades cabeza de partido judicial, que, por otra parte, son también los Registradores de inmuebles.

Los artículos 13 a 30 del Código de comercio reproducen la esencia de las disposiciones correspondientes del Código español (artículos 16 a 32), con ligeras variantes. Las inscripciones en el Registro mercantil, dice el artículo 15, se publicarán en el *Boletín Oficial* y en el tablón de anuncios de cada Juzgado de primera instancia.

El derecho de usar el nombre de un comerciante o de una razón comercial inscritos en el Registro, dice el artículo 27, pertenece exclusivamente al propietario del nombre o de la razón social. No puede ser empleado por ninguna otra persona, ni aun por aquella que tenga un nombre de familia idéntico. En caso de cesión o sucesión debe añadirse una indicación sobre tal hecho.

Todo cambio o modificación de la razón social o del propietario de esta razón debe inscribirse en el Registro, así como la liquidación y la quiebra (art. 28). Si el establecimiento o razón comercial inscritos cesan de existir o se ceden a otras personas, deberá tal hecho anotarse en el Registro, cuya anotación podrá hacerse incluso de oficio por el Juez de primera instancia (art. 29).

El Reglamento vigente del Registro mercantil es el publicado por Dahir de 23 de diciembre de 1943. Como un anexo figuran en él los honorarios que devengan los registradores. Se compone de 183 artículos y está inspirado en el Reglamento español de 20 de septiembre de 1919, aunque contiene diversas particularidades.

El recurso gubernativo contra la calificación hecha por el Registrador se inicia ante este mismo funcionario, que resolverá por medio de acuerdo claro, preciso y congruente y de forma análoga a una sentencia. Si el Registrador no accede a la pretensión de la parte, podrá ésta interponer recurso de apelación para ante el Juzgado de primera instancia respectivo, donde, después de ciertos trámites, se dictará acuerdo definitivo, en el que se ordenará, suspenderá o denegará la inscripción, o se declarará que el documento se halla o no extendido con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

Si el acuerdo revocase el dictado por el Registrador, y por éste se hubiese infringido algún precepto legal o hubiese demorado la resolución del recurso sin causa justificada, será corregido disciplinariamente (art. 79).

Respecto a la inscripción de los comerciantes individuales extranjeros se estará a lo dispuesto en el Dahir que regula la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado, así como a lo que establezcan los Tratados internacionales y las disposiciones especiales que se dicten (art. 92).

Las estadísticas se redactarán de acuerdo con los modelos suministrados por la Delegación General de la Alta Comisaría, a cuyo organismo han de remitirse anualmente, junto con una Me-

moria relativa a las deficiencias y dudas que el Registrador haya encontrado al aplicar los preceptos del Código de comercio, del Dahir de hipoteca naval y del Reglamento (art. 183).

I) *Titulos-valoros*.—Se caracteriza el título-valor porque el documento en que el derecho se contiene es, no sólo una prueba a favor del acreedor, sino el soporte material de aquel derecho y la condición *sine qua non* de su ejercicio. Por eso puede ser definido con Garrigues (19) como un documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado jurídicamente a la posesión del documento.

Los títulos se dividen en nominativos, a la orden y al portador. Toda la doctrina española formulada en torno a los mismos puede trasladarse al Derecho hispanoalifiano, ya que el Código de comercio reproduce, con muy ligeras variantes tan sólo, los preceptos del Código español sobre la materia.

Sobre la letra de cambio dispone de modo especial el Código hispanoalifiano que los representantes de las compañías no están autorizados para girar letras de cambio, a menos que tengan poder de la compañía que representen (último párrafo del art. 304); que las letras de cambio suscritas por menores no comerciantes son nulas, salvo los derechos respectivos de las partes conforme al Derecho civil (art. 308); no cita la forma de giro «a uno o más usos», y silencia los preceptos contenidos en el artículo 453 del Código español sobre uso de las letras giradas de plaza a plaza, según los distintos lugares.

El artículo 322, que reproduce el 465 del Código español sobre la validez de los endosos firmados en blanco y aquellos en que no se exprese el valor, añade que producirán sus efectos «siempre que no se omita la fecha del endoso», con lo cual se recoge un principio establecido por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1898).

Los plazos de presentación y aceptación de las letras en los distintos lugares aparecen modificados teniendo en cuenta el punto de partida (Zona española de Protectorado en Marruecos), distancia y facilidad de comunicaciones con los demás países y lugares, en los artículos 325 a 330.

Se omite lo dispuesto en los artículos 522 y 523 del Código español, sobre la acción para conseguir el afianzamiento o el depósito del valor de una letra de cambio, tal vez por estimar que dado su carácter procesal no debe figurar en el Código de Comercio.

Sobre libranzas, vales y pagarés, el artículo 388 establece, de modo especial, que las libranzas a la orden entre comerciantes y los vales y pagarés, también a la orden, que procedan de operaciones de comercio, se reputarán actos mercantiles salvo prueba en contrario.

Los cheques, dice el artículo 400 recogiendo una doctrina del Tribunal Supremo, reiterada en su sentencia de 1.º de enero de 1931, aunque no se libren entre comerciantes ni procedan de operaciones mercantiles constituyen siempre actos de comercio, y en su virtud se rigen por las disposiciones del Código sobre la materia y por las que el mismo contiene sobre letras de cambio.

La materia relativa al robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador, se traslada en el Código de Comercio hispanojalifiano a un título adicional, con el que acaba su texto.

J) *Los contratos mercantiles.*—a) *En general.*—En materia de obligaciones y contratos, el Código hispanojalifiano reproduce, casi en su integridad, los preceptos del Código español. Las características de la obligación mercantil (prohibición de los términos de gracia y cortesía, exigibilidad de las obligaciones puras, constitución en mora sin interpelación, principio de cnerosidad para las obligaciones y principio de la solidaridad de deudores) aparecen formuladas en los mismos términos que en el Código español.

Las disposiciones generales sobre los contratos de comercio se recogen en los artículos 47 a 58 y reproducen los del Código español, 50 a 63, con la sola particularidad de que el artículo 48 reduce a mil pesetas la cuantía del contrato, que puede probarse con testigos solamente; se omite la disposición del artículo 58 español (sobre divergencia entre los ejemplares de un contrato en cuya celebración hubiere intervenido agente o corredor); y en el artículo 56, reproducción del 61 del Código español («No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros...»), se añade que lo en él dispuesto no se aplicará a la renovación de las letras de cambio abonando interés

b) *Cuentas en participación.*—A continuación de las sociedades y antes de los demás contratos, regula el Código de comercio el de cuenta en participación, como forma de tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual (20). Los artículos 114 a 118 reproducen literalmente los del Código español, números 239 a 243.

c) *Comisión.*—Los artículos 119 a 280 constituyen una transcripción de los preceptos del Código español sobre comisión o mandato mercantil, sin otra particularidad que la adición, intrascendente, del artículo 131 (equivalente al 256 español), al disponer la responsabilidad del comisionista en los casos de malicia o abandono «cuando resultare daño o perjuicio para el comitente».

d) *Depósito.*—Los preceptos del Código hispanojalifiano sobre depósito mercantil (arts. 178 a 185) reproducen literalmente los contenidos en el Código español sobre la misma materia (artículos 303 a 310).

(20) GARRIGUES: Obra citada, pág. 338.

e) *Préstamo*.—Para que el préstamo sea considerado mercantil se exigen en el artículo 186 del Código los mismos dos requisitos de la legislación española: que uno de los contratantes sea comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. Pero el artículo 187 dispone que esta última circunstancia deberá expresarse en el documento que se extienda al verificarse el préstamo.

El interés que se estipule en los créditos mercantiles, dice el artículo 191, no podrá exceder del 12 por 100 anual. Esta norma limitativa del interés en los préstamos mercantiles es la única importante novedad de la legislación hispanojalifiana en relación con la española (21).

f) *Compraventa, permuta y transferencia de créditos no endosables*.—Bajo un mismo título (el VI del libro II) agrupa el Código hispanojalifiano, siguiendo al español, estas tres figuras contractuales. Las novedades que en ellas introduce son bien escasas.

A los cuatro casos del artículo 326 del Código español sobre compraventas que no se reputarán mercantiles se añade en el artículo 201 del hispanojalifiano un supuesto más, constituido por la venta de toda clase de animales hecha a las personas que los expendan directamente al consumo público.

A los efectos de la morosidad del vendedor (copiados de la legislación española) se añade en un último párrafo del artículo 204 que la cantidad a que asciendan los perjuicios puede ser cedida por el comprador a cualquiera otra persona. Se recoge, con ello, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1905.

Lo dispuesto respecto a las permutas y transferencias es copia literal del Código español.

g) *Transporte*.—a') *En general*.—El contrato mercantil de transporte aparece regulado en el Código hispanojalifiano con mucha más minuciosidad y precisión que en el Código español. El título relativo al mismo (el VII del libro II), se divide en tres secciones: la primera contiene una disposición general, la segunda se refiere al transporte de efectos de comercio y la tercera al transporte de personas.

Con independencia de las disposiciones del Código y como complemento de las mismas, existe el Reglamento de circulación y transporte, promulgado por Dahir de 8 de diciembre de 1948 (22). Sus normas sobre circulación por carretera de toda clase de vehículos, alumbrado de los mismos, señales de circulación, per-

(21) Según el Código español (art. 315), el interés del préstamo mercantil podrá pactarse sin tasa ni limitación de ninguna especie. La Ley sobre represión de la usura de 23 de julio de 1908 no impone tampoco ninguna tasa del interés, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma este criterio liberal en relación con el interés de los préstamos mercantiles (sentencias de 22 de noviembre de 1913, 8 de junio de 1917 y 13 de febrero de 1919).

(22) En él se deroga el de 30 de abril de 1946.

misos de conducir, transportes colectivos, etc., constituyen en los 208 artículos que lo integran un verdadero Código sobre la materia.

Con referencia a los preceptos particulares del Código de Comercio hay que señalar que el contrato de transporte se reputará mercantil (art. 224), además de los casos en que tenga por objeto mercaderías o efectos de comercio o sea comerciante el porteador, como se establece en la ley española, en aquellos otros en que tenga por objeto transportar personas por vía terrestre, marítima o fluvial.

b') *Transporte de efectos de comercio.*—Tanto el cargador como el porteador de mercancías o efectos podrán exigirse mutuamente (art. 225) que se extienda una carta de porte que contendrá los mismos requisitos que se exigen en el artículo 350 del Código español. Dispone, además, el indicado artículo 225 en su último párrafo que la carta de porte deberá estar escrita o impresa con toda claridad, sin abreviaturas y de manera que resulten perfectamente legibles las circunstancias que la ley exige.

Aun cuando no exista carta de porte se considerará el contrato perfecto entre las partes, por su consentimiento y por la entrega de los efectos al porteador (art. 226). Los daños y perjuicios que sobrevengan por la omisión o la inexactitud de las indicaciones exigidas en la carta de porte serán de cuenta del cargador. Cuando los objetos que se hayan de transportar sean materias peligrosas, tales como pólvora o explosivos, el cargador que omita señalar la naturaleza de aquellos será responsable de todos los daños que sobrevengan, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que contrañere (art. 227).

Las cartas de porte se extenderán por duplicado; uno de los ejemplares quedará en poder del porteador, y el otro, firmado por éste, se entregará al cargador; pueden ser a la orden y al portador; ambas son endosables y el endoso transmite la posesión de los efectos (arts. 229 y 230).

Los títulos legales del contrato, entre el cargador y el porteador, serán las cartas de porte, por cuyo contenido se decidirán las cuestiones que surjan, sin admitir más excepciones que las de falsedad y error material en su redacción. Cumplido el contrato se devolverá al porteador la carta de porte y se tendrán por canceladas las respectivas obligaciones y acciones, salvo reclamación (artículo 245). En defecto de carta de porte se estará al resultado de las pruebas jurídicas que haga cada parte en apoyo de sus respectivas pretensiones (art. 246).

En lo relativo a los derechos y obligaciones de las partes se reconocen los preceptos fundamentales del Código español, adicionados o completados con algunos propios, entre los que cabe señalar la obligación del porteador de dar aviso inmediato al cargador si no fuere posible hacer el transporte o éste se retrase considerablemente por caso fortuito o fuerza mayor, con el dere-

cho del cargador de rescindir en tal caso el contrato (art. 237); el derecho del cargador a detener el transporte y hacer que se le devuelvan los efectos transportados, indemnizando al porteador de la distancia recorrida (art. 239); la facultad del cargador de pedir que le sean entregados nuevamente las mercancías o efectos, con la obligación de abonar el precio entero del transporte si las mercancías salieron del punto de partida, o la mitad del mismo si no salieron, más los gastos en ambos casos de carga y descarga y cualquiera otro necesario hecho por el porteador (artículo 240). En los transportes por mar el porteador no puede, sin consentimiento del cargador, transportar las mercancías sobre otro buque, salvo caso de transbordo necesario (art. 244).

c') *Transporte de personas.*—El Código de comercio español no regula especialmente el transporte de personas por tierra, aunque existe una extensa legislación ferroviaria para esta clase de transporte de personas (23). Al transporte de personas por mar se refieren sus artículos 693 a 705 (24).

El Código hispanojalifiano omite, como ya se ha dicho, todo lo relativo al comercio marítimo. En cambio, dentro del contrato mercantil de transporte dedica varios artículos al transporte de personas, la mayor parte de los cuales son reproducción de los del Código español relativos al contrato de transporte de personas en los viajes por mar, aunque la redacción se haya modificado para darles un carácter general comprensivo del transporte de personas tanto por tierra como por mar. Se añaden, empero, algunas normas particulares. Se distinguen y determinan los derechos y obligaciones de las partes antes de iniciarse el viaje, durante éste y a la terminación del mismo (25).

Los pasajeros o viajeros, dice el artículo 263, están obligados a aceptar los reglamentos establecidos por el porteador o la compañía que haga el transporte y relativos al servicio interior.

Si el pasajero no llegase a bordo a la hora prefijada para la salida o abandonase el medio de locomoción sin el permiso del que dirija el transporte cuando aquél estuviere pronto a salir, podrá exigirse al viajero el precio entero de su pasaje (art. 264). Si el derecho al pasaje fuese nominativo, no podrá transmitirse sin la aquiescencia del porteador (art. 265).

En caso de muerte del pasajero antes de emprender el viaje convenido, sus herederos estarán obligados a satisfacer la mitad

(23) Véase el Reglamento de 8 de septiembre de 1878, dictado para la ejecución de la Ley de Policía de ferrocarriles; en especial los capítulos VII y VIII. Respecto a la organización y funcionamiento de las Juntas de Detasas, la Ley de 24 de junio de 1938 y el Reglamento de 28 de diciembre del mismo año.

(24) Que integran el apartado 5.º de la sección 1.ª del título III del libro III.

(25) Véase el Dahir de 14 de diciembre de 1943, que declara obligatorio el seguro de indemnización a las víctimas que puedan producirse por accidentes automovilistas; y la Ordenanza de 13 de mayo de igual año, que crea la Junta ordenadora de transportes terrestres y el Consejo directivo de ferrocarriles.

del pasaje convenido, salvo el caso de recibirse otro pasajero en lugar del fallecido. Si en el precio estuvieren comprendidos los gastos de manutención, el Juez señalará la cantidad que ha de quedar en beneficio del porteador (art. 266).

Si el viaje se suspende por culpa exclusiva del porteador o naviero, los pasajeros tienen derecho no sólo a la devolución del pasaje, sino también al resarcimiento de daños y perjuicios; si la suspensión fué debida a caso fortuito o fuerza mayor sólo tendrán derecho a la devolución del pasaje (art. 267).

En caso de interrupción del viaje comenzado los pasajeros sólo estarán obligados a pagar el pasaje en proporción a la distancia recorrida, sin derecho a resarcimiento de daños y perjuicios si la interrupción fué debida a caso fortuito o fuerza mayor, o con tal derecho si fué debida exclusivamente al porteador. Si la interrupción procede de la inhabilitación del medio de transporte y el pasajero se conforma con esperar la reparación, no podrá exigírsele aumento del pasaje, pero será de su cuenta la manutención durante la estadía (art. 268).

En caso de retardo de la salida los pasajeros tienen derecho a la indemnización de daños y perjuicios, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. Pueden, además, rescindir el contrato y reclamar el precio pagado si el retardo pasa de dos días en los viajes por tierra y siete en los de mar, o cuando por causa del retardo el viajero no necesite ya efectuar el viaje (art. 269). Igual derecho de rescisión del contrato e indemnización de daños y perjuicios corresponde al viajero si durante el viaje el porteador se detiene en lugares que no se hallen en el itinerario, toma un rumbo distinto del convenido o retarda la llegada al punto de destino (artículo 270).

En los viajes por mar se supone comprendida en el precio del pasaje la manutención de los pasajeros, salvo pacto en contrario, en cuyo caso el capitán tiene obligación, en caso de necesidad, de suministrar los víveres precisos por un precio razonable (artículo 271).

El pasajero será reputado cargador en cuanto a los efectos que lleve a bordo, y el porteador no responderá de lo que el viajero conserve bajo su propia custodia (art. 272).

Las cartas de porte o billetes podrán ser diferentes: unos para las personas y otros para los equipajes, pero todos contendrán la indicación de porteador, fecha de la expendición, punto de salida y llegada, precio y, respecto a equipajes, número y peso de los bultos (art. 273).

El perjuicio que resultare de la pérdida del equipaje de los viajeros, que haya sido entregado al porteador sin declaración de naturaleza o de valor, se determinará teniendo siempre en cuenta y principalmente las condiciones de la persona a quien pertenecan los equipajes. Sin embargo, el porteador no responde de los objetos preciosos, alhajas, objetos de arte, dinero en especie, títu-

los, papeles o documentos cuya existencia no haya sido comprobada, y será únicamente reponsable del valor declarado y aceptado por el mismo (artículo 274).

Para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, se concede al porteador derecho de retención de los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores (art. 275).

El cargador no responde de los accidentes que sobrevengan a los viajeros durante el transporte, a menos que se pruebe que el accidente ha sido producido por culpa o falta de aquél o de las personas de las que deba responder. También será responsable, añade el artículo 276, aun del caso fortuito y de la fuerza mayor, si éstos son procedentes de una falta imputable a aquél (26).

En caso de muerte de un pasajero durante el viaje el porteador estará autorizado para tomar, respecto del cadáver, las medidas que exijan las circunstancias, y guardará sus equipajes, documentos y efectos hasta la entrega a la autoridad competente. Si con el pasajero viajase algún miembro de su familia, éste podrá intervenir en las operaciones indicadas y tendrá derecho a exigir del porteador un documento en el que se haga constar que los equipajes, documentos y efectos quedan a su cargo (art. 277).

h) *Fianza*.—Las escasas normas del Código de comercio de España (art. 439 a 442) se reproducen íntegramente por el hispanojalifiano (arts. 278 a 281), en el cual se contienen también preceptos sobre ciertas formas especiales de fianza mercantil, como el aval de la letra de cambio.

i) *Cuenta corriente*.—a) *En general*.—Constituye una destacada novedad del Código de comercio hispanojalifiano la minuciosa regulación del contrato de cuenta corriente (título XIV, del libro II, dividido en siete secciones), del cual se prescinde en el Código español, por lo que el Tribunal Supremo ha podido decir, en sentencia de 14 de febrero de 1930, que el contrato de cuenta corriente, tan usual hoy en el comercio, al no estar definido en el Código mercantil de la Península ni señalar las reglas precisas para fijar su alcance y consecuencias, se presta a diversas interpretaciones que la jurisprudencia, verdadera fuente supletoria, viene tratando de uniformar (27).

(26) En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1945 se dice que el Código de comercio de la Zona, en contraste con el vigente de España, no sólo ha dedicado una sección especial al transporte de personas—al que sólo alude en el régimen español el artículo 352 y las disposiciones incompletas del Reglamento de Policía de ferrocarriles—, sino que en especial contemplación de los accidentes que sobrevengan a los viajeros durante el transporte, que normalmente no determina responsabilidad para el cargador, le obliga, sin embargo, a pechar con ella, cuando tal accidente se produce por su culpa o por la de las personas de que deba responder, y aun lo hace responsable del caso fortuito y de la fuerza mayor si fuesen procedentes—así dice—de una falta que le sea imputable.

(27) Véanse, entre otras, las sentencias de 5 de junio de 1886, 24 de octubre de 1902, 15 de abril de 1915, 26 de febrero de 1931 y 6 de abril de 1933.

Cinco clases de cuenta corriente distingue el Código hispanoaljafiano (art. 411): el de cuenta corriente de caja o de imposición de dinero en cuenta corriente; el de imposición de valores en cuenta corriente; el de depósito en cuenta corriente; el de apertura de crédito en cuenta corriente, y el de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo.

La doctrina española ha censurado el criterio legal. Langle dice (28) que el Código para Marruecos comete el grave error técnico de resumir bajo el título «De los contratos de cuentas corrientes mercantiles», además del que lo es realmente (el de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo), otras cuatro clases que no lo son.

La vigencia de las instituciones reguladas y su importancia práctica imponen el estudio de las mismas de acuerdo con los preceptos legales.

b') *Contrato de cuenta corriente de caja o de imposición de dinero en cuenta corriente.*—Se le considera (art. 412) como un contrato por el cual una de las partes consiente en recibir una cantidad de dinero e ir recibiendo varias cantidades o efectos realizables, y tenerlos a disposición de la otra prestando a ésta el servicio de Caja.

El contrato puede probarse: por las condiciones generales establecidas por el Banco, si es éste quien recibe el dinero; por contrato escrito, o por los libros de contabilidad de ambas partes o de una de ellas (art. 413).

Las cuentas corrientes de caja son de disposición a la vista o a plazos convencionales (art. 415). Puede pactarse que una de las partes abone interés a la otra, que el interés sea recíproco o que no lo haya (art. 417). Los artículos 418 y 419 determinan los deberes del cuentacorrentista cajero y del cuentacorrentista imponente (29). El cuentacorrentista cajero facilitará al imponente un manual o carnet para la contabilidad y un talonario para que éste pueda disponer de los fondos que tenga en poder del primero. Para tales talones regirán las disposiciones referentes a los cheques (arts. 420 a 423).

c') *Contrato de imposición de valores en cuenta corriente.*—Es un contrato (art. 424) por el cual una de las partes consiente

(28) *Derecho mercantil*, 1.ª edición, Madrid, Reus, 1931, pág. 233.

(29) La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1930 dice que en el Código de comercio de la zona española de Protectorado en Marruecos se han fijado de una manera clara y precisa varias modalidades del contrato de cuenta corriente, siendo una de ellas la de cuenta corriente en Caja, definida en el artículo 412 con las consecuencias que señalan los siguientes, y como dado el contexto claro y expresivo del documento resguardo, fundamento de la acción, sin salvedades ni excepciones, no es posible admitir que se trate de un resguardo provisional, como sostenía la parte demandada, sino de un verdadero resguardo auténtico, demostrativo del contrato a que se refieren los preceptos indicados, que justifican el ingreso de cantidad en pesetas, que el Banco que las recibió viene obligado a satisfacer por la fuerza de la convención y de la ley, mientras no acredite su abono.

en recibir valores fiduciarios y tenerlos a disposición del cuentacorrentista, quien dispondrá de ellos mediante talones especiales (30).

Cada cuenta corriente de valores comprenderá una sola clase de éstos. Habrá de estarse a lo pactado, y en defecto del pacto, a lo que resulte de los libros de contabilidad de ambas partes y a lo que tenga estatuido el establecimiento de crédito que se dedique a guardar valores (arts. 425 y 426). El cajero ha de tener constantemente a disposición del imponente los valores confiados a su custodia. El imponente abonará al cajero la remuneración que se pacte y en su defecto se determinará por la costumbre de la plaza o por las condiciones que en general tenga establecidas el cuentacorrentista cajero (arts. 428 y 429).

d') *Contrato de depósito en cuenta corriente.*—Es un contrato por el cual una entidad mercantil recibe en depósito dinero o valores, que tiene a disposición del cuentacorrentista imponente (artículo 430).

El cajero, dice el artículo 431, configurando este contrato como un depósito simple, no podrá disponer ni emplear en negocios el dinero ni los valores que reciba en virtud de este contrato, y se obligará a tener a disposición del imponente las mismas monedas y los mismos valores que recibió.

En defecto de pacto se rige este contrato por las disposiciones del contrato de depósito (art. 432). Los derechos de custodia se fijarán al celebrar el contrato (art. 434).

e') *Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.*—Este contrato aparece dentro del grupo de las operaciones de crédito activas, tan usuales en los Bancos, en los cuales se contabiliza en forma de cuenta corriente, aunque esto no sea motivo obligado para calificar el contrato como de esta naturaleza desde el punto de vista científico.

En el Código hispanoalifiano se define (art. 439) como un contrato por el cual un comerciante o una entidad mercantil abre un crédito ilimitado o por cantidad fija a otra persona, permitiéndole disponer de fondos o librar por dicha cantidad en todo o en parte, y haciendo constar en la cuenta corriente la cantidad por la cual se concede el crédito y la cantidad o cantidades de que vaya disponiendo el otro cuentacorrentista a quien se concede dicho crédito.

Puede hacerse con garantía de valores o efectos, monedas o letras aceptadas e endosadas por tercero o pagarés con dos firmas. Se rigen por pacto escrito y, en su defecto, por las condiciones generales públicas del prestador o por los libros de los cuentacorrentistas (arts. 440 y 442).

(30) Tanto este contrato como el anterior, recuerdan las diversas formas de depósitos bancarios irregulares, aunque en el texto aparezcan concebidos con mayor amplitud y resulte posible que el depositario no sea un Banco.

f) *Contrato de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo*.—Este contrato, llamado también, dice el artículo 444, de cuenta corriente (31), es aquel por el que dos personas o entidades convienen en que las cantidades o valores que mutuamente reciben y entregan sean abonadas y cargadas, respectivamente, en sus cuentas corrientes abiertas en sus libros de contabilidad, y que todas las operaciones que realicen ambas partes contratantes que produzcan abono o cargo sean simplemente partidas que se anoten en dichos libros, perdiendo los contratos su naturaleza primitiva y transformándose en conceptos de cargo o data, compensándose mutuamente los créditos y débitos para venir a parar a un saldo reclamable en la época o plazo fijado por las partes o según costumbre.

Con tal contrato se traspasan en plena propiedad los valores remitidos e inscritos en la cuenta corriente del que los recibe; los efectos particulares del contrato que motivó la remisión se sustituyen por los que derivan del hecho de la inscripción en la cuenta del que recibe; se deducen intereses por las sumas inscritas en las cuentas, y se compensan recíproca y proporcionalmente los créditos en las épocas marcadas para la liquidación de la cuenta y deducción de saldo (art. 445).

El saldo no se considerará definitivo hasta que se apruebe por ambos cuentacorrentistas (art. 449). Se considera una e indivisible la cuenta corriente en este contrato y ninguna de las partes puede desglosar una partida de su crédito para perseguir su pago o exigir por separado su cumplimiento (art. 450). Las remesas en cuenta corriente no constituyen pagos (art. 451). Los créditos resultantes de este contrato no pueden cederse hasta que esté liquidada la cuenta corriente (art. 453).

K) *La suspensión de pagos*.—En materia de suspensión de pagos la legislación hispanoalifiana no ha recogido ninguna de las novedades introducidas en España por la Ley de 26 de julio de 1922, y continúa fiel al sistema tradicional español derivado de las Ordenanzas de Bilbao y recogido por los Códigos de 1829 y 1885, el cual fué profundamente modificado por aquella ley (32).

(31) Con esta expresión se reconoce también, en cierto modo, por el mismo legislador, que esta modalidad es la que constituye el verdadero contrato de cuenta corriente. En la doctrina científica se define este contrato como aquel por el que dos personas que van a entrar en negociaciones mercantiles se conceden por cierto tiempo crédito recíproco, obligándose a transformar durante él sus remesas mutuas en simples partidas indivisibles de cargo y abono, inscritas en sus libros de contabilidad, y a no exigirse otro pago que el del saldo resultante al hacer el cierre de cuenta en la fecha convenida o acostumbrada (LANGLE: *Derecho mercantil* citado, pág. 227).

(32) La mayor parte de la doctrina española censura el sistema introducido por la Ley de 1922. GARRIGUES (ob. cit., pág. 488) afirma que excediendo el contenido puramente procesal que el Código de comercio le atribuía, ha enturbiado la claridad del sistema no sólo en la terminología, sino en sus propios fundamentos. En análogo sentido, LANGLE (*Derecho mercantil* citado, páginas 309 y siguientes). No obstante, VICENTE Y GELLA (ob. cit., tomo II, página 315) considera que la Ley de 1922 es digna de todo elogio.

Con ello los requisitos necesarios para que pueda darse la suspensión de pagos son: solvencia del comerciante, es decir, posesión de bienes suficientes para cubrir todas sus deudas; imposibilidad de pagarlas a las fechas de sus respectivos vencimientos, y solicitud del comerciante fundada en las dos circunstancias anteriores (arts. 455 y 456). A su instancia deberá acompañar el comerciante el balance de su activo y pasivo y la proposición de espera que solicite, que no podrá exceder de tres años. Si pretendiere quita o rebaja de los créditos, se negará el Juzgado a tramitar la solicitud de suspensión de pagos (art. 457).

Novedad introducida por el Código hispanoalifiano en relación con el español es que el comerciante que se presentare en estado de suspensión de pagos quedará sometido, en lo relativo a la administración y gerencia de sus negocios mercantiles, a una intervención que decretará el Juzgado de primera instancia (artículo 458).

Para la suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras o servicios de carácter público, general o local, existen normas especiales (arts. 567 y ss.) de contenido análogo a las de igual materia del Código español, vigentes a pesar de la ley de 1922.

Las normas procesales sobre suspensión de pagos forman el título XII del Libro II del Código de procedimiento civil (artículos 1.150 a 1.167).

L) *La quiebra*.—En materia de quiebras la legislación hispanoalifiana recoge el sistema y los principios del Derecho español. Sus variantes hacen referencia a una mejor distribución de los preceptos dispersos de la legislación española, recogiendo en el Código de comercio no sólo las normas del español de 1885, sino algunas también del de 1829 y otras de la Ley de enjuiciamiento civil.

Se considera en estado de quiebra, dice el artículo 461 que reproduce el 874 del Código español, el comerciante que sobreesee en el pago corriente de sus obligaciones. Se distinguen las tres clases de quiebra—fortuita, culpable y fraudulenta—y se determinan los efectos que producen, de modo análogo a la legislación española.

En todo lo relativo al convenio, derechos de los acreedores y rehabilitación del quebrado, se siguen fielmente los preceptos del Código español. De igual modo en lo concerniente a la quiebra de las compañías en general y a las de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras y servicios públicos.

Las normas procesales sobre quiebras («Del orden de proceder en las quiebras») están contenidas en el título XIII, del libro II del Código de procedimiento civil (arts. 1.168 y 1.169).

M) *Derecho mercantil marítimo*.—No existe, como ya se ha dicho, en el Código de comercio hispanoalifiano, un libro especial dedicado al comercio marítimo. Los preceptos relativos a este

Derecho se hallan contenidos en diversos daires promulgados, en su mayor parte, en los años 1942 y 1943. Tales disposiciones no tienen un carácter general, sino parcial y reglamentario, aun cuando regulan importantes instituciones de aquel Derecho. En relación con los contratos especiales del comercio marítimo, hay que suponer que en defecto de disposiciones legales aplicables se regirán por las reglas generales del Derecho común o por los usos de comercio observados generalmente en la zona española de Marruecos (arts. 2 y 47 del Código de comercio).

a) *El buque y su dotación.*—La definición del buque nos la da también, en Derecho hispanoaljafiano, el Reglamento del Registro mercantil, que en su artículo 126 dice que se reputarán buques, a los efectos del mismo, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje y altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado al servicio de la industria o del comercio marítimo.

Un Dahir de 4 de noviembre de 1942 publica el Reglamento de dotaciones de buques mercantes y reglas a que ha de someterse el personal para obtener sus títulos. En él se dispone que el personal náutico de oficiales de la Marina mercante se compondrá de las categorías de Piloto y Capitán. El primero puede mandar vapor o velero, según su título, hasta cierto número de toneladas. El Capitán puede ser oficial y llevar la derrota en todos los mares en vapores o veleros, según su especialidad; puede mandar buques de cualquier desplazamiento.

Con el nombre de Patrón se conoce a los individuos de mar pertenecientes a la Marina mercante que mandan buques de tonelaje limitado y hacen pequeñas navegaciones, siendo jefes de la embarcación, a quienes los individuos de la dotación deben obediencia. Se clasifican en cuatro clases, con diferentes facultades.

Para ser Capitán o Piloto se requiere el título español correspondiente y la inscripción en alguno de los Registros de profesiones marítimas de la Zona. Para ser Patrón basta con inscribirse y obtener el título correspondiente en la Zona, mediante examen, en el que se exige tener por lo menos veintitrés años de edad y reunir un mínimum de días de navegación, con otros diversos requisitos especiales, según la clase de Patrón.

El personal de máquinas comprende los primeros maquinistas y los segundos maquinistas. Para el manejo de los vapores cuya fuerza de máquina no exceda de cuarenta caballos nominales basta un Fogonero práctico. Ciertas embarcaciones pueden ser manejadas por mecánicos navales.

Todo dueño o armador de buques está autorizado para tripularlos con el número de hombres que considere necesarios, estén o no inscritos con anterioridad en los Registros de las Intervenciones de Marina, si bien deben inscribirse desde el momento que

se dediquen a la navegación 33). De acuerdo con el tonelaje y destino de los buques se determina el personal que a los mismos corresponde.

Dentro de la misma disposición comentada se publica el Reglamento de exámenes para patronos de cabotaje y prácticos de costa, e incluso el programa.

Otro Dahir de la misma fecha (4 de noviembre de 1942) publica el Reglamento de inscripción del personal para ejercer las industrias marítimas. Este ejercicio es libre para todos los marroquíes, españoles y extranjeros. Se consideran industrias marítimas la navegación, el tráfico de puertos y la pesca en general. La inscripción es obligatoria y habrá de hacerse en la Direcciones Marítimas de la región o Intervenciones de Marina y sus Delegados. A los inscritos se les entrega un documento acreditativo.

La inscripción de embarcaciones está reglamentada por otro Dahir de la misma fecha antes citada, con el cual se publican, además, las disposiciones relativas al abanderamiento de embarcaciones y a los documentos de navegación obligatorios.

El uso del pabellón marroquí (zona española) sólo se concede a los barcos mercantes marroquíes que sean propiedad de nacionales marroquíes o de españoles. Ningún barco marroquí (zona española) podrá usar esta bandera ni navegar dentro o fuera de los puertos marroquíes sin estar matriculado en un puerto de la zona de protectorado. Son puertos de matrícula las capitales de las regiones marítimas y las de los distritos especialmente autorizados: Larache (LA), Río Martín (R. M.), Villa Sanjurjo (V. S.) y Nador (NA).

Expediente de abanderamiento es el que se instruye para afirmar la nacionalidad y el derecho a arbolar el pabellón marroquí en una embarcación construida en la zona de protectorado español o conceder dicha nacionalidad a las embarcaciones importadas del Extranjero. Los trámites del mismo aparecen determinados en el Reglamento sobre la materia.

Las embarcaciones marroquíes (zona española) deben tener a bordo ciertos documentos que se determinan por la ley, según la lista de matrícula en que se hallen inscritos y la navegación que hayan de ejercitar.

El Reglamento del material náutico que deben llevar los buques se publica por otro Dahir de la misma fecha (4 de noviembre de 1942). El interventor de Marina del puerto de matrícula, al reconocer el buque, inspeccionará los instrumentos náuticos, comprobando su estado e instalación, desechando aquellos que resulten manifiestamente inútiles.

Existe, además, un Reglamento de disciplina y policía a bordo

(33) El Dahir de 25 de abril de 1946 divide el litoral de la Zona de Protectorado español (incluida la Zona sur) en Intervenciones y Distritos militares de marina.

de los buques mercantes marroquíes, de fecha 14 de diciembre de 1942. En él se dispone que la tripulación de los buques mercantes y cuantas personas extrañas a la nave estén a su bordo quedan sometidas a la autoridad del jefe de ella, Capitán o Patrón, por los hechos punibles en que intervengan, siempre que los cometan estando en el buque. Cuando los hechos indicados tengan el carácter de falta serán corregidos por el Capitán; si fueren delitos instruirá respecto de ellos las oportunas diligencias, reservando su conocimiento a los Tribunales. Se determinan los castigos que por falta podrán imponerse, la naturaleza, circunstancias de las mismas y su ejecución.

b) *Transporte de pasajeros*.—Las disposiciones del Código de comercio sobre transporte de personas son aplicables no sólo al transporte por tierra, sino al transporte marítimo. Existe, además, un Reglamento, promulgado por Dahir de 6 de abril de 1943, sobre el transporte por mar de pasajeros entre puertos de la Zona. Se llevará a cabo por embarcaciones que tengan condiciones para ello, a juicio de los Interventores de Marina, de acuerdo con los peritos inspectores, los cuales deben fijar también el número de pasajeros que podrán conducir. Las tarifas se someterán previamente a la aprobación de la Intervención de Marina, e impresas en español y árabe se colocarán en sitios visibles de la embarcación. Todos los barcos autorizados para el transporte de pasajeros deberán llevar al día la lista de pasajeros.

c) *Hipoteca naval*.—Con fecha 23 de diciembre de 1943 se publica el Dahir sobre hipoteca naval, directamente inspirado en la ley española de 21 de agosto de 1893, hasta el punto de que por un artículo adicional se dispone que en caso de concurrencia o insuficiencia de las disposiciones del Dahir se aplicarán las de la ley española de 1893, en lo no se opongan a las vigentes o que en lo sucesivo se dicten en la zona española de protectorado.

Al sólo efecto de la hipoteca naval los buques mercantes se consideran como bienes inmuebles. El contrato en que se constituya la hipoteca podrá otorgarse por escritura pública o por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados y que presenten ambas partes, o cuando menos la que constituya la hipoteca, al Registrador. Puede constituirse la hipoteca naval no sólo sobre un buque construido y en explotación, sino también sobre un buque en construcción (art. 10). Se determinan los requisitos del contrato (art. 5) y el procedimiento de ejecución (artículo 18 y ss.).

d) *Abordajes y naufragios*.—No existe en Derecho hispanojalifiano una verdadera configuración de estas instituciones ni de otras de importancia en Derecho mercantil. Mas por Dahir de 28 de julio de 1930 se publica un Reglamento de procedimiento en los casos de abordaje y naufragio en aguas jurisdiccionales de la zona española de protectorado. En él se dan por definidos ambos accidentes y se determinan las facultades del Interventor

de Marina en relación con las del Juez competente en tales casos.

N) *El Derecho aeronáutico*.—Este Derecho es considerado (34) como una parte, aunque la de mayor desarrollo e importancia, del Derecho aéreo: conjunto de normas que regulan la variada utilización del espacio situado sobre la tierra y el mar.

En relación con la zona española de protectorado en Marruecos, las escasas normas que sobre este sector jurídico pueden señalarse, derivan de la atribución que el Estado español se hace de la soberanía sobre el espacio aéreo del territorio del protectorado.

Expresión de este criterio es la ley de 21 de mayo de 1934, por la que se aprueba el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de las aeronaves, y el Convenio relativo a la unificación de otras reglas sobre daños causados a tercero por las aeronaves en la superficie, firmados en Roma el 29 de mayo de 1933, no sólo a los efectos de la ratificación de España a dichos textos, sino a la adhesión de los mismos de la zona española de protectorado en Marruecos.

Las disposiciones españolas en que de modo expreso se reconoce aquella atribución, son el Código de justicia militar y la Ley de bases para un Código de navegación aérea.

El artículo 9.º del Código de Justicia militar dice que, por razón del lugar, la jurisdicción militar es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidas en el artículo 16 (para las que en todo caso es competente la jurisdicción ordinaria), se cometan... en el espacio aéreo sujeto a la soberanía nacional o de protectorado; a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en los mercantes extranjeros que antes de pasar la frontera aterricen dentro de la zona española, o dañen a seres, cosas o intereses de ésta, y en las demás aeronaves nacionales, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en determinados casos y de poderse entregar a los agentes diplomáticos o consulares respectivos, al personal extranjero que delinquiera entre sí exclusivamente en los aparatos a que esté adscrito.

El Estado español, dice el artículo 3.º de la Ley de bases para un Código de navegación aérea, de 27 de diciembre de 1947, tie-

(34) Véase GORDILLO GARCÍA: *Derecho aéreo*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Seix, 1950, tomo I, págs. 83 a 121. La doctrina mercantil se divide al tratar de determinar la naturaleza jurídica del Derecho aeronáutico. De una parte se estima que existe identidad sustancial entre el Derecho marítimo y el aeronáutico, que juntos forman el sistema jurídico general de la navegación; y de otra se afirma, por el contrario, que el Derecho aeronáutico es autónomo y distinto del marítimo. En el Derecho positivo las normas que regulan el tráfico aéreo suelen recogerse en normas independientes.

Otros sectores del Derecho aéreo son los formados por las normas relativas a la telegrafía sin hilos, radiotelegrafía, televisión.

ne soberanía en el espacio atmosférico situado sobre su territorio—metropolitano, protegido y colonial—y aguas jurisdiccionales adyacentes al mismo. Se autorizará el uso del espacio atmosférico español a todas las aeronaves nacionales que hayan cumplido los requisitos impuestos por el Código de navegación aérea, sin que puedan impedir dicho uso las entidades o particulares propietarios de bienes inmuebles. El Estado español, mediante convenios con otros Estados, podrá autorizar el paso inofensivo sobre su territorio a las aeronaves extranjeras. Por razones militares, de seguridad o interés nacional, se podrá prohibir temporalmente a todas las aeronaves nacionales o extranjeras el vuelo sobre determinadas zonas del territorio español.

Disposiciones particulares de la Zona en relación con la materia, son el Dahir de 27 de julio de 1931 sobre apertura a la navegación aérea, comercial y particular, de aeródromos y puertos: y el Dahir de 6 de julio de 1938 en el que se dictan normas provisionales de servidumbres alrededor de los aeródromos

VIDA JURIDICA

Vida jurídica

I - NOTICIAS

A) NACIONALES

Actualidad legislativa

CRONISTAS DE ARMAS

La serie de expedientes producidos con motivo de la legislación restablecedora de los títulos nobiliarios, ha puesto de manifiesto la necesidad de regular las funciones de los denominados "cronistas de armas", regulación que ha tendido, como dice el preámbulo del Decreto de 13 de abril de 1951, por un lado, a dotar de suficientes garantías la delicada misión de estos profesionales, actualizar sus funciones y proteger adecuadamente los intereses de los que a ellos acuden.

Tales garantías exigen una cuidadosa reglamentación, y por ello se establece que el título de "cronistas de armas" podrá obtenerse previo examen de aptitud entre Licenciados en Derecho o Filosofía y Letras y ante un Tribunal que presidirá el Subsecretario de Justicia. Su nombramiento se hará por Orden ministerial, y será de su competencia la expedición de certificaciones de nobleza, genealogía y escudos de armas, que, en todo caso, para su validez deberán tener el visto bueno del Ministerio de Justicia.

NORMAS PARA LA CONCESION DE AUTORIZACIONES DE CONSTITUCION, AUMENTO DE CAPITAL Y PUESTA EN CIRCULACION DE ACCIONES DE SOCIEDADES.

Por considerarlo de sumo interés, transcribimos literalmente el texto de la Orden de 20 de abril de 1951:

"La aplicación de las Leyes y disposiciones que establecieron el régimen de autorización previa de este Ministerio para que las Sociedades pudieran llevar a efecto determinadas operaciones financieras de constitución y aumento de su capital, obligan al mismo a enfrentarse con la diversidad de modalidades en que dichas operaciones se presenta, sin poder encontrar suficiente apoyo legal para la sustentación de los criterios aplicables en orden al discernimiento de las correspondientes autorizaciones, dada la ausencia que, por lo general, se observa en nuestro derecho positivo de normas reguladoras de las aludidas operaciones.

Esta circunstancia, que ofrece especial relieve en lo que concierne a las Sociedades Anónimas, y que de antiguo ha hecho surgir voces, procedentes de diversos campos, propugnando una regulación de esta clase de entidades, es causa de que se planteen ante este departamento en demanda de su autorización —y consiguientemente, en cierto modo, de su refrendo—, operaciones de dis-

cutible encaje en los principios a que doctrinalmente debe responder la Sociedad Anónima, tanto en el orden jurídico como en el financiero. Ello obliga al Jurado de utilidades—que por precepto de las disposiciones aludidas ha de informar en los expedientes de autorización—a suplir, sin más base que la deducida de los mencionados principios, la laguna que en la materia existe, estableciendo ciertos criterios o normas que considera interpretan la política del Gobierno en esta materia. Pero este sistema tiene el inconveniente de que los indicados criterios o normas, por ser de orden puramente interno, sin respaldo en disposición legal alguna, pueden ser considerados como producto de la sola opinión de los organismos informantes. Se hace necesario, por tanto, que al menos en relación con alguna de las cuestiones de mayor importancia y que con mayor frecuencia se plantean, se establezcan dichas normas en un plano de generalidad y en forma que constituyan la expresión auténtica del criterio de este departamento.

El problema que con más reiteración surge ante el Jurado de utilidades al emitir el preceptivo dictamen es el originado con aquellas solicitudes de autorización que se refieren a la emisión de acciones de distintos derechos políticos o económicos.

El Jurado de utilidades, teniendo en cuenta la base y estructura fundamentalmente capitalista de la Sociedad Anónima, ha orientado sus dictámenes en la materia tomando como punto de referencia el principio ideal de igualdad de los mencionados derechos, en proporción al capital, o sea al nominal de los títulos representativos del mismo, pero sin perder de vista que la realidad de la vida económica y financiera, al margen de actuación que es preciso reconocer a la iniciativa privada, y el hecho de que muchas de las aludidas diferenciaciones tienen su origen en las escrituras de constitución y estatutos de las Sociedades, formalizados con anterioridad al régimen de intervención actual, impiden en unos casos, y hacen no aconsejable en otros, la aplicación absoluta del rígido principio igualitario a la profusa variedad ofrecida por la materia de que se trata. Y es precisamente en la aplicación de este criterio de flexibilidad donde se acusa más intensamente la ausencia de una norma que deberá ser más que casuística, orientadora, al par que limitativa en cuanto a la utilización del margen de elasticidad con que en estos problemas debe operarse.

Atendiendo a estas consideraciones, este Ministerio, previo acuerdo del Consejo de Ministros, se ha servido disponer:

A los efectos de la concesión de autorizaciones exigidas por las Leyes de 19 de septiembre de 1942, 10 de noviembre del mismo año, 15 de mayo de 1945, 31 de diciembre de 1946 y Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, deberán ser tenidas en cuenta las siguientes normas:

Primera. En general, para que dicha autorización pueda ser otorgada, se requerirá que las acciones o títulos equivalentes constitutivos de la operación financiera respectiva tengan derechos políticos y económicos proporcionales al capital nominal que cada uno de ellos representen.

Segunda. No obstante lo establecido en la norma anterior, podrá autorizarse, discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias que concurran en la

operación, la emisión o puesta en circulación de acciones con derechos no proporcionales a su valor nominal en los siguientes casos:

a) Emisión de nuevas acciones por entidades que tuvieran establecida la diferenciación de derechos en sus estatutos, legalmente formalizados con anterioridad a la presente Orden, y siempre que en el capital resultante del aumento las acciones políticamente privilegiadas no sobrepasen la proporcionalidad que tuvieran anteriormente.

b) Cuando se trate de puesta en circulación de acciones que existan en la cartera de entidades que tuvieran establecida, la diferenciación de derechos cuando dichas acciones fueron creadas.

c) Emisión de acciones que como compensación de los mayores o menores derechos políticos que se les atribuyan, en relación con las restantes que, en su caso, existieren, tengan una diferenciación en sus derechos económicos de sentido inverso, apreciadas estas circunstancias discrecionalmente, pero atendiendo a que en ningún caso una exigua minoría de capital pueda tener o significar el control de la Sociedad.

Tercera. En ningún caso se autorizará la emisión ni la puesta en circulación de acciones con voto plural.”

RENDIMIENTOS ATRIBUIBLES A LOS SOCIOS DE ENTIDADES DE CARACTER PERSONAL.

La Orden de primero de mayo de 1951, publicada en el *Boletín Oficial* del 7 del mismo mes y año, por la que hace a los rendimientos, atribuibles a los socios de Entidades de carácter personal, establece que las asignaciones que con carácter voluntario realicen de sus beneficios las Sociedades de carácter personal a fondos de reserva o previsión, cualquiera que fuese la denominación de éstos, se considerarán como rendimientos procedentes de capitales atribuibles en su caso a sus socios, a los efectos de su imposición por el concepto de renta, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1932.

J. H. C.

Conferencia de don Ramón de la Rica Arenal en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El lunes, día 2 de abril, pronunció D. Ramón de la Rica su anunciada conferencia «Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico», formando parte del ciclo organizado por este Centro en colaboración con el de Estudios Hipotecarios, del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Presidieron el acto el Sr. Director General de los Registros y los Decanos de los Colegios Notarial y de Registradores.

Examina el conferenciante el pasado, el presente y el futuro del Derecho Inmobiliario, para obtener consecuencias respecto a su contribución al pro-

greso jurídico nacional. Afirma que la Ley de 1861, exigida por razones de seguridad jurídica general, vino a purificar el sistema de gravámenes generales u ocultos propios del ordenamiento anterior, clarificó la situación de la propiedad registrada e influyó incluso en la no inscrita. Por el camino de la seguridad de la hipoteca se llegó a la del dominio. Ha servido al Derecho procesal poniendo a disposición de los litigantes y del juzgador unas anotaciones preventivas que garantizan la futura efectividad del fallo, sustituyendo a la vieja vía de asentamiento.

El Registro de la Propiedad ha sido el instrumento de esta transformación y del encauzamiento de la misma hacia sistemas económicos más modernos.

El futuro campo de desarrollo de la Institución habrá de ser el de la hipoteca mobiliaria, ya vigente en muchos de los Estados Unidos, en Portugal y en otros países.

Al perfeccionamiento del sistema se llegará—concluye el Sr. de la Rica—sin apuramientos, hasta lograr una completa madurez.

El conferenciante fué muy aplaudido.

A. G. R.

«El régimen sucesorio en Suecia».—Conferencia del doctor Malmström en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El día 9 de abril tuvo lugar, en el salón de actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la conferencia del Dr. Ake Malmström, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Upsala, sobre el tema «El régimen sucesorio en Suecia».

El Dr. Malmström justificó su presencia en el Instituto por la necesidad de dar a conocer entre sí los distintos sistemas de Derecho, huyendo de todo «aislacionismo jurídico». Ello requiere la utilización del método comparado, concebido, siguiendo a Lambert, como distinto del mero estudio de los Derechos extranjeros. El método comparado permitirá explicar la diversidad entre sistemas jurídicos, a la luz de las circunstancias que los condicionan: la geografía, la economía, la religión, la organización política de los pueblos, las diferencias lingüísticas (que dificultan en grado mayor o menor los contactos y las influencias). Estas circunstancias operan en el Derecho sucesorio con mayor fuerza que en el del tráfico, lo que explica el tradicionalismo que en él domina.

El Derecho sucesorio, como en general el Derecho privado, ofrece en Suecia una fisonomía original. Para el conferenciante es equivocada la tesis de David, según la cual Occidente no conoce en rigor sino dos sistemas jurídicos: el continental (francés) y el anglosajón; es preciso, por lo menos, reconocer la existencia separada de un grupo nórdico (Suecia, Noruega, Dinamarca, Islandia y Finlandia), caracterizado por la no influencia del Derecho romano, y modernamente por la tendencia a una unificación legislativa de carácter regional, mediante la promulgación de leyes idénticas en las diferentes partes del Derecho civil, aunque no—hasta ahora—en materia sucesoria.

El Derecho sucesorio sueco se halla contenido en tres leyes: la Ley de 1928 sobre sucesión legal, la Ley de 1930 sobre sucesión testamentaria y la Ley de

1933 sobre inventario *post mortem* y partición. De tendencia conservadora, estas disposiciones continúan, en sus líneas generales, la dirección representada por el título II del Código general de 1734 y sus modificaciones posteriores. Pero una visión de conjunto de las transmisiones *mortis causa* en Suecia requiere tener en cuenta además la legislación fiscal, que convierte de hecho al Estado en un copartícipe en la herencia, y ello no por razones puramente financieras, sino por el deseo de moderar el excesivo individualismo de las reglas tradicionales sucesorias.

El régimen sucesorio, netamente germánico en sus orígenes, y sin ninguna influencia de tipo romanista, se organiza sobre el primado de la sucesión *ab intestato*. Primado de hecho, ya que los datos estadísticos revelan un número relativamente escaso de testamentos (más numerosos en las capas sociales superiores, y cuando faltan parientes próximos); pero también de derecho: la ley considera a la sucesión testamentaria como excepcional, y en el mismo sentido la jurisprudencia utiliza tradicionalmente el principio de la interpretación restrictiva de los testamentos, rechazando siempre la ampliación del ámbito de las disposiciones testamentarias. En la terminología jurídica, solamente el sucesor *ab intestato* es considerado como «heredero»; junto a él aparecen las nociones del «legatario» (sucesor a título particular) y del «sucesor testamentario universal».

El orden tradicional de los llamamientos a la sucesión *ab intestato*, según se establecía en el Código de 1734, era el siguiente: primero, los hijos del causante, y los descendientes de éstos en su caso, por derecho de representación; en defecto de los anteriores, el padre y la madre del difunto, y sus descendientes sin derecho de representación (con arreglo al principio germánico de las «parentelas»); en último término, los parientes más cercanos entre los restantes, sin límite de grado. El cónyuge viudo solamente tenía derechos sucesorios a partir de una Ley de 1920, que le atribuye la mitad de la herencia cuando concorra con los padres del *de cuius*. La igualdad de derechos sucesorios entre los sexos fué establecida en el siglo pasado, desapareciendo la regla que, en las regiones rurales, asignaba los dos tercios de la herencia a los varones.

La principal innovación de la Ley de 1928 consistió en reducir los llamamientos a la sucesión *ab intestato*, heredando el Estado cuando faltasen los tíos carnales. La Comisión preparatoria de las leyes justificó la reforma alegando que la sucesión supone un parentesco que signifique verdaderamente «el sentimiento de un lazo económico y social». En el Parlamento fué muy discutido este punto, juzgando unos la innovación demasiado radical y otros excesivamente moderada. Los bienes heredados por el Estado son incorporados a un «Fondo público de las sucesiones», cuya finalidad legal es «la vigilancia y la educación de la infancia y de la juventud». Esta institución reparte en forma de subvenciones los dos tercios de los bienes que adquiere, aumentando su capital el tercio restante; pero en ningún caso podrá subvencionar actividades que constituyan cargas legales del Estado o de los Municipios.

Los hijos naturales tienen, en la sucesión de la madre, iguales derechos que los legítimos; en cambio, respecto de la herencia del padre solamente les corresponde un derecho a alimentos, excepto cuando se trate de un hijo natural llamado «de prometidos», o cuando el padre le reconoció formalmente derechos

sucesorios (acto irrevocable), en cuyo caso hereda también como los legítimos.

El orden sucesorio vigente es el que sigue: primero, los hijos, con derecho de representación para sus descendientes; segundo, el cónyuge viudo (a cuya muerte los bienes heredados serán atribuidos según un principio de troncalidad); tercero, los padres, que heredan por mitad, con derecho de representación para sus descendientes; cuarto, los abuelos, con derecho de representación solamente para sus *hijos*; quinto, los tíos carnales. En último término, el Estado.

La Ley de 1928 contiene además las reglas en materia de legítimas: se establecen tan sólo en favor de los descendientes, a los que se reserva la mitad del caudal hereditario.

La Ley de 1930 sobre los testamentos atribuye la capacidad de testar a los mayores de veintiún años (mayoría de edad civil), y a los menores, cuando hayan contraído matrimonio. Los mayores de dieciséis años podrán también testar en lo referente a aquellos bienes sobre los que la Ley de Tutelas les deja la libre disposición. La incapacitación no produce limitación alguna en la capacidad de testar: bastará que el sujeto a tutela se halle en plena posesión de sus facultades mentales para que sea válido su testamento.

La forma legal del testamento es la de documento privado, firmado por dos testigos. Se admite también el testamento ológrafo, pero queda éste sin validez a los tres meses de haber podido testar *de cuius* en forma normal, sin hacerlo.

La Ley mira con recelo a los fideicomisos familiares, se refieran a muebles o a inmuebles (a diferencia del Derecho anterior, que los admitía cuando afectaban a bienes muebles), excluyéndose su posibilidad en favor de personas no nacidas en el momento de fallecer el testador, a no ser que se trate de descendientes de éste, pero sin que en tal caso sea válida la discriminación entre descendientes del mismo grado.

Entre los pactos sucesorios, solamente es válido, con determinadas condiciones, el de renuncia a la sucesión de los herederos legales.

Concluyó la conferencia el Dr. Malmström señalando que su exposición, aunque necesariamente fragmentaria, recogía sin embargo las líneas fundamentales del sistema hereditario sueco.

José Antonio PRIETO GOMEZ

B) EXTRANJERAS

«Los deberes de la Universidad en la hora actual».—Discurso inaugural del Rector Magnífico de la Universidad de Bolonia, profesor Felice Battaglia

Con el brillante ceremonial acostumbrado tuvo lugar el pasado 20 de enero la inauguración oficial del año académico 1950-51 en la vieja y gloriosa Universidad de Bolonia, correspondiendo el discurso inaugural a su nuevo Rector Magnífico Prof. Felice Battaglia.

Que ésta sea hora solemne—empezó diciendo el orador—todo lo anuncia.

Un feroz conflicto de hecho, si no de derecho, desgarró el globo, dividido entre Occidente y Oriente, portadores cada uno de prefijada concepción de la vida; pero además de la escisión política hay rasgos de la vida contemporánea que impresionan a cuantos observen y mediten. Apunta cuáles son estos rasgos, que tienen sus manifestaciones en las tendencias más equívocas y perniciosas en el campo de la filosofía y de la moral, y afirma que ante todo ello el científico y el investigador, el maestro que tiene en la Universidad su responsabilidad y no la elude, debe adoptar posiciones. ¿Cuáles pueden ser los deberes del universitario? Para el Prof. Battaglia, ante todo, restaurar la fe en la razón. Si investigamos la crisis actual—dice—, nos daremos cuenta de que ésta está en la razón. Nuestros abuelos del período iluminista han creído en un orden racional del mundo; en una razón constructiva y legisladora han creído los padres del período románico; nosotros hemos perdido confianza en la potencia del intelecto y de la idea, en la capacidad del espíritu, y, por ello, nos hemos dejado llevar por los impulsos irreflexivos de la rutina o nos hemos confiado al impulso vital.

Es necesario, pues, una razón, y que sea razón nueva, no intelectualista o vacía, sino comprensiva y plena, susceptible de verdad de adecuar el hombre en la variedad de sus sentimientos y de sus impulsos. Es la tarea del filósofo, pero también, a la par, del científico.

Pero decir razón no es decir todo, porque la razón, aunque sea antropológica y adecuada, es nada si no la inspira el sentido de la libertad. Y aquí el orador se plantea el problema de la esencia de la libertad, que ha dado lugar a polémicas que han encendido los ánimos en el mundo contemporáneo y que separan el Occidente del Oriente.

Se ha querido definir la libertad en su contenido y desde un punto de vista negativo; pero son definiciones que no definen, porque, de diverso modo, positivo o negativo, se refieren a un término que ninguno aclarará, el de necesidad y el de bienestar. La verdad es que las necesidades no se definen, como no se define el bienestar; términos relativos e históricos no pueden dar sentido a la libertad, sino sólo contribuir a individualizarla en el tiempo, la que no siendo contenido es más bien una forma, precisamente la forma de la razón, la forma del espíritu.

La libertad es forma de la razón, es forma del espíritu; podría decirse el alma de la razón y del espíritu, si la razón y el espíritu tuvieran un alma. El hombre, que es razón y espíritu, lo es en cuanto libre, siendo la libertad la que la sustrae de toda pasividad, que lo empuja adelante por el camino de la civilización y del progreso.

Forma del espíritu, que todo contenido históricamente suscita y plasma, la libertad tiene significado para todos, pero resonancia diversa para cada uno. El universitario, que vive de la razón y del espíritu, advierte aspectos que otros ignoran. Advierte que sin la libertad la ciencia no puede progresar, que la libertad es algo de que no se renuncia, precisamente la misma forma de la espiritualidad, sin la que todo decae, iniciándose aquel triste proceso propio de nuestros tiempos y que un gran filósofo ha calificado de la indigencia de la razón. Por ello, la libertad es algo a que el universitario debe conscientemente volver, como a la raíz de su misma vida. Cada uno debe defenderla como pueda: sobre

el campo de batalla si es soldado; en el gabinete de trabajo si es hombre de ciencia.

Quien reivindica la razón humana de la ciencia, quien excluye que la técnica sea instrumento para subordinar el hombre, aquel lucha por la libertad, como lucha por la libertad quien reivindica la autonomía y la plenitud de la investigación en sí misma.

La crisis moderna se vence en una restaurada espiritualidad, en una antropológica y comprensiva razón, en el ideal y operante presencia de la libertad. He aquí, señores—concluyó diciendo el orador—, las tareas que nos esperan.

E. VERDERA

«La reforma de la Sociedad Anónima en España».—Una Conferencia del profesor Garrigues en la Universidad de Bolonia

Invitado por la Universidad, D. Joaquín Garrigues acaba de pronunciar una interesantísima conferencia, en uno de los salones de la «Accademia delle Scienze», el pasado 30 de abril, sobre este tema tan vivo y tan unido a su laboriosidad infatigable como es el de la reforma de nuestra Sociedad anónima.

El perfil humano, la amplitud de la labor desarrollada y la trascendencia de su magisterio son bien conocidos en esta Universidad boloñesa, tan unida a los estudios jurídicos hispánicos, y su conferencia ha despertado una expectación y un interés siempre más vivos. La acogida dispensada al maestro español por los colegas italianos ha sido cordialísima, y es de esperar que esta visita será provechosísima para el incremento del intercambio cultural entre los dos países latinos, al que siempre hemos querido aportar todas nuestras posibilidades.

Asistieron a la conferencia, presidida por el Rector Magnífico de la Universidad de Bolonia, Prof. Felice Battaglia, el Rector del Colegio de San Clemente de los Españoles, D. Manuel Carrasco, y casi la totalidad del claustro de profesores de la Universidad. Hizo la presentación del conferenciante el Prof. Tullio Ascarelli, ordinario de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho, que encuadró su personalidad dentro del marco de renovación de los estudios jusmercantilistas en España y aludió a la recíproca estima de nuestras respectivas doctrinas.

El Prof. Garrigues inició su disertación poniendo de relieve su complacencia de haberse podido sumar al ininterrumpido peregrinaje de juristas españoles a Bolonia, desde el siglo XIV, por obra de la ejemplar fundación del Cardenal Albornoz, entrando a continuación en el tema de la conferencia, que intentaremos reseñar a continuación con la mayor fidelidad.

La historia legislativa de la Sociedad anónima en España—empezó diciendo el conferenciante—hasta el año 1860, muestra un completo paralelismo con la legislación francesa. En uno y otro países, la Sociedad anónima pugna por liberarse de la tutela y de la intervención del Gobierno. Esta subordinación al Gobierno se explicaba históricamente por el hecho de haber nacido la Sociedad anónima en el siglo XVII como instrumento de la política económica del Estado absoluto para Empresas marítimas y de colonización. Y cuando en el siglo XIX

los hombres de empresa eligen la Sociedad anónima como el instrumento más apto a las inmensas perspectivas industriales que el capitalismo iba descubriendo, hallaron que este instrumento era mirado con recelo por el Poder público. El Estado no quería abandonar a la libre autonomía de los ciudadanos un instrumento peligroso por su poderío económico y por los abusos de que podían ser víctimas los accionistas y los acreedores. Esto no obstante, el rígido criterio de la autorización gubernativa que instaura el Código de comercio francés de 1807, es objeto de una atenuación en el Código español de 1829, a pesar de las manifestaciones de Sáinz de Arandino.

Los abusos a que dió lugar el sistema menos riguroso del Código de 1829 hicieron que la Ley de 28 de enero de 1848 volviera al rígido sistema francés de la autorización gubernativa previa. El Decreto de 28 de octubre de 1868 dulcifica de nuevo el rigor, y la Ley de 19 de octubre de 1869, siguiendo la Ley francesa de 24 de julio de 1867, declara solemnemente que en lo sucesivo la Sociedad anónima podrá fundarse y vivir sin la autorización del Gobierno. Sin embargo, entre ambas leyes había una diferencia fundamental: mientras la ley francesa se preocupó de colmar el vacío que dejaba el régimen de la autorización previa, la ley española se detuvo en la declaración programática de libertad. Tampoco vino a colmar la laguna el Código de comercio de 1885, que intenta el milagro de ordenar la Sociedad anónima con sólo 19 artículos, regidos en su mayoría por el principio dispositivo. Se instauró así un bizarro concepto de la libertad, que si desde el punto de vista de la técnica legislativa era inadmisibile, en la práctica de los negocios había de dar lugar a no pocos abusos, y que contribuyó a difundir entre los hombres de empresa y los financieros una atmósfera de hostilidad a toda norma legal coactiva.

Salvo muy escasas disposiciones de derecho coactivo, el régimen de la Sociedad anónima quedó sometido al principio de la libertad de pactos formulada por el artículo 117 del Código de comercio. Al amparo de este singularísimo régimen de libertad florecían las combinaciones más sorprendentes, cuyos daños sólo fueron aminorados por el ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España.

Sin embargo, desde principios del siglo actual en las revistas financieras y jurídicas y en los libros de los mercantilistas se señalaron algunos abusos que la excesiva libertad había producido, y se reclamó una y otra vez la reforma de nuestro Código de comercio en esta materia. La reforma era una necesidad sentida por todos aquellos que deseaban asentar la Sociedad anónima española sobre bases éticas y jurídicas universalmente admitidas. Y en este propósito se inspiraron los trabajos que cristalizaron en el «Anteproyecto», acogido por el Ministerio de Justicia y sometido a una muy amplia información pública. En esta información brotaron de nuevo los tópicos de los defensores del *status quo* legislativo, que tacharon el Anteproyecto de opresor, receloso, prolijo en demasía, aniquilador de la libre iniciativa, etc.: pero hoy los elementos más destacados de la industria y las finanzas españolas están convencidos de que la futura ley no implicará ninguna cortapisa en las Sociedades anónimas honestas, porque lo que la nueva ley va a imponer es aquello mismo que los hombres de negocios de buena fe practican en las Sociedades que rigen.

¿A qué principios responde la estructura y el contenido del Proyecto de Ley? El momento en que se emprendió en España la reforma de la Sociedad anónima

era crítico, hasta el punto de que la figura clásica de la Sociedad por acciones parecía amenazar ruina por todas partes.

Analiza el conferenciante la situación del problema en Alemania, Italia, Francia e Inglaterra, y afirma que de este panorama legislativo europeo, tan contradictorio y vacilante, los redactores del Anteproyecto español creyeron poder deducir al menos una conclusión cierta: la subsistencia de la estructura tradicional de la Sociedad anónima y su impenetrabilidad por las corrientes siempre cambiantes de los postulados políticos. Se ha procurado sacar partido de la ajena experiencia y se ha optado por conservar en toda su pureza la figura clásica de la Sociedad por acciones, aunque abandonando el lastre de la concepción contractual, para dotar al nuevo ordenamiento de la Sociedad anónima del carácter coactivo que corresponde a la naturaleza privilegiada de un tipo de Sociedad dominada por el principio de la limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

El Proyecto español responde en esencia a tres líneas directrices del pensamiento que lo inspira: 1.ª Ausencia de intervención gubernativa en el nacimiento y en la vida de la Sociedad anónima. 2.ª Limitación de la reforma a la esfera jurídico-mercantil de la Sociedad anónima. 3.ª Sustitución dentro de esta esfera de los postulados fundamentales del Código de comercio para dotar a la Sociedad anónima de una reglamentación completa de naturaleza predominantemente coactiva.

Con respecto a la libertad de constitución de la Sociedad anónima, el Proyecto sigue la línea de tradición franco-española que arranca de la Ley de 1867 en Francia. El Gobierno puede servirse de ella como instrumento de su política económica en un momento determinado, pero las normas de intervención a ello encaminadas deben quedar al margen de la ley mercantil de Sociedades anónimas.

Tampoco hay huella en el Proyecto español de ninguna clase de inspección por el Estado del funcionamiento de la Sociedad anónima, ya que ello supondría un nuevo ensayo de burocratización que pondría en peligro su propia vida, fundada en el espíritu de empresa y de libertad de iniciativa del empresario.

En la época en que fué elaborado el Anteproyecto español, las exigencias de la política social habían invadido en muchas legislaciones el terreno propio de la Sociedad por acciones. Se buscaba dar solución al problema de la distribución justa del beneficio entre los accionistas—añejados del trabajo en la Empresa—y los que realmente colaboran en ella. Ahora bien, si el conflicto entre capital y trabajo se producía en el seno de la Empresa y no en el seno de la Sociedad anónima, la solución debía ser dada por la legislación social y no por la legislación mercantil. La razón del fracaso de las llamadas «acciones de trabajo» está en que la estructura de la Sociedad anónima no permite más acciones que las de capital, porque la acción es ante todo una parte del capital y no puede dejar de serlo. Por esto en el Anteproyecto se ha preferido no abordar la cuestión de la participación obrera en los beneficios de la Sociedad anónima.

El Proyecto abandona la concepción contractualista de la Sociedad anónima, configurándola como una corporación. Esto significa el triunfo de lo social frente a lo individual, de la idea del bien común frente a la idea de bien particular y, en definitiva, la superación del subjetivismo en economía y en Derecho.

En punto a la fundación, el Proyecto no ha hecho sino recoger el Derecho

que rige en todas las naciones del mundo y que tiende a garantizar las consecuencias de un acto que ha de extender sus efectos sobre formas que no han intervenido en él, como los futuros accionistas y los acreedores de la Sociedad. El sistema de las «acciones en cartera» se sustituye en el Proyecto por el sistema del capital autorizado propio de las legislaciones germánica y anglosajonas.

Esta innovación del Proyecto y las que contiene en materia de administración de la Sociedad y de impugnación de los acuerdos de la Asamblea general han sido quizá las que en España dieron lugar a las críticas más violentas. Pero el éxito de una Sociedad anónima depende de sus administradores y no de los accionistas; por ello el refuerzo de los poderes de la Administración frente a las caprichosas y cambiantes mayorías de accionistas ha sido uno de los postulados fundamentales de la reforma. El proyecto ha querido evitar las consecuencias perniciosas de permitir la injerencia de la Asamblea general en los asuntos de gestión que deben quedar reservados a los administradores.

Este esfuerzo de los poderes de los administradores exigía un aumento paralelo de su responsabilidad y de sus deberes, que se ha plasmado en varios artículos del Proyecto. Deliberadamente, la nueva ordenación se separa de la línea represiva que ofrece el derecho comparado, puesto que la realidad económica española, producto de un capitalismo poco desarrollado, no aconsejaba desalentar a los promotores y gestores de las Sociedades anónimas españolas.

En materia de acciones de impugnación de los acuerdos de la Asamblea general, también el Proyecto ha sido duramente atacado. El principio de la soberanía de esta Asamblea había llevado a muchos en España a suponer que sus acuerdos eran intangibles. Prácticamente, la necesidad de recurrir al juicio ordinario y la falta de normas especiales de derecho sustantivo, llevaban a una situación de desamparo que el Proyecto ha resuelto estableciendo un sistema completo de impugnación de los acuerdos de las Juntas generales.

Se ha querido, en suma, reformar la Sociedad anónima respetando su estructura clásica, convencidos de que la crisis no es *de* la Sociedad anónima, sino *en* la Sociedad anónima.

Evelio VERDERA

La protección del Patrimonio Mercantil en Italia, Francia y Bélgica

En los primeros días de mayo último se reunió en Verviers la «Association Internationale des Juristes d'Expression Française Henri Capitant», dedicando sus trabajos de esta ocasión al Reconocimiento y protección legal de la Propiedad comercial. La Delegación francesa estuvo constituida por el Decano Charpentier, que actuó como Presidente de las sesiones, el Magistrado Marc Ancel y los profesores Rouast, Amiaud, Savatier, Bastian, Houin, Jauffret y Théry. La suiza, por los profesores Garry y Simonius. La italiana, por Franceschalli, Grassetti y Rotondi, y la belga por el Consejero Fettweis y los profesores Graulich, Soudan, Frédéricq, Horion, Limpens y Renard, los abogados Collignon y Chevalier, el juez Warlomont y Ch. van Reepinghen.

Informaron en nombre de las respectivas delegaciones Bastian, Van Reepinghen y Rotondi. En términos generales, púsose de manifiesto que, mientras en Bélgica y Francia la protección del patrimonio mercantil es hace años una realidad legislativa, Suiza la elabora a través de normas civiles e Italia se mantiene en el período de construcción doctrinal.

El «rapport» francés reivindica para su país la primacía legislativa en la materia, que data de la Ley de 30 de junio de 1926. Según Bastian, el primer avance protector se registra en las normas arrendaticias de prórroga forzosa y traspaso del establecimiento sin necesidad de autorización del propietario de la finca. Poco a poco la propiedad inmueble cede ante la comercial, y las razones de esta transformación radican en la realidad económica, soporte de las legislaciones de circunstancias. A través de la prórroga forzosa establecida en favor del comerciante se reduce su ambición de amortizar rápidamente los gastos con elevaciones en los precios de los artículos que expende y le induce a mejorar sus instalaciones industriales en beneficio de la economía nacional. Estos motivos, «unidos a la potencia electoral que representa», han determinado en Francia el triunfo de la clase mercantil, frente a los principios de intangibilidad de la propiedad inmueble y de la libertad contractual de pactos. Sin embargo, como razones jurídicas del éxito, se alegan las normas, más morales que jurídicas, del abuso del derecho y del enriquecimiento injusto por el propietario. La conclusión, no muy calurosamente defendida por el informante, es el nacimiento de un nuevo derecho real sobre el local, con evidente conculcación de los principios tradicionales del contrato de arrendamiento.

En relación con la legislación belga, entiende Van Reepinghen que responde a la fórmula conciliadora de armonía de intereses propuesta por Dabin. La Ley de 30 de mayo de 1931 se limitó a dotar de estabilidad al arrendamiento de locales de negocio, y aunque la de 30 de abril de 1951 va mucho más allá, todavía no puede hablarse del derecho real, que se supone creado en favor del comerciante. En el plano jurídico, la locución «propiedad comercial» no ha sido siquiera definida por el legislador belga, que se ha limitado a registrar su aparición, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la labor de caracterizarla científicamente. Por su parte, Renault hace notar que la Ley de 1951 transforma en *universitas iuris* lo que, hasta esta fecha, era considerado por los tratadistas como simple *universitas facti*, si bien con la nota negativa de no reconocerle un pasivo propio.

Frente a las opiniones proteccionistas se alza la voz de Rotondi, que las encuentra opuestas al Derecho y a la equidad. Aunque casi limita sus observaciones al proyecto italiano de 2 de septiembre de 1950, afirma en términos generales que la llamada propiedad comercial es sólo un agregado de elementos objetivos y subjetivos que las normas jurídicas no pueden transformar en una entidad autónoma digna de una protección especial y distinta de la que a aquéllos corresponde. Por otra parte, la protección del patrimonio mercantil no parece al informante ni equitativa ni útil. En circunstancias normales, el factor principal es la situación del inmueble, no el crédito del comerciante, y en circunstancias de penuria de locales arrendables, la prórroga forzosa de la locación es contraria a la política legislativa de estímulo a la construcción.

Se une al criterio opositor Savatier, y se manifiestan proteccionistas Rogist y Jauffret.

De hecho, el interés de las reuniones reside en el intento de someter a discriminación científica una materia que parecía abandonada al empirismo del legislador. Tal vez sea especialmente digno de meditación el informe de Rondón, por cuanto tiene de prudente advertencia frente a las posturas que pretenden otorgar carta de naturaleza en el Derecho a simples situaciones transitorias impuestas por circunstancias económicas anormales.

Arturo GALLARDO RUEDA

Los trabajos de la Comisión de Reforma del Código civil francés

Debe recordarse que la Comisión de Reforma del Código civil fué creada por Decreto de 7 de junio de 1945, y se integra de tres profesores de Derecho, tres Consejeros de Estado, tres Magistrados (Presidente y un Consejero del Tribunal de Casación y otro del de Apelación de París), dos abogados y un ex Presidente del Consejo Superior del Notariado.

Los estudios y propuestas de la Comisión se publican anualmente en un volumen. Desde su creación ha dado a la imprenta cuatro de estos volúmenes.

En el artículo de Jousset se recogen con preferencia aquellas de entre las cuestiones tratadas que afectan más directamente al notariado, pero se alude panorámicamente también a las demás.

Fensando en las aplicaciones prácticas de una buena clasificación de los bienes, la Comisión define los corporales e incorporales, muebles e inmuebles, consumibles y fungibles, públicos y de propiedad privada, y fija los caracteres y efectos de la posesión.

El régimen de la propiedad inmobiliaria ha sido objeto de una información especial llevada a cabo por la Subcomisión de Bienes. Parece que acogerá reformas trascendentales en la materia.

La ausencia se estructura en dos periodos: presunción y declaración de ausencia. Respecto al primero, se tiende a una más amplia reglamentación de la administración de los bienes del desaparecido, de la que se encargarán uno o varios administradores judiciales. En cuanto al segundo, el proyecto dicta normas sobre declaración de fallecimiento, sus efectos y derechos eventuales del ausente. Asimismo se proponen reglas en favor de los no presentes, entendiéndose por tales aquellas personas cuya existencia consta, pero que se hallan alejadas e imposibilitadas de proveer al cuidado de sus propios asuntos.

El problema de la protección de la persona y la administración de los bienes de los menores se estudia en función de la situación familiar de éstos. Si se hallan bajo patria potestad, la intervención de los Tribunales queda grandemente reducida, bastando el concurso de ambos padres para la realización de toda clase de actos, incluso los más importantes de disposición. Si están sometidos a tutela, ésta se organizará sobre base exclusivamente familiar, rechazándose la llamada administrativa. El Consejo de familia sólo constará de cuatro miembros y a sus sesiones podrá ser llamado el pupilo mayor de dieciséis años. Las atribuciones del protutor se amplían. La enajenación de inmuebles sólo requerirá el acuerdo unánime del Consejo de familia y la no oposición del protutor.

Cuando se trate de hijos naturales, el Consejo familiar es sustituido por un Consejo de Tutela, designado judicialmente.

Reforma importante dentro del marco de las instituciones familiares es la incorporación a la reforma de la llamada legitimación adoptiva, recientemente creada.

Los efectos de la ruptura de esponsales serán agravados.

Las causas de divorcio y separación serán reducidas a aquellas que hagan realmente intolerable la vida en común. Entre las excluidas para el futuro figura la enajenación mental. Se rechaza el divorcio por mutuo acuerdo.

Carente el Código de 1804 de normas suficientes de Derecho Internacional Privado, la Comisión propone incorporar, entre otras, las relativas a la condición de los extranjeros (personas físicas y morales), el domicilio, la competencia de las autoridades francesas sobre actos perfeccionados en el extranjero y efectos en Francia de las sentencias dictadas por otros Tribunales nacionales. Anotemos que, en este último punto, se mantiene la competencia de las leyes y Tribunales franceses en las sucesiones de inmuebles y negocios comerciales, así como en las de muebles cuando el último domicilio del causante se hallase en territorio galo.

Arturo GALLARDO RUEDA

La Legislación de Divorcio en los Estados Unidos

Un reciente informe presentado por la American Bar Association a la Conferencia Nacional sobre Relaciones de Familia contiene tan graves acusaciones contra la vigente legislación sobre matrimonio y divorcio que, aun tratándose de cuestiones de escasa trascendencia positiva para los juristas españoles, juzgamos interesante resumirlo a título informativo.

En efecto, la primera de las Recomendaciones finales adoptadas no vacila en afirmar que «... las leyes actuales de divorcio están produciendo profundos males». Nuestras leyes en el campo de las relaciones de familia, continúa, en vez de constituir una defensa, son, en sí, una amenaza continua para la estabilidad del matrimonio en los Estados Unidos.

Para justificar tales conclusiones se parte de la idea de que la desmembración de la familia no es el resultado del divorcio, sino que el divorcio es el resultado de la desmembración de la familia. En sí, el aumento de las disoluciones vinculares no parece preocupar tanto a los juristas norteamericanos como el análisis y prevención de sus causas. «El matrimonio fracasa, dicen, debido al fracaso de los individuos que se casan». La sanción que teóricamente se impone al cónyuge culpable con el divorcio, es en realidad la ansiada liberación de una vida común insostenible. Más que una pena constituye un premio largamente deseado.

En la escala de circunstancias que determinan el fracaso matrimonial ocupa en el informe un primer puesto la falta de un propósito serio de crear una comunidad permanente de vida en los futuros cónyuges. La frase es difícilmente traducible e incluso difícilmente formulable en el idioma original, puesto que literalmente significaría «falta de inspiración matrimonial».

Para combatirla se proponen medidas tales como la de que el vínculo se contraiga en el lugar donde uno de los contrayentes tenga su residencia habitual. Las estadísticas dan a entender claramente que más del 35 por 100 de los divorcios se derivan de los llamados «matrimonios migratorios», contraídos sin aquella exigencia y, a lo más, previo el transcurso de un plazo de tres a cinco días, contados desde la solicitud de la licencia matrimonial. Esta consideración lleva a los informadores de la ABA a hacer suya la siguiente frase del reverendo Randolph Ray: «El remedio para los males del matrimonio no está en un divorcio fácil, sino en un matrimonio difícil».

Si para iniciarse en una carrera profesional, continúan diciendo, es preciso demostrar una adecuada preparación e idoneidad, mucho más graves deben ser las pruebas que hayan de sufrir quienes se inician en la carrera matrimonial «... tan importante, física, económica y moralmente para ellos mismos, para sus hijos y para la sociedad». Y, sin embargo, «... todo lo que se les exige es un análisis de sangre, que demuestre que no son sífilíticos; y esto ¡sólo en una parte de los Estados!».

En consecuencia, los juristas apelan a la Iglesia, al Hogar y a otros factores metajurídicos, como únicos aptos para proporcionar a los futuros esposos aquella «inspiración perpetua de que todo marche bien».

Y centrados ya en las medidas a adoptar sobre la legislación de divorcio, entiende la Confederación que procede desterrar el actual sistema en su conocimiento y fallo, sustituyendo a la jurisdicción ordinaria por Tribunales especializados, de función más preventiva que sancionadora, semejantes, en espíritu, a los de la Justicia infantil. Un Juez idóneo, asistido de personal facultativo y técnico podría, mejor que los actuales, investigar las causas de la discordia familiar y, aplicándole la terapéutica adecuada, evitar en gran número de casos el pronunciamiento de una resolución lesiva para los cónyuges, los hijos y la sociedad. Algo así como el «Servicio de Bienestar Marital», cuya creación propuso en 1947 a la Cámara inglesa de los Lores, el Lord High Chancellor's Committee on Procedure in Matrimonial Causes, y que no llegó a ser realidad.

Naturalmente se incluyen entre las causas del divorcio eliminables las dificultades económicas ocasionadas por el paro, etc., determinantes, al parecer, de gran número de ellos.

El informe que comentamos se extiende en el análisis de la grave trascendencia del divorcio—«la gran tragedia nacional», según su propia terminología—sobre la delincuencia infantil y otros extremos muy interesantes, pero que, rebasando el aspecto civil del problema, no es de nuestra competencia comentar.

Arturo GALLARDO RUEDA

La ley ecuatoriana de inquilinato

Dividida en diez capítulos—disposiciones preliminares, locales de arrendamiento, inscripción de los predios, contratos y sus efectos, precio o renta, extinción, procedimiento, normas generales, transitorias y finales—consta de veintiocho artículos y su ámbito de aplicación territorial se circunscribe a los

nucleos urbanos. Como derecho supletorio funciona el Código civil del país. Las rentas son fijadas por las Municipalidades. Como trámite previo éstas organizarán un Registro de Arrendamiento de predios urbanos en que constarán el nombre del arrendador o subarrendador y sus domicilios, cabida y superficie totales y de los locales destinados a alquiler, servicios, avalúo catastral del inmueble y otros datos. La totalidad del precio del arrendamiento no podrá exceder de 1 por 100 mensual del avalúo con que conste el inmueble en el Catastro municipal, más el valor del impuesto sobre la propiedad urbana. Cuando sólo se arriende parte del predio, la renta se fijará proporcionalmente. Sin embargo, la de los locales destinados a espectáculos se determinará por libre convención de las partes. No se prevén normas expresas para la revisión, pero de las enunciadas puede deducirse que aumentarán o se reducirán las rentas en función de las valoraciones catastrales oficiales.

En todos los contratos verbales de arrendamiento y en los escritos sin fijación de plazo se entiende que han sido celebrados por dos años, exceptuándose el alquiler de habitaciones en hoteles y pensiones, el de pisos o departamentos a quienes sólo circunstancialmente residen en un punto y el de locales destinados a exhibiciones de temporada.

Las causas de extinción del vínculo, aun antes del plazo legal o convencional, son la falta de pago de dos mensualidades, la ruina del edificio, los repetidos desórdenes promovidos por el inquilino o sus familiares, el subarriendo y la cesión sin autorización, la ejecución de obras no consentidas por el arrendador, la demolición autorizada por el Municipio para realizar nuevas edificaciones, la expropiación por causa de utilidad pública y la transmisión del inmueble a título oneroso.

El conocimiento de los litigios arrendaticios corresponde en primera instancia a los Comisarios de Inquilinato designados por los Municipios; en segunda, a los Jueces Provinciales, y en tercera, a la Corte Superior respectiva. Los indicados Comisarios podrán ordenar y realizar por cuenta del arrendador las obras y reparaciones necesarias para mantener el local en estado de habitabilidad. El arrendatario deberá contribuir a su importe según una escala gradual.

Todos los contratos escritos sin fijación de plazo o verbales, vigentes en el momento de la promulgación de la Ley, se entienden celebrados en la fecha de promulgación de la misma, debiendo, por tanto, considerarse pactados por tiempo mínimo de un año. La Ley es de 4 de septiembre de 1950.

Arturo GALLARDO RUEDA

11. DICTAMENES

Dictámenes sobre competencia de los Tribunales Suizos para conocer de demandas sobre nulidad y divorcio de súbditos españoles

«Se necesita un informe pro-veritate respecto de los siguientes extremos:

»1. Si las Autoridades españolas reconocen la jurisdicción de los Tribunales suizos para resolver sobre la anulación de un matrimonio de súbditos españoles, y, caso afirmativo, condiciones de que depende este reconocimiento.

»2. Si las Autoridades españolas reconocen la jurisdicción de los Tribunales suizos para resolver sobre divorcio no vincular («action en séparation de corps») que afecta a ciudadanos españoles, y caso afirmativo, condiciones de que depende este reconocimiento.

»3. Exposición del estado del Derecho español respecto a las condiciones de anulación de matrimonios, cuando se trata de uno contraído entre un israelita y una católica, especialmente en lo que concierne a la anulación fundada en vicio del consentimiento.

»4. Condiciones a las que está subordinado el divorcio no vincular («séparation de corps») en el Derecho español, tratándose de matrimonio entre israelita y católica.

»Sería preciso que el autor del informe no se limite a indicar las normas legales sobre todos esos puntos, que ya conocemos. Lo que fundamentalmente interesa es una exposición completa y profunda de la jurisprudencia en tales materias.»

Contestando a las cuestiones precedentes, se emite el siguiente dictamen:

1. El art. 63, núm. 1.º del Código procesal civil español (Ley de Enjuiciamiento civil) atribuye competencia territorial, como regla, aunque dirigida al interior del país, para conocer de las demandas sobre estado civil, al Juez del domicilio del demandado, sin que esta Ley ni otra alguna en vigor contenga preceptos acerca del particular, específicamente sobre nulidad ni separación del matrimonio de súbditos españoles residentes en el extranjero.

No conocemos jurisprudencia que aborde el problema de la competencia de los Tribunales extranjeros, directamente, y la que indirectamente pudiera suministrar un criterio se refiere a la separación (en español, divorcio), de lo que nos ocupamos en el núm. 2.

La doctrina científica parte de esta realidad legislativa: Si bien el artículo 42 del Código civil reconoce dos formas de matrimonio, el canónico y el civil, para que tenga validez este último se hace preciso, conforme a la Orden ministerial de 10 de marzo de 1941, que los contrayentes acrediten documental-mente que no son católicos, o, en caso de imposibilidad de acreditamiento documental, que declaren juradamente que no están bautizados, de tal suerte que si esos datos no son ciertos, el matrimonio civil *no sería válido*.

De aquí puede deducirse la competencia exclusiva de los Tribunales españoles para entender de las causas de nulidad, pues en otro caso, como sostiene Goldschmidt Alcázar (*Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Barcelona, 1949, pág. 219), se haría ilusoria la competencia exclusiva

para declarar cuáles españoles pueden hacer uso del matrimonio civil, sus requisitos y su celebración.

2. En lo que a la separación (o divorcio no vincular, único reconocido en el Derecho español) se refiere, la sola norma de competencia es la indicada en el número anterior.

La doctrina, a falta de una práctica jurisprudencial directa, duda acerca de la competencia exclusiva de la jurisprudencia española, pero teniendo en cuenta que estas causas plantean cuestiones complicadas de hecho, debería estimarse la competencia de los Tribunales del domicilio, y, por lo tanto, en este caso el suizo (cfr. Goldschmidt, ob. cit., pág. 125).

Estudiando la jurisprudencia indirecta del Tribunal Supremo de España, se observa el criterio de respetar el *forum domicilii* para estatuir sobre acciones de separación de matrimonio, tanto porque admite la competencia del Tribunal español para entender en causas matrimoniales, cuando uno de los cónyuges es español residente en España o ambos, extranjeros, tienen también su domicilio en España; como porque (según indicamos al tratar de los puntos 3. y 4) deja entrever la posibilidad de «placet» para ejecución (o eficacia del reconocimiento incidental) de sentencias dictadas en países extranjeros sobre matrimonios de españoles. Véanse a continuación dichas sentencias y las que se citan para los núms. 3 y 4.

Ad. 1 y 2).

a) La sentencia de 27 de enero d. 1933 apunta un criterio favorable a la competencia del Tribunal del domicilio (España) para conocer de demanda de divorcio (de una mujer casada con un italiano en España), e invoca, por vía d. argumento, el Convenio de La Haya, de 12 de junio de 1902 (no suscrito por España).

La sentencia de 9 de febrero de 1934 atribuye competencia al Tribunal español para conocer de demanda de divorcio de un español (con domicilio en España) casado con francesa (que reside en Francia).

La sentencia de 21 de febrero de 1935 declara competentes a los Tribunales españoles para el divorcio de ingleses en España.

La sentencia de 23 de febrero de 1944 sienta doctrina análoga a la de 9 de febrero de 1934.

b) En cuanto a las nulidades y separaciones conseguidas por españoles ante Tribunales extranjeros, se observa que la jurisprudencia no se opone, como principio, al reconocimiento en España de las sentencias extranjeras por motivos de competencia, sino siempre por *motivos de fondo*, de suerte que, por tal razón, indirecta, da una respuesta no contraria al punto 2.

Así, la sentencia de 7 de abril de 1915 (penal), que no reconoce y declara nula en España la disolución de un matrimonio canónico, a causa de estar decretada por un Tribunal civil (extranjero).

La de 12 de marzo de 1942 declara que no es válido el divorcio vincular obtenido en Francia por un súbdito español, a causa de ser el matrimonio indisoluble en España y estar sometido al estatuto personal.

No conocemos otra jurisprudencia.

3 y 4. Si se trata de matrimonio canónico, la competencia para conocer de las causas de nulidad y de separación se atribuye exclusivamente a los Tribunales eclesíásticos (art. 80. en relación con los arts. 75-77 del Código civil).

aunque los efectos civiles y las medidas precautorias han de ser declarados por los Tribunales del Estado (art. 67 y 81 del mismo Código). Las sentencias de los Tribunales eclesiásticos gozan en España de ejecutividad *ope legis* (artículo 83 del mismo).

A) Por tanto, en lo que se refiere a la nulidad y separación del matrimonio canónico en España, hay que estar a lo dispuesto en el Codex Iuris Canonici.

B) En cuanto al matrimonio civil, ante todo ha de expresarse que, con arreglo a los arts. 9 y 11, párr. 2.º del Código civil, aunque el marido no sea español (quizás ¿apátrida?) y únicamente tenga tal nacionalidad la mujer, ésta va acompañada de su estatuto personal, que se extendería no sólo a los requisitos de capacidad y con consentimiento para contraer matrimonio, sino también a los de forma.

a) Por consiguiente, en cuanto a los requisitos materiales y formales del matrimonio, tratándose de una súbdita española, es de obligatoria aplicación el derecho español, y si falta alguno, el matrimonio sería nulo. Se prescinde de la cita de las normas del Código civil sobre capacidad, consentimiento, prohibiciones, dispensas de impedimentos y forma prescrita para el matrimonio civil, salvo en cuanto al punto concreto que es objeto de pregunta.

El art. 101 del mismo declara nulo el matrimonio celebrado entre personas que no cumplan las exigencias de aquellas normas, y, en particular:

a') El contraído por error en la persona o por coacción o miedo grave que viole el consentimiento.

b') El que se celebre entre el raptor y la robada, mientras ésta se halle en su poder.

Pero la acción caduca si los cónyuges hubieran vivido juntos seis meses después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 102).

Para una orientación sobre esta causa de nulidad por vicio del consentimiento no puede aducirse dirección alguna jurisprudencial, siendo recomendable tener en cuenta la jurisprudencia canónica, ya que, fundamentalmente, el Derecho español matrimonial es el mismo canónico y la jurisprudencia no seguiría otros derroteros.

b) Acerca de la separación, divorcio, según el Derecho español (que sólo produce la «suspensión de la vida común de los cónyuges»), el Código civil reconoce las siguientes causas:

a') Adulterio de la mujer y amancebamiento del marido.

b') Malos tratamientos de obra e injurias graves.

c') Violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

d') Propuesta del marido para prostituir a su mujer.

e') Intento del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a las hijas y la complicidad en cualquiera de ambas cosas.

f') La condena del cónyuge a reclusión perpetua.

El divorcio sólo puede pedirlo el cónyuge que se crea inocente (arts. 105 y 106 del Código civil).

Se deduce de todo lo expuesto que sólo existen motivos de nulidad y causas de separación (divorcio), de carácter general, sin matiz alguno acerca del caso especial de un marido israelita y una mujer católica.

Tan sólo sería de tener en cuenta lo aducido antes sub 1, sobre todo si el matrimonio de ambos se celebró con posterioridad a la Orden de 10 de marzo de 1941 y se incumplió el requisito que establece. Siendo anterior, bastaba entonces la manifestación del contrayente de matrimonio civil, de no profesar la religión católica, y, por lo tanto, sería difícil atacar hoy la validez, aunque no imposible, dada la rigidez que actualmente se observa en España acerca de este punto.

Ad. 3 y 4).

Los casos resueltos por la jurisprudencia tienen la siguiente orientación:

Hay un favor hacia el matrimonio canónico: la Resolución de la Dirección General de los Registros (Ministerio de Justicia) de 4 de junio de 1915 declara eficaz el matrimonio canónico celebrado en el extranjero por españoles, aunque se incumpliera el requisito formal de la presencia del Cónsul español en el acto de contraerlo.

La sentencia de 10 de julio de 1916 declara nulo el matrimonio civil contraído en el extranjero de un ordenado «in sacris» (impedimento dirimente, según arts. 83 y 84, en rel. con arts. 9 y 11 del Código civil).

La sentencia de 1.º de mayo de 1919 declara nulo el matrimonio celebrado en el extranjero por españoles menores de edad que no solicitaron el consentimiento paterno (según el art. 45, 1.º, en rel. con 101, 4.º, y 100 del mismo Código), puesto que se trata de uno de los requisitos aludidos antes, sub B), a).

La sentencia de 26 de abril de 1929, en contra de lo que declaró la Resolución antes citada de 4 de junio de 1915, y, sin duda por tratarse de matrimonio civil, declaró nulo el de esta clase contraído por españoles en La Habana sin la presencia del Cónsul español.

La sentencia de 12 de mayo de 1944 no reconoce el matrimonio de un español con una inglesa que, según la ley española, estaba ligada por otro vínculo anterior (de carácter civil).

* * *

Obsérvese que todas estas sentencias del Tribunal Supremo de España no se refieren a reconocimiento de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, sino a cuestiones de nulidad y separación seguidas ante Tribunales españoles.

Por ello, para lo que se refiere al reconocimiento de la que pudiera dictar un Tribunal suizo, problema éste sobre el que no se pregunta, pero que va implícito en los puntos 1 y 2 del cuestionario remitido, téngase en cuenta la doctrina jurisprudencial que se deduce de las sentencias citadas antes, ad 1 y a.

Pero agregaremos la declaración indirecta de la dictada en 28 de noviembre de 1935 por el mismo Tribunal Supremo. Un cubano, cuyo matrimonio civil se celebró en La Habana, donde posteriormente obtuvo el divorcio vincular, fué demandado en España por su mujer, y él alegó la cosa juzgada, estableciendo el T. S. que la excepción no era admisible por no haberse homologado en España la sentencia cubana, conforme al artículo 955 de la ley Procesal española.

En general, el reconocimiento de sentencias extranjeras en España se halla subordinado, ante todo, a las disposiciones de los Tratados que existan (art. 951 de dicha Ley).

Y sabido es que Suiza tiene con España el Tratado de 6 de julio de 1898 (cfr. art. 1.º).

Y esto es lo que, interpretando el sentido y finalidad del cuestionario remitido, tengo el honor de informar, a reserva de las aclaraciones o complementos que pudiera estimar necesarios el solicitante, con suministro de datos más concretos.

Dictamen emitido por el PROF. L. PRIETO CASTRO,

Abogado ejerciente.

III. SENTENCIAS EXTRANJERAS

Tres interesantes sentencias italianas.— Identidad personal y número telefónico

Una interesante sentencia del Tribunal de Turín de 5 de septiembre de 1950 (vid. Foro Italiano, 1951, I, c. 98 y sigs.) ha establecido la doctrina de que el número telefónico, aun cuando no entra entre los objetos de los derechos de la personalidad, tutelados por los arts. 6 y 9 del C. c., puede considerarse como un atributo personal temporal de una determinada persona, o cuando menos del domicilio o de la actividad de ésta, y que, por tanto, el uso ilícito por parte de los terceros constituye motivo de responsabilidad civil.

De los considerandos de la sentencia que recogemos se deduce que los hechos que dieron lugar a la doctrina antes resumida giran en torno a la publicación en once números de diarios editados o difundidos en Turín, de un anuncio, por obra y a cuenta de la Compañía italiana del Frizz-Soda, en el que se decía literalmente: «71208 può essere il tuo telefono, ma il Frizz-Soda è certo la tua bibita». El número, señalado al azar, resultó corresponder a un profesional de Turín, que fué molestado constantemente por espacio de un mes y medio, por llamadas telefónicas inoportunas de quienes creyeron de buena fe que aquel número de teléfono correspondía al representante de la bebida anunciada. Aparte de las consiguientes molestias, el demandante vió disminuído su prestigio profesional por la convicción creada en muchos de que se hubiera dedicado a tal actividad, y en base a ello, formuló demanda de resarcimiento de daños, que fué acogida por el Tribunal de Turín.

En la sentencia se examina especialmente si en el supuesto en cuestión se dan o no aquellos elementos que permiten fundamentar la interposición de una acción de resarcimiento de daños, esto es, de un interés lesionado (el llamado objeto del daño), la antijuridicidad de la acción de quienes han cometido el hecho, la culpa en el sujeto pasivo de los efectos jurídicos del daño, y, en fin, la entidad del daño producido por el hecho considerado.

Objeto de la tutela jurídica es siempre un «quid» comprendido en la esfera de los intereses humanos, lo que concuerda con el antiguo dicho «hominum causa omne ius constitutum est».

Ahora bien: en base a este principio el número telefónico ¿puede clasificarse entre los intereses humanos que son objeto de tutela jurídica?

Ha entendido el Tribunal de Turín que el número telefónico no constituye, a diferencia del nombre, un derecho de la personalidad. Tales son solamente, bajo el régimen jurídico italiano vigente, el nombre, el seudónimo y la imagen

(artículos 6 a 10 del C. c.). Tampoco el número telefónico puede ser asimilado a un derecho de la personalidad porque mientras el nombre propio, habida cuenta de su función esencial de identificación de la persona pertenece a ésta y no es susceptible de «cambios, añadidos o rectificaciones, sino en los casos y con las formalidades indicadas en la ley» (art. 6), el número telefónico, por el contrario puede ser cambiado por la sociedad concesionaria cuando exigencias técnicas lo aconsejen (art. 6 decreto min. 11 nov. 1930); por otra parte, mientras el nombre en cuanto efectivamente corresponde al «status» de la persona, se refleja obligatoria y públicamente en el registro del estado civil, sujeto a la vigilancia del Procurador de la República (art. 12 ord. estado civil) y es objeto de sanciones en caso de infracción (art. 196 *ibídem*), el número telefónico tiene como única forma oficial de publicidad (eventual, porque es facultativo del usuario el no ser incluido en el listín) el listín de abonados, con respecto al que la ley establece expresamente que «la sociedad no asume ninguna responsabilidad en caso de omisión o de error de los números en la publicación antes indicada» (art. 25 decreto cit.).

Pero el mismo Tribunal ha sentado a continuación la interesante doctrina apuntada al principio de esta nota, estimando además ser ilícita la propaganda hecha por la Compañía italiana del Frizz-Soda. El hecho cometido por tal Empresa es antijurídico, dice, en cuanto ha lesionado una ajena esfera de intereses, concurriendo el elemento de la culpa, por la negligencia de no haber escogido un número imaginario (de 7 u 8 cifras) o un número no asignado a ningún abonado en el momento de publicar el anuncio.

La doctrina se ha mostrado favorable a la sentencia que anotamos. Así, De Cupis, A. *Identità personale, nome, numero telefonico*, en *Foro Italiano*, 1951, I, c. 99-101, afirma que para distinguir la persona sirve, no sólo la expresión literal, sino también la expresión numérica, cosa que sucede en el caso del número telefónico y en todos aquellos supuestos en que la persona, por exigencias diversas, es individualizada a través de un número de matrícula (empleados de tranvías, reclusos, etc.). El número telefónico y el número de matrícula son un signo distintivo, a través del cual una persona es individualizada. Un número telefónico, que se sabe corresponde a una determinada persona, evoca en la mente de los terceros aquella misma persona en vez de otras.

Admite De Cupis que como signo distintivo tiene una importancia muy secundaria frente al nombre personal, pero añade que, bajo el perfil de la común función identificadora, se plantea el problema de si puede admitirse respecto al número telefónico una tutela jurídica análoga a la concerniente al nombre.

La vida de los jugadores y el patrimonio de los Clubs de fútbol

Los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal de Turín de 15 de septiembre de 1950 (vid. *Giurisprudenza Italiana*, 1951, I, 2 c. 17 y sigs.) se refieren al accidente de aviación que afectó a los dieciocho jugadores, dirigentes y técnicos del Torino, el 4 de mayo de 1949.

La grave cuestión que debe resolverse es la de si el Torino tenía derecho al resarcimiento por parte de la sociedad A. L. I. Flotte Riunite del innegable

daño sufrido por la destrucción, como dice la defensa de la parte actora, de todo o de casi todo su patrimonio.

La parte actora se apoya fundamentalmente en sus pretensiones sobre la existencia de un verdadero y propio derecho que había sido violado, del derecho «ex contractu» que el Torino tenía frente a sus propios jugadores, invocando la tesis clásica, que pone como presupuesto de la acción separatoria la existencia, frente a la persona muerta, de un derecho dependiente de su vida y afirmando que la muerte de los jugadores y de los técnicos, por culpa de los pilotos de la A. L. I., constituye una violación de tal derecho.

Pero, realmente, el problema que debe examinarse es el de si la muerte (en la hipótesis culposa) de los jugadores del Torino constituye una violación del derecho que el Torino tenía frente a ellos y legitima al club a pedir el resarcimiento del daño sufrido.

Para el Tribunal de Turín, el contrato que unía al club con los jugadores y los técnicos, era un contrato de prestación de obra análogo al que une al empresario teatral o, en general, de espectáculo público y los artistas, entrando en la más vasta categoría de las relaciones contractuales que implican por parte del prestador de obra el ejercicio continuado y voluntario de una determinada actividad personal.

La vida de los jugadores y su integridad personal no había sido aducida en el contrato, siendo tan sólo un presupuesto físico del ejercicio de aquella particular actividad deportiva que la sociedad señalaba y que constituía la única «res» puesta voluntariamente a disposición de la asociación.

La parte actora basa sus pretensiones en la existencia de un derecho dependiente de la vida ajena, pero para el Tribunal la vida de los jugadores no es un elemento o presupuesto jurídico de la relación contractual entre la asociación y los jugadores, es solamente un presupuesto físico no deducible en contrato. El Torino no tenía ningún derecho a la vida o a la integridad física de los jugadores, aunque, por la particular naturaleza de la relación poseía un derecho de asiduo control en su modo de vivir y en su salud. El derecho del Torino dependía de la voluntad, no de la vida de los jugadores. El daño sufrido era, pues, consecuencia mediata e indirecta de la tragedia de Superga, y, en base al art. 1.223 C. c., no constituía un daño resarcible.

La defensa de la parte actora ha alegado que estos jugadores constituían todo o casi todo el «patrimonio» del club, aludiendo al «mercado futbolístico» en que se cotizan, se «adquieren» y se ceden los jugadores al mejor oferente, y hablando de una «relación de pertenencia» que caracterizaría el específico vínculo entre asociación y jugadores, y que sería distinto del otro paralelo de prestación de obra.

Pero al Colegio no le han convencido estas sutiles argumentaciones y distinciones. Si es verdad, dice, el considerable, altísimo valor patrimonial (además de deportivo), de las prestaciones de un Maroso o de un Mazzola y de todos sus compañeros que constituían la preciosa y casi exclusiva riqueza del club; si es notorio que, para asegurarse la disponibilidad exclusiva de la obra de estos jugadores, los clubs de fútbol que disponen de mayores recursos financieros concluyen cada año con las demás sociedades y con los jugadores negociaciones laboriosísimas a base de millones y de muchas decenas de millones: si es también cierto que el jugador, una vez contratado, se obliga a proporcio-

nar al equipo de que forma parte toda su energía física y nerviosa y se sujeta (o debería sujetarse) a la más rigurosa disciplina de vida, limitadora de los más elementales actos de la vida diaria, no por esto el jugador se convierte en una «res» del club, ni jurídicamente su posición es diversa de la de otro prestador de obra. Las particulares imposiciones y restricciones que caracterizan estas relaciones dependen exclusivamente de las exigencias especiales de las prestaciones realizadas. Los jugadores frente al club no son sino prestadores de obra, profesionales, esto es, hombres libres que por una cierta merced y por un cierto tiempo se obligan a desarrollar una determinada actividad. Su muerte, por culpa de un tercero, no constituye, por tanto, una directa violación de la esfera jurídica del que ha obtenido su actividad. Ningún bien de la actora ha sido lesionado por la demandada, ya que solamente los jugadores y no los pilotos de la A. L. I. podían violar los derechos patrimoniales del Torino, porque ningún vínculo, fuera de aquél, de prestación de obra lo ligaba, toda vez que la pretendida colateral relación de «pertenencia» no tiene la consistencia de un derecho real, válido «erga omnes», y en aquél se confunde y agota.

La doctrina sentada por el Tribunal de Turín es, pues, clara y terminante: un club de fútbol no tiene ningún derecho a la vida o a la integridad física de los jugadores y, por lo tanto, la culpable muerte de éstos por obra de terceros no constituye para el club un daño resarcible.

El Prof. Walter Bigiavi, refiriéndose a la sentencia apuntada, de la que no hay antecedentes específicos, hace resaltar cómo el jugador de fútbol no se encuentra, sin embargo, respecto del club de que depende, en la misma situación de un trabajador subordinado frente al dador de trabajo, que puede despedirse y emplearse con otro dador. En materia futbolística, dice Bigiavi, el jugador no puede irse del club y contratar con otro si no es incluido en una «lista de transmisión», cosa que no se hace sino mediante el pago de una suma por parte de la asociación adquirente. El fenómeno, realmente interesante, fué apuntado ya por el mismo autor en su brillante conferencia sobre «Metamorfosi del Diritto», pronunciada el 10 de febrero pasado en el aula de la Academia delle Scienze, de Bolonia, refiriéndose a su afinidad con la cesión de las licencias de comercio y más aún con el «droit de presentation à un office ministeriel». Con anterioridad el mismo W. B., en nota a App. Bologna, 12 nov. 1947, en «Giurisprudenza Italiana», 1947, I, 2, c. 288, ponía también de relieve esta afinidad, con abundantes citas sobre la materia.

Apenas redactada la presente nota se ha dado a la publicidad un interesante dictamen del Prof. Redenti, a petición del A. C. Torino (Vid. «Giurisprudenza Italiana», aprile 1951, IV, cols. 49, y sigs.), en el que, aun reconociendo que la sentencia del Tribunal de Turín es merecedora de atención y reflexión, considera la cuestión no definitivamente concluida.

El Prof. Redenti, después de analizar el régimen legal de la responsabilidad por hecho ilícito, se refiere a la naturaleza de las relaciones entre los jugadores de fútbol y el club al cual pertenecen. Para el autor, todas las víctimas de Superga estaban ligadas por un contrato de trabajo profesional al club, como empresario (siempre en sentido amplio) de la organización, y debían defender en los campos de fútbol los colores del Torino. El contrato con cada uno de los jugadores tenía para el club un valor económico que no es materialmente posible negar o desconocer. Bastará recordar—dice—que los juga-

dores son profesionales que vinculan su actividad en favor del club de una manera absorbente, ya que se obligan a alinearse metódicamente, de modo constante, y a llevar un plan de vida propicio a aquel ejercicio de actividad, o seguir las instrucciones que se les den y a trasladarse de una localidad a otra siempre que sea necesario. Conceden al club al cual pertenecen una rigurosa «exclusividad» de sus prestaciones, que por asegurarse su obra y aquella especie de sujeción *omnis vitae*, paga elevadas sumas para el «fichaje», importantes sueldos mensuales y otros premios y compensaciones en el curso de la relación contractual. Todo esto quiere decir que para el club el tener los jugadores a su servicio tiene un coste y exige el empleo de capitales que se calculan en decenas y decenas de millones. Por otro lado, el haberlos contratado constituye gran parte del activo económico de su empresa, lo mejor de su patrimonio.

Aplicando las buenas normas técnicas ordinarias de contabilidad que tienen su reflejo en el Código, el club debería anotar en su balance, en el activo, los premios de enganche (costes iniciales) y en el pasivo el fondo de amortización. En la cuenta de gastos el club deberá incluir los sueldos, compensaciones, indemnizaciones, etc. percibidos por los jugadores, y entre los ingresos, las entradas pagadas por los espectadores. Esto sin contar con las fuertes sumas que el club puede cobrar por renunciar a un jugador y permitir su fichaje a otro: la llamada vulgarmente «cesión de un jugador».

Quedaría aún el problema de la no sustituibilidad de los jugadores que, como es sabido, no son fungibles en sentido técnico entre sí. En el caso concreto no se trata de muerte de éste o de aquel jugador, sino de total destrucción de una *universitas* organizada, respecto a la que la sustitución no es ni siquiera concebible. Y, con la desaparición del equipo, prácticamente todo o casi todo el patrimonio efectivo del club ha sido perdido *uno ictu*.

No se objete que cada una de las víctimas había pagado individualmente su propio billete, dando origen a otros tantos contratos de transporte. Esto podía quizá tener relevancia en lo que concierne a la responsabilidad contractual del transportista frente a cada una de las víctimas, pero no en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual frente al club. El equipo viajaba organizado como tal por exigencias de servicio, por cuenta del club y en observancia de instrucciones que se les habían dado en aquel sentido.

El transportista no puede alegar ignorancia, que además sería jurídicamente irrelevante, ya que la responsabilidad extracontractual se funda por definición en una relación causal puramente objetiva.

Por todo ello, el Prof. Redenti considera que la Sociedad A. L. I. responde por culpa extracontractual a la Associazione Calcio Torino de los daños derivados de la destrucción de su equipo.

Ateísmo y asignación de la prole de los cónyuges separados

Pocas sentencias habían coneguido una difusión tan considerable entre los estudiosos del Derecho y aun fuera de nuestro campo, como la ya famosa y ardientemente discutida sentencia del Tribunal de Ferrara de 31 de agosto de 1948, publicada en su parte esencial en «Giurisprudenza Italiana», 1948, I, 2, c. 592; 1949, I, 2, c. 13 e integralmente en «Tem», 1949, p. 450, sigs.

En esta sentencia, que vino a decidir una causa de separación personal de cónyuges, se asignaban los hijos a la madre y no al padre por diversas razones y porque, además, mientras la madre era religiosísima el padre era, en cambio, un «ateo perfecto».

La sentencia fué duramente criticada por W. B. en «Giurisprudenza Italiana», 1948, I, 2, c. 592-4, en una primera nota en que se estimaba que tal motivación final violaba normas básicas del ordenamiento jurídico positivo italiano, tales como el art. 3 de la Constitución, según el que «todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones personales y sociales», calificando aquella parte de la sentencia de «medieval» y «monstruosa».

Pronto se generalizó la polémica sobre la base de la motivación de la sentencia de Ferrara, dando lugar a los más dispares comentarios. Intervinieron, entre otros muchos, Satta («Foro italiano», 1949, IV, 53), Allorio («Giurisprudenza Italiana», 1949, I, 2, 11; íd. IV, 33), nuevamente Bigiavi (íd. 1949, I, 2, 2); Stolfi («Foro it.», 1949, IV, 49). Carnelutti (íd. íd., 56), Lener (íd. íd., 61), Orestano (íd. íd., 70), Jemolo («Foro it.», 1939, II, 49), Nappi («Mon. trib.», 1949, 49), Barbareschi («Giur. it.», 1949, IV, 49), Barile («Foro Pad.», 1949, IV, 168), Candian («Saggi di diritto», III, Milán, 1949, 261), Jemolo («Annali del Sem. giur. dell'Univ. di Catania», III, 1948, 49), etc., etc.

Recientísimamente Bigiavi acaba de publicar un volumen de 179 páginas sobre la materia debatida, bajo el título *Ateísmo e affidamento della prole*, Padova, 1951, con una carta-introducción de Piero Calamandrei.

En este volumen, que Calamandrei califica de «originalissimo capriccio polemico», campean ampliamente la elegancia de estilo, la sólida y amplia formación y la enérgica combatividad polémica que distinguen a su autor.

Apelada la sentencia de Ferrara ante la Corte de Bolonia, ésta, por decisión de 13 de abril de 1950, reformaba plenamente, en el punto debatido, la doctrina sentada por aquélla

EVELIO VERDERA

IV. NOTAS CRITICAS

Discusiones doctrinales en torno a una nueva ley italiana sobre nacionalidad

JOSE ENRIQUE GREÑO-VELASCO

I. El fin de la segunda guerra mundial, las profundas mutaciones territoriales que ha provocado, las cláusulas de los tratados de paz, concernientes a la condición jurídica de los individuos en relación a la transferencia de los territorios, han puesto en primer plano los problemas jurídicos de la nacionalidad (1).

Con la segunda guerra mundial concluye un ciclo político singular, que de modo especial hace referencia a la materia de la ciudadanía, especialmente en el espacio europeo: varios Estados contruidos sobre bases ideales y prácticas de neta entonación nacionalista, han actuado una legislación sobre la nacionalidad referida no tanto a tutelar al máximo grado las personas a ellos pertenecientes, cuanto a crear una condición desfavorable a los extranjeros, e incluso a los ciudadanos que intentasen asumir una ciudadanía diversa. Estos mismos métodos han sido reunidos para facilitar la expansión de la ciudadanía nacional también respecto a los súbditos coloniales, viniendo de esta manera a determinar una asimilación jurídica aunque subsistiendo respecto a estos últimos unos claros presupuestos para una diferenciación ulterior.

Varios Estados europeos han renovado recientemente sus leyes sobre la nacionalidad o piensan renovarlas (2). Y como siempre acontece en estos fenómenos, ordinariamente la reacción va mucho más lejos de lo que jurídicamente puede ser exigible. Se nota una violentísima crítica a todas las disposiciones de sistemas jurídicos basados en presupuestos políticos totalmente distintos a los actualmente vigentes en muchos países. Existe—ciertamente—una estrecha alianza entre las nuevas leyes sobre ciudadanía y la renovada impostación democrática de la vida de los pueblos, la cual se centra principalmente en la cir-

(1) Es bien significativo que el primer número de la «Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht»—la revista fundada por RABUS—anuncie estos artículos sobre nacionalidad y condición de los extranjeros: MACAROW, *Das französische Staatsangehörigkeitsgesetz von 1945*; LÖHMING, *Das britische Staatsangehörigkeitsgesetz von 1948*; PANGENSTACHEN, *Zur Geschäftsfähigkeit der Ausländer in Deutschland*.

(2) Bastará recordar la historia de la legislación francesa. Vid. los dos volúmenes sobre *Code de la nationalité française*, con los documentos anexos publicados por el Ministerio de Justicia (Metum, 1946). Cfr. AYMOND, *La nationalité française*, París, 1947.

«constancia de crear para el individuo la posibilidad de una esfera de actividad libremente elegida por una expresa declaración de voluntad.

Dentro de esta corriente, recientemente la doctrina italiana ha tenido ocasión de discutir la conveniencia de una reforma a la ley italiana de nacionalidad de 1912, con ocasión de un artículo de Bolaffi. Este artículo despertó en la dirección de la «*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*» el deseo de invitar a los especialistas de la materia a dar a conocer públicamente sus opiniones sobre la propuesta de Bolaffi, y ampliar con esta llamada el campo de observaciones doctrinales en torno a la conveniencia de la reforma. Sus escritos han sido recogidos en el volumen III (septiembre 1950), págs. 577 a 675. Estos escritos aparecen diversamente orientados. Algunos son de plena adhesión a la tesis de Bolaffi que supera la ley en vigor y ve la urgente necesidad de sustitución (3); otros, empero, son más moderados y se limitan a recomendar enmiendas, retoques o adiciones, manteniendo, al menos por ahora, el *statu quo* (4); otros, en fin, se ocupan de problemas laterales no menos interesantes (5).

La idea de agrupar estudios acordes, parece ciertamente interesante para suscitarla periódicamente, frente a cuestiones de actualidad jurídica trascendente. Un hacer «teoría útil» estudiando temas concretos con la publicación de artículos en bloque, unidos en una misma problemática (6). La experiencia parece ha de resultar beneficiosa para que nuevamente sea aplicada a cuestiones candentes de la actualidad jurídica nacional.

II. *La posición de Bolaffi.* El «artículo-base» a toda la polémica, parte sustancialmente del que Bolaffi publica en este mismo número de la «*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*», en las páginas 579 a 593, *Per l'elaborazione di una nuova legge*. Parece por ello conveniente el esquematizar su posición en estas cuestiones fundamentales.

Parte Bolaffi de la crítica a la vigente ley italiana de nacionalidad de 13 de junio de 1912, número 555, que continúa en vigor «después de la entrada del nuevo Código civil italiano». La Ley de 1912—sostiene Bolaffi—está aviejada, superada, minada en sus presupuestos y modificada la situación de hecho y los sistemas en vigor sobre nacionalidad en otros países. Las modificaciones por otra parte han sido pocas, y de ellas no todas están en vigor. Los presupuestos sociales han sido también modificados.

El fenómeno de la emigración, tan importante en todos los tiempos para Italia, sufre después de la guerra una modificación sensible. Los emigrantes en la actualidad pertenecen a lo que socialmente constituye la burguesía. Emi-

(3) En este sentido los trabajos de UDINA, *Problemi aperti da segnalare al legislatore* (páginas 593-602); CANSACCHI, *Proposte concrete per una nuova legge* (págs. 602-616); GLIANINI, *Orientamenti per la riforma*.

(4) Cfr. BASSANO, *Osservazioni sulla proposta di una nuova legge* (págs. 622-631); DE NOVA, *Ritachi alla legge vigente* (págs. 631-636); QUADRI, *Contro una riforma prematura e per un'inchiesta* (págs. 636-639).

(5) Así en MONACO, *Doppia cittadinanza e tutela della cittadinanza* (págs. 639-652); ZICCARDI, *Osservazioni sulla funzione degli «status» familiari* (págs. 652-668); VALLARI, *Italiani dell'Esgeo e sudditi coloniali* (págs. 668-675).

(6) Así lo practica la «*Revista de Administración Pública*». Vid. núm. 3, septiembrediciembre 1950, sobre el tema de la socialización. La sugerencia parece interesante, para referirla a problemas actuales de ámbito tal como el de arrendamientos. En este sentido se realiza en el ADC. II-4, sobre la Sociedad anónima.

grantes con movilidad mucho más acentuada que el tipo anterior perteneciente comúnmente a la clase trabajadora y que no sufre típicamente a lo largo de su vida más que una doble mutación de nacionalidad. De ello estriba también la dificultad de aplicación de las normas sobre adquisición de la nacionalidad. Por otra parte se ha de tener en cuenta que en los nuevos tratados suscritos por Italia la nacionalidad adquiere unas consecuencias económicas considerables, y es por ello que ha de tenerse en cuenta este interés fundamental para no aplicar automáticamente por la permanencia de dos años en territorio italiano la nacionalidad italiana a los residentes.

En resumen, la crítica dogmática que realiza al tecnicismo de la Ley italiana de 1912 se estructura fundamentalmente en estas posiciones:

a) Bolaffi es contrario al automatismo en la adquisición y readquisición de la nacionalidad, y no ve de buena manera la extensión imperativa de la ciudadanía italiana a la mujer que se casa con un italiano.

b) Bolaffi se proclama contrario a lo que denomina principio de «publicitación» de las normas sobre nacionalidad y al punto de vista de la exclusividad estatal.

c) En tercer lugar, y frente al fenómeno de la doble ciudadanía, Bolaffi afirma la necesidad de reglamentar jurídicamente este hecho, adoptando las leyes y medidas necesarias para no dar con «un vacío de ley».

Como principios de la nueva ley, Bolaffi sostiene la conveniencia de estudiar toda la reforma bajo estos dos fundamentales:

1.º Tutela de los emigrantes, de nuevo signo, producidos después de la guerra.

2.º Voluntad de elección en todos los casos de readquisición de la nacionalidad.

Este principio tiene como contrapartida estos otros dos fundamentales: En primer lugar, la necesidad de una expresa declaración de voluntad en todos los casos de adquisición o de readquisición de la nacionalidad italiana. En segundo lugar, la no extensión a la mujer casada de la nacionalidad de su marido. La doctrina italiana ha contestado a estas posiciones fundamentales de Bolaffi del modo en que articuladamente exponemos a continuación.

III. *Polémica doctrinal.*—Una sistemática de exposición parece llevarnos a admitir en los artículos que se agrupan en el volumen que comentamos de la «*Rivista Trimestrale...*» estas dos cuestiones más destacadas:

1) Los problemas generales de la reforma.

2) Los problemas particulares de la misma.

1) *Los problemas generales de la reforma.*—Responden a esta cuestión los artículos de Udina, Casanchi, Giannini, Basanno, De Nova y Quadri. En este grupo se entablan dos criterios dispares. Udina, Casanchi, Giannini y Basanno justifican la reforma de la legislación vigente; De Nova y Quadri estiman conveniente tan sólo retoques o modificaciones a ésta. Muy sumariamente las posiciones de los diversos autores se justifican en estas apreciaciones particulares. Udina, por ejemplo (*Problemi aperti da segnalare al legislatore*, páginas 593 a 602), estima conveniente como principios generales para tener en cuenta en la reforma la conformidad del Derecho italiano con los principios inspiradores del Derecho Internacional; el máximo respeto a las libertades individuales, eliminando las formas de automatismo de la ley vigente; el aban-

dono de los principios de reforma de la Ley de 1930, basada en el principio de expansión de la nacionalidad italiana; la no pérdida de la nacionalidad por principios políticos, y la disciplina de la doble ciudadanía en todo caso. Sustancialmente, pues, estima que la reforma que considera necesaria ha de fundamentarse en este triple orden de factores:

- 1.º Principios generales del Derecho Internacional.
- 2.º Principio de autonomía del Estado dentro de estos límites.
- 3.º Mantener la vigencia de los acuerdos internacionales.

En segunda posición, Casanchi (*Proposte concrete per una nuova legge*, páginas 602 a 616). Habla primero de los defectos en la vigente Ley de ciudadanía, que simplifica reduciéndolos a estos fundamentales: atenderse exclusivamente al punto de vista italiano; defender el automatismo de adquisición; amparar la pérdida de la nacionalidad de la mujer por matrimonio; e irrelevancia jurídica de la doble nacionalidad.

Las reformas a imponer a la Ley vigente habrían de articularse partiendo de estos supuestos:

- 1.º Mantener el principio consagrado en los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 13 de junio de 1912, inspirada en el criterio del *jus sanguinis*, haciendo prevalecer, no obstante, la ciudadanía del estado de residencia y respetando la voluntad del interesado, el cual podría siempre conservar su ciudadanía de origen, siempre basando esta conservación en un acto consciente y previa una valoración de sus intereses.

2. En la adquisición y recuperación automáticas de la ciudadanía italiana, condicionar la adquisición de la nacionalidad por este medio a una declaración explícita, modificando la redacción de los artículos 3.º y 9.º de la Ley actualmente en vigor.

- 3.º Respecto a la naturalización, Casanchi propone dejar las cosas tal como están.

- 4.º En cuanto a la adquisición y pérdida por la mujer de su nacionalidad, se defiende la conservación por la mujer de su nacionalidad de origen.

- 5.º En materia de doble nacionalidad, para la aplicación de los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26, se propone, en caso de varias nacionalidades, una elección entre todas ellas. Por otra parte, se defiende también la pérdida de la ciudadanía por indignidad, y en cuanto a la ciudadanía de las personas jurídicas, se mantiene el criterio de amparar, en cuanto a las públicas, su nacionalidad en el reconocimiento del Estado y frente a las personas privadas cuando concorra uno de los siguientes elementos: constitución en Italia, sede italiana de administración o desarrollo prevalente de su actividad en territorio italiano.

Hugo Basaun, *Osservazioni sulla proposta di una nuova legge*, págs. 622 a 630, sostiene en sustancia que la nueva realidad política impone una alteración de política legislativa respecto a la nacionalidad, pero que puede superarse en todo caso—como medio técnico—con una adecuada actividad convencional internacional sin retoques a la vigente ley sobre nacionalidad.

De Nova, profesor ordinario de la Universidad de Pavia, encabeza la posición doctrinal que estima necesarias tan sólo retoques a la ley vigente. Su artículo que titula de esta manera *Ritocchi alla legge vigente*, págs. 631 a 635, reafirma la posición de que en el estado actual de las cosas no parece prudente el re-
re-
re-

una revisión «ag imis» de nuestra legislación en materia de ciudadanía. De Nova se proclama tradicional en la conservación de la nacionalidad de la mujer casada. Y también—conforme—en cuanto al juego de la voluntad individual en la readquisición de la nacionalidad. Así, está de acuerdo con Bolaffi en cuanto concierne a la transformación del art. 9, núm. 3.º de la Ley de 1912, para su interpretación en sentido contrario a la práctica actual. En cuanto a la idea de valorizar en nuestro ordenamiento, dice De Nova, el fenómeno de la doble ciudadanía, las consideraciones de Bolaffi le parecen probadas y concuerda con él en este aspecto.

En último aspecto Rolando Quadri, en su artículo *Contre una riforma prematura e per un'inchiesta*, págs. 636 a 639, sostiene que más que crítica contra esta o aquella disposición, lo que en definitiva merece modificación es la estructura de la comunidad internacional. En esta situación de vigilia internacional una reforma habría de parecer vana, prematura y nociva. La solución concreta que nos ofrece es la regulación de los casos que pudieran plantearse mediante los tratados bilaterales, signados entre los países a quienes afecten disposiciones sobre nacionalidad. La solución como la defendida por De Nova es el recurso a una actitud diplomática.

2. *Los problemas particulares de la reforma.*—Desde este punto se abordan, con tres artículos de Mónaco, Zicardi y Vilari, los problemas especiales que una reforma de la ley puede plantear. Mónaco (*Doppia cittadinanza e tutela della cittadinanza*, págs. 639 a 652, estima que la doble ciudadanía debe sustanciarse en todo caso como una cuestión de simple hecho, sin acudir a criterios jurídicos preestablecidos. Defiende, en definitiva, una tutela de la ciudadanía nacional que implica una vuelta al estado anterior de cosas.

El artículo del profesor Piero Zicardi, *Observazioni sulla funzione degli «status» familiari*, págs. 652 a 668, es, de todos los publicados en este número, el que tiene más contextura de artículo doctrinal, en el que se debate una cuestión ciertamente importante, que se sustancia por la idea fundamental del no paralelismo del *status familiaris* con el estado de ciudadanía. Sus conclusiones se refieren por reenvío a las que fueron aprobadas en la resolución de Oslo del Instituto de Derecho Internacional de 1932.

Por último, el artículo de Salvatore Vilari, de la Universidad de Camerino, *Italiani dell'Egeo e sudditi coloniali*, págs. 668 a 674, tiene un interés localizado al análisis del art. 19 del Tratado de paz, que considera el cambio de ciudadanía de parte de los ciudadanos italianos domiciliados en los territorios cedidos por Italia a los otros Estados.

Y también respecto a aquellos que no han sido siquiera considerados en la articulación de los tratados de paz.

Como apéndice final se inserta un artículo de Enzo Calabi, abogado de Nueva York, sin relación a los artículos anteriores sobre anulación y pérdida de la nacionalidad en los Estados Unidos.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

Tomo V. 1950. 960 páginas.

Contiene los siguientes quince trabajos. Los ocho primeros figuran bajo el epígrafe "Conferencias". Los tres siguientes forman la segunda parte, "Notas y estudios de jurisprudencia". La tercera parte, con los cuatro últimos trabajos, aparece bajo el epígrafe "Semana Notarial de Santander".

MOSSA, Lorenzo: "Limitaciones contractuales a la circulación de acciones de la Sociedad anónima"; págs. 7-37.

Se declara el autor contrario en principio a los pactos que limiten la libre circulación de las acciones. Quien crea una Sociedad por acciones, no mediando razones objetivas y respetables, no puede constituir una Empresa de tipo personal. No puede constituirse una Sociedad por acciones con el objeto de alcanzar las ventajas del anonimato para la salvaguarda de puros intereses individuales o de grupo. La circulabilidad de la acción está en la esencia social de la Sociedad por acciones y no puede ser limitada (ni siquiera con pactos agregados) en interés simplemente de la Sociedad, de grupos o de personas. Todo pacto en tal sentido es inválido y está privado de efecto. Se ha dicho más de una vez que el anonimato no consiste precisamente en la denominación de la Sociedad, sino en la presencia y circulación de las acciones al portador.

Considera como contrario a la ley los pactos limitativos propios, es decir, los que someten la circulación a la voluntad de la Sociedad o de los terceros. No vulneran del mismo modo la circulabilidad de las acciones los pactos de opción que tienen valor aunque se den entre accionistas y terceros, si bien pueden alcanzar asimismo a la esencia de la circulación si estuvieren contruidos o conformados de tal manera que pudieran alterarla especialmente al modo de la cláusula impeditiva.

Termina pidiendo que el principio de la circulación sea reconocido en las Sociedades anónimas y desarrollado hasta sus últimas consecuencias.

SANTAMARIA Y ROJAS, Alejandro: "La autoridad marital en la vida"; páginas 39-82.

Tras un examen de la autoridad marital en Roma y pueblos germánicos, de la influencia cristiana y tiempos históricos, pasa el autor a examinar los principales problemas que la autoridad marital plantea en la vida ante el C. civil.

En relación con la Ley de Abandono de familia de 12-III-42, considera el autor que desde el punto de vista de la mujer inocente sería preferible que la primera consecuencia del abandono del hogar por su marido fuese la suspensión de la autoridad marital, pues, en definitiva, más le importa a ella recuperar su "plena capacidad" que tener al marido en prisión.

Asimismo se declara partidario de la posibilidad de alterar el régimen económico conyugal durante el matrimonio si se salvan los derechos ajenos, y cree más justo establecer como supletorio el régimen de separación de bienes, lo cual a los previsores, a los calculadores, a los que conservan su serenidad en las vísperas de bodas no le causaría ningún perjuicio, pues podrán pactar la sociedad de gananciales e imprimirla cuantos matices personales quisieran.

Respecto al discutido y delicado problema de la intervención notarial en las separaciones amistosas y de sus efectos, cree Santamaría que solamente ventajas puede haber en que aquellos cónyuges que hayan comprendido que su vida conyugal está en desgracia, puedan pactar ante Notario su separación sin tener que declarar ante nadie las razones que a cada uno esgrima contra el otro, recuperando la posibilidad de vivir a solas, con plenos efectos civiles en cuanto a sus respectivos bienes, pudiendo liquidar su sociedad conyugal, y en caso de reconciliación—que sería mucho más difícil porque no habría entre ellos la terrible prosa archivada que fundamente la separación judicial—se reanudaría la vida conyugal en régimen de separación de bienes. Defiende por ello la necesidad de considerar lícita la separación amistosa con algunos efectos jurídicos y todos los económicos hecha en escritura pública ante Notario, no encontrando obstáculo alguno en el Código Canónico.

CABELLO DE LA SOTA, Pedro: "La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Sus problemas"; págs. 83-172.

Se inicia el trabajo con el examen de los precedentes en nuestro Derecho de esta figura jurídica, destacando un detenido estudio del art. 788 del Código civil y problemas que plantea.

Tras referirse ligeramente a las figuras jurídicas, cargas reales y renta territorial del B. G. B. y carga territorial y carta de renta del Derecho suizo, comienza el autor a estudiar la naturaleza de la hipoteca en garantía de renta haciendo constar las grandes diferencias que tiene con la hipoteca con garantía de un crédito, lo que hace que deba ser regulada minuciosamente. Sostiene el autor que el art. 157 de la L. H. refleja el predominio absoluto de la responsabilidad real, no sólo cuando se constituyen estas hipotecas sin responsable personal "nominati" (ob rem), sino en el caso de existir este responsable personal, porque la responsabilidad personal queda tan diluida, tan inseparable de la responsabilidad real, que en la primera transmisión a título oneroso (voluntaria o forzosa) (1) se unen enteramente ambas responsabilidades, y el adquirente

(1) Sanz distingue según que la enajenación haya sido judicial o extrajudicial, en ésta lo niega.

las asume de pleno derecho y no puede darse ocasión futura para su bifurcación, y sin que esto suponga ataque ninguno al carácter accesorio de la hipoteca, pues una cosa es la accesoriedad de ésta y otra la coexistencia de la responsabilidad real y personal por una misma deuda, pues cabe dar más alcance a la personal o a la real y cabe mantener la accesoriedad de la hipoteca y limitar la responsabilidad de la finca hipotecada.

Cree perfectamente posible en la hipoteca de renta el pacto de limitación de responsabilidad personal que permite el art. 140 de la Ley (1), y no encuentra dificultad en aplicar el art. 157 a las hipotecas de amortización, así como tampoco a las hipotecas que se constituyen en garantía del pago de precio aplazado.

Analiza los preceptos legales sobre las pensiones vencidas y no satisfechas, y los problemas que puede presentar la ejecución de estas hipotecas, especialmente en cuanto a la previa valoración y destino del capital obtenido.

CHACON SECOS, Manuel: "Retratos administrativos"; págs. 172-218.

Tras de afirmar que el llamado retrato legal no es retrato, ya que este nombre debe reservarse al convencional, que es el único que supone un volver a traer, considera más lógico agrupar todas las diversas figuras jurídicas que se conocen con el nombre de retrato bajo el nombre de Derechos de Resolución, y distinguir dentro de ellos entre los civiles y los sociales o administrativos, según el interés que los inspira y el elemento readquisición o subrogación que hay que añadir al de resolución de contrato, común a todos los derechos de este carácter.

Hace el autor una historia del retrato legal, a través de los pueblos judíos, griego, romano, germanos y, especialmente, de los fueros patrios, y afirma que los derechos sociales de subrogación a que los artículos 1.521 y siguientes del C. c. se refieren no son otra cosa que modos de expropiar o, mejor dicho, manifestaciones de la secular institución que conocemos con el nombre de expropiación forzosa, y como constituyen el prototipo de los llamados retratos administrativos, estos retratos o son simplemente meros modos de expropiar también, si se asemejan a aquéllos, o bien participan de la esencia del retrato convencional (netamente civil) o, en otro caso, quedan reducidos a simples derechos de opción, o generalizando más, a meros derechos de preferencia.

A continuación hace una enumeración de los retratos administrativos con arreglo a la clasificación anterior y estudia en el grupo de los que no son sino meros modos de expropiar, los siguientes: el del artículo 29 de la Ley del Impuesto de Derechos Reales; el de los objetos de valor artístico o histórico; el de minas; el del Patrimonio forestal del Estado y el de la Obra Sindical de Colonización, y el que establece la Ley de Puertos sobre los terrenos de la zona marítimoterrestre. Considera que en el fondo son civiles, por traer fundamento de interés privado, los siguientes

(1) Ausente Roca.

tes: el que puede observarse existe implícito en el artículo 14 del Decreto-Ley para protección y fomento de la industria nacional, y el establecido por el art. 140 de la Ley Municipal de 31-X-35.

Y finalmente, califica de retractos administrativos, que son en realidad menos derechos de opción o preferencia, a los que se vienen llamando retractos de fincas adjudicadas a la Hacienda, estudiando extensamente las tres posiciones que adopta la Administración respecto a ellos, y que son: a) La denegatoria, b) La que los admite con restricciones. c) La que los admite con más amplitud que la Legislación Civil les otorga.

MARTINEZ ALMEIDA, Alfonso: "Naturaleza jurídica de la aportación a la Sociedad"; págs. 219-243.

Comienza su trabajo el autor estudiando el problema de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, deduciendo de la concesión de personalidad las siguientes consecuencias:

1.^a Las sociedades mercantiles son sujetos de derecho, estando dotadas de una capacidad jurídica plena, tanto externa, frente a terceros, como interna, frente a los socios. 2.^a Las sociedades mercantiles son titulares de un patrimonio propio, separado y distinto del patrimonio de los socios. Autonomía patrimonial que hace posible las relaciones jurídicas entre la sociedad y sus socios y que trae aparejada una separación de responsabilidad entre los socios y la sociedad. Se produce una insensibilidad patrimonial respectiva; las deudas de los socios no repercuten sobre el patrimonio social ni las deudas de la sociedad sobre los socios, ni aun en la sociedad colectiva por el mero hecho de ser deudas sociales.

Estudia los antecedentes históricos del problema, afirmando que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es obra del Derecho intermedio, principalmente del italiano, ya que el esplendor comercial de las Repúblicas Italianas del Medioevo, impuso en las sociedades mercantiles las notas que después habrían de motivar que se les atribuyera personalidad jurídica, siendo en el desarrollo de la sociedad en comandita donde principalmente se fueron destacando esas notas.

Considera que en el Derecho positivo vigente es casi unánime el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pudiéndose decir que la única diferencia estriba entre aquellas legislaciones que reconocen la personalidad de todas las sociedades, frente a aquellas otras que sólo la reconocen a un grupo de ellas—posición dualista del Código germánico, que niega la personalidad jurídica de las sociedades de personas, seguidas, entre otros países, por Holanda y Suiza.

En el Derecho español, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, tanto civiles como mercantiles, es expreso y terminante.

Sin embargo, entiende el autor que existe una doctrina que en el fondo viene a negar la personalidad de las sociedades, y es la que ve en las sociedades mercantiles un contrato constitutivo de una comunidad de bienes entre los socios.

Analiza esta doctrina, especialmente tal como ha sido expuesta por Roca Sastre (1), y para quien la personalidad jurídica de las sociedades no es más que un método, un recurso técnico de unificación, que constituirá la cobertura personificante de una comunidad de bienes.

Rechaza extensamente los argumentos aducidos por Roca y niega que la aportación social sea un acto de comunicación de bienes, afirmando se trata de un acto de transmisión onerosa de tipo muy cercano a la dación en pago en el sentido de negocio dispositivo con causa onerosa, que extinguiendo la obligación, traspasa la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos al adjudicatario.

Estudia, finalmente, las principales consecuencias de la atribución de esta naturaleza jurídica a la aportación a sociedad, destacando que los padres requieren autorización judicial si pretenden aportar inmuebles de los hijos a una sociedad; la necesaria autorización del Consejo de Familia, si se trata de menores o incapacitados sujetos a tutela, pero siendo difícil la aportación de inmuebles o de muebles de valor superior a 4.000 pesetas; saneamiento y responsabilidad por riesgos con arreglo a los artículos 1.681 y 1.687 del C. c., y posibilidades de darse el retracto a favor de las personas a quienes la Ley les confiere este Derecho.

DORS y PEREZ-PEIXE, Alvaro: "La formación histórica de los tipos contractuales romanos"; págs. 245-269.

Comienza afirmando que el fundamento de la simpatía que se ha trabado entre los notarios y los romanistas estriba en que, tanto unos como otros, no sienten la menor reverencia por esos ídolos del Foro que son las "figuras jurídicas", y buscan, en cambio, en los distintos planos de la realidad actual y de la realidad pretérita, no las "figuras", ni tampoco la "naturaleza" de los negocios jurídicos, que son siempre categorías ideales, sino las formas aparentes, la finalidad económica y las posibilidades de exigibilidad procesal. En unas palabras: acciones posibles y formas de prueba, esto constituye la realidad jurídica que notarios e historiadores buscan; lo demás es puro juego de palabras.

Estudia el valor de la "transcriptio" y de la "stipulatio" y afirma que, tanto una como otra, no son contratos, sino formas contractuales. Decir qué es un contrato equivaldría a decir que el documento moderno, sea cual sea su contenido, es un tipo de contrato. La estipulación era, en la antigua Roma, el negocio que hacía las veces del documento, que acaba por suplantarla.

Lo que ha impedido una recta visión de las cosas es, en su opinión, la misma clasificación escolar que nos presentan las fuentes del tipo de Gayo. Al decir que las obligaciones podían nacer "verbis", "litteris", "re aut consensu", la estipulación quedaba equiparada a unos tipos contractuales a los que en realidad no se oponía, y con los que se hallaba nor-

(1) "Naturaleza jurídica de la aportación social", conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1945.

malmente conjugada. En realidad, toda la exposición que Gayo hace, y sobre su pauta, en parte, Justiniano, y sobre éste casi toda la doctrina romanista, de la clasificación de los contratos, es muy deficiente. Tal deficiencia no debe extrañarnos, pues aunque Gayo ha disfrutado de mucha fama, precisamente por su carácter elemental y didáctico, su obra es de poco valor científico, y de ahí que sus contemporáneos no nos conserven de este oscuro personaje ni el más leve recuerdo.

Estudia ampliamente el desenvolvimiento de la "condictio" y la iniciación de la idea de la bilateralidad, en la que considera elemento fundamental a la fiducia. En este aspecto cree que no hubo una acción de la ley, especial para reclamar la cosa fiduciada, y que la primera acción que hubo para ese fin, aparte de la condictio, fué una de esas acciones pretorias que se llaman "infactum" porque en su fórmula no se invoca una "obligatio", sino simplemente un "factum", que el pretor considera digno de protección. Esta acción de la fiducia representaba un gran adelanto respecto a la "condictio", pues permitía una reclamación más amplia, haciendo surgir la idea de la buena fe, y con ella la bilateralidad, pues si el juez ha de tener en cuenta toda la conducta del demandado, ello obliga a que no olvide tampoco la indagación del comportamiento del contratante que reclama. De ahí que las excepciones se sobrentienden en los juicios de buena fe y que la compensación haya abierto por ellos su cauce.

La "fiducia cum ereditore contracta" suponía una entrega de propiedad, aunque la "datio" no hubiere operado enteramente sus efectos traslativos. Nada más fácil, por lo tanto, que el extender esta acción "in factum" a los casos en que había también una entrega para fines de garantía (pignus) o incluso sin traspaso alguno (hipoteca).

Un proceso semejante se produce con la "fiducia cum amico contracta". También aquí nuevas acciones "in factum", a las que se agregan posteriormente otras acciones civiles de buena fe "in ius" hacen surgir nuevos negocios que no suponen propiamente una "datio", sino una simple entrega de detentación: el depósito y el comodato. Así se fué ampliando, mediante conversión de acciones "in factum", el campo de las "dationes rei" hasta formar la categoría de los contratos reales.

Pero si bajo el influjo de la "bona fides" se produjo, partiendo de la fiducia, el movimiento de los contratos reales, también la "bona fides" influyó para la formación de una nueva y fértil idea partiendo de la antigua estipulación: la idea de que todo contrato tiene como alma un acuerdo de voluntades, una "conventio". Así se formó la categoría de los cuatro contratos consensuales sancionados por acciones de buena fe y bilaterales.

Cabría preguntarse por qué razón los romanos, abierto el camino fecundo de que una obligación podía nacer consensu, hubieron de contentarse con aplicar tal principio a esos cuatro contratos y no más. Cree D'Ors que sólo cabe una explicación histórica y no dogmática. Se trataba de contratos que venían a dotar de una sanción nueva y más flexible a instituciones muy antiguas que ya tenían su validez por el "ius civile".

Estudia también la formación histórica de los contratos innominados y de los cuasi contratos. En lo que se refiere a los primeros, el fenómeno se realizó por dos reformas: en primer lugar, extendiendo la acción que perseguía el interés de la contraposición esperada a otras hipótesis nuevas, en muchas de las cuales no había una verdadera "datio rei", sino simplemente un hacer algo, un facere; para ello influyó decisivamente la idea de que en todos esos negocios yacía una "conventio", un "synallagma" que debía considerarse obligante.

La segunda reforma consistió en substituir, o mejor confundir, con la acción "in factum" una acción "in ius", que aparece con el nombre de "praescriptis verbis".

La tipicidad de las figuras contractuales procedía de la forma de su aparición y de la forma especial de su protección procesal. Pero los bizantinos, que admiten, en cambio, la categoría general del contrato como acuerdo de voluntades, permanecen apegados al antiguo sistema y no se atienen a reconocer como contratos todos los pactos entre dos o más personas.

El que los romanos distinguieran entre pactos y contratos obedece a una diferencia especial de los respectivos orígenes. En tanto el contractus tenía por finalidad el crear a favor de un acreedor una acción; el pactum, en cambio, tenía una finalidad pacificadora, y su resultado natural es precisamente el de impedir la acción mediante la resistencia de una excepción a favor del deudor. La legislación del Bajo-Imperio o bizantina amplió el cuadro de las figuras contractuales y de los pactos, y aunque por arcaísmo se mantenía la diferencia entre pactos y contratos, ambas categorías tendieron a confundirse, hasta el punto de que la definición del contrato que nos da Teófilo es, en realidad, una traducción de una antigua definición del pacto. Mas, a pesar de la confusión, se sigue manteniendo el principio de que el nudo pacto no engendra acción, y sólo se excluye de tal ineficacia a los pactos vestidos, es decir, a los pactos adjectos, pretorios y legítimos.

Si los legistas medievales, apegados a la letra del Corpus Juris, no supieron dar un paso definitivo en el proceso de esta evolución, el impulso vino dado por el Derecho canónico y por las costumbres mercantiles.

Constituía ya un motivo de universal irrisión el empeño que ponían los legistas en exigir el vestimento de los pactos. La astucia de los aldeanos procuraba a veces poner en salvo la eficacia de sus pactos mediante el ardid de revestir sus mancs con la punta de la capa al sellar con el consabido apretón el perfeccionamiento de los mismos: "ut promissio sit vestita".

Contra esto, la doctrina canónica reclamaba abiertamente que la infracción de un compromiso contraído constituye un pecado mortal y que, por ello, todo pacto produce una acción.

Por otro lado, los usos mercantiles tampoco respetaban la superstición de los pactos vestidos y desnudos.

Mercad a estos dos influjos, aunque no sin forcejeos, la doctrina fué admitiendo la eficacia del simple pacto de toda convención. La vaga

realidad de los contratos innominados sirvió para recoger todos esos nuevos negocios obligacionales a los que la tradición no había dotado de un nombre propio.

Pero entonces surgió una dificultad: ¿dónde estará el criterio seguro para distinguir el pacto eficaz?, y un nuevo criterio surgió: la causa.

Todo pacto dotado de una causa es un contrato. Consentimiento, objeto, causa: estamos ya en la doctrina del C. C.

Las legislaciones modernas, sin embargo, conservan en convivencia con esa noción general del contrato una serie de figuras contractuales específicas, cada una con su naturaleza. Pero, en realidad, no se trata de distintos contratos, sino de posibles contenidos de un contrato único genéricamente concebido.

ROMERO CERDERIÑA, Angel: "En torno al concepto del Derecho hereditario. La última moda"; págs. 270-337.

En las distintas acepciones que puede tener la expresión Derecho hereditario, se fija el autor en aquella que supone el derecho que a cada uno de los sucesores a título universal corresponde sobre la herencia aceptada indivisa, es decir, la que se refiere a lo que suele llamarse Derecho hereditario "en abstracto", si bien rechaza esta última expresión, ya que, a su juicio, nada tiene de particularmente abstracto en relación con otros derechos, pues que el llamado Derecho hereditario en concreto, o sea, el que se atribuye a cada coheredero por virtud de la partición mediante la adjudicación individualizada de bienes singulares o de cuotas o partes indivisas de los mismos, se identifica con el derecho respectivo que ostentaba el causante.

Atribuye, siguiendo a don Jerónimo González, a la comunidad hereditaria una naturaleza jurídica intermedia entre la persona jurídica y la copropiedad, o quizás más claramente, entre la persona social y la comunidad romana o por cuotas.

Analiza la naturaleza que se le atribuye a la comunidad hereditaria en los sistemas romano-francés y germánico antes de comenzar un detenido estudio del problema en el Derecho español, en donde distingue: a) La posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. b) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. c) C. C. d) Reglamento hipotecario de 1915. e) Ley de Reforma hipotecaria y, finalmente, la posición de la doctrina, que divide en Ortodoxos (1) y Abolicionistas (2).

Cree que el problema gira fundamentalmente sobre si al fallecimiento del titular se produce la unificación del patrimonio hereditario, ya que

(1) Roca, Giménez Arnáu, Navarro Azpettia, La Rica.

(2) Chamorro, Castro, Núñez Lagos, Sarz, Cassio, Roan. Como más reciente trabajo en este sentido, véase el de Núñez Lagos en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", abril 1951: *El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil*.

acepta la afirmación de Castro de que las unidades objetivas son las que determinan en último término la individualización de los derechos.

A su juicio, se produce, sin duda alguna, la unificación jurídica del patrimonio hereditario en virtud de la ley, pues si bien no la declara de un modo expreso, establece una regulación, unas aplicaciones prácticas que no pueden explicarse sin inducir aquel milagro.

Como resumen, llega a las siguientes conclusiones:

En España, después de aceptada la herencia y pendiente ésta de partición entre coherederos, existe un derecho subjetivo que corresponde a cada cotitular sobre el patrimonio hereditario considerado como "universum ius".

Esa comunidad hereditaria puede y debe ser tratada como un caso de comunidad en mano común.

La tesis abolicionista no explica los efectos que la situación de comunidad hereditaria produce según nuestro C. c. y nuestra jurisprudencia.

HIDALGO DURAN, Diego: "El Notariado en los Estados Unidos y especialmente en el Estado de Nueva York"; págs. 339-381.

Comienza el trabajo haciendo un parangón entre el Derecho romano y el Derecho anglosajón. Al primero le califica de magnífico jardín trazado por arquitectos cuyas líneas regulares son de una exactitud matemática, y al segundo, de magnífico bosque, nacido espontáneamente y en el que los hombres no han hecho otra cosa que desbrozar senderos para utilizar sus frutos y para recibir las caricias del sol.

Debido a las diversidades legislativas dentro de los Estados, centra su estudio en Nueva York, si bien hace referencias generales a lo que suele ser común en la regulación del Notariado en todos los Estados, destacando su carácter de simple testigo oficial y excepcional, pues en aquellos que por la influencia francesa—Lousiana y Bajo Canadá—o española—California, Texas, Florida y Nuevo Méjico—el Notariado tenía mayor importancia, la va perdiendo poco a poco ante la presión del Derecho anglosajón.

Sus principales características son las siguientes:

No existe la profesión notarial; la falta de conocimientos jurídicos, siquiera eventuales, le priva de prestigio. No redacta el documento ni interviene para nada en él. No tiene protocolo; ni siquiera se queda con copia del documento que autoriza, sino únicamente toma nota en el libro indicador. Para ser Notario, sólo se precisa una cosa: buena conducta.

NOGUERA GUZMAN, Raimundo: "De la enfiteusis a la enfiteusis"; páginas 285-444.

Se inicia el trabajo con un detenido estudio de la evolución histórica de la enfiteusis, haciendo resaltar el cambio que los tiempos han originado en la naturaleza de la Institución.

Examinando los preceptos que la regulan en el C. C., cree que tales preceptos, en lugar de vivificar la enfiteusis, la han dejado casi inoperante para lo sucesivo, siendo tratada más como recuerdo histórico que como realidad actual, y con indudables antinomias entre las declaraciones teóricas y las normas positivas del Código, pues, por ejemplo, en el artículo 1.608 el derecho a redimir concedido al enfiteuta, con carácter irrenunciable y efectos retroactivos, es contrario a la naturaleza del censo, según el propio texto, e incompatible con el reconocimiento de derechos dominicales al censalista, pues el dominio se transmite voluntariamente o por Ministerio de la Ley, pero no se redime.

El articulado del Código da lugar a consecuencias todavía más contrarias a la subsistencia del tan manoseado dominio dividido, pues si se afirma que la redención es una expropiación forzosa, tal afirmación sería correcta si el precio de la redención fuera calculado—conforme disponía la Real Cédula de 1805—y sigue practicándose en Cataluña, capitalizando la pensión y fijando, además, un valor, en compensación de los llamados “derechos dominicales”, pero no conforme al criterio del Código de capitalizar simplemente la pensión.

Ante la confusión doctrinal originada por las disposiciones del Código, se impone el dilema de suprimir la institución, como han hecho la mayoría de los Códigos modernos, o intentar su reconstrucción fundamental, adaptándola a la satisfacción de las necesidades actuales, de acuerdo con los principios y opiniones de nuestros días.

Ante el dilema, el autor se inclina por la segunda solución, ya que de siempre ha sido sentida la necesidad de encontrar una situación intermedia entre la plena propiedad y el arrendamiento. Por ello, sienta las bases de lo que podría ser la enfiteusis en nuestros tiempos, bases que aunque contraríen principios hasta ahora tenidos por fundamentales no alteran la esencia de la Institución.

A) *Naturaleza jurídica*.—Se debe prescindir de la división del dominio y reconocer la propiedad en el enfiteuta y un derecho real sobre cosa ajena al censalista.

Como consecuencia de ello, la enfiteusis debe ser regulada con entera independencia de otras prestaciones censuales, y no en la sección del Código dedicada a contratos, pues éstos no son la única fuente de su creación, sino en la sección destinada a la propiedad y derechos reales.

B) *Duración*.—Puede ser estipulada una duración indefinida, no perpetua, pues debe ser concedido al enfiteuta el derecho a exigir la cancelación o liberación mejor que la redención (pues tal palabra tiene un sabor que no encaja en la regulación que el autor sustenta).

Puede también ser temporal, por un plazo fijo o mientras vivan determinadas personas.

Pero no debiera ser admitido un plazo demasiado corto de vigencia, sin desvirtuar su naturaleza, y asimilarlo a otros contratos de tipo arrendaticios.

C) *Derechos y obligaciones del enfiteuta*.—Derechos: los del propietario. Obligaciones: satisfacer el canon y mejorar la finca.

D) *Derechos del censalista*.—Para intentar una justa distribución de los rendimientos deberá distinguirse: a) La renta que corresponde a la tierra en función de su valor. b) El salario debido al enfiteuta en compensación del trabajo efectuado. c) El interés del capital invertido en la explotación y mejoras. Y dentro aun d.l apartado b) cabría subdistinguir entre la parte de trabajo ejecutado para mejorar la finca que queda a ella incorporado, aumentando su valor, y el destinado a la mera explotación, que produce beneficios pero no incrementa el capital.

Como consecuencia de lo anterior, tenemos:

1.º *Revisión de la pensión*.—Es de equidad conceder este derecho al censalista, dada la posibilidad de que la situación dure largo tiempo.

Los criterios y procedimientos para discernir las causas que han determinado un incremento de valor no son sencillos, pero no por ello debe caerse en la solución simplista de mantener rígida e invariable la pensión.

2.º *Laudemio*.—Únicamente puede ser sostenido interpretándole en el sentido de conseguir una participación del censalista en el posible incremento de valor alcanzado por la finca.

No es posible sostener su extensión a las "mejoras" realizadas por el enfiteuta, aunque así haya sido admitido generalmente en tiempos pasados y pueda ser alegada una práctica inmemorial, que carece de virtualidad por no haber reunido los caracteres de espontaneidad y voluntariedad necesarios para hacerla defendible, pues los censatarios siempre han protestado.

3.º *Tanto y retracto*.—No hay inconveniente en mantener dichos derechos ejercitables por ambas partes.

4.º *Entrada*.—Parece conveniente admitir la entrada tradicional catalana, o sea, la entrega de una parte del valor de la finca al constituirse la enfiteusis.

5.º *Reconocimiento*.—Parece innecesario mantener la obligación tradicional de los reconocimientos periódicos.

6.º *Comiso*.—Debe ser suprimido como tal, pero puede aceptarse la estipulación voluntaria de una condición resolutoria para el caso de falta de pago de pensiones.

7.º *Redención o cancelación*.—Puede exigir el enfiteuta. El precio consistiría en la capitalización de la pensión (revisada cuando así procediere).

8.º *División de la finca*.—Podrían aplicarse, o bien los criterios que la Ley Hipotecaria establece para las hipotecas, o bien los preceptos de la Ley de 31-XII-45.

9.º *Acreedores del enfiteuta*.—La reversión de la pensión y aumento de gravamen no podrá perjudicar a tercero hasta su constancia en el Registro de la Propiedad.

Termina haciendo destacar el acercamiento a la figura de la enfiteusis de los derechos de arrendamiento tal como han quedado regulados en las modernas leyes especiales.

NART, Ignacio: "Notas sobre los contratos a favor de tercero"; página: 445-488.

El estudio se dirige a determinar si el contenido del párrafo segundo del artículo 1.257 es una verdadera excepción a lo dispuesto en su párrafo primero, o debe ser estudiado como un supuesto de aplicación de lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1.259 del Código civil.

Para ello comienza con el examen de los precedentes históricos, llegando a la conclusión de que el criterio general permisivo de la estipulación a favor de tercero es el resultado de la elaboración de los pandectistas forjada sobre el derecho común, que, a su vez, había ampliado tan extraordinariamente las aparentes excepciones al principio prohibitivo romano, que parecieron dejarlo inoperante. No percibieron los pandectistas que tales excepciones eran meramente aparentes y que en rigor no son sino el reflejo de la luz de la representación directa.

Examina a continuación los casos que generalmente se consideran como auténticos y eficaces contratos a favor de terceros y que son los siguientes:

A) *Contrato de transporte con tercero destinatario*.—A su juicio, el remitente que contrata con un transportista, designando a un tercero como consignatario, no es más que un mandatario representante sin poder.

B) *Seguro de vida con tercero beneficiario*.—Para Nart, el beneficiario es donatario "mortis causa" del tomador del seguro, en cuanto a las primas satisfechas por éste; y es acreedor del asegurador por el capital, a título de contrato de seguro.

Por lo tanto, no es un contrato a favor de tercero, sino a nombre de tercero. Y esta conclusión y sus premisas valen también para el contrato de venta vitalicia a favor de tercero.

C) *Asunción de las deudas de otro*.—La nueva deuda, que extingue la primitiva (la asunción de deuda es siempre novatoria) no nace, pues, de una estipulación a favor de tercero, sino directamente de la expromisión novatoria; la causa de la nueva obligación está para el acreedor en la extinción de la precedente, y la obligación nueva será para el nuevo deudor una prestación realizada frente al primitivo "credendi, solvendi o donandi causa".

En consecuencia, resulta que estos supuestos, que fueron aceptados como típicos y evidentes contratos a favor de terceros, fueron el origen de la construcción genérica y puramente conceptual de las estipulaciones a favor de terceros, que para el autor se resuelven en un simple enmascaramiento de una institución tan vieja y tan nueva como la gestión de negocios.

Del enunciado del párrafo segundo del artículo 1.257 se desprende el siguiente encuadramiento de la figura:

a) Ha de nacer como un accesorio o incidente de un contrato, celebrado entre dos o más personas en interés y nombre propio.

b) Este contrato principal contendrá prestaciones recíprocas entre

las partes intervinientes y además otra u otras accidentales dirigidas a un tercero.

c) El tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación pactada a su favor, en nombre propio.

d) Es necesario, para exigir el cumplimiento, que el tercero haya notificado su aceptación al obligado.

e) Antes de la notificación puede ser revocada la estipulación.

Analiza las principales teorías que han intentado solucionar los problemas que presenta la estipulación en favor de tercero, a saber: Teoría de la oferta. Teoría de la obligación subjetivamente alternativa. Teoría de la adquisición directa y de la delación revocable; y, finalmente, teoría de la "negotiorum gestio", a la que se inclina el autor rechazando los argumentos contrarios de Roca, fundando en la representación al través de la ratificación o del "uti iter coeptum", la acción del tercero contra el promitente, que será, por tanto, una acción "ex contractu", al que la adquisición de su derecho se retraerá; pero concediendo al estipulante acción para que se haga efectiva esa prestación desde que la estipulación hubiera sido ratificada o hubiera proporcionado ventajas al dominus, porque como gestor debe continuar la gestión hasta el fin.

CALVO SORIANO, Alvaro: "Hipoteca dotal sobre bienes gananciales"; páginas 492-550.

Puede presentarse con frecuencia el caso de una mujer casada que ostentando el derecho a exigir hipoteca legal no pueda, sin embargo, hacer efectiva su garantía por carecer el marido de bienes propios hipotecables.

En tal estado de cosas, si se producen en el matrimonio adquisiciones gananciales sobre bienes de naturaleza hipotecable, surge la interesante cuestión de si tales bienes podrán ser gravados con la correspondiente hipoteca dotal que procure efectividad práctica al derecho de la esposa.

El caso fué objeto de la resolución de 25-IX-1937: Se trataba de la constitución de hipoteca dotal sobre bienes inmuebles que en la escritura se daban propios del marido y que por el título y tiempo de su adquisición tenían carácter ganancial, para garantizar el valor obtenido por razón de la venta anterior de bienes inmuebles dotales inestimados de la esposa.

La Dirección General declara que no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, la escritura en que el marido hipoteca bienes de la sociedad conyugal, para garantizar a la mujer la devolución de la dote inestimada.

Para Calvo, la Dirección General no parece sustentar un criterio radicalmente contrario respecto a la admisibilidad de la hipoteca dotal sobre bienes gananciales, ya que, en su tercer considerando, incidentalmente declara que en la escritura origen del recurso, "sin previa exclusión de los bienes del marido se han afectado bienes que se dicen propiedad de éste y son gananciales". Si dicho criterio fuese absolutamente prohibitivo, lo de menos hubiera sido una desacertada calificación sobre la naturaleza priva-

tiva o ganancial de los bienes hipotecados, ya que en último término la cuestión dependería de la verdadera condición de éstos.

La hipoteca dotal sobre bienes gananciales evidentemente no está comprendida en la letra de la Ley; ésta ni admite ni niega rotundamente su posibilidad. Pero como durante mucho espacio de tiempo se admitió, no sólo como posible, sino como normal, resulta poco conveniente rechazarla hoy apoyándose simplemente en los términos literales de unos artículos que tampoco la repudian de manera explícita, ya que bajo el régimen anterior a 1863, en que inició su vigencia la Ley Hipotecaria, la hipoteca dotal de la mujer casada extendía su eficacia real, no sólo sobre los bienes propios del marido, sino también sobre los gananciales.

Ahora bien, la constitución de hipoteca dotal sobre los gananciales debe tener carácter excepcional, no procediendo su admisión sino cuando el marido carezca de bienes propios hipotecables.

Señaladas en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria las bases concretas que justificaban la transformación de la hipoteca dotal—comunes a las demás legales—, y manifestando el vehemente deseo de conservar en lo posible el clásico privilegio de la mujer casada, es obligada consecuencia la interpretación extensiva del precepto legal, en cuanto por ella se obtenga la mejor protección de los derechos de la esposa, siempre que sea sin mengua de aquellos límites de orden inmobiliario perfectamente concretos y determinados que vincularon al legislador en la reforma.

Como complemento de este estudio, analiza ampliamente la naturaleza jurídica del patrimonio ganancial y las distintas soluciones propuestas: a) Propiedad actual del marido. b) Sociedad. c) Persona jurídica. d) Comunidad ordinaria. e) Comunidad germánica o en mano común. f) Patrimonio separado. g) Titularidad fiduciaria.

Acepta en este aspecto las conclusiones siguientes:

1.^a El patrimonio ganancial es un patrimonio separado, por concurrir las notas que caracterizan a éstos: a) Determinación de tal carácter por la ley, al regularlo como un complejo de activo y pasivo, esto es, como verdadera "universitas iuris". b) Adscripción legal del mismo a un destino especial. c) Ostentar deudas propias, nota ésta la más esencial para caracterizar el patrimonio separado.

2.^a Como tal patrimonio separado puede entrar en relaciones jurídicas incluso con un cotitular del mismo, y con mayor razón con quien no ocupe esa posición concreta, como ocurre con la mujer. Por tanto, no existe dificultad para que bienes pertenecientes al mismo reporten un derecho real de garantía en seguridad de un crédito dotal de la mujer.

3.^a La mujer podrá exigir la subrogación de esta hipoteca en cualquier tiempo sobre bienes privativos del marido, caso de que éste llegase a adquirirlos.

4.^a Los acreedores del matrimonio podrán impugnar la hipoteca sobre los gananciales, por fraude, demostrando la existencia de bienes particulares del marido hipotecables y suficientes.

ARENAL Y G. DE ENTERRIA, Celestino M.^a del: "Recientes modalidades en el Derecho de Sociedades"; págs. 553-587.

Estudia el autor los preceptos legales que se han dictado en los últimos tiempos y que atañen a las sociedades mercantiles.

El trabajo puede dividirse en cuatro apartados:

I. Disposiciones que se propone defender y fomentar la industria nacional y, a la vez, evitar que puedan controlar elementos extranjeros aquellas fuentes de riqueza que encierran capital importancia para la defensa de la patria.

II. Disposiciones que tratan de estimular la construcción, para resolver el problema de la vivienda.

III. Disposiciones que propugnan la defensa de nuestro signo monetario, poniendo trabas a cuanto pueda implicar inflación.

IV. Resoluciones de la Dirección General que afectan de la formalización de escrituras de sociedades.

En los tres primeros apartados el autor recoge y sistematiza la legislación vigente sobre la materia.

En el apartado IV comenta tres Resoluciones de la Dirección General: las de 3-VI-1944; 16-IV-1942 y 11-VIII-1943.

Respecto a la primera, estima el autor que su doctrina sólo ha sido modificada por el Decreto-Ley de 17-VII-1947, y únicamente para los casos allí establecidos, pues en los demás la necesaria autorización del Ministerio de Hacienda puede ser posterior al otorgamiento de la escritura, si bien sea aconsejable que la autorización proceda, por cuanto al no existir normas previamente establecidas que den la pauta del criterio que se tiene para conceder o denegar, se corre el riesgo de causar gastos e impuestos sin beneficio alguno.

La Ley de 16-IV-1942 se provoca con ocasión de escritura en la que se fija a la compañía duración de cinco años prorrogables tácitamente de cinco en cinco, y entiende la Dirección que el art. 223 del Código mercantil prohíbe taxativamente la prórroga de la Compañía por voluntad tácita o presunta de los socios, y que al tercero interesado le es imposible conocer el verdadero término de la Compañía, toda vez que queda supeditada a la voluntad de uno solo de los socios, con notorio quebranto de los principios de publicidad y protección a tercero, ambos básicos del Registro Mercantil.

Para Arenal, el pacto que motiva la resolución en definitiva, es el siguiente: La compañía subsiste por tiempo indefinido, y sólo al final de cada quinquenio pueden los socios pedir la disolución. Y esto no está en oposición ni remotamente con el precepto citado.

La Resolución de 11-VIII-1943 consideró insuficiente en una escritura de constitución de Sociedad limitada la cláusula que estableció que "la parte de capital imputado a cada socio será desembolsada en metálico en los plazos, cuantía y condiciones que acuerde la Junta de sus componentes".

El autor no está conforme con esta doctrina, pero para mantenerse dentro de ella ha resuelto algunos casos en términos parecidos al siguiente: Los cuatro fundadores de una Compañía que deseaban constituir la con capital de un millón de pesetas para aportar, desde luego, sólo el 40 por 100,

al enterarle de lo decidido por la Dirección, por entender que para el pleno desarrollo del negocio que iban a emprender, se precisaba aquella suma, optaron por fijarla sólo capital de 400.000, que era lo que de momento aportaban, a fin de que, inscrita en el Registro la Compañía, tuviera plena personalidad para operar ante terceros, y luego formalizaron escritura de promesa de aportación de capital, seguros que ni en el terreno legal ni en el de la más pura ética, siempre interesante cuando pueda afectar a terceros, existía impedimento para contraer el compromiso de desembolsar cada uno 50.000 pesetas más, cuando se precisaran, para el sucesivo desarrollo del negocio o para cumplir obligaciones con terceros, extremo que podrían decidir dos cualesquiera de los cuatro contratantes.

Tomado el acuerdo, uno sólo de los socios quedó con facultad de, a nombre de la Compañía, reclamar, incluso judicialmente, los dividendos pasivos y a medida que fueran efectuándose los desembolsos, formalizar escrituras de ampliación de capital, declarando que la suma importe de la ampliación estaba ingresada en la Caja Social.

CABELLO DE LA SOTA, Pedro: "Efectos de las inscripciones de inmatriculación"; págs. 589-624.

Tras un detenido estudio de los precedentes legislativos y de la posición doctrinal sobre la materia, el autor centra su trabajo en la legitimación registral, producto de la norma jurídica y de una doble calificación que garantiza la existencia del Derecho real y nace como presunción legal al practicarse el asiento y que puede contemplarse en dos situaciones: una, pasiva, negativa o defensiva, de protección al titular que inscribe, que se manifiesta en que ninguna otra persona pueda inscribir su título en tanto no se cancele su inscripción, y si se pretende la cancelación como consecuencia de una resolución judicial, antes de establecerse la correspondiente acción contradictoria, o a la vez, es necesario demandar la nulidad o cancelación de aquella inscripción; y la otra, activa, positiva u ofensiva, que faculta al titular que inscribió para disponer (lo que puede ocasionar el juego de la fe pública registral) y para utilizar un procedimiento especial creado por la Ley Hipotecaria para ejercitar las acciones reales derivadas del derecho inscrito.

La situación negativa o defensiva del inmatriculamiento no puede ser negada por ningún comentarista; la ofensiva es la que se quiere negar a las inscripciones de inmatriculación de efectos suspendidos, tanto en su derivación procesal como en los efectos de la fides pública. Pero no sólo parece más difícil que el inmatriculante intente ejercitar ninguna clase de acción en contra del dueño real que le perjudique, sino que *no puede haber inconveniente legal en que lo utilice, pues precisamente si lo hace, puede avisar al dueño real y darle ocasión de ejercitar sus derechos antes de los dos años, pasados los cuales el perjuicio sería irreparable, por surgir el tercero hipotecario. Se puede objetar que el dueño real en este caso soportaría la carga de la prueba, pero, ¿es que utili-*

zando su derecho en juicio declarativo, al que le obliga la legitimación registral pasiva o defensiva, no tendría la carga de probar que el dueño verdadero es él, afirmación que lleva consigo la carga de la prueba? En todo procedimiento, la acción contradictoria del dominio inscrito, aunque sea ejercitada por el dueño real, tiene que probarse.

Como resumen, establece las siguientes conclusiones:

1.^a La suspensión de efectos en las inscripciones a que se refiere el artículo 207 de la ley, tiene por fin evitar el perjuicio irreparable que el juego de la fe pública registral ocasionaría al posible dueño real o al posible titular de un derecho real o acción de nulidad, rescisión o resolución, en caso de surgir el tercero hipotecario del art. 34.

2.^a El inmatriculado goza de los beneficios de la legitimación registral, tanto en su aspecto pasivo y defensivo como en su aspecto ofensivo en todo momento. Puede utilizar sus acciones por el procedimiento del artículo 41.

3.^a Las inscripciones de inmatriculación surten todos sus efectos respecto de todas las personas, excepto el juego de la fe pública registral durante dos años, respecto las personas señaladas y únicamente cuando se trate de las inspecciones que señala el art. 207.

4.^a No están afectadas por la suspensión de efectos durante dos años las inscripciones de inmatriculación practicadas:

A) En virtud de expediente de dominio.

B) Por acta de notoriedad del art. 203 de la ley.

C) Por acta de notoriedad del art. 70 del Reglamento.

D) Por concesiones administrativas y demás documentos a que se refieren los artículos 30, 31 y 299 del Reglamento.

E) Por títulos públicos cuya fecha sea anterior a 1-I-1909.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "La Donación "mortis causa" en el Código civil español"; págs. 625-830 (1).

Tres características específicas pueden señalarse en la donación mortis causa en Roma: a) Ser una liberalidad hecha en atención a la muerte. b) Ser revocable por naturaleza, aunque no por esencia. c) Ser necesario para su eficacia que el donante no sobreviva al donatario.

Ante la duda absoluta de si una donación era inter vivos o mortis causa, debía suponerse lo primero, aun cuando fuese hecha por un moribundo. Si se declara que la donación tendría eficacia, aun cuando el donante sobreviviese al donatario, la donación sería inter vivos. El donatario adquiere directamente sin que haya necesidad de la adición del heredero, ni de ninguna otra persona intermedia. Es eficaz aunque el testamento sea nulo, revocado o inútil. No se exige la *testamenti factio* ni en el do-

(1) Si de muchos de los trabajos que componen este tomo de los *Anales* es difícil dar una orientación general y sucinta dada la profusión de ideas y materias tratadas por sus autores, la dificultad sube grandemente, por las mismas razones, en relación con el trabajo de Vallet. Sólo se pretende aquí dar un guión de las principales cuestiones tratadas y de las conclusiones más importantes a que llega el autor.

nante ni en el donatario. Si había tradición de la cosa, podía ser: a) Transmitiendo la propiedad inmediatamente, pero recobrándola si se cumplía la condición resolutoria de que el donatario premuriese, b) Transmitiendo la propiedad bajo condición suspensiva de forma que el donatario adquiriera la propiedad hasta la muerte del donante.

En la Edad Media, surge una institución paralela a la "donatio mortis causa" romana, es la "donatio post obitum". Esta se diferenciaba de la "mortis causa" por conservar íntegramente su naturaleza de negocio inter vivos irrevocable desde el momento de su celebración. Además, la condición a que estaba sujeta tenía más bien el carácter de un término, ya que dada la naturaleza perdurable de la Iglesia, en cuyo provecho fueron creadas, era completamente segura la premorencia del donante. Pero la recepción del Derecho romano hace aflorar de nuevo la donatio mortis causa romana a medida que la "post obitum" germana va agonizando y llega a morir sin legar un rastro efectivo. La Ley II, Tít. IV de la Partida V recoge las tres características específicas de la donación mortis causa que quedaron señaladas, y se continúa distinguiendo entre las suspensivas y las resolutorias.

Objeto de estas donaciones podría serlo no sólo los bienes presentes, sino también una parte de los que pueda dejar el donante a su fallecimiento. Es decir, tanto los poseídos actualmente por éste como los que pueda adquirir más adelante.

La doctrina trató extensamente el problema de la forma de estas donaciones, ya que la Ley II de las Partidas, recogiendo la doctrina de Justiniano, exigía que debía hacerse ante cinco testigos, a lo menos.

En los tiempos modernos, la influencia francesa, que a través del Código de Napoleón se ha dejado sentir en casi todas las legislaciones codificadas, ha sido la causa principal del movimiento restrictivo en torno a la donación por causa de muerte. El art. 893 de ese Código establece que no se podrá disponer de bienes a título gratuito más que por donación entre vivos o por testamento.

Entre las excepciones a la influencia francesa, destacan el B. G. B. y el Código argentino, que conservan en el fondo el concepto clásico de la donación mortis causa. En principio, la donación mortis causa de tipo suspensivo es una disposición sometida a condición suspensiva. La falta de disposición actual y de vinculación en el donante, supone una total ausencia de derecho en el donatario antes de producirse el cumplimiento de la condición. Pero al lado de las disposiciones para el futuro, a título de donación mortis causa, caben disposiciones actuales de bienes cuya entrega se aplaza para después de la muerte del donante. La Sentencia de 28-I-1888 reiterada por la de 13-VI-1900, determina que las donaciones mortis causa se diferencian de las de inter vivos en que aquéllas se hacen por causa de muerte o peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa o su libre disposición en caso de vivir, mientras las inter vivos se hacen sin esta consideración, por pura bondad del donante y merecimiento del que recibe, aunque la cosa no se entregue de momento o se reserve la entrega post mortem.

Ahora bien, las donaciones actuales con simple aplazamiento hasta

después de la muerte del donante de la entrega de la cosa, si ésta fuere específica, vienen a ser donaciones entre vivos con reserva de usufructo por el donante o en las que éste retiene su posesión a título de comodato cuyo plazo se ha prefijado.

Parcería consecuencia práctica de estas diferencias, el que así como la revocación por voluntad del donante es característica natural de las donaciones *mortis causa*, en cambio, en las otras, al ser *inter vivos*, tal facultad debería entenderse excluída. Sin embargo, no es así, pues en nuestro Derecho, en virtud del art. 620, las donaciones que hayan de surtir efectos por muerte del donante se han de regir por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria—luego veremos hasta qué punto—, y el artículo 737 determina que todas las disposiciones testamentarias serán esencialmente revocables. Luego todas las donaciones que prácticamente surtan sus efectos por muerte del donante serán esencialmente revocables, tanto si su eficacia fuese ligada a la pendencia de la donación como al condicionamiento del mismo derecho donado, si en este último caso tal condicionamiento se ha verificado en la misma donación.

Malos tiempos corrían para la donación *mortis causa* en tiempos de nuestra Codificación. García Goyena dice: "Las donaciones *mortis causa* eran una especie de monstruo entre los contratos y las últimas voluntades. La algarabía del Derecho romano y patrio sobre los supuestos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podía producir sino dudas, confusiones y pleitos en los rarísimos casos que ocurriesen, por dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres".

Pero a esto cabe oponer, por un lado, las siguientes palabras de Roca: "La ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico, con lo cual se evita que mediante combinaciones fiduciarias llenen los particulares los vacíos normativos que contiene un sistema positivo". Y, por otro lado, la gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de la donación *mortis causa*, aun después de la vigencia del C. C. y a pesar del unánime criterio de la doctrina, que las consideraba abolidas, nos demuestra, teniendo en cuenta el mínimo porcentaje de asuntos que llega hasta nuestro más alto Tribunal, que la afirmación de García Goyena era, por lo menos, precipitada.

Esta figura jurídica tiene unas indudables ventajas; no necesita de la tradición o entrega por el heredero; la cosa donada va directamente al donatario; la donación no proviene de la herencia del donante; el donatario tiene la cosa donada en el último momento de la vida del donador.

El artículo 620 es casi unánimemente interpretado por la doctrina patria en el sentido siguiente: "Después del Código, la donación *mortis causa* no existe, puesto que las reglas por las que se rige son las de los legados".

Pero aun con abrumadora mayoría en contra, Vallet trata de demostrar gramatical, lógica, histórica y sistemáticamente que las donaciones *mortis causa* no han perdido su individualidad en nuestro C. C. y que por su forma siguen diferenciándose de los legados.

1.º *Interpretación gramatical.*—Habla el 620 de "las donaciones que

hayan de producir efectos por muerte del donante" y, por lo tanto, como donaciones las califica y conceptúa. Por otra parte, la palabra "participan" no quiere decir que se identifiquen, significan que existen algunos puntos de semejanza, pero no que se llegue a confundir en ella; finalmente, al decir que se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, se indica que hay dos instituciones que han nacido y que se reglamentan, se desenvuelven, funcionan por reglas idénticas.

2.º *Interpretación lógica.*—Si las donaciones mortis causa participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, puede aceptarse la aplicación a aquéllas de las reglas de éstas en cuanto se refiera a su naturaleza semejante o idéntica. Pero en cambio, no hay por qué hacer aplicación de las relativas a su forma, que casi por definición han de ser distintas, ya que esa diferencia es lo que determina que se llame a una figura donación y a la otra disposición testamentaria.

3.º *Históricamente.*—El estudio de los textos romanos y de las Partidas, entre otros, echa por tierra la afirmación de "Mucius Scaevola" de que las donaciones mortis causa habían de otorgarse con las mismas solemnidades prescritas para los testamentos.

4.º *Sistemáticamente.*—Entre otros razonamientos, aduce el siguiente: "Si negativamente no hay obstáculo para que la donación mortis causa quepa dentro de la definición que de la donación da el art. 618, positivamente el art. 620 confirma su inclusión, al hablar de donaciones que hayan de producir su efecto por muerte del donante. Nada tiene que ver con esto que a ese grupo de donaciones se le ajuste a reglas especiales, de acuerdo con su específica naturaleza. Pero ello, con tal de que no se las desnaturalice, y desnaturalizarlas sería el exigir que se otorgasen en testamento. Porque entonces ya no podrían llamarse donaciones, sino legados.

La posición del Tribunal Supremo sobre la forma de las donaciones mortis causa no es tan unánime como por la doctrina se ha dicho. Hay sentencias para todos los gustos. Las hay porque la realidad, aun contra viento y marea, llega muchas veces a prevalecer sobre los más enraizados prejuicios de escuela. Las sentencias de 8-V-1896; 2-XII-1916; 9-IV-1942; 27-XII-1945, y la Resolución de 29-VIII-1904 declaran aplicable a las donaciones mortis causa las reglas de la sucesión testamentaria en lo que se refiere al régimen de las mismas, pero en cuanto a la forma, respeta y presupone la validez de las otorgadas con las solemnidades exigidas para las donaciones inter vivos.

Cabe, pues, aceptar en nuestro Derecho vigente a las donaciones mortis causa, o sea, aquellas que están hechas en atención a la muerte del donante, cuya eficacia o ineficacia depende, por lo tanto, de que viva el donatario al ocurrir el dicho hecho.

Serán mortis causa no sólo las donaciones a las que se dé dicho nombre, sino también todas aquellas cuya eficacia se hace depender de la muerte del donante.

Tan sólo pueden mantenerse como donaciones inter vivos con entrega "post mortem", las donaciones puras con reserva de usufructo por el donante, o aquellas en que, aun conteniendo tal reserva, el donante se

quede con la mera posesión de la cosa, a título de comodatario y con su plazo final fijado para el día de su fallecimiento.

Toda donación mortis causa será esencialmente revocable, aunque el donante exprese al hacerla su voluntad o resolución de no revocar.

Es necesario que el donatario no premuera al donante para que sea eficaz la donación.

Tampoco surtirá efecto si no se acepta en vida del donante

Pueden ser donante y donatario los que tienen la libre administración de sus bienes y capacidad para contratar, si la forma de la donación fuere la resolutoria, pero las que se refieren a las tipo suspensivo hay que distinguir la capacidad para disponerlas y aceptarlas "en abstracto" y la requerida para ser parte e intervenir en los negocios jurídicos en los que se otorguen a aquéllas. Respecto al primer aspecto, no hay duda de que deben ser aplicables los arts. 662 a 666, por lo que se refiere al donante, y los arts. 774, 745, 752, 754, 755, 756 y 757 con referencia al donatario. Por lo que se refiere al segundo supuesto, la cuestión resulta de mayor complejidad y hay que distinguir cuál sea el negocio en el que se disponga la donación mortis causa.

El art. 1.334 no es de aplicación a las donaciones mortis causa de tipo suspensivo. Pero no sólo esto, sino que las donaciones inter vivos otorgadas entre cónyuges, radicalmente nulas como tales, son en cambio válidas como donaciones mortis causa si el donante muere sin haberse arrepentido de ellas.

Esta posición, que es la del Derecho romano y la de nuestro Derecho histórico, puede ampararse no sólo en las tradicionales razones lógicas que lo han justificado durante tantos siglos, sino también en la letra del artículo 1.334. Pues este artículo no dice que entre cónyuges sea nula toda donación otorgada durante el matrimonio, sino "será nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio". De tomarlo en otro sentido hubiera bastado decir: "Son nulas las donaciones entre cónyuges".

Los requisitos formales que el C. c. exige para las donaciones entre vivos han de ser suficientes también tratándose de donaciones mortis causa.

Las reglas establecidas para la sucesión testamentaria tendrán plena vigencia en cuanto se refiere al régimen, es decir, a la regulación de la donación mortis causa, una vez haya sido otorgada.

Deberá aplicarse el artículo 737, pero no los artículos 738 y 739.

Sólo la donación mortis causa posterior del mismo objeto, o la cláusula o disposición posterior del mismo objeto, o la cláusula o disposición testamentaria referida especial y concretamente al propio objeto derogarán la donación mortis causa anterior.

Le serán aplicables los artículos 869, 779, 789, 981 y siguientes y la mayoría de los referentes a mandas y legados.

A los efectos del artículo 820, las donaciones mortis causa han de ser catalogadas entre las donaciones y no entre los legados.

Ahora bien; cuanto se ha dicho es aplicable a las donaciones mortis causa de tipo suspensivo, aunque la posesión se transmita, desde luego, al donatario, no a las donaciones con transmisión inmediata del dominio

de las cosas donadas bajo la condición resolutoria de que el donatario no premuera al donante. Sólo las primeras encajan en el artículo 620, pues sólo ellas han de producir sus efectos por muerte del donante. Las segundas encajan en el párrafo 1.º del artículo 641 y deben regirse por las normas ordinarias de las donaciones normales inter vivos.

Como supuestos puros, supuestos o encubiertos de donaciones mortis causa tenemos los siguientes:

1.º Art. 177.—No hay inconveniente en que el adoptante conceda derechos sucesorios al adoptado en la escritura de adopción fuera del carácter de heredero, es decir, a título singular. Se tratará de legados otorgados en negocio jurídico inter vivos y a título gratuito. Luego de donaciones mortis causa irrevocables.

Pues la revocabilidad es característica natural, pero no esencial, de las donaciones por causa de muerte (1).

2.º Art. 827.—En principio, toda mejora otorgada en acto inter vivos, aunque sea hecha con entrega de bienes, presupone una donación mortis causa, puesto que supone una manda o legado hecha en negocio inter vivos. La revocación de la mejora presupone a su vez la revocación de la donación mortis causa, que implica, salvo que explícita o implícitamente resulte que la intención del mejorante es otra. Ahora bien; si al acto entre vivos, al que se le da carácter de mejora, se le califica de donación inter vivos, pura o irrevocable, no hay duda de que ni la revocación de la mejora alcanzó a la donación, ni de que la premorencia del donatario afectará a la eficacia de la misma donación, aunque ambos hechos destruyan el carácter de mejora que en principio se le concedió a aquélla.

3.º Art. 1.331.—La disposición de bienes futuros a que este artículo se refiere supone a la vez una donación mortis causa y un pacto sucesorio.

4.º Art. 641.—Aceptada la tesis de Díez Pastor, que la denominada reversión a favor de un tercero no es más que un fideicomiso de origen contractual resulta que este artículo encierra una donación mortis causa en respuesta a una donación. Como consecuencia de ello, el donante podrá revocar esa segunda donación—es decir, la sustitución mal llamada reversión—, mientras el llamado por ella no haya adquirido sus derechos, y si éste premuriera sin haber llegado a entrar en la sustitución, nada podrá transmitir a sus herederos, caducando la disposición hecha a su favor, que perderá toda virtualidad.

5.º Las compras hechas por el marido a nombre de la mujer encierran una donación totalmente nula, como donación inter vivos, pero valdrá como donación mortis causa y como tal será eficaz si el cónyuge titular del dinero con que pagó el precio fallece sin revocarla, revocación que podrá verificar incluso extrajudicial y unilateralmente en su testamento. Como consecuencia de esto, el cónyuge adquirente, una vez fallecido su consorte, debe poder disponer de tales bienes sin necesidad del consentimiento de los herederos de aquél.

(1) Al estudiar el carácter y valor del pacto de nombrar heredero al adoptado, coincide con Ortega Lorca (5.ª edición al M. S.) y Cámara (R. D. P. II-1951) de considerarlo institución contractual.

6.º Las estipulaciones en favor de tercero y de un modo típico el seguro de vida a favor de un tercero, normalmente reúnen todas las características propias de las donaciones mortis causa, bien que matizadas por el carácter indirecto que las mismas tienen; pero ello, en caso de premorir el beneficiario al asegurado, no han de ser los herederos de aquél, sino los del estipulante, quienes se beneficien con el capital asegurado.

GONZALEZ PALOMINO, José: "Enajenación de bienes pseudo-usufructuados"; págs. 831-952.

Comienza el autor exponiendo el "caso práctico" que la vida plantea: Unas casas, como consecuencia de la guerra, se convirtieron en solares. Su titular, gravado con una sustitución fideicomisaria condicional, desea encontrar el medio de convertirlas en bienes rentables.

Tres obstáculos, al parecer infranqueables, impiden una solución favorable: a) La prohibición de disponer que generalmente se entiende lleva en sí toda sustitución fideicomisaria. b) La incompetencia de la jurisdicción voluntaria para dispensar el impedimento; y c) La falta de previa inscripción a favor de los fideicomisarios en el Registro de la Propiedad.

Frente a estos obstáculos, cinco estímulos actúan sobre el jurista práctico para encontrar una solución favorable: a) La voluntad del testador, que indudablemente quiso beneficiar al fiduciario. b) El interés público, que exige una reconstrucción de esas casas y termine el estado de improductividad. c) El indudable interés del ficuado. d) El interés del fideicomisario, que radica en su interés en recibir los bienes en buen uso, sin desvalorizar. e) La técnica jurídica, que exige encontrar una solución, ya que carecemos de un precepto como el artículo 694 del Código italiano de 1942, que dice: "La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido".

Estudia González Palomino ampliamente la situación de la sustitución fideicomisaria en nuestro Derecho histórico, y afirma que tal sustitución propiamente no la hubo en Castilla porque no hacía ninguna falta o mejor porque existía con otro nombre: el mayorazgo, al que califica de sustitución fideicomisaria desbocada.

Según el texto de las leyes, los títulos de fundación y la doctrina, los bienes de mayorazgo eran inalienables y, sin embargo, eran frecuentísimas las enajenaciones y gravámenes de los bienes mayorazgados. ¿Cómo era posible esto?

En principio se hizo uso de un argumento implícito en la doctrina y en la jurisprudencia.

El mayorazgo había nacido de privilegios reales y se había generalizado por autoridad real, luego con autorización real podrían venderse y gravarse los bienes sujetos por mayorazgo.

Por otra parte, al asimilar al mayorazgo la Ley 46 de Toro todas las obras, reparticiones y mejoras, fuesen mayores o menores, necesarias, útiles o de mero lujo y recreo, como obras o edificaciones realizadas en

el suelo ajeno con conocimiento de esta circunstancia, resultaba que los poseedores de bienes de mayorazgo no tenían el menor interés en hacer mejoras ni siquiera otras obras de conservación, salvo que los daños a reparar hubieran sido originados por culpa propia, de que debieran responder. Para evitar el resultado de abandono y ruina, se acudió a la real facultad para vender, gravar e hipotecar parte, a fin de conservar el resto.

La situación la refleja Sala con estas palabras: "Los bienes mayorazgados son por naturaleza inajenables. Sólo el Rey puede conceder facultad para enajenarlos, y lo sule hacer cuando lo exige la pública causa o la necesidad o utilidad del mismo mayorazgo".

Era preciso licencia del Rey y hacer justificación de las causas de utilidad y vecindad. Pero esto era muy lento y gravoso, y Fernando VII en la Instrucción de Corregidores de 1849 sustituyó la real licencia por la del juez para que se pudieran vender a censo las casas ruinosas de mayorazgo.

Estudiando ya el problema en nuestra sustitución fideicomisaria, afirma el autor que el fiduciario es un dueño que no tiene prohibición de disponer, ya que ésta no figura en el Código como ingrediente o requisito de la sustitución, y todo lo más es un indicio de la obligación de conservar y de transmitir. Si esto es así, ¿por qué no puede enajenar libremente? Pues porque si bien es heredero, no es heredero único y tiene dos obligaciones que son los puntales de la sustitución fideicomisaria, a saber: la obligación de conservar y la obligación de transmitir o dar a término o bajo condición suspensiva.

Analiza la naturaleza jurídica de la obligación de conservar, y distingue dos grupos, según se trate de conservar bienes o de conservar valores; o sea, administración estática y administración dinámica, sin que quepa identificarlas con la administración a fines de liquidación, y la dirigida a la conservación, pues en un caso típico de ésta como es la del artículo 615 del Código civil, la administración conservativa de bienes se transforma en administración dinámica de valores, lo que también ocurre en cierta manera en el artículo 308 del Código civil.

Pero no son estos supuestos excepcionales, sino que tenemos también los siguientes:

a) El representante del declarado ausente tiene la obligación de conservar y defender su patrimonio. Los representantes dativos o los poseedores temporales de los bienes del ausente no pueden venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda. Pues bien, a pesar de esta prohibición de disponer y de aquella obligación de conservar, cabe la enajenación de los bienes en caso de necesidad o utilidad evidente.

b) Si el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se cumpla (art. 801). Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que son de los bienes de un ausente.

Algo parecido ocurre en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en el juicio de testamentaria, y en el abintestato.

De todo ello resulta que las situaciones de administración de patrimo-

nios regulados con mayor detenimiento por nuestro Derecho positivo tienen de contacto con la posición del fiduciario en la sustitución fideicomisaria la obligación terminante de conservar, reforzadas en aquéllas por una prohibición terminante de disponer que no existe en la segunda; y resulta también que, a pesar de ella, no es imposible la enajenación de los bienes.

Pero es que además, y para el caso de sustitución fideicomisaria condicional, bien se le dé este nombre o el de usufructuario con nudo propietario indeterminado, será de aplicación el artículo 801: "si el heredero fuere sustituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse". Y con arreglo al artículo 804: "los administradores (de la herencia en administración) tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que son de los bienes de un ausente". Y como vimos, los administradores de los bienes de un ausente pueden enajenar con autorización judicial (art. 186) (1).

Entre las otras cuestiones tratadas en el trabajo destacan la contestación a Díez Pastor en su conferencia de Santander sobre los "pseudusufructos"; las notas sobre las condiciones suspensivas y resolutorias y su diferenciación, y el estudio sobre la cláusula de residuo.

Antonio TENA
Notario.

ARAGONESES ALONSO, Pedro: "Método para dictar sentencias y demás resoluciones judiciales" (Justicia Municipal.—Jurisdicción contenciosa civil). Prólogo de Emilio Gómez Orbaneja. Jurisprudencia, Madrid, 1951; 120 páginas.

No deja de ser un fenómeno raro en nuestros días escribir libros que sirvan verdaderamente a la práctica. Más todavía si se escriben con sencillez y fidelidad a los principios profesionales. Es frecuente en el jurista olvidar la esencia vital del Derecho y campar por el terreno de la elucubración haciendo caso omiso de la realidad tangible, en la que nuestra disciplina encuentra su razón de ser.

Pedro Aragoneses, juez municipal de Madrid, nos ofrece una obra en la que su denominación genérica de "Método" induce a equívocos. Mejor hubiera quedado titulándose "Cómo se hace una sentencia". En la Introducción hace destacar el autor que su finalidad es la de indicar el camino para el análisis de un caso de Derecho procesal civil en el ámbito de la Justicia municipal. Observación que aclara el carácter didáctico y no meramente formulario a que pudiera inducir el título. La obra, dirigida fundamentalmente a los jueces, ofrece aplicación para todos los estudiosos del Derecho procesal, que necesiten de la aplicación de sus conocimientos a la práctica forense. El libro, dentro de su aparente

(1) La resolución de 22 de diciembre de 1950 se hace eco de esta posición, concordante con la expuesta por Cámara en la R. D. P., julio-agosto 1948.

elementalidad, presupone toda una concepción de la teoría general del proceso. Porque resultaría pueril—como indica el profesor Gómez Orbaneja—considerar una obra que sirva eficazmente a la práctica sin una teoría y metodología previas. Aragonese ha calificado su obra de "lazarillo de aquellos lectores que, recién salidos de las aulas universitarias, han de enfrentarse con el terrible problema de aplicar sus conocimientos teóricos a un fragmento de la vida". Pues que aparezcan más "lazarillos" de estos y, sobre todo, con algunos de los aciertos del presente. Ha sido muy oportuna la publicación de este libro que llena un vacío en la problemática de nuestro Derecho procesal. Este intento de sistematizar, con miras a la práctica, el proceso, bien sea en el ámbito de la Justicia municipal, merece el elogio de todo aquello que signifique una aportación al desarrollo de la dinámica jurídica.

Aragonese nos demuestra cómo se puede sistematizar con soltura y *perfecta legibilidad* el Derecho procesal. En este sentido, el sumario de la obra—otro de los aciertos—condensa clarísimamente toda la esquemática del proceso. En el prólogo, el profesor Gómez Orbaneja hace resaltar las dificultades regulatorias de los juicios—ordinarios o especiales—atribuidos a los órganos de la Justicia municipal. Porque sobre el capítulo que la Ley de Enjuiciamiento civil dedica al juicio verbal y el puñado de preceptos de la Ley de Bases de 1944, hay que encajar toda la regulación común y establecer los presupuestos procesales, que planteados en una mayor cuantía se presentan ante un Juez municipal o comarcal. Sin contar aquella serie de cuestiones sobre las que el Juez tiene que pronunciarse sin que nadie se lo pida y que hacen extraordinariamente delicada su función.

La explicación del fenómeno procesal nos viene dada en la introducción. El Estado debe asegurar la paz, que sería perturbada si se dejase a la violencia de las partes el arreglo de sus controversias. Aparece, necesariamente, el tercero imparcial que dictamine en estos conflictos de intereses (Carnelutti). Para evitar las dificultades de un nombramiento acordado por las partes, y para que disfrute este tercero del "poder" para imponer su decisión, es el Estado quien crea el proceso como institución. Para evitar el peligro de resoluciones tomadas de acuerdo con el criterio personal del órgano juzgador, el Estado establece el derecho positivo, la Ley determinante de la forma en que hay que atribuir los bienes que originaban los conflictos de intereses. El Estado deja a las partes la facultad de pedir y la medida en que se pide. Como garantía de una resolución imparcial se establece un procedimiento. A través de la serie de actos que lo constituyen, las partes señalan al Juez sus pretensiones contrapuestas, alegando los hechos y procurando convencer de su certeza mediante las pruebas. Dados estos antecedentes, se define el proceso como "aquella institución creada por el Estado para la resolución de las controversias o conflictos de intereses existentes entre las partes, mediante la intervención de un tercero imparcial, el Tribunal en sentido amplio, investido de facultades para ello, mediante un pro-

cedimiento preestablecido y con sujeción a las normas dictadas por el legislador". Con la explicación de estas notas y las consecuencias del carácter público de la institución procesal, termina la introducción, que merecía un mayor cuidado y desarrollo.

De los siete capítulos que se compone el "Método para dictar sentencias", el segundo es el verdaderamente interesante por marcar, en extremo, el orden sistemático que tendrá toda la obra. Dedicado al procedimiento de cognición, comienza con el examen de la demanda y sus requisitos: subjetivos, objetivos y de la actividad. Los requisitos anteriores: procesales, registrales y fiscales. Los simultáneos: procesales, fiscales y arancelarios. Y los posteriores que se condensan en la ratificación. En el examen de la demanda por el Juez se estudian, exhaustivamente, todos los supuestos de admisibilidad. El traslado de la demanda y emplazamiento de las partes se ve en el triple aspecto del lugar, tiempo y forma. Las posibles actitudes del demandado con respecto a la comparecencia, el allanamiento, la oposición y su fundamento. La contestación y la reconvencción a través de sus requisitos subjetivos, objetivos y de la actividad y su examen posterior por el Juez. En el juicio oral, vueltos a considerar los supuestos de comparecencia de las partes, sitúa las alegaciones y la fase de pruebas, la documentación en juicio y acaba con la sentencia, de la que da unas líneas sobre su concepto en la doctrina. Termina este capítulo—que absorbe los dos tercios del libro—con el examen por el Juez del proceso en su totalidad: admisibilidad del mismo, hecho constitutivo de la acción (génesis lógica de la sentencia), hechos impeditivos y extintivos y excepciones y contraexcepciones sustanciales. Considerados los requisitos de la sentencia—siempre desde el tríptico subjetivo, objetivo y de la actividad—, finaliza con el examen de los recursos aplicables.

Los restantes capítulos siguen el mismo orden expositivo. El primero trata de los procesos civiles de que conocen los órganos de la Justicia municipal. El tercero, del juicio verbal. El cuarto, del procedimiento para el desahucio en los Juzgados municipales. El quinto, el procedimiento establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 (procesos especiales de Arrendamientos rústicos, sujetos a la legislación especial hasta 1.000 pesetas; retractos de fincas rústicas hasta 1.000 pesetas). El sexto, el procedimiento para el desahucio en los Juzgados de Primera Instancia. Y el séptimo está dedicado a "Consideraciones finales", en las que se recalca que el método seguido está basado en que todo proceso está compuesto por un conjunto de actos, cada uno de los cuales condiciona al posterior. Hay un apéndice para los juicios verbales hasta 250 pesetas; en él se contienen, además de las consideraciones generales expuestas, unos formularios de demanda, providencia, auto de incompetencia y sentencia, "ya que la circunstancia de que los Juzgados de paz estén regidos por personal no técnico, hace necesario una mayor vulgarización".

Quizá en un sentido puramente didáctico, y su consideración a los lectores a que se pretende dirigir la obra, resulta excesiva la remisión

a los textos legales. Lo creemos producto de un afán de simplificación; pero su efecto en el principiante no es el mismo. Con una mayor extensión hubiera sido este libro algo más que la brújula orientadora que pretende su autor. En este estilo directo y simplificado—desprovisto de teorías inútiles—esperamos una obra más ambiciosa que abarque el mayor cuantía y los juicios especiales de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil. Hace falta.

Tipográficamente—al menos en lo tocante a la presentación—merecía esta obra mejor cuidado.

Salvador PONS

AZNAR, Severino, y otros: "Hacia una más justa distribución de la riqueza". Secretariado de la Junta Nacional de Semanas Sociales. Madrid, 1950; 471 páginas.

Esta obra recopila las lecciones y conferencias dictadas en la IX Semana Social de España (Madrid, abril, 1949), con el tema general que le sirve de título. Su contenido es el siguiente: Severino Aznar, "Las ocho primeras Semanas Sociales de España"; Alberto Bonet, "Doctrina de los Pontífices acerca de una mejor distribución de la riqueza"; Salvador Mingujón, "Modos justos de adquirir los bienes"; Ignacio González y Menéndez Reigada, "El destino fundamental de la riqueza"; Joaquín Azpiazu, "El beneficio justo"; Manuel Torres Martínez, "La distribución de la riqueza dentro de la renta nacional española"; Federico Rodríguez, "Individuo, familia, corporación y Estado, como sujetos de derecho de propiedad"; Mariano Sebastián, "La distribución de la riqueza por medio del impuesto en España"; Antonio Hernández Gil, "Acceso a la propiedad de la vivienda"; José M.^a Zumalacárregui, "Aportaciones del trabajo y del capital"; Juan Font del Riego, "El problema de los latifundios"; Angel Herrera Oria, "El pensamiento pontificio respecto de las relaciones entre el trabajo y la Empresa"; Alejo Leal, "El acceso del cultivador a la pequeña propiedad rústica"; Santiago Corral, "La participación en los beneficios en el régimen de salariado"; Marcelino Olaechea, "La caridad como complemento de la justicia"; Fernando Ferris, "Nuevas formas de Empresa"; Ildefonso Cuesta Garrigós, "La organización económica en el nuevo orden social". Consideración especial de la función económicosocial de la Banca. Discurso por el Excmo. y Revmo. Sr. F. Albino González Menéndez-Reguillada. Discurso por el Excmo. y Revmo. Sr. Cardenal Primado Dr. D. Enrique Plá y Daniel.

En razón a la índole de este ANUARIO, limitamos la reseña a la lección del profesor Hernández Gil, dedicada a materia de más acentuado aspecto civilístico, aunque en alguna otra también aparecen conexiones con temas de Derecho civil, singularmente en la muy interesante de Federico Rodríguez.

Hernández Gil desarrolla su lección en cuatro partes: 1. Problema social de la vivienda. 2. Medios y remedios económicos y jurídicos utilizados en España para intentar resolverlos. 3. Algunos procedimientos em-

pleados en otros países para afrontar el problema; y 4. Consideraciones críticas y posibles soluciones. Es en la segunda parte de la lección en la que aparece el aspecto jurídico civil más acusado. Tras unos breves antecedentes, se exponen la legislación de casas baratas, la de viviendas económicas y la de casas para funcionarios, apuntando su orientación, resultados y defectos. Entre éstos, se señalan: a) La falta de realización y de asistencia, b) Los Ayuntamientos, el Banco Hipotecario y las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad no prestaron la colaboración requerida. c) Olvido, por parte incluso de las Cooperativas, del fin social justificativo de su existencia, tendiendo a convertir su cometido en simple negocio. d) Confundir el concepto de casa de construcción barata con el de casa mal terminada, en la que se empleaban materiales defectuosos; y, por último, e) Exceso, gran exceso, de burocracia. Seguidamente se analiza el significado y alcance de la legislación sobre Viviendas protegidas y del Seguro de amortización de préstamos de finalidad social. Luego, en un plano de más puro carácter jurídicocivil, se alude al retracto, especialmente al establecido en favor de los arrendatarios urbanos, a la propiedad horizontal y a la legislación especial de arrendamientos urbanos, siempre bajo el prisma del acceso a la propiedad de la vivienda.

En síntesis, las conclusiones críticas a que llega Hernández Gil son éstas: 1) La necesidad del acceso a la propiedad de la vivienda, como todas las grandes verdades, tiene mucho de doctrina, pero también mucho de realización. Y lo que sobre todo importa es que el principio encarna en realidades. 2) No puede decirse que hasta el presente no se haya hecho nada, ni siquiera poco, en España; pero el problema permanece en pie, siendo necesario acudir a nuevos planteamientos y enfoques, pues los medios hasta ahora utilizados han sido parciales, fraccionarios. 3) La necesidad de la vivienda ha sido atendida por los Poderes públicos, y en lo que concierne a España, principalmente en el plano del arrendamiento, y no en el de la propiedad. Pero cuantas medidas se adopten en el plano del arrendamiento no pueden pasar de ocasionales; no contienen una solución definitiva del problema, sino que a la larga propenden a su agravación. Hay que afrontar la cuestión en el terreno de la propiedad, única solución firme y duradera. El arrendamiento clásico—el del Código civil—expone a millones de ciudadanos al abandono y a la miseria. El arrendamiento de ahora constituye una pesada carga para la propiedad, en unos casos, y en otros, un estipendio inasequible para la mayoría. En la situación actual, un arrendamiento que satisfaga por igual las exigencias de inversión del propietario y las posibilidades de disposición del arrendatario es prácticamente imposible. 4) Como punto de partida, hay que proclamar un derecho a la propiedad de la vivienda, como verdadero derecho de la personalidad. 5) Este derecho es por naturaleza y habrá de actuarse como un verdadero Derecho social. 6) La afectiva actuación de este derecho exige la intervención del Estado. 7) Las medidas para llevar a cabo esta gran empresa son, en primer lugar, económicas. 8) También en no pequeña medida importa la educación ciudadana. 9) Importa, asimismo, la cooperación técnica. 10) El hogar propio debe concebirse en función de la familia, en función del trabajo y en función

del lugar. 11) Si es muy importante conseguir el acceso a la propiedad de la vivienda, no lo es menos también conseguir un mantenimiento de esa situación. Y en esto pueden colaborar los medios jurídicos. Considerar con carácter general la vivienda como patrimonio familiar, con la vinculación y los beneficios inherentes, podría prestarse al abuso. Pero en aquellos casos en que la vivienda, además de satisfacer la necesidad natural, aparezca inescindiblemente ligada al medio de vida de los que la ocupan, parece indispensable constituir con ella un patrimonio familiar inalienable y exento de la ejecución forzosa, que siga un rumbo sucesorio acorde con su destino; y 12) Dada la universalidad del problema de la vivienda y lo generalizado del sistema de facilitar el acceso a la propiedad, sería muy conveniente suscitar el intercambio y los contactos internacionales para aumentar el caudal de experiencia.

Andrés de la OLIVA de CASTRO
Profesor adjunto de Derecho Civil

FEDELE, Alfredo: "Possesso ed esercizio del Diritto". Torino. Giappichelli, editore, 1950; 184 páginas.

Constituye la obra de Fedele la Memoria LXVIII de las que, generalmente dedicadas a temas de Derecho Privado, viene publicando el Instituto Jurídico de la Universidad de Turín.

Resulta siempre arriesgado, y quizá por esto atrayente, escribir sobre temas posesorios, y el autor ha escogido uno que no puede menos de interesar a los que dedican sus actividades, en uno u otro campo, al estudio del Derecho civil.

Todo trabajo, por insignificante que sea, que de buena fe aporte o pretenda aportar conclusiones en torno al inagotable tema de la naturaleza jurídica de la posesión, ha de ser acogido con interés en el terreno de la doctrina jurídica.

Este es el caso de la obra que reseñamos; un examen sencillo, pero profundo, de la tesis que configura la posesión como ejercicio de un derecho, y una acertada revisión y crítica de la misma, constituyen el contenido de la monografía. No vacilamos en calificarla de "comentario con altos visos doctrinales del artículo 1.145 del "Nuovo Codice Civile".

Véamos de forma concisa los aspectos destacados de la obra.

La sistemática es sencilla y lógica. Consta el librito de tres capítulos dedicados, respectivamente, a "La posesión y el ejercicio del derecho real en general"; a "La posesión de cosas y el ejercicio del derecho de propiedad", y a "La posesión de derechos y el ejercicio de los derechos reales especiales". Este último capítulo se subdivide en dos secciones: "La posesión de derechos unida a la detentación de la cosa", y "La posesión de derechos no unida a la detentación de la cosa".

En el capítulo I (págs. 7-35) comienza refiriéndose al momento en que despuntó la tesis en estudio. Una reacción o influencia decisiva de la quasi-possessio sobre la possessio rei, preparó el camino para la futura formulación, siendo decisiva la aportación canónica y escasa, a juicio del

autor la debida a la idea germánica de la gewere. En Savigne, junto a su concepción fundamental de la posesión como "thätsachliche gewalt", se encuentra ya una posible, si bien secundaria construcción de la posesión: la posesión como ejercicio del Derecho.

Esta concepción de la posesión es hoy la dominante en Italia por encontrar apoyo en el artículo 1.140 del Codice. Con ligeras excepciones, puede considerarse como "ius receptum".

Hace constar cómo esta construcción parte de la disociación entre titularidad y ejercicio del Derecho, y después de señalar la dificultad de lograr un concepto de la posesión en el que sean subsumibles las variadísimas "fattispecie" de la misma, se pregunta: ¿cristaliza el artículo 1.140 del Codice Civile la tesis de que la posesión es el ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real?

En apariencia, sí; en el fondo, no. Y constituyen evidentemente las páginas más logradas de la obra las destinadas a hacer notar que el citado precepto no contiene sino una integración conciliadora de las dos tesis que se distan la primacía en cuanto al concepto de la posesión: la tesis del "poder de hecho" y la del "ejercicio del derecho".

Para que exista ejercicio de un derecho requiere la doctrina: 1) un requisito objetivo (la asistencia de un poder); 2) que se ponga en práctica por su titular (requisito subjetivo). La frecuente separación de ambos requisitos, en materia posesoria, demuestra, dice Fedele, la poca consistencia de la tesis en examen.

El desarrollo de los dos capítulos siguientes no constituye sino una aplicación particular a la propiedad y a los derechos reales de las conclusiones a que el autor llega en el primero.

En el capítulo II (págs. 35-64) se plantea el problema de determinar si efectivamente la posesión de cosas constituye el ejercicio del derecho de propiedad. Para demostrar la fragilidad de esta tesis basta pensar. afirma, en que hay situaciones de posesión que no constituyen ejercicio del derecho de propiedad, y situaciones de ejercicio del derecho de propiedad, que no son posesión. Examinadas unas y otras, termina diciendo que la fórmula que configura la posesión de cosas como ejercicio del derecho de propiedad es totalmente inapta o inidónea para expresar el verdadero contenido del instituto posesorio.

El capítulo III (págs. 65 al final) es el más extenso, casuista y minucioso. Como ya dijimos, se divide en dos secciones:

La sección primera se ocupa de "La posesión de derechos y el ejercicio de derechos reales especiales", cuando la posesión va unida a la detentación de la cosa. Posesión del usufructo, uso, habitación, enfiteusis, etcétera.

Afirma la existencia de casos de posesión que no son ejercicio del derecho y viceversa, preguntándose si la circunstancia de ejercicio del respectivo derecho será criterio distintivo para separar la posesión de derechos de la posesión de la cosa, y las distintas posesiones de derechos entre sí. Como para el autor esto no es sino un aspecto parcial de la distinción entre posesión y detentación, pasa revista a los criterios que para esta distinción se han aducido: objetivos, subjetivos e intermedios, mostrán-

dose partidario de estos últimos y diciendo: "En nuestro actual Ordenamiento la distinción entre posesión y detentación se funda en el elemento subjetivo del tipo de situación jurídica para cuya actuación el sujeto quiere tener el poder de hecho (vid. págs. 103-104 de la obra de Fedele), atenuado por el principio de la consideración del comportamiento inicial del sujeto en relación con la cosa, valorado en función del comportamiento del hombre normal".

En la sección segunda del capítulo III se aborda la cuestión de "La posesión de derechos y el ejercicio de los derechos reales especiales", cuando la posesión no va unida a la detentación. Posesión de servidumbres.

Ante la imposibilidad de una construcción unitaria, debido a la diversidad de tipos de servidumbre y a lo complejo de la posesión de las mismas, es preciso distinguir.

Por ello, estudia separadamente la posesión a título de servidumbre negativa y la posesión a título de servidumbre positiva (dentro de ésta hace varias subdistinciones), ofreciendo interesantes conclusiones en relación con la tesis que ve en la posesión el ejercicio de un derecho, al ponerla frente a frente con la multiforme realidad posesoria en materia de servidumbres.

Esta es, en definitiva la monografía de Fedele, cuyo contenido hemos intentado resumir. Si bien en algunos de sus aspectos no contenga verdaderas aportaciones, ofrece datos interesantes, es de amena lectura y ordenada sistemática y tiene, sobre todo, un gran mérito: hacer pensar al lector, ayudándole a ello, sobre temas de tanto interés como los que aborda y sobre los que será muy difícil decir la última palabra.

Un certero y agudo comentario de los preceptos del Código que pueden interesar y unas completísimas citas bibliográficas avaloran el mérito del autor.

Carlos MELON INFANTE

LEAL MARQUEZ, Feliciano: "El pago en especie de los arrendamientos rústicos". Madrid. Ed. Reus, 1948; 160 páginas.

Las dificultades exegéticas de la legislación de arrendamientos rústicos aumentaron al resultar tangentes a las disposiciones permisivas del pago en especie las medidas interventoras del régimen de abastecimientos y tasas. En este libro se intenta desbrozar las dificultades y dejar aclarados los sistemas de pagos en arrendamientos rústicos.

Lo ambicioso del intento remonta al autor a plantearse el problema desde su origen, esbozando el concepto del contrato de arrendamiento de cosas y su distinción con otros contratos afines, especialmente la compraventa. Dentro del contrato de arrendamiento de cosas hay que seleccionar el de arrendamiento de tierras, cuyo objeto no agota la legislación de arrendamientos rústicos. En efecto, el autor esboza una clasificación y nomenclatura original encontrando junto a los arrendamientos propiamente *rústicos*, que se regirán por esta legislación, los que llama arrendamientos *rurales* y arrendamientos *accesorios*, que siguen rigiéndose por el Código civil. En distintos apartados va señalando las notas distintivas que carac-

terizan a cada uno para culminar concretando los elementos que componen la noción de finca rústica y de arrendamiento rústico, inducidos de nuevas leyes, cuyo contenido normativo, orden de prelación y subsistencia de reglas anteriores por no derogación tácita se cuida de establecer. Aún queda por diversificar en los arrendamientos rústicos sus distintas subespecies.

Así preparado el ámbito, entra en el estudio del elemento contractual interesante al autor: el precio que estudia en sus dos principales momentos: de fijación y de pago. En cada uno de estos momentos analiza la aplicación de las leyes vigentes a las distintas categorías elaboradas, fijándose en el primer apartado especialmente en la revisión, reducción, condonación y rebaja de la renta.

El libro termina con los anejos legales: las normas interesantes del Código civil, las distintas leyes de arrendamientos rústicos y circulares pertinentes de la Comisaría de Abastecimientos. Finalmente, el Decreto-Ley de 24 de julio de 1947 que faculta al arrendatario a satisfacer la renta en dinero cuando la especie pactada se hallare sujeta a intervención.

J. D. G.

MAJADA, Arturo: "Oratoria Forense". Un tomo en rústica de 304 páginas. Editorial Bosch. Barcelona, año 1951.

El Doctor en Derecho Sr. Majada nos ofrece una obra de indudable interés para llenar el "hueco" (tal indica en el prólogo) que en el vasto campo de las disciplinas jurídicas supone la falta de la Ciencia Auxiliar de la oratoria forense. No pretende, según él, más que poner en manos del profesional un esquema trazado con criterio moderno y sistemático.

Antes de extendernos en esta nota-reseña sobre el contenido de "Oratoria Forense", debemos poner algún reparo, primero, a la existencia misma de la laguna jurídica a la que el Sr. Majada se refiere, ya que el "hablar bien ante los Tribunales", como vulgarmente se dice, es fruto del hábito y de las condiciones personales del letrado, que le permiten adaptarse a los diversos casos y circunstancias, en el fondo, y emplear la pulcritud y el adecuado tono, en la forma. En segundo lugar, la obra que comentamos, creemos que tiene una mayor viabilidad enfocada hacia el estudiante que orientada con respecto al profesional. Finalmente, el criterio seguido en el esquema, aunque original ("moderno", como lo califica el autor), y sin duda bastante acertado, adolece precisamente de poco sistemático; prueba de ello, sin más, son las numerosas repeticiones que el libro contiene y, en ciertos momentos, el caprichoso manejo de la bibliografía que documenta sus páginas.

En la "Introducción" a su obra, el autor hace referencia a la falta de modelos orales; nos cita al clásico Brocá; rememora la antigua asignatura "Retórica" de Segunda Enseñanza y la Cátedra de "Estilo y Elocuencia", con aplicación al Foro, del Plan de Estudios de 17 de septiembre de 1845; apoya, y en ello estamos de absoluto acuerdo, la institución de la pasantía, y, finalmente, nos indica su propósito de ceñirse, en sus con-

sejos, a los meramente oratorios y no al adiestramiento general del Abogado; propósito que alguna vez se difumina a lo largo de la obra.

En la "Primera Parte"—"La Oratoria Forense"—, se comprenden tres capítulos, que tratan, respectivamente, del "Concepto", "Indicaciones Históricas" y la "Necesidad de la Oratoria Forense". Distingue en el primero entre oratoria y elocuencia; nos habla de la etimología "eloquor" (hablar clara y distintamente); de la clasificación: demostrativa, deliberativa y judicial, y del carácter peculiar: la severidad, o sea, "persuadir más que conmover". El Capítulo II es de gran interés y, con mucho, el mejor del libro. En sus "Observaciones Generales", se apoya en Alcalá Galiano; trata luego de Grecia, genio y sensibilidad, y de Roma, grave, culta y pomposa, citándonos a Cicerón ("Del Orador") y a Quintiliano ("Instituciones"); en la época Moderna recorre Francia y señala la grandes figuras de Pasquier, Arnauld, Dolé, Lemaître d'Agnesseau, de quien dijo Voltaire: "Habló con pureza y energía", Tronchet, Malesherbes, Desezé, etcétera, etc., para llegar a las recientes figuras de Donnedieu de Vabres en el proceso de Nuremberg y de Izard y Blumel en el de Víctor Kravchenko; en Inglaterra, señala la existencia de los "inns of court" y de los "special pleaders" y nombra a Erskine, Cokburn, Romilly, etc.; en Italia hace referencia a Carrara, Pessina y Ferri, penalistas insignes; a Carnelutti, el gran procesalista, defensor de Rodolfo Graziani, etcétera, etcétera; al tratar de España, lo hace con inteligencia y conocimiento, dedicando al tema más de siete páginas, arrancando propiamente de las Ordenanzas de los Abogados de 1945, para extasiarse luego ante Manuel Cortina (en el "proceso de los cargos de piedra", sobre todo), y ante Jiménez de Asúa, si bien con relación a este último se limita a transcribir las elogiosas frases que le dedica el presentador de su reciente obra "Defensas Penales", editada en Buenos Aires en 1943. En el "Juicio Crítico", de la página 40, achaca el descuido de los estudios oratorios en España, sobre todo al predominio del procedimiento escrito en el Derecho español, idea sobre la que vuelve posteriormente en otros lugares. El Capítulo II, de indudable valor, repetimos, termina en el punto quinto, "Historiografía jurídica española y Oratoria forense", documentadísimo y notoriamente interesante. El Capítulo III, y con ello terminamos el comentario de la Primera Parte, reúne una crítica de las reglas oratorias; unas objeciones filosóficas de poco peso; otras jurídicas de análoga ponderación y cuya inclusión en el texto, al igual que la de las anteriores, sería incomprensible para nosotros si no fuese por la cita bibliográfica de la página 51, referente al nuevo sistema procesal propugnado por Gramática, y una breve conclusión por boca de J. M. López, en su "Oratoria: Elocuencia Forense, Parlamentaria y de Improvisación".

Hemos tratado con especial atención, hasta este punto, la obra del señor Majada, considerando que el interés que reviste es muy superior al que puedan tener las restantes partes que nos quedan por comentar. De ahí la mayor brevedad de esta reseña en los párrafos que aun faltan para completarla. El autor, haciendo honor a lo que nos señaló en el Prólogo, sobre esquema trazado con criterio moderno y sistemático, dis-

tingue tres apartados: sujeto activo (el orador); sujeto receptivo (el auditorio) y objeto oratorio (el informe).

La "Segunda Parte" trata, siguiendo el criterio antes expuesto, del "Orador", y se halla dividida en seis capítulos, siendo el segundo de ellos ("Preparación en materias extrajurídicas"), una desordenada amalgama con predominio de lección de Gramática de primer año de Bachillerato, de preceptos de educación y comportamiento y de normas de sentido común. Sentimos, en este punto, recordar que su autor pretende "poner en manos del profesional" su obra "Oratoria Forense". En el Capítulo III, página 115, recomienda el aprender de memoria (¿?), pero más adelante eleva la calidad del texto al traer a colación la actuación de don Eduardo Dato en el asunto del testamento ológrafo de Carranza, ejemplo al que luego acude con frecuencia. El Capítulo V reúne una serie de conocidos buenos consejos, y del VI ("Actitud Exterior del Orador Forense") podemos decir lo mismo que del segundo.

En la "Tercera Parte", el "Sujeto Receptivo", Majada es breve, dando algunas pinceladas interesantes, recordando a Sarmiento, López, Carvajal y Alvarez Ossorio, y demostrando conocer a fondo el procedimiento español, si bien deja entrever en todo momento su innata afición criminalista.

La "Cuarta y última Parte" de "Oratoria Forense", es muy superior a la Segunda y a la Tercera. Trata, como indicamos, del "Informe", y se refiere al mismo en seis capítulos: "El estilo forense", "El estilo patético" y "El estilo figurado", "Estudio del informe", "división teórica del informe", "Ejemplos prácticos de preparación del informe", y la "Improvisación". Incluye en el texto numerosísimos ejemplos, acertadamente seleccionados y creemos que su lectura es, a la vez, amena y provechosa. Es lástima que en el capítulo "Ejemplos Prácticos" haya buscado tan sólo para la Jurisdicción Ordinaria y la Magistratura del Trabajo el que la sentencia recaída lo haya sido en el sentido propugnado por la pieza oratoria que se transcribe; es lástima, repetimos, que entre el grandísimo número de causas seguidas ante la Jurisdicción Castrense, haya ido a escoger el doctor Majada precisamente ejemplos de sentencias recaídas en sentido diametralmente opuesto al que querían darle los ejemplos de pieza oratoria que se incluyen aquí como modelos.

En el compendio que de "Oratoria Forense" hemos dado, fuimos señalando los distintos puntos que contiene y la opinión que nos merecen. Considerada globalmente, tiene indudables aciertos en su Primera y Cuarta Parte. La bibliografía, sin ser superabundante, completa de tal forma el texto que, en muchos momentos llega a darle vida. En resumen, al comenzar dijimos que la obra tenía indudable interés, afirmación que mantenemos. ¿Razón de ser de tal interés? Fundamental: los numerosos ejemplos incluidos en sus páginas; subsidiarias: la precitada bibliografía que la completa y diversas ideas originales en ella vertidas. Sin embargo, el "scopo", como dicen los tratadistas italianos, perseguido por Majada, es, a nuestro juicio y como de esta nota puede desprenderse, acertado.

MALO SEGURA, Francisco: "Los derechos de la mujer en la legislación española". Santander, 1950; 215 páginas.

Con una agradable presentación aparece este libro, en cuyo subtítulo se lee que contiene las disposiciones canónicas, civiles, penales y mercantiles relacionadas con los derechos de la mujer y expuestos en forma práctica y de fácil comprensión. Su fin es "divulgar los derechos que asisten a la mujer en la legislación española". Los motivos, "las dificultades que actualmente presenta la vida moderna con sus mayores necesidades, el ejercicio por la mujer de profesiones y oficios antes reservados al varón, los atentados contra el honor y libertad del sexo débil y el abuso de autoridad por parte de algunos maridos desaprensivos".

Con esta indudablemente galante intención se ha estructurado el libro en una forma que recuerda el catecismo: preguntas y respuestas breves, en las que se ve que el autor ha adaptado la pregunta a la respuesta. Les precede una introducción general, y cada institución va a su vez precedida de un pequeño preámbulo en el que se pondera su importancia en la vida social y jurídica y la necesidad de conocerla.

Al examinar el libro surge el escepticismo sobre estas obras de vulgarización de una materia que por ser técnica es imposible de poner a nivel de la mentalidad del profano sin desvirtuarla o, como más bien ocurre en el caso presente, sin que el hombre—la mujer en esta ocasión—de la calle llegue verdaderamente a enterarse de su contenido y alcance. Entre desmenuzar las materias objeto de examen y transcribir los textos legales *ad pedem literae*, se elige este segundo camino sin más que pequeñas apostillas a algún punto, que son casi siempre extrajurídicos. Puede preverse el resultado. La persona no formada jurídicamente carece de conocimientos imprescindibles para entender los términos legales. Y no puede darse idea del Derecho español por una lectura que forzosamente ha de ser superficial y acotada del Código de que en cada momento se trate. El entender, a veces, lo contrario de lo que el texto dice puede llevarla a la falta de fe en los que manejan el Derecho. Y casi se puede asegurar que en la realidad compleja este somero barniz no ha de servir más que para sembrar confusión en la aburrida lectora.

D.

MESSINEO, Francesco: "Le Servitù". Griuffrè, Editore. Milano, 1949; 282 páginas.

La presente obra contiene el curso de Derecho civil del profesor Messineo en el año académico de 1948-49, reelaborado y ampliado oportunamente para su publicación. Su tónica es intermedia entre el tratado sistemático y la exposición de exégesis: sigue una línea rigurosamente sistemática, mas sin menoscabo de un preciso análisis de los textos legales. Lo propio que pretendió y logró el autor con su *Dottrina Generale del contratto*, de la que también dimos cuenta en estas páginas (1). Saber her-

(1) A. D. C., II-4, págs. 1562-1566.

manar una amplia producción monográfica (2)—de gran dignidad científica y profundo valor práctico—con una magistral exposición de conjunto (3) es tarea que patentiza la fecundidad de una vida consagrada armoniosamente a la investigación y a la docencia del Derecho.

La base positiva de la obra la constituyen los arts. 1.027-1.099 del Código civil italiano de 1942. Sobre ella, Messineo ordena la materia en dos partes: una general y otra especial. La parte general, dividida en nueve capítulos: I. Conceptos fundamentales. II. Caracteres estructurales e intrínsecos de la servidumbre. Diferencias respecto a instituciones afines. III. Enumeración de las más importantes figuras concretas de servidumbre. Distintas clasificaciones. IV. La servidumbre forzosa, régimen general y modos de adquirir. V. Modos de adquirir la servidumbre voluntaria. Generalidades. Modos de adquisición derivativa. VI. Modos de adquisición originarios de las servidumbres voluntarias: Usucapión, destino del padre de familia. VII. Extensión y ejercicio de la servidumbre voluntaria. Gastos derivados de la servidumbre y abandono del fundo sirviente. Efectos de la división de los fundos. VIII. Extinción de la servidumbre voluntaria. Letargo (*quiescenza*) y reviviscencia (*reviviscenza*) de la servidumbre. IX. Acciones que protegen la servidumbre. Y la parte especial, dedicada al estudio por capítulos de las servidumbres nominadas, en particular: X. Paso forzoso. XI. Electroducto forzoso. Paso forzoso de líneas teleféricas o funiculares aéreos. XII. Acueducto forzoso, depósito (*scari-co*) forzoso, servidumbre forzosa para saneamiento de terrenos. Apoyo o inmisión de compuertas. Suministro forzoso de agua. XIII. Servidumbre de parada y demás servidumbres de aguas. XIV. Notas sobre las servidumbres públicas o administrativas.

Dentro del interés general de la obra, destacamos algunos puntos: a) Todo lo referente a los caracteres de las servidumbres, materia de la que el autor hace una ponderada exposición en la que se combinan los términos y expresiones clásicos con la moderna terminología. b) Lo relativo a las clasificaciones diversas de las servidumbres, cuestión que podría parecer accesoria o puramente descriptiva, pero que, como advierte Messineo, presenta una utilidad directa, puesto que ciertos modos de adquisición y extinción se aplican exclusivamente a determinadas categorías de servidumbre, siendo, en cambio, inaplicables a otras. c) Las servidumbres afirmativas (positivas) y negativas y su relación con las aparentes y no aparentes y con las continuas y discontinuas. d) Modos de adquirir derivativo-traslativos y derivativo-constitutivos, y peculiaridad de la adquisición derivativa-constitutiva de la servidumbre con referencia a los modos análogos de adquirir la enfiteusis y el usufructo. e) El contrato consensual y el contrato con efectos reales en su aplicación a la adquisi-

(2) *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915.—*La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920.—*Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1931 (reimpresión).—*Operazioni di borsa e di banca*, Roma, 1926 (parcialmente traducida al castellano, bajo el título *La apertura de crédito*. Editorial Jus, México, 1944).—*I titoli di credito*, 2 vols., Padova, 1934.—*La società di commercio "collegate"* (c. d. società "a catena"), Padova, 1932.—*Studi di diritto delle società*, Milano, 1949.

(3) En su *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7.ª ed., Milano, 1947.

ción de las servidumbres. *f)* El contrato preliminar de servidumbre. *g)* Las líneas que dedica al estudio del *animus iure servitutis re utendi*. *h)* Adquisición por destino del padre de familia y consideraciones críticas de la doctrina reciente sobre esta discutida institución. *i)* El capítulo VIII, antes citado, donde se ponen de relieve los matices que la vida de las servidumbres presenta en el articulado del nuevo C. c. italiano, etc., etc.

No hace falta decir que esta obra de Messineo será imprescindible tenerla en cuenta ya para cualquier estudio sobre las servidumbres.

Andrés de la OLIVA de CASTRO

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES.—Dirección General de Relaciones Culturales: "Índice Cultural español". Números 63 a 65.

Con la puntualidad que le caracteriza, han ido apareciendo los números 63, 64 y 65, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio, del *Índice Cultural español*. En ellos, con la pulcritud habitual y en sus correspondientes secciones, se ocupa de las disciplinas a que aludíamos en la página 234 del fascículo I del tomo IV de este ANUARIO, constituyendo, por lo que hace al Derecho, una relación completamente exhaustiva de la labor que en conferencias, libros y revistas se ha realizado durante el trimestre que comprende.

R.

PEDROL. Antonio: "La Sindicación de Acciones". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1951.

Prologado con unas interesantes páginas de Ernesto Anastasio, uno de los hombres de empresa españoles de mejor formación y sentido jurídico, publica Antonio Pedrol este jugoso estudio monográfico sobre uno de los temas más vivos y actuales de la Sociedad anónima moderna. Pues, en efecto, los Sindicatos de accionistas, apenas estudiados por doctrina mercantil, son cada día más frecuentes, y aunque no ha mucho, en el caso de una importante Empresa española, se puso de manifiesto que la eficacia práctica de esas agrupaciones no va ciertamente demasiado lejos frente a los accionistas sindicados que decidan por sí y ante sí romper el pacto sindical y ejercitar los derechos políticos de sus acciones conforme a los dictados de su libérrima voluntad, sin embargo, no sería lícito desconocer la importancia creciente del fenómeno de la sindicación de acciones; y todo el que se interese por la vida de la Sociedad anónima en su aspecto jurídico o económico deberá poner especial atención en el juego de esos Sindicatos, que no obstante ser meras piezas adosadas al mecanismo funcional de esas Sociedades, meros instrumentos creados desde fuera de la Sociedad, combinan—como dice el autor—los derechos de voto correspondientes a las acciones sindicadas e influyen activamente en la vida social de acuerdo con las directrices marcadas por el grupo sindicado.

Por eso reputamos un acierto de esta obra haber comenzado por se-

ñalar los rasgos característicos de los Sindicatos de mando, para destacar acto seguido la influencia que este Sindicato, aun concebido como pacto extrasocietario o para-social, tiene sobre la vida de la Empresa, a la que unas veces ofrece medios inmediatos y urgentes de defensa y salvamento con la fuerza disciplinada que el Sindicato representa; otras, las más, le proporciona los beneficios que normalmente obtienen las sociedades regidas por una mayoría estable que prefiere un porvenir seguro a un fugaz éxito inmediato y brillante, y otras, en fin, le trae las consecuencias también beneficiosas que derivan de la posibilidad de evitar los abusos o errores en que incurre con facilidad el mando efectivo de las Empresas, ejerciendo sobre la administración el control eficaz que sólo puede prestar una minoría fuerte y coherente. A través de ese influjo de los Sindicatos sobre las Sociedades, se percibe claramente todo el interés de un estudio como éste, en el que se recogen los resultados de la escasa doctrina producida sobre el tema nacional y extranjera, y se estudian orgánicamente las múltiples cuestiones que trae consigo la agrupación de los accionistas con el propósito de intervenir eficazmente en la marcha de los asuntos sociales.

Destacada así la importancia de los Sindicatos de mando; y ordenadas en una rigurosa clasificación sus distintas formas o clases, analiza Pedrol con fino estilo de buen jurista la naturaleza del Sindicato, incluyéndole en el grupo de los contratos plurilaterales de organización, aunque de carta con la doctrina más progresiva la posibilidad de ver en él una verdadera Sociedad, y estima que doctrinalmente puede considerarse una asociación "con algunos elementos atípicos muy relevantes más propios de la Sociedad", sin que en el marco del Derecho positivo español existan inconvenientes para incluirla dentro de las asociaciones de interés privado, ni para concederle personalidad jurídica una vez cumplidos los trámites administrativos pertinentes, en especial lo dispuesto en el Decreto de 25 de enero de 1941.

A partir de este punto, el autor se extiende en una serie de consideraciones acerca de la naturaleza del derecho de voto, de la cesión de este derecho y de la validez de los compromisos sobre el ejercicio del mismo, como base precisa para fundamentar las posiciones a que llega después en la cuestiones que el Sindicato plantea en relación al ejercicio del derecho de voto de las acciones sindicadas. Denuncia certeramente Pedrol la peligrosa tendencia de la doctrina a traer al campo de la Sociedad anónima, cuando se trata del derecho de voto, una serie de materiales procedentes de la Sociedad política; mas, quizá la reacción contra esa tendencia la lleve a afirmaciones un tanto arriesgadas. Por ejemplo, la de que el derecho de voto no se concede al accionista en interés de la Sociedad, sino en su personal interés, para darle acceso, si lo desea, a la gestión social. Afirmación que a nuestro juicio entraña el riesgo de legitimar votos y actitudes puramente egoístas y antisociales. Para nosotros—ya lo dijimos hace tiempo en otro lugar—, si no se puede negar que el socio busque en la Sociedad la satisfacción de un interés propio, no es menos cierto que ese interés personal en modo alguno puede buscarse fuera de la Sociedad o contra la Sociedad, sino justamente a través del interés

social común a todos los accionistas, porque sin esa convergencia de los intereses individuales de los socios en un interés económico y común no se podría hablar de Sociedad; la esencia y fundamento de toda Sociedad descansa en la existencia de un fin común que unifique las voluntades particulares de los socios.

Se pregunta, a continuación, si cabe ceder voluntariamente a otro el derecho de voto, para concluir que la cesión será legítima cuando se efectúe en interés de un socio o de una persona interesada en la marcha de los asuntos sociales, y terminar apuntando en relación con las llamadas cesiones legitimadoras la posibilidad de que "Investment Trust" sustituya al pequeño accionista y ejerza en interés del accionista la misión rectora que a través de esas cesiones legitimadoras ejercen hoy los bancos en su propio interés.

Acto seguido, el examen de la validez y legitimidad de los compromisos o convenios sobre el ejercicio del derecho de voto le lleva a exponer las opiniones de la jurisprudencia de la doctrina italiana, francesa, suiza y alemana, mostrándose lógicamente partidario de la licitud de dichos convenios en el Derecho español, donde no existe disposición alguna que se oponga a ello de una manera expresa. Y afirmado en esas posiciones, pasa a defender la licitud de los Sindicatos de mando y de bloqueo, y a examinar la figura del síndico en el Sindicato con depósito y sin depósito de títulos. En el primer caso empieza contemplando la figura del síndico a través del prisma del negocio fiduciario, en la forma que ha sido construido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero precisa con clara visión que para encuadrar al Sindicato dentro del negocio fiduciario hace falta que exista en los Sindicatos el propósito de ceder al síndico, siquiera sea temporalmente, la propiedad de sus acciones, y como ese propósito falta no pocas veces, se inclina en favor de aquella posición que ve en el síndico un mandatario dotado de poderes irrevocables por su propia naturaleza, porque el mandato constituye un medio de ejecución específicamente pactado en el convenio asociativo, y admitir que los Sindicatos pudiesen libremente revocar el mandato sería tanto como dejar a su arbitrio la propia vida del convenio de sindicación. Por el contrario, en el supuesto del Sindicato sin depósito de título, estima que la figura del síndico debe configurarse como persona investida de un derecho de gestión surgido de la autonomía de voluntad de las partes al amparo del artículo 1.255 del Código civil, de carácter atípico y con precedente próximo en el artículo 1.692 del propio Código, lo que a su juicio explica que el síndico pueda liberarse del criterio mayoritario y decidir por sí mismo lo que mejor crea convenir a los intereses del Sindicato.

La monografía termina con una breve exposición del "voting trust" y los "pooling agreements" asimilables en líneas generales a la sindicación europea, y con una referencia a las formas indirectas de Sindicación, tales como el arrendamiento y el contrato de "report" u operación doble de bolsa.

He aquí las líneas generales de este interesante estudio de Antonio Pedrol, que escribe con claridad y sencillez, buena información bibliográfica.

fica, conocimiento práctico de la vida interna de las Sociedades anónimas y, lo que aun es más interesante, sin limitarse a exponer los resultados de la investigación ajena. A lo largo de las doscientas páginas del libro encontraremos constantes muestras de un loable propósito de construcción personal, a cuyo servicio pone el autor su madura experiencia y sólida formación jurídica, y el resultado ha sido una monografía muy sugerente, en la que se apuntan soluciones y caminos en una serie de cuestiones. El lector podrá compartir o no los puntos de vista del autor, pero siempre saldrá enriquecido de la lectura.

Rodrigo URÍA
Catedrático de Derecho mercantil.

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Instituto de Estudios Políticos. Números 2 y 3. Mayo-diciembre, 1950.

La aparición de los números segundo y tercero de la "Revista de Administración Pública", confirma y consolida el prestigio y el nivel científico que el primero prometiera, cubriendo, de acuerdo con la línea entonces trazada, la necesidad teórica y práctica en la que se originó su nacimiento.

Entresacamos de sus artículos, en esta reseña, aquellos que ofrecen algún punto de contacto con la temática del Derecho privado, aunque semejante limitación, impuesta por la índole de este ANUARIO, nos obligue a ignorar el fundamental contenido de la Revista.

NÚMERO 2.—Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. Eduardo García de Enterría y Carande.—Se trata de un estudio del riesgo y ventura y la fuerza mayor en los contratos administrativos en parangón con los civiles, escrito con motivo de una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, cuyo único considerando manifiesta la tesis de que en los contratos administrativos el concepto de fuerza mayor tiene un alcance más limitado y concreto que en los contratos civiles, apoyando esta afirmación en el precepto del artículo 42 del Pliego de condiciones generales para la contratación de Obras Públicas de 13 de marzo de 1933, en cuyo texto se enumeran taxativamente los supuestos de fuerza mayor, incomparables, por su condición extraordinaria, con los que se admiten en el ámbito de la contratación privada.

Analiza el articulista la doctrina más extendida sobre la materia, en la que el principio del riesgo y ventura en los contratos administrativos se constituye en nota que los tipifica y distingue, por el excepcional rigor con que son tratados, de los contratos de Derecho común, donde impera una disciplina más conforme con la equidad y los principios de justicia. Esta doctrina—dice—presenta coherencia lógica y firme apoyatura en los textos legales en cuya redacción se inspira, e incluso en copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, que parece afinar aun más la objetividad con que se expone; sin embargo, en el fondo, no tiene más valor que el de un espejismo producido por confundir conceptos fundamentales.

La tesis sustentada por el señor Enterría puede resumirse en estos términos: existe, efectivamente, una nota diferencial que distingue el

contrato administrativo del civil en punto al principio de riesgo y ventura; pero, el signo de la distinción es precisamente el contrario del denunciado por la doctrina: un matiz de benevolencia en el trato con el deudor desvirtúa en el contrato de obra del Derecho administrativo las consecuencias lógicas que apareja el Derecho civil al contrato homólogo en los llamados celebrados entre particulares. El llamado riesgo y ventura del contrato administrativo es una aplicación de la "lex contractus" de Derecho civil que cierra los moldes del cumplimiento, según las formas de la contratación, sin que fenómenos acaecidos fuera del marco contractual tengan vigor bastante para modificar la rígida formulación en que se expresó conforme la voluntad de las partes. En ningún contrato en que una de las partes se obliga a un resultado, debe dulcificarse, en buena técnica civilista, la realidad de su cumplimiento por eventos no previstos: el principio de riesgo y ventura tiene carta de naturaleza en la dogmática del Derecho civil. El pretendido rigor de las normas administrativas se descubrió, en su verdadero significado, como un favor concedido al obligado, estimando la justicia de exención de responsabilidad en cuatro situaciones excepcionales enumeradas por el artículo 42 del Pliego de 1903, Sentada esta tesis, que más adelante se palía, contemplando normas jurídico-privadas más atentas a la justicia que al riguroso artificio dialéctico (Dig. 50, 16, 5, 1; C. c. port. arts. 1.377-8; Cód. de Napoleón, arts. 1.788-91; C. c. italiano de 1865, arts. 1.635 y 1.637; nuevo C. c. italiano, art. 1.673; B. G. B. prgr. 644; C. suizo de obligaciones, art. 376; Partidas, ley 21, tít. XXXII, Part. 3.^a; C. c. español, artículo 1.590), procede el expositor a encontrar las razones de semejante trato a favor concedido en el Derecho público al contratista de obras en dos motivos: común el primero con el Derecho privado, inspirado en la equidad, y específicamente administrativo el segundo, apoyado en la doctrina del servicio público.

En la última parte del artículo, se examina el problema de la fuerza mayor, distinto, aunque tantas veces implicado en él, del ya tratado principio de riesgo y ventura. Demuestra el señor Enterría cómo tampoco en este lugar se consagra una particularidad, especialmente rigurosa, frente al Derecho común. La argumentación empleada se funda, desechando por inaplicable el artículo 42 del Pliego, en el juego de su art. 55, que pena al contratista moroso con la pérdida de la fianza, con el 1.100 del Código civil, puesto que los plazos para las obras deben entenderse como esenciales en el sentido del número 2 del citado precepto de nuestro Código y de su artículo 1.183, que sienta una presunción de culpa en el contratante que no cumpla la prestación prometida, al igual que el Pliego, según cuyo tenor se pueda admitir prueba de inimputabilidad (presunción "iuris tantum") en beneficio del contratista.

Aspectos del Derecho Administrativo agrario en Francia. El "Remembrement" o concentración parcelaria.—Alberto Ballarín.

Como el propio autor señala, el interés de esta crónica abraza ambos campos, público y privado, del Derecho. Tras una síntesis histórica de las instituciones del Derecho agrario francés, hace el articulista un es-

tudio del "Remembrement", que sitúa como destacado ejemplo de producto racional y científico, abonado por preocupaciones económicas y sociales de la evolución legislativa. Citando a Schmerber, define la institución que nos ocupa como una operación de expropiación por causa de utilidad pública, y, si bien, de "lege data", señala a la propiedad como objeto de tal expropiación, admite la posibilidad, que se esboza como tendencia en algún texto positivo, de que, inviolada la propiedad, se expropie la explotación. Los determinantes económicos del "Remembrement" son la parcelación (distinción de zonas adscritas a la titularidad de un solo propietario) y el fraccionamiento (minifundios de explotación no económica). El ideal perseguido tiene marcado tinte social, por cuanto se propende a la explotación familiar, siendo esta una de tantas instituciones en que plasma la preocupación del legislador francés, que protege a la familia.

Tras la prolija enumeración de las operaciones que el "Remembrement" comprende y de los órganos competentes para su realización, examina el señor Ballarín las instituciones afines ("reorganization-foncière", la concesión, expropiación y confiscación de tierras abandonadas e incultas y los cambios amigables), para concluir su artículo subrayando el significado del "Remembrement" como una nueva concepción del Derecho de propiedad que se apunta a través del Derecho agrario de Francia. Constituye este final la aportación más interesante del artículo.

Las nuevas instituciones francesas representan la abdicación y renuncia de su tradicional liberalismo, para significarse en el camino nuevo que define al "deber de la propiedad" como una sagrada misión de su titular, cuyo cumplimiento apareja una compensación económica. De esta concepción, se desprende la facilidad con que pudieran operarse expropiaciones y confiscaciones, frente a los desertores de su deber; la indemnización es, desde esta perspectiva, un derecho que la comunidad ejerce, permutando (indemnización "in natura") el objeto del deber de su antigua propiedad. No podían faltar voces de protesta, los últimos testimonios de la liquidación liberal, que acusen a la tendencia nueva de destructora del Derecho (Ripert, *Le Declin du Droit*) o que, por escrúpulos teóricos, de juristas puritanos (René Savatier) tiemblen pensando que se derrumba el edificio de los antiguos dogmas.

* * *

NÚMERO 3.—Acaso no fuera error denominar libro a este tercer número de la "Revista de Administración Pública". Con él, concluye, bien cumplido su primer año de vida y celebra el aniversario cubriendo muy dignamente uno de los más acusados vacíos que presentaba nuestro Derecho público, al dedicar, casi íntegramente, un abultado volumen de más de quinientas páginas, al tema monográfico de las empresas públicas. La oportunidad indudable del tema y la objetividad con que ha sido tratado, explican sobradamente el éxito con que han sido acogidos en todos los sectores por alguna razón propicios.

La extensión del número y el carácter público connatural al tema dificultan, en grado sumo, la selección de artículos que pudiera hacerse conforme al criterio apuntado de vecindad con el Derecho civil. Sírvame esta

razón para intentar una visión de conjunto del número entero. Se inicia éste con un artículo del señor García-Peayo, sobre los supuestos y consecuencias de la socialización en que puntualiza y distingue los conceptos con que se opera a lo largo de la monografía, y señala las razones sociológicas que han conducido al Derecho al trance internacional de elaborar la técnica jurídica de las llamadas nacionalizaciones de empresas. Estudia después las consecuencias de este proceso, denunciando el peligro con que amenaza al hombre la corriente colectivizadora de anular las viejas coordinadas psico-espirituales que le situaban en el régimen individualista. Por último, analiza los motivos políticos y sociales causantes de esta tendencia, para acabar señalando sus consecuencias sociales, entre las que destaca la burocratización progresiva.

El señor Sánchez Agesta estudia la tutela política con que el Estado afecta a la economía privada y la intervención directa de la Administración en campos antaño reservados a la iniciativa particular, en su trabajo "Planificación económica y régimen político". Pone el autor de manifiesto que la influencia de las llamadas corrientes socialistas, han tenido en la estructuración de la política jurídica presente, a la que denomina de planificación, eslabón final en la cadena fomento-proteccionismo-intervencionismo económico y planificación. En el desarrollo del artículo, presta preferente atención a las que denomina condiciones político-económicas sobre las económico-políticas y, citando a Hauriou, distingue entre poder político y poder económico, calificando a este último de específicamente peligroso (poder de arruinar o enriquecer) que, en definitiva, viene siempre atribuido a los hombres de carne y hueso, aunque, en el caso de máximo peligro para la seguridad individual, se hallen investidos de las atribuciones de funcionarios públicos, con la secuela de la máxima concentración de poder en manos de una clase reducida, la nueva clase de los titulares de la función pública.

En varios artículos late este recelo hacia los gestores de la economía nacionalizada, observándose repetidamente las taras humanas—que suelen olvidarse al plantear ingenuamente el tema de los órganos de la Administración, desnudo de humanas pasiones y bajos egoísmos.

Al estudio económico de la empresa pública, matizado de referencias históricas, del profesor Andrés Álvarez, le sucede el más extenso trabajo de la Revista, el publicado por el señor Villar Palasí, bajo el título "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo". Desde el punto de vista jurídico, merece ser destacado este magistral artículo, en que se aborda y resuelve con genial habilidad el replanteamiento que el Derecho Administrativo requiere, para servir las necesidades del Estado contemporáneo.

Con su habitual maestría, el señor Villar Palasí se detiene ante el concepto de la policía y del servicio público y, con gran documentación y notable originalidad, amplía o reduce márgenes, ratifica o rectifica criterios, hasta depurar los conceptos, cuya validez asienta al cabo de una crítica fecunda. Se detiene, más tarde, en la consideración de la gestión económica administrativa, insistiendo, después, en las denominadas formas empresariales administrativas, de las que hace reelaboración y estudio

exhaustivos. Por último, da a conocer en una síntesis rápida que le sirve de colón, la organización y estructura de las empresas afectas al Instituto Nacional de Industria.

Desde la perspectiva fiscal, se estudia el tema de la socialización de la inversión, en el trabajo del señor Fuentes Quintana, abundante en datos y gráficos, con un comentario especialmente extenso de la teoría de Keynes y una refutación final a la crítica que Clark, entre otros, hiciera de las nuevas instituciones fiscales.

Los reflejos que en el ámbito jurídico-privado ha provocado la política de nacionalizaciones, constituye el objeto del artículo de Piero Verrucoli: "Consideraciones jurídico-mercantiles sobre las empresas en mano pública". Estudia en él las empresas públicas y las sociedades mercantiles públicas, en las que la publicidad atañe tan sólo al sujeto, que es un ente público.

Otro de los artículos de mayor interés entre los que integran este número 3.º es el debido al profesor Federico Rodríguez, "Aspecto social de la nacionalización". Representa un examen ponderado y objetivo de la repercusión social que comporta todo el problema de la socialización; inspirado fundamentalmente en las normas de la Iglesia al tratar el tema, significa su aportación el punto de vista netamente católico en el examen del problema común. Hace un minucioso examen de todos los argumentos en favor y en contra del capitalismo y de las nacionalizaciones, para concluir admitiendo parcialmente la necesidad y conveniencia de la política nacionalizadora, sobre todo en el ámbito económico donde el capital privado no encuentra estímulo suficiente para llevar a cabo la inversión. No ve el profesor Rodríguez claramente las tan pretendidas ventajas que el trabajador pueda disfrutar en una empresa pública, y detenidamente pasa revista a los casos reales que hoy tan prolíficamente ofrecen casi todos los países del mundo. Termina su artículo parodiando las palabras de Carlos Marx, refiriéndolas al sistema de las nacionalizaciones y, en general—dice—nacionalizar es destruir, y contribuye a consolidar la tiranía estatal. Únicamente en el sentido de que por el camino de las nacionalizaciones puede quedar abierto el paso del hombre a la prosperidad—termina diciendo el articulista—en sentido estrictamente conservador, voto en favor de las nacionalizaciones.

No pudo dejar de tratarse en tan documentado examen el aspecto internacional que las nacionalizaciones llevan consigo. Los recientes hechos suscitados por la pretendida nacionalización del petróleo persa abonan el interés del artículo del señor Millaruelo, en el que se plantea el problema de la nacionalización en el doble sentido que concurre en el caso del petróleo persa: nacionalizar en el sentido de hacer propiedad del Estado, y nacionalizar en el sentido de hacer pasar la propiedad a manos nacionales de manos extranjeras. Acaba su artículo estudiando las relaciones en las nacionalizaciones, impuestas por una política intervencionista y la internacionalización espontánea, a la que se ha llevado en distintos momentos por el sistema de los trusts y de los cartels internacionales.

Para el señor Murillo, la racionalización es el procedimiento de que

vuelva al Estado el poder que de su seno se desgajó, pues como dice en su artículo "El poder económico", el excesivo afán con que el capitalista viene persiguiendo la riqueza, mejor pueda calificarse como ambición de poder que como afán de lucro.

Cerramos esta reseña aludiendo al artículo del señor Fueyo, que con la claridad en él habitual, estudia la nacionalización como instrumento socialista en el artículo así titulado, donde opera sobre los resultados que ofrece el actual régimen político inglés, si bien no confunde el laborismo con el socialismo. Se apunta en el referido artículo la reacción a que ahora está asistiendo Inglaterra frente a los viejos criterios tradicionalmente liberales para acudir al principio de autoridad, intrínseca con el ordenamiento colectivista.

Manuel VILLAR

SACCO, Rodolfo: "La Buona Fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto Privato." Universidad de Turín. Memorias del Instituto Jurídico. Giappichelli, Editore. Turín, 1949; 293 páginas.

Es un completo estudio de la materia. Se divide en tres partes: La primera dedicada a los problemas generales de la buena fe; la segunda, al estudio de los casos particulares en que el concepto de la buena fe entra en juego, y la tercera, a modo de conclusión, formula unos principios generales sobre el tema.

El difícil concepto de la buena fe se estudia, en la segunda parte de la obra y en capítulos sucesivos, con referencia al matrimonio putativo; en el caso de concepción de hijo incestuoso; la buena fe del *accipiens* en la *solutio indebiti*; la buena fe del deudor, en caso de pago hecho a un tercero; la buena fe en la posesión; en la adquisición *a non domino*, la adquisición de buena fe por una persona jurídica cuyo acuerdo ha sido tomado de modo irregular; la enajenación, hecha de buena fe, por parte del *non dominus*; la buena fe *in contrahendo*; la mala fe en los casos de declaración falsa y reticencia; la buena fe del destinatario; la enajenación de buena fe de cosas no propias y su influencia en las relaciones entre adquirentes y enajenantes; la adquisición de buena fe *a non domino*, con referencia al vínculo entre adquirente y el enajenante; la buena fe en la *acceptio* de cosas que no son del deudor (relaciones entre acreedor y *solvens*); la buena fe del acreedor cambiario en caso de excepciones basadas en elementos extracambiarior; la buena fe en las alteraciones de domicilio y residencia; la buena fe del árbitro y algunos otros casos. También se examina el concepto de la buena fe en sus conexiones con el error vicio y el error obstativo; el caso del *falsus procuratur*; el error del *solvens* en el pago de lo indebido; la ignorancia de los estatutos de una persona jurídica; la ignorancia de un hecho subjetivo con influencia en el cómputo de un término; el conocimiento como hecho conculyente (por ejemplo, casos de los arts 590 y 799 C. e. it.); etc., etc.

Como conclusión de su obra, Sacco estima que los problemas surgidos respecto a la buena fe se refieren a la unidad del concepto; a su natu-

rakza intelectual o volitiva; a su identidad o diversidad respecto al error; a sus relaciones con el estado de duda; a la relevancia del error de derecho; a su influencia en la noción de culpa, y, por último, a las consecuencias del propio concepto de la buena fe. Del examen analítico de los casos antes reseñados surge, a juicio del autor, la conclusión de que la buena fe es, antes que nada, un hecho intelectual, a pesar de las dudas que hasta ahora se habían presentado en este punto. La estrecha semejanza entre las instituciones que el legislador engloba dentro de la buena fe y aquellas otras que denomina error o ignorancia, permite, sin más, introducir la teoría de la buena fe dentro de la de los hechos intelectivos y afirmar que la mala fe no tiene ninguna característica peculiar. En la distinción de los hechos psicológicos, el legislador acepta una simple dicotomía: mala fe (conocimiento), buena fe (ignorancia o error). Está clara también la identidad entre ignorancia y error. Y por ello, ha de excluirse la influencia autónoma de la duda (o ignorancia absoluta); el uso del término Ignorancia podría hacer suponer que la duda—que es un tipo de ignorancia o, más bien, ignorancia en el sentido estricto de la palabra—se equipara al error. Realmente, ignorancia equivale, en algunos textos positivos, a ignorancia en sentido estricto (art. 907 C. c.). Sin embargo, el legislador pudo haber sido más explícito.

De la letra de la Ley y del análisis de algunas instituciones puede concluirse la identidad de trato entre error de hecho y error de derecho.

En líneas generales, puede comprobarse que el viejo problema de la relevancia de la culpa se resuelve por el legislador italiano de modo armónico. La culpa se considera conceptualmente distinta de la mala fe (artículos 535, 1.147, C. c.); no puede probarse ni en un solo caso que el legislador haya vinculado a la culpa efectos desfavorables de modo explícito. Todas las normas que regulan el fenómeno de la culpa pueden ser interpretadas literalmente; la explicación de cada una de esas normas se reduce a uno de los criterios siguientes: a) criterio de la relevancia de los hechos objetivos en los que se apoya la buena fe, o de la apariencia o de la carencia de culpa del sujeto de buena fe. Este criterio regula, entre otros, el caso del pago del acreedor aparente, la posesión y adquisición *a non domino*, la adquisición del *falsus procurator*, la ignorancia de las alteraciones del estatuto social, la culpa *in contrahendo*. Criterio que en la mayoría de los casos predomina y sirve al legislador para privar de tutela a aquel que yerra sin fundamento plausible. b) Criterio de la graduación de la tutela, según la respectiva importancia de los intereses en juego, que tiene su aplicación más evidente en el caso del art. 1.367 del C. c. c) Criterio de la tutela de la buena fe, aunque sea inexcusable, que tiene aplicación, sin excepciones, en todo el campo, y sólo en el campo del Derecho de familia (matrimonio putativo, concepción de hijos incestuosos, *falsus procurator* en caso de matrimonio por representación). d) Criterio de la protección en todo caso al enajenante de buena fe y a título gratuito, frente al adquirente, criterio dominante en el campo de la responsabilidad por evicción y por vicios en los negocios jurídicos a título gratuito. e) Criterio de la relevancia de la buena fe, aun temeraria, cuando la mala fe del sujeto implica un agravio importante de la

responsabilidad del sujeto y la otra parte está protegida equitativamente aun prescindiendo de la influencia de la mala fe; caso, por ej., de los artículos 936 y siguientes C. c. f) Criterio de la influencia de la buena fe, incluso temeraria, cuando la relevancia de la mala fe no se establece en perjuicio del sujeto que la tiene (p. ej., art. 1.349, 2, C. c.) ni en favor de otro interesado, sino sólo con el objeto de castigar la mala fe. g) Adopción del criterio usual en materia de hechos ilícitos o negociables, cuando la mala fe constituye elemento integrante de la ilicitud de un hecho concluyente que el legislador toma en cuenta para poner a cargo del sujeto las consecuencias del acto. En opinión de Sacco, aun dentro del desorden de las diversas normas, no falta en el Derecho italiano un sistema armónico y sensato.

Andrés DE LA OLIVA DE CASTRO

SAURA JUAN, José: "Suspensión de pagos". Madrid, 1951; 151 páginas.

La Ley de 26 de julio de 1922 sobre suspensión de pagos es glosada en este libro con una intención práctica. Su autor, Secretario de la Administración de Justicia, se ha propuesto ese fin al dar a la imprenta esta obra, cuya sustancia se halla en los comentarios que siguen a cada artículo de dicha ley.

Para ello ha seguido la vía de recopilar sus experiencias prácticas en el campo del procedimiento y engarzarlas con la doctrina jurisprudencial y con las disposiciones concordantes del Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento civil. El resultado es una serie de atinadas observaciones, alguna vez más cerca del *usus* que de la *mens legis*, lo que en cierto modo viene impuesto por las dificultades técnicas de la ley apostillada y de su puesta en contacto con las otras normas mercantiles y procesales, hábilmente incrustadas en el texto, junto con el testimonio de la jurisprudencia. Unido a un método claro y a una exposición sencilla y ajustada que deliberadamente huye de las elucubraciones teóricas y de los juicios valorativos.

Añade, ya sin comentario, las normas referentes a la suspensión de pagos y quiebras de las Compañías y Empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, constituidas por las disposiciones del Código de comercio, las Leyes de 12 de noviembre de 1869, 9 de abril de 1904 y 2 de enero de 1915 y la jurisprudencia que a ello se refiere. A continuación, las Circulares del Fiscal del Tribunal Supremo de 16 de noviembre y 13 de diciembre de 1922, el Real Decreto de 10 de noviembre de 1924, sobre cualidad que han de reunir los Interventores en las suspensiones de pagos, cuando ésta se solicite por persona o entidad que esté dedicada a cualquier clase de operaciones de seguros, como aseguradora o reaseguradora, y el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, sobre nombramiento de jueces especiales civiles para la sustanciación de juicios universales, cuando por su cuantía o número de interesados sean necesarios.

J. M. D.

TABORDA FERREIRA, Vasco: "A nacionalidade". Lisboa, *Jornal do Foro*, 1950; 256 páginas.

El Dr. Taborda Ferreira, que forjó primero su personalidad de jurista trabajando en el terreno básico del Derecho civil, pronto se adentró decididamente en el campo del Derecho internacional, ofreciéndonos ahora un libro sobre el tema central de la nacionalidad, tan sugestivo como el que no hace muchos años escribió sobre la causa de los negocios jurídicos (1).

La obra que hoy reseñamos interesa al civilista bajo dos ángulos vitales: cual ensayo de una curiosa directriz metodológica y como estudio de la naturaleza jurídica de la nacionalidad.

Resulta en extremo difícil matizar con pocas palabras la postura epistemológica del autor. Si se me preguntara en qué consiste la médula de su contribución a la problemática del método jurídico, diría que en un personalísimo ensamblaje de los criterios realista, fenomenológico, existencial y pragmático, incluso. No es que T. F. prescindiera de los principios o no haga caso de los conceptos, sino que los adapta, utiliza o crea en la medida que tienen como substrato la realidad social, el común sentir, la existencia jurídica..., todo ello—claro está—tal como se presenta subjetivamente a los ojos del investigador.

Taborda Ferreira trata así de abrir nuevos horizontes al viejo Derecho internacional. Audaz y revolucionario intento que, como tal, debe ser acogido con simpatía, aunque también con la prudente reserva suscitada por toda actitud iconoclasta.

La juridicidad del Derecho de gentes de nuestros conspicuos Vitoria y Suárez sale malparada. Según T. F., el Derecho internacional es un "complejo normativo" sustancialmente idéntico al Derecho estatal, pero falto de la coacción organizada propia del verdadero concepto de Derecho.

El fallo metodológico salta a la vista. Preocupado por la búsqueda de una solución realista que se conforme con la vida, T. F. toma como punto de partida para elaborar el concepto del Derecho la realidad estatal, con lo que cae en un manifiesto apriorismo. Siguiendo el mismo camino podría haber trazado un concepto de lo jurídico diferente—más omnicompreensivo—, contemplando la realidad supraestatal.

Creo que no hay dudas de que el Derecho internacional es verdadero Derecho, porque—como entienden los más—éste no exige necesariamente la nota de coacción que es momento secundario, no esencial (2). Por eso el Derecho natural es auténtico Derecho, lo mismo que el internacional que encuentra en él su fundamento (3).

Las páginas más salientes y mejor logradas del libro de Taborda Ferreira son, a mi juicio, las dedicadas a la construcción del Estado. Originalísima es la concepción adoptada por el autor, así como el camino seguido para llegar hasta ella.

(1) *Da causa dos actos jurídicos*. Lisboa, "Jornal do Foro", 1946.

(2) Por todos, cfr. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed. Madrid, 1949, páginas 50 y sigs.

(3) V. RODRIGUES QUEIRÓ: *O fundamento do Direito internacional*, en "Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra", 1948, págs. 294 y sigs.

Haciendo uso de un concepto jusprivatista, convenientemente acoplado a la diversa realidad que trata de comprender, configura el Estado en su acepción restringida como una fundación dotada de personalidad jurídica que, aparte de los administradores (gobernantes y funcionarios), no abarca la totalidad del elemento humano cuyo bien común sirve.

Resplandece aquí de nuevo la postura realista—antes, diría yo, pragmática—del autor, pues, s.n. duda, para el hombre sencillo de la calle el Estado es algo ajeno al mismo, que recorta su libertad y le exige impuestos.

Pero dije al principio que para nosotros, civilistas, lo más interesante de la obra de T. F. es, aparte del método de trabajo, su concepción bifronte de la nacionalidad.

Según el autor, el fenómeno de la nacionalidad origina dos realidades normativas, dos institutos diversos y autónomos, de contenido y sentido diferentes: uno existente a la luz del Derecho interno, otro en faz del complejo normativo internacional.

En el Derecho interno, la nacionalidad surge como la relación jurídica constitucional que se establece entre la persona Estado y las personas que, según ciertos índices legales, prosiguen con suficiente grado de intensidad el bien común por aquélla realizado.

En el Derecho internacional la nacionalidad surge como la relación normativa universal que tiene por objeto el poder funcional y espiritual de cada Estado sobre las personas consideradas como nacionales por el respectivo Derecho interno.

Estas son las conclusiones más sabrosas de todo el brillante estudio de T. F., conducido con admirable forma expositiva y originalidad de pensamiento. Su tesis podrá, tal vez, parecer a alguien atrevida, pero lo cierto es que se halla bastante madurada y, salvo algún punto en que falla un tanto la eficacia de la demostración, deberá ser tenida muy en cuenta en los ensayos que en lo sucesivo se hagan sobre el tema siempre difícil de la nacionalidad.

Juan-Bautista JORDANO

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

ANGEL, Marc: "La reforma del Código civil". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Uruguay), 1, 1951; págs. 9-21.

A pesar de la reputación y prestigio que en Francia tiene el Código civil, existen razones que justifican su reforma. Unas de orden técnico, ya que al margen del Código han surgido y viven una serie de leyes especiales; la Jurisprudencia también ha realizado una importante labor. Por razones de política legislativa, es necesario una reforma o revisión, ya que el Código civil fué hecho para una Sociedad que actualmente ha desaparecido.

De los dos sistemas para una revisión, el confiar a una sola persona la preparación del proyecto de Código o confiarlo a una Comisión numerosa, el Decreto de 7 de junio de 1945 escogió un sistema intermedio, encargando de esta labor a un grupo de doce juristas. Por el momento, la Comisión sólo ha resuelto algunas cuestiones del Derecho de obligaciones y del Derecho de familia, y es de advertir cómo su máxima preocupación estriba en establecer un equilibrio entre las modificaciones que son necesarias y la tradición que desea respetar.

COLOMER MARQUES, Claudio: "El abuso de la ley". Revista Jurídica de Cataluña, 2, 1951; págs. 142-156.

Entiende que existe "abuso de la ley", cuando las disposiciones legales por su número y oscuridad hacen imposible un régimen de libertad educada; cuando la existencia de normas diversas sobre una misma cuestión abre caminos a la arbitrariedad; cuando las leyes son sustituidas con tanta frecuencia que únicamente rigen en su momento inicial y negativo de lucha contra normas y hábitos jurídicos anteriores sin cristalizar en un orden que se haga patente a la conciencia social; cuando se prescinde en la redacción de las disposiciones legales de conceptos claros y definidos, aceptados unánimemente por la ciencia jurídica, que permitan la aplicación de la ley, por analogía a situaciones sociales nuevas, no pre-

vistas por el legislador, y, por último, en los casos en que se dictan nuevas leyes que obedecen a circunstancias transitorias de partido político con las cuales se buscan tan sólo los efectos ante la opinión pública.

D'ORS, Alvaro, y BONET CORREA, J.: "En el centenario del proyecto Isabelino de Código civil". *Información Jurídica*, 96, 1951; págs.483-498.

Constituye el artículo un estudio acabado del proyecto de Código civil de 1815, en el cual destaca la maestría con que sus autores actualizaron las instituciones; su labor no se redujo tan sólo a salvar anacronismos, eliminar contradicciones o corregir las decisiones en nuestros Cuerpos legales, sino al establecimiento de otras nuevas, tales como la autoridad paterna del hijo sometido a patria potestad, la radicalidad en ciertos preceptos respecto de la legitimación y reconocimiento de hijos naturales, la prohibición de la investigación de la paternidad. Supone la transición de las colecciones a la codificación racional y sistematizada. Los trabajos posteriores hasta la publicación del Código civil lo han de tener en cuenta necesariamente como modelo imprescindible, tanto por la superación realizada como por el fundamento de sus principios, siempre, claro está con las variaciones que la experiencia había aconsejado, según se hizo constar en la Ley de Bases para la elaboración del Código civil vigente.

DUALDE GOMEZ, Joaquín: "El fraude de acreedores, ¿es un caso de fraude a la Ley?". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1951; páginas 272-284.

Se formula el autor la inquietante pregunta de si puede producirse un fraude de acreedores en términos que no exista fraude de la Ley. Su contestación es negativa, y dice rotundamente "para que un acreedor sea defraudado, precisa que la asaltadora maniobra asalte también a la Ley". Motiva el artículo un pleito que giraba en torno del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y el número 4 del artículo 37 del mismo Cuerpo legal, y cuya cuestión jurídica básica estaba en señalar si determinada donación de un usufructo se había hecho o no en fraude de acreedores. Por los argumentos citados, parece que la Sala de Instancia no tuvo en cuenta preceptos tan fundamentales como los 643, 1.291 y 1.294 del Código civil, todos ellos acordados en que hay que probar la insolvencia antes de ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores; ya que es absolutamente imposible ante la enajenación de un deudor decir que es fraudulenta o que no lo es, sin conocer y estimar el valor del patrimonio que le resta, compararlo con el importe del crédito que pesa sobre él y determinar si hay saldo favorable o contrario, todo eso en juicio declarativo.

FERNANDEZ VIVANCO, Guillermo: "Registro Civil. ¿Se debe hacer constar el nombre de la madre en las inscripciones de hijos ilegítimos hechas por tercera persona?" *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 159, 1951; págs. 1-6.

Aclara, en primer lugar, lo que debe entenderse por tercera persona, diciendo que son tales todas aquellas que pretendan la inscripción, distintas de los padres, aludidas por los números 3.º y siguientes del art. 47 de la Ley, como obligados a inscribir en defecto de éstos.

Tras examinar los art. 132 del C. c. y 51 de la Ley, estima: que debe hacerse constar en las inscripciones de nacimiento de hijos ilegítimos el nombre de la madre cuando sea conocida y la inscripción no se haga por el padre, pues a éste se lo prohíbe expresamente el art. 132 del Código civil, que aun en caso de vigencia del párrafo segundo del art. 51, el hacer constar el nombre de la madre no constituye más que una infracción de dicho precepto, no sancionable conforme al art. 132 del C. c., sino a tenor del art. 8.º de la Instrucción de 19 de noviembre de 1872; y que en estas inscripciones debe tener muy en cuenta el orden de personas obligadas a inscribir establecido en el art. 47 de la ley, a fin de que la inscripción se haga, a ser posible, por alguno de los padres.

GUARESTI, Juan José: "El Derecho y la circunstancia social". *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 3, 1950; págs. 359-383.

Publicada como trabajo, fué el tema de una conferencia del propio autor.

El trabajo lo divide en las siguientes partes: el Derecho y la historia; la lucha por el Derecho; el Derecho y la Economía; el Derecho y el tiempo de su realización; los derechos substanciales; la circunstancia social y la libertad corporal; el derecho al consumo; el derecho de propiedad; el equilibrio contractual; lo ocasional y lo permanente; las necesidades humanas y su influencia en la estructuración jurídica de la sociedad, y por último, la interpretación de la ley.

M. JUSTO, Alberto: "El Derecho comparado en el panamericanismo jurídico". *La Ley*, 62, 1951; págs. 1-3.

En el plano jurídico social las manifestaciones más evolucionadas del panamericanismo acaban por convencer a los abogados de que no lograrán contribuir al desarrollo de un espíritu de mutua comprensión entre los pueblos viviendo aislados de sus colegas de las Américas. La necesidad de estudiar el Derecho extranjero impulsará las investigaciones comparativas hacia una moderna disciplina de contornos definidos y científicos plasmada en la evolución jurídica y social. La comparación es para el jurista no sólo medio para conocer mejor su propio derecho, sino igualmente el mejor método para comprender el Derecho extranjero. El juris-

ta se vale del derecho comparado no sólo por la pura satisfacción de conocer otros sistemas jurídicos y comprenderlos, sino atendiendo fundamentalmente a su fin principal, es decir, reglar y mejorar la conducta de los hombres.

MENEU, Pascual: "Derecho comparado y Derecho internacional". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, 1951; págs. 157-173.

La importancia y necesidad del Derecho comparado, aunque, a juicio del autor, la expresión no sea exacta, se deducen de la atención cada día mayor que a sus estudios se prestan. Su conocimiento es básico para apreciar el progreso del Derecho; y la rapidez de comunicaciones un mayor intercambio comercial entre los pueblos, plantean la necesidad de estudiar las legislaciones que rigen en cada uno de ellos. El Derecho comparado es indispensable para que el legislador llegue a la formulación de sus normas de colisión y el juez pueda más tarde estar en condiciones de aplicarlas correctamente. De ahí que el Derecho comparado sea buena piedra de toque para contrastar el valor y utilidad de las teorías del Derecho internacional privado, aparte de que en los casos en que sea aplicable un Derecho extranjero, no pueden tratarse ni resolverse con garantías de acierto las cuestiones planteadas sin conocer al menos los principios fundamentales y algunas nociones del sistema.

PIETRI, Alejandro: "Prescripción de los honorarios médicos". *Revista de Derecho y Legislación*". 473-475, 1950; págs. 221-235.

El artículo 1.982 del Código civil de Venezuela señala como plazo de prescripción de los honorarios médicos el de dos años, *corriendo el tiempo desde el suministro de éstos*, y el artículo 1.983 preceptúa cómo corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios o trabajos. Hace un detenido análisis de lo dispuesto sobre la misma materia en los Códigos civiles francés, italiano, argentino, uruguayo y brasileño. A su juicio, en relación con el Código de Venezuela, no caben las discusiones que en otros Derechos se han producido en cuanto al momento en que se inicia el plazo para el cómputo, dado el precepto terminante citado.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: "Naturalización automática. Manifestación expresa de la voluntad de adquirir la nacionalidad. Opción tácita. Antecedentes patrios. Iniciativas y proyectos parlamentarios". *La Ley*, 62, 1951; págs. 1 a 4.

Constituye el artículo un examen de la legislación argentina sobre la materia, en el cual, tras un análisis de los antecedentes históricos para los cuales parte de la fecha de la Independencia, estudia la Constitución de 1826, las Constituciones provinciales, la Constitución de 1853 y la de Buenos Aires de 1854.

ROUBIER, Paúl: "La valeur et l'influence du Code civil au point de vue de la technique juridique". *Journal des Tribunaux*, 3891, 1951; páginas 213-220.

La "técnica jurídica", que distingue de la "política jurídica", tiene una triple función; en primer lugar, existe una técnica en la elaboración de la regla de Derecho; la segunda forma es la de interpretación de las reglas jurídicas y, por último, la técnica de la aplicación y de la realización del Derecho, que consiste en el reconocimiento de las condiciones según las cuales la regla jurídica debe ser aplicada.

Para su estudio importa, sobre todo, la consideración de la técnica jurídica en la elaboración de las reglas jurídicas, para poner de relieve los diversos medios puestos en acción para atender los fines de la política jurídica.

Prosigue su estudio, que divide en tres partes, ocupándose del formalismo y las categorías jurídicas en el Derecho del Código civil; el idealismo y los principios generales del Derecho en el Código civil, y, por último, el realismo y las instituciones concretas en el Derecho del Código civil.

SOTO NIETO, Francisco: "Normas generales para la inscripción fuera de plazo". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 162, 1951; páginas 1-8.

El art. 3.º del Real Decreto de 19 de marzo de 1906 contiene la declaración de que todos los actos del estado que, debiendo ser inscritos, no lo fuesen a su debido tiempo, podrán inscribirse siempre que la Ley del Registro Civil no exija para ello sentencia firme mediante un expediente, que se tramitará en el Juzgado Municipal.

Siguiendo la legislación vigente, el autor agrupa las normas aplicables según se trate de: actos acaecidos antes de regir la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870 o de actos acaecidos después de regir la Ley.

VERDROSS, Alfred: "A sistemática articulação do Direito e de Moral". *Boletim do Ministerio de Justiça*, 23, 1951; págs. 5-27.

La vieja cuestión de la relación entre Derecho y Moral es tratada por el autor partiendo de la afirmación de que el Derecho y Moral se encuentran necesariamente ligados entre sí; y esta unión se manifiesta fundamentalmente en relación con el Derecho internacional. Ahora bien; si Derecho y Moral se encuentran indisolublemente ligados, e to no significa que sean idénticos; ambos conservan su individualidad; el Derecho, en su dimensión positiva, depende de ciertas normas morales. Este sector de la Moral recibió una denominación propia: Derecho Natural. En él se debe distinguir rigurosamente los principios rectores del Derecho Natural de los principios secundarios, resultado de su aplicación a las diversas circunstancias.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

ANONIMO: "Cession, licence et copropriété des marques de fabrique".
La propriété Industrielle, Berna, LXVII, 3; págs. 48-49.

La cesión de las marcas de fábrica y la licencia para usar de las mismas firmas distintas a la que sobre ella tiene la propiedad, que se reserva su uso, y el hecho de la existencia de copropiedad sobre una marca, plantean algunos problemas, habida cuenta de la función diferenciadora que la marca tiene. Será necesaria una igual calidad de los productos para evitar el engaño del comprador, para lo que el cesionario tendrá que precaverse. En los países en que el derecho a la marca deviene por el uso y no por la inscripción, en el registro es necesario prever que el uso de la marca, por él autorizado será considerado hecho por el titular mismo. Caso de usar en común una marca varias firmas, reservándose la distribución de los productos en países distintos e invadiendo posteriormente los mercados de las demás firmas, no hay realmente engaño público, pero sí infracción del acuerdo.

BENEDICENTI, Mario: "Combinazione nuova di mezzi noti e risultato industriale". Rivista del Diritto Commerciale, XLIX, 1-2, part. II; páginas 55-65.

Estudia, a propósito de una sentencia del Tribunal de Milán, los requisitos necesarios para que pueda decirse que hay invención y que no existe defraudación en un producto industrial obtenido con medios ya conocidos, combinados de diverso modo a como existían ya en el mercado. Exige la novedad, originalidad y la posibilidad de utilización industrial.

BIELICH FLORES, Ismael: "Necesidad de simplificar los requisitos que se exigen para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmuebles". Revista del Foro, Lima, XXXVII, 6; págs. 668-674.

Plantea las dificultades existentes en la actualidad, partiendo de la realidad de dos regímenes distintos de propiedad en la legislación peruana, una "absoluta" y otra "relativa", que vienen a coincidir con la "inscrita" y la "no inscrita". Estudia cada una de ellas y la necesidad de exteriorización del derecho real en todas las fases de su existencia.

Examina sistemáticamente los artículos 1.044 al 1.052 del Código civil peruano. Y concluye con la necesidad de la inscripción obligatoria y la reducción de los plazos de inscripción.

DE BOOR: "Les photographies de cas cliniques; qui en est le propriétaire? Le Droit d'Auteur, Berna, LXIV, 3; pág. 35.

A propósito de una reciente sentencia del Tribunal de justicia federal, cuya solución es favorablemente acogida por el autor, estudia sus fundamentos jurídicos. Las fotografías de casos clínicos realizadas con elementos que pertenecen a la comunidad de la ciencia alemana se atribuyen al facultativo que las mandó elaborar y no a la entidad sanitaria en la que prestaba sus servicios. Encuentra la justificación en el hecho de que la fotografía resulta un objeto nuevo, cuya propiedad pertenece a aquel que lo produjo. Otro problema distinto se da en el caso de conflicto de propiedad con el paciente. La fotografía pertenece a la persona o entidad que la mandó producir, aunque al paciente le queda siempre la facultad de servirse de ella, devolviéndola a su propietario.

DE BOOR: "Droit d'auteur et inventions nouvelles: microscopie, magnetophone". Le Droit d'Auteur, Berna, LXIV, 3; págs. 29-34.

El progreso que la fotocopia y el microfilm supone para la humanidad y la enorme aplicación que la postguerra le depara en la reconstrucción de las bibliotecas desaparecidas, de fácil obtención de obras y revistas extranjeras y ahorro de divisas, trae en el campo del Derecho graves preocupaciones, ya que los derechos de autores y editores corren el serio peligro de su fácil violación y la microcopia les resta posibilidades económicas. Estudia las diferencias entre la edición impresa y la microfilmada. Y las consecuencias jurídicas y medidas de protección que deben adoptarse, ya en los diferentes países, ya como medidas de protección que deben adoptarse, ya en los diferentes países, ya como medidas de tipo internacional. El mismo estudio, en una segunda parte, dedica a la reproducción magnetofónica.

DE BOOR: "L'adaptation de la législation allemande sur le droit d'auteur a la Convention de Berne révisée en dernier lieu a Bruxelles". Le Droit d'Auteur, Berna, LXIV, 3; págs. 34-35.

Plantea la cuestión de la medida en que es necesaria una modificación en la legislación federal alemana para acoger las conclusiones de la Conferencia de Bruselas, aun cuando la República federal no estuvo representada en la Conferencia. Doctrinalmente señala los caminos a seguir con ejemplos concretos de diferente solución, preferible en unos

casos la de la Conferencia y en otros la del ordenamiento alemán. En general, el nuevo texto no plantea serias dificultades de adaptación. El llevarla o no a cabo es una cuestión política a decidir por las autoridades federales.

ELGUERA, Eduardo R.: "Evolución de la propiedad privada en Roma". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires*, V, 21-22; págs. 1143-1174.

El autor demuestra a lo largo de un estudio concreto de cada forma de la propiedad en sus tres épocas: quiritaria, clásica y justiniana, como la idea del dominio quiritario absoluto, perpetuo e irrevocable; comienza en la época clásica una evolución producida por influencia del derecho provincial, que tiende a sustraerlo del principio del interés individual y someterlo al de la primacía del bien común. Se acentúa con el nuevo concepto de vida del Cristianismo y llega a su última etapa con caracteres distintos a su iniciación: limitándose conforme a los fines económicos de la cosa y a las necesidades sociales.

FORNS, José: *Le droit de propriété intellectuelle dans ses relations avec l'intérêt public et la culture*". *Le Droit d'Auteur*, Berna, LXIV, 3; páginas 25-28.

El derecho de autor y su reconocimiento vienen impuestos por las exigencias de la civilización y del progreso. De aquí la variación jurídica que los nuevos medios técnicos imprimen a su ordenación. Estudia su escasa importancia antes de la aparición de la imprenta y el giro que este fenómeno le imprimió. El Estatuto de la reina Ana de 1710, como primer caso de protección legal. Los tres periodos en que puede dividirse su desarrollo legislativo: el de la legislación interna, el de las Convenciones internacionales y el de la legislación tipo internacional. Las dos orientaciones fundamentales en las legislaciones internas: la anglosajona y la latina. Las distintas Convenciones internacionales y Conferencias hasta la guerra de 1939. Y el interés nuevo que en la postguerra se ha impreso a este problema, sobre todo desde la fundación de la "Unesco" en 1945, que trae de nuevo la preocupación preponderante del interés público y la cultura. Los trabajos y orientación de este organismo hacen concluir al autor que se llegará, sobre la base de las leyes naturales, a un completo acuerdo universal.

GIMENEZ BAYO, Juan, y RODRIGUEZ ARIAS, Lino: "Valor jurídico de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra manuscrita". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril, 1951; págs. 280-284.

Se plantean los autores el interrogante de si constituye defraudación la nueva impresión de una obra musical y literaria, que se inscribió

cuando fué representada y no se reinscribió cuando fué impresa por su autor. De un estudio exegético de las obras españolas pertinentes deducen: que la obra solamente manuscrita está ya amparada por la ley española; que con mayor razón lo está cuando se publica de cualquier modo, por ejemplo, representándola en público, y se inscribe; que la eficacia jurídica de esta protección no varía cuando la obra se edita impresa, y entonces no es necesaria su inscripción, puesto que goza ya de la protección del Registro. Por tanto, el plagio de la edición constituye defraudación.

LEGON, Fernando: "El cariz dictatorial de la ley en el sector de los Derechos reales". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, V, 21-22; págs. 1441-1455.*

Divide el trabajo en dos partes. La primera, fase de síntesis o constructiva, aclara la terminología que ha de servir de base a la segunda. Para ello explica el contenido que atribuye al vocablo "dictatorial"; desecha la idea de orden público aplicada a las leyes y la sustituye por otro criterio basado en el modo de actuación de la ley según el cual esta puede hallarse en cualquiera de estos planos: el infra-plano, en el que la ley no actúa más que como supletoria en defecto de voluntad individual; el apud-plano, en el que la ley actúa a nivel de los protagonistas, generalmente inclinándose a favor del más débil; y el super-plano, en el que las leyes revisten dos categorías: la dictatorial absoluta cuando el cumplimiento de la ley interesa a toda la sociedad porque toca el fondo de sus mismos cimientos religiosos, morales, sociales, políticos y la dictatorial relativa en la que aún interesando también a toda la sociedad, es más flexible, pues la materia a que se refiere es puramente económica. En esta última categoría se desenvuelven los Derechos reales. En la segunda parte, fase de análisis o de confortación crítica, va aplicando estos principios a las disposiciones que interesan del Código civil argentino, ocupándose sucesivamente de las normas dictatoriales que considera oscuras, del anacrónico desmedro de lo dictatorial y de los casos en que plantea contradicciones irreductibles.

MENICA, Carlos G.: "Duración del derecho de autor en la Argentina y en el mundo". *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. XXVIII, 3; págs. 351-358.*

Después de diferenciar en cuanto a su duración el derecho moral y el pecuniario del autor, esquematiza el distinto plazo de protección de los derechos pecuniarios en los diferentes países. Estudia a continuación las medidas de protección internacional del derecho de autor, las distintas convenciones y los países a ellas adheridos. Finalmente concluye con una enumeración de las medidas que debe adoptar Argentina para la mejor protección de las obras de sus nacionales y las publicadas dentro de su territorio.

MENDOÇA LIMA, Alcides de: "A penhorabilidades dos frutos e rendimentos". *Revista forense*. Río de Janeiro. Enero, 1951; págs. 19-24.

La controversia acerca de la validez, en escritura de donación o en testamento, de la cláusula que declara pignorables los frutos y rendimientos de los bienes inalienables es la que determina este trabajo. El autor esboza las tesis doctrinales extremas y la intermedia y sigue la evolución en este punto de la jurisprudencia brasileña. Esboza el propio estudio del tema interpretando sistemáticamente todas las normas interesantes al efecto para concluir la solución de que la regla es la pignoralidad de los frutos y rendimientos de los bienes inalienables, con la excepción única de que el beneficiario los necesite para su subsistencia y la de su familia.

PEFREIRA RIOS, A.: "La hipoteca mobiliaria, ¿es inscribible en el Registro?". *Foro Gallego*. VIII, 72; págs. 581-587.

El artículo adicional de la Ley de 5 de diciembre de 1941 plantea la cuestión de si dicha Ley carece de efectividad hasta la publicación de la disposición complementaria que en él se anuncia o si puede aplicarse desde su promulgación. Sistematiza las opiniones a favor de la segunda solución, las objeciones que se le oponen y las salvedades que hay que contraponerles. Razona la propia solución. Y se enfrenta con la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de diciembre de 1950 (1) que declara aplicable a la prenda agrícola la Ley de 1917 por no haber entrado en vigor la de 1941 a falta de disposiciones reglamentarias exponiendo los problemas que dicha interpretación deja en carne viva.

PINTO COELHO, José Gabriel: "Regime jurídico dos inventos de empregados ou assalariados na moderna legislação portuguesa sobre patentes". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. LXXXIV, 2950 y 2951; págs. 2-6 y 17-20.

Se dará la reseña completa de este trabajo cuando termine su exposición.

RICCA-BARBERIS, Mario: "Condominio e nuove prese d'asqua". *Monitori dei Tribunali*. 15 de marzo de 1951; pág. 78.

El propietario horizontal de una casa vendida por pisos tiene el derecho a disfrutar de su propiedad en las mismas condiciones que en el momento de la transmisión. En este sentido su derecho se extiende no

(1) Puede verse en el ANUARIO, IV-1, págs. 293.

sólo a la cosa principal, sino también a las accesorias, cuya alteración modifica las condiciones de las cosas comunes, como calefacción central y agua corriente. Cualquiera de los copropietarios puede oponerse a estas variaciones, lo que supone la facultad de indagar la situación de estos elementos antes de la adquisición de su propiedad.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ GERMES, Manuel: "Servidumbres aparentes y no aparentes". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. XXVII, 276; págs. 337-360.

Después de centrar el tema en su importancia y circunstancias comienza el estudio histórico del mismo en Derecho romano en el que no se conoció la distinción tal como ha llegado hasta nosotros, pero donde la glosa encontró textos en los que apoyar su creación conceptual y la doctrina francesa lo consagró hasta llevarlo al Código de Napoleón. El concepto francés sufrió retoques que pueden concretarse arquetípicamente en la evolución experimentada desde uno a otro de los Códigos italianos. España carece de antecedentes hasta que lo introduce el Proyecto de 1851 y pasa al Código vigente, cuya trascendencia doctrinal y práctica expone. Concluye la necesidad de superar el concepto una vez cumplió su papel y superada la relativa publicidad que da la apariencia con la institución del Registro.

RULL, Baltasar: "Derivaciones del problema de vivienda. Aspectos de la llamada propiedad horizontal". *Revista general de Derecho*. VII-77; págs. 87-92.

Preludia el principal contenido del trabajo fijándose en las circunstancias en que aparece la institución de la propiedad horizontal y el fin que el legislador persigue al regularla de un modo específico. Teniendo en cuenta ambos extremos razona que la inclusión del régimen español sobre propiedad horizontal en el art. 396 de nuestro C. c. no autoriza a considerarlo como una forma de comunidad ya que las características sustanciales de una y otra figura jurídica son contrarias. A continuación estudia dos de los problemas que la propiedad horizontal plantea en nuestro Derecho. Uno de ellos es el derecho de preferencia del párrafo quinto del citado artículo en relación con el art. 66 de la Ley de arrendamientos urbanos. El segundo, referido al modo de su constitución, contempla si el comunero de una finca indivisa puede pedir su división en forma de propiedad horizontal y si puede imponerse judicialmente esta transformación coactiva.

SPOTA, Alberto G.: "Desafectación de las islas por Ley provincial". La Ley. 10 de abril de 1951; págs. 1-2.

Partiendo de un reciente fallo en apelación se plantea el autor el problema de si las islas, bienes de dominio público de la nación o de las provincias, según su ubicación, pueden ser desafectadas por Ley provincial, colocándolas en el dominio privado estatal. Resuelve el problema estudiando sistemáticamente las normas referentes al caso en la legislación argentina, las soluciones jurisprudenciales precedentes y la opinión doctrinal. Concluye que las islas pueden ser desafectadas por Ley nacional o provincial, según la naturaleza del dominio público a que pertenezcan, pasando al dominio privado y siendo entonces susceptibles de usucapión.

VELAR DE IRIGOYEN, Bernardo: "Liquidación de la propiedad enemiga". La Ley. Buenos Aires, 19 de abril de 1951; págs. 1 y 2.

Surge este trabajo con ocasión de la creación de una comisión especial en Argentina, que tendrá a su cargo la revisión integral de las disposiciones referentes a la propiedad enemiga. Expone la historia legislativa y vicisitudes del proceso formado a los bienes de las entidades y personas de las que existían pruebas o presunciones de prestar servicio a los intereses de las naciones en estado de guerra con la Argentina. Actualmente se encuentran bajo la administración del Estado y se plantea el procedimiento liquidador. El autor se inclina por la expropiación forzosa como más acorde con la justicia, con la política argentina y con la Constitución y porque otra cosa sería caer en el antiguo sistema de la confiscación.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

ANGULO MONTES, Francisco: "La resolución del contrato de arrendamiento de finca urbana destinada a vivienda por solicitud de la mayoría de los inquilinos del inmueble". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 158; 1951, págs. 1-6.

La causa 6.^a del art. 149 de la LAU vigente, plantea el problema de si será necesario, al no exigirlo la ley, alegar o justificar la razón en que se apoya la solicitud colectiva. De la interpretación del artículo citado, deduce: que al emplear el precepto la expresión "puede", no obliga al arrendador a solicitar la resolución del contrato, que la resolución exige que se den los supuestos previstos, que aun en estos casos el juzgador puede declarar no resuelto el contrato y que, en todo caso, los que soliciten la re-

solución del contrato deberán justificar la razón en que apoyan tal solicitud, ya que sin justificarlo no podría el juzgador discernir la procedencia de tal resolución.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: "Pago por consignación". *Revista Jurídica del Perú*, 3, 1950; págs. 255-270.

La consignación surge cuando el acreedor rehusa recibir el pago de la obligación, ya que el deudor no tiene por qué sufrir las consecuencias que se derivan de la mora del acreedor. Estudia el procedimiento y los casos en que es admisible la consignación, de acuerdo con el Derecho peruano, así como los requisitos de la misma, que según el artículo 1.258 de aquel Cuerpo legal, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago. Estudia, por último, la forma, efectos y retiro de la consignación, y por último se ocupa de las distintas formas de consignación, según sea la naturaleza de las obligaciones, distinguiendo, según se trate de dar un cuerpo cierto, cosa indeterminada y cosa genérica, estimando poco practicable la consignación cuando se trate de obligaciones de hacer o no hacer.

COLOMBO, Leonardo A.: "Qué debe entenderse por comienzo de ejecución de los contratos". *La Ley*, 62, 1951; págs. 1-3.

Tras examinar problemas tan interesantes como son los del arrepentimiento de los contratantes con vistas al comienzo de ejecución del contrato, así como las posiciones legislativas y doctrinales adoptadas en la materia, establece una serie de conclusiones que parten de la base fundamental de considerar que los contratos se hacen para ser cumplidos y que, por lo tanto, todo lo que concierne a su rescisión, arrepentimiento y nulidades, hay que interpretarlo restrictivamente, a fin de proteger con la mayor eficacia posible la obligatoriedad de los vínculos jurídicos y los compromisos contraídos. Estima que existirá principio de ejecución del contrato siempre que los actos de los contratantes se refieran a los elementos constitutivos de la figura jurídica de que se trate; deberá atenderse a hechos fundamentales, no a los accesorios, a menos que sin ellos el contrato no pueda llevarse a feliz término. En todo caso, en los supuestos poco claros deberá atenderse: a la intención de las partes, a la época en que se llevan a cabo los actos susceptibles de constituir un principio de ejecución y, por último, a la naturaleza de los actos realizados.

CHARPENTIER, Jacques: "La intervención del Estado en la contratación privada". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1, 1951; págs. 45-58.

El principio de autonomía de la voluntad va siendo más o menos limitado con la intervención del Estado en la contratación privada, y ello se realiza de diversas formas: El legislador prohíbe ciertas convenciones o anula ciertas disposiciones de los contratos; en otras situaciones, teniendo en cuenta cambios económicos sobrevenidos después de la conclusión del mismo, se negará a asegurar la ejecución del contrato; otra modifica el contrato anterior, y, por último, en la preparación de ciertos contratos, el legislador impone determinadas condiciones a los contratantes. La causa fundamental de esa intervención del Estado la halla en el fin social que se le quiere dar al Derecho, junto con la preocupación del legislador de defender al débil contra el fuerte, al pobre contra el rico y al que no podía defenderse contra el demasiado poderoso.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Disposiciones legales que regulan el procedimiento en arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 155, 1951; págs. 1-5.

Constituye el artículo una enumeración muy cuidada de las distintas disposiciones que regulan el procedimiento en arrendamientos rústicos, limitado, como se desprende de su propio enunciado, al aspecto procesal y que va desde la Ley de Enjuiciamiento civil hasta la Ley de 10 de julio de 1949, que suspendió el ejercicio de la acción de desahucio de las fincas rústicas sujetas a arrendamiento, comprendido en el párrafo 1.º del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, hasta el 1.º de octubre de 1954, en los casos que en la misma se especifican, dando la disposición transitoria 2.ª reglas para los juicios de retracto legal que estuviesen en tramitación al publicarse la ley.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Problemas de procedimiento en materia de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 156, 1951; págs. 1-7.

Comienza su estudio con el de la disposición transitoria 3.ª, A), norma 1.ª de la Ley de 23 de julio de 1940, reguladora del procedimiento en primera instancia, destacando cómo parece más lógico que cuando por su cuantía el conocimiento de la cuestión corresponda a los Juzgados Municipales y Comarcas, el procedimiento a seguir no sea el señalado en los arts. 1.589 y 1.590 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como señala la disposición antes citada, sino el marcado en el art. 1.570 del propio Cuerpo legal. Otra duda que plantea la disposición citada, es el de determinar si será prorrogable el plazo que concede para contestar a la demanda, es-

timando que, en efecto, debe serlo, ya que la Ley de Enjuiciamiento civil, que es supletoria de la arrendaticia, dispone el art. 306 que "serán prorrogables los términos cuya prórroga no esté expresamente prohibida".

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Guía práctica del procedimiento a seguir en la sustanciación de juicio de arrendamientos rústicos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 157, 1951; páginas 1-6.

Constituye una serie de normas sistematizadas en que bajo dos grandes epígrafes agrupa lo que hace referencia a la sustanciación del proceso y lo que se refiere a la ejecución de la sentencia.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Problemas procesales que se derivan de la aplicación de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos en orden al subarriendo de viviendas y locales de negocio". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 154, 1951; págs. 1-5.

Existe una disparidad de criterios en el legislador en cuanto a las normas de procedimiento a seguir en las acciones que competen al arrendador, según que se trate de la acción resolutoria dimanante del contrato de subarriendo o del de cesión, de lo que resulta más privilegiada la condición jurídica del cesionario que la del subarrendatario, pues la ley impone la obligación de demandar al primero y, por consiguiente, oírlo, y darle la posibilidad de defenderse, y no al segundo. La razón está en la distinta naturaleza jurídica de las dos situaciones, pues mientras la cesión del arrendamiento es un derecho de simple tracto, el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo, y de ahí que la personalidad del cesionario frente al arrendador, sea más acusada que la del subarrendatario. En la cesión hay una sustitución de personalidad, mientras que en el subarriendo, no.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Cuestiones que plantea la Ley de Arrendamientos Urbanos en orden a la resolución de los contratos, por necesitar el arrendador la vivienda para sí o para que la ocupen sus ascendientes o descendientes". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 160, 1951; págs. 1-5.

Esta causa que permite negar la prórroga de los contratos, viene a ser recogida en el art. 76 y en la Regla 10 del art. 149 de la LAU. Requisito previo es, como señala el art. 82, la notificación fehaciente al inquilino con un año de antelación, si bien se refiere expresamente al arrendador propietario de varias viviendas, y aunque el art. 89 viene a disponer lo mismo en relación con el que lo sea de una sola, lo cierto es que la misma Ley, en su disposición transitoria 10, dispone la ampliación circunstancial

del refrido plazo, cuando el arrendador sea propietario de una sola, a dieciocho meses de la adquisición de la vivienda, si se efectuó antes de 1 de febrero de 1944, y el de dos años si posteriormente al 31 de enero de 1944, computándose ambas fechas desde el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta. Entiende el autor que en una futura reforma de la LAU, debían modificarse los plazos y ser los mismos para todos los propietarios e inquilinos afectados.

Por lo que hace a la necesidad de ocupar la vivienda, entiende que la ley debiera distinguir entre una necesidad normal o una necesidad urgente, dando la debida preferencia a esta última.

FERRER MARTIN, Daniel: "¿Es susceptible de arrendamiento el derecho a cazar?". *Revista Jurídica de Cataluña*, 3, 1951; págs. 259-272.

Siguiendo a la Ley de Caza de 16 de mayo de 1902, define el derecho a cazar como facultad reconocida y garantizada a realizar los actos necesarios para ocupar, buscar, acosar y aprehender o matar los animales fieros o salvajes. Estudia las diversas situaciones en que puede encontrarse la caza: vedados, terrenos cercados o cerrados, terrenos acotados o amojonados y terrenos libres, señalando a quién corresponde el derecho de cazar en cada uno de ellos. Discrepando de la opinión de Vázquez Guerra, entiende que la caza no tan sólo es susceptible de posesión, sino también de arrendamiento, ya que dada la facultad que el artículo 338 del Código civil confiere al propietario de cerrar sus fincas, es evidente que es posible su cesión mediante arriendo. Considera que la legislación aplicable es la contenida en el Código civil con determinadas excepciones, y termina exponiendo las facultades del arrendatario, destacando la procedencia de la acción interdictal para defender su derecho.

CALVAO TELES, Inocencio: "Aspectos comuns aos varios contratos". *Boletim do Ministerio da Justiça*, 23, 1951; págs. 18 a 94.

Se va abandonando el dogma de una supuesta inmovilidad del derecho de contratos. El contrato en muchos aspectos ya no es lo que era, penetró en él un nuevo espíritu cuyas causas son en definitiva semejantes a las que han originado la transformación del Derecho privado y también del Derecho en general. Las causas fundamentales son el llamado triunfo del industrialismo, que iniciado a fines del siglo XVII, se acentuó sobre todo a partir de mediados del XIX; la transformación de la libertad de natural en política; la función social que se atribuye al Derecho, etc. El autor, sin pretender ser exhaustivo, distingue en la evolución moderna de los contratos, los siguientes aspectos: incremento de la vida contractual, limitación de la libertad contractual, intensificación y ampliación de los defectos del contrato, mayor facilidad de disolución del vínculo contractual e institucionalización de los contratos.

M. JUSTO, Alberto: "La desvalorización monetaria en el destino del contrato". *La Ley*, 61, 1951; págs. 1-3.

Motiva este artículo una relación de los trabajos presentados con ocasión del homenaje tributado al profesor Ripert. El destino del contrato se encuentra estrechamente vinculado a las alteraciones en el valor de la moneda, que habrán de incidir en el valor económico de la obligación y causar una inseguridad indudable en el régimen convencional. Ello se patentiza, sobre todo, en los contratos en curso de cumplimiento.

CRGAZ, Alfredo: "El problema de la revisión del daño". *La Ley*, 72, 1951; págs. 1-3.

Es principio general el excluir la revisión del daño por alteraciones posteriores a la sentencia que fijó la indemnización. Para que la revisión fuera posible, sería indispensable un precepto especial que fijase los casos y las condiciones de la revisión. Tal precepto no existe en la legislación argentina, y el autor entiende que el silencio de los textos legales a este respecto debe interpretarse en el sentido de no autorizar la revisión. El sistema legal exige que la cuestión de la indemnización quede resuelta definitivamente en un solo juicio, para lo cual concede al juez facultades amplias de estimación del daño futuro o no mensurable con exactitud.

REYES MONTERREAL, José María: "El coinquilinato o contrato de convivencia". *Revista General de Derecho*, 79-80, 1951; págs. 216-222.

La norma contenida en el artículo 27 de la LAU mueve al autor a estudiar la naturaleza jurídica de esta situación; una a una, va descartando la posibilidad de que se trate de una forma de subarriendo, hospedaje, cesión, donación, derecho de habitación, ni precario. A su juicio, el contrato que denomina de convivencia hay que asignarle como naturaleza jurídica la de una comunidad de uso que considera como un arrendamiento, pues hay un uso simultáneo o indistinto por parte de inquilinos y extraños de una misma vivienda locada.

SCTO NIETO, Francisco: "Conversión de aparcería en arrendamiento. Crítica a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales". *Revista General de Derecho*, 77, 1951; págs. 73-86.

El carácter predominante de la aparcería reside en la circunstancia doble; por una parte nos revela una idea de confianza, y por la otra, la de una colaboración amistosa; por ello, tiene indudables ventajas, lo mismo para el cultivador que para el propietario. El art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 permite la conversión de la aparcería en arrendamiento,

le inicia el precepto con la expresión "si el propietario no quiera continuar en aparcería el cultivo agrícola de una finca..." El punto de partida de esta conversión lo ve en el análisis de la frase citada, respecto a la cual, a su juicio, caben cuatro posibles interpretaciones: cambio de voluntad del propietario respecto a continuar con la finca cultivada por el aparcerero una vez terminado el plazo contractual; cambio de voluntad del propietario respecto a continuar en dicha forma de cultivo durante el tiempo que resta del plazo contractual, usual o legal; el mismo cambio de voluntad con referencia a la prórroga siguiente, y, finalmente, cambio de voluntad del propietario respecto a continuar con la finca cultivada por el aparcerero, en virtud del ejercicio de la acción de desahucio por cualquiera de las causas consignadas en el art. 47 de la Ley de 1935.

TEIXERA LAJES, Alfonso: "Vicio redibitorio". *Revista Forense*, 572, 1951; págs. 342-346.

En el contrato de compraventa, y de modo general en todos los contratos traslativos del dominio, entre las obligaciones que asume el transmitente, se encuentra la de asegurar al adquirente una doble garantía: la de posesión tranquila y la de posesión útil de la cosa. Una y otra tienen su mismo fundamento, la posible existencia de un vicio, que puede ser en relación con el derecho mismo o con la cosa. Estudia los orígenes de los denominados vicios redibitorios, así como sus requisitos para que por parte del adquirente se pueda ejercitar la acción contra el vendedor.

I. Derecho civil

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA

CORNEJO, Raúl J.: "Régimen de bienes en el matrimonio". *Revista del Instituto de Derecho civil (Tucumán)*. 2-I-1950; págs. 35-44.

Define el régimen matrimonial de bienes como el conjunto de normas que organiza y fija las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con respecto a terceros.

Examina los varios sistemas en que puede presentarse, agrupándolos en base al elemento "propiedad" en tres tipos: I, de concentración de la propiedad en manos del marido; II, de separación, y III, mixto.

Termina refiriéndose al régimen argentino, al que considera estrictamente legal, ya que las normas que lo rigen, se encuentran en el Có-

digo civil, en la Ley del matrimonio y en la de los derechos civiles de la mujer, pudiendo además aplicarse subsidiariamente las reglas del contrato de sociedad y las del derecho sucesorio para el caso de disolución.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Orden de prelación que deben ocupar los apellidos del adoptante respecto a los naturales del adoptado". *Revista General de Derecho*, 76, 1951; págs. 18-23.

Examina los artículos 114, 134 y 175 del Código civil, y considera que este último carece de virtualidad práctica, ya que las personas se identifican ordinariamente por el nombre y los dos primeros apellidos, por lo que si el del adoptante va en tercer lugar, es igual como si no le hubiesen concedido nada; llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1.^a Para poder utilizar el apellido del adoptante no basta el haberlo hecho constar en la escritura, sino que se precisa la anotación de dicha adopción en el Registro civil, teniendo la misma el carácter de "constitutiva".

2.^a Sólo entiende por apellido de familia el compuesto por el del padre y de la madre, sin posibilidad de sustituir o suprimir ninguno de ellos.

FERRER, Francisco M.: "El derecho de familia en el Código de Vélez Sarsfield y su evolución posterior". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad del Litoral-Argentina)*, 64-65, 1950; págs. 99-121.

Se trata de una exposición de las transformaciones más salientes operadas en las instituciones fundamentales de la familia en relación con el Código civil argentino (al que considera, conforme a las tradiciones nacionales, fiel a los cánones católicos y a las leyes antiguas de la potestad marital y paterna), para lo cual enumera de forma sucinta las leyes modificadoras de la referida materia en los ochenta años de vigencia de dicho texto legal, entre las que merecen destacarse aquéllas sobre: registro civil, matrimonio civil, hogar, protección de menores, derechos civiles de la mujer, filiación adoptiva y protección penal de la familia.

Termina considerando la obra de Vélez Sarsfield como fomentadora y fortalecedora de las costumbres, los ideales y los sentimientos que dan expresión genuina al pueblo argentino e instrumento más poderoso y completo de la unidad vital de la nación.

GARTNER, Jorge: "Liquidación de sociedades conyugales". *Estudios de Derecho (Universidad de Antioquía)*, 34, 1950; págs. 29-36.

Se refiere a los efectos que la distribución provisional, autorizada por la ley colombiana núm. 28 del año 1932, deba tener respecto a la liquidación definitiva prevista en la misma ley y en el Código civil de dicho país.

Considera que es un error jurídico y legal dar a las distribuciones previas hechas por los cónyuges el carácter de verdaderas liquidaciones, y no tomarlas como simples medidas de orden administrativo interno que no cambian la naturaleza de los bienes y que desaparecen al disolverse la sociedad.

PEREIRA DE MELO, Luiz: "La patria potestad de la madre que contrae nuevas nupcias, en la legislación brasileña". *Revista de Derecho (Concepción-Argentina)*, 74, 1950; págs. 487-492.

Afirma que la mujer brasileña está todavía bajo un régimen de control poco progresista, ya que el régimen matrimonial está subordinado a una noción de "sociedad", lo que equivale a decir que la protección y la potestad marital han sido condensadas en una incapacidad relativa felizmente muy limitada.

Examina el artículo 393 del Código civil brasileño, al que considera como un absurdo jurídico al prescribir que la madre que contrae nuevas nupcias pierde, con respecto a los hijos del matrimonio anterior, los derechos de la patria potestad, los cuales recupera solamente si enviuda.

PORTAS, Néstor L.: "Algo más sobre nuestra ley de Adopción". *La Ley (Argentina)*, 61, 1951; págs. 1-2.

Se refiere a la ley argentina núm. 13.252, examinando los problemas que presenta la vocación sucesoria de los descendientes del adoptado y la administración de sus bienes.

Considera que dicha disposición legal concede a los descendientes legítimos del adoptado derecho de representación en la sucesión del adoptante, pero no pudiéndose ejercitar ésta en aquellos casos en que el adoptante sea a su vez representante de otro orden sucesorio.

POU DE AVILES, José M.ª: "El reconocimiento forzoso del hijo natural en el Derecho español". *Revista Jurídica de Cataluña*, 3, 1951; páginas 211-232.

Considera que el sistema adoptado por nuestro Código civil en materia de reconocimiento forzoso del hijo natural no tiene precedentes en la legislación española, ya que los textos legales patrios abonaban en favor del principio de libertad.

Examina el artículo 135 del Código civil a través de la jurisprudencia, afirmando que no puede hablarse de que dicho precepto legal perimita la investigación de la paternidad, ya que en los casos que establece el mismo no se investiga ni se prueba, sino que solamente se ve en ellos un reflejo o consecuencia de hechos que implican un reconocimiento voluntario por parte del padre.

Termina refiriéndose a los territorios forales, estimando que, salvo en Cataluña, que conserva normas jurídicas propias en esta materia, en todos los demás se ha aplicado el Código civil.

UCHA, Selva M.: "Derecho de familia". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad del Litoral-Argentina)*, 64-65, 1950; páginas 135-150.

Examina la Sección II del Código civil argentino, que trata de los "derechos personales en las relaciones de familia", procurando poner en evidencia los principios del mismo, que se mantienen vivos a pesar de la reforma constitucional del año 1949 (protección a la familia por parte del Estado, a la que se considera como núcleo primario y fundamental de la sociedad), y aquéllos que chocan con el nuevo articulado constitucional.

ZAJTAY, I., y VAZ FERREIRA, E.: "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo)*, 3, 1950; págs. 813-865.

Se refieren al llamado régimen de participación en los gananciales, al que los autores, buscando una terminología más general, denominan régimen de participación, y al que no consideran como una institución relativamente moderna, porque manifiestan que surgió hace siglos en el Derecho consuetudinario de Hungría como régimen de Derecho común de ciertas clases sociales, siendo también desde hace más de medio siglo el legal de Costa Rica, habiéndose extendido posteriormente a Escandinavia y algunos países de Hispanoamérica.

Afirman que dicho régimen se caracteriza en síntesis: porque funciona como el de separación y se liquida como el de comunidad; teniendo la ventaja sobre el primero, que asegura a los dos esposos un igual aprovechamiento de los trabajos y economías comunes, sin concentrar los poderes de administración y disposición en manos del marido, permitiendo el libre juego de la actividad de la mujer casada.

5. Derecho sucesorio

A cargo de la Sección de Derecho civil del I. N. de E. J.

GARCIA JORDAN, Angel: “¿Antinomia entre el artículo 759 y el 799 del Código civil? *Nuestra Revista*, 811, 1951.

En breves líneas y con loable sencillez, el autor aporta una interesante interpretación de los artículos 759 y 799 del Código civil, que hace desaparecer la para él aparente contradicción entre los mismos. Para García Jordán, ambos preceptos se mueven en campos diversos y están destinados a la regulación de hipótesis diferentes. Dando valor decisivo al lugar que cada uno ocupa en el Código civil, afirma que el artículo 759 no es sino un complemento del párrafo tercero del artículo 758, refiriéndose, por tanto, al caso de heredero incapaz por indigno instituido bajo condición, mientras que el artículo 799 se refiere, en general, al heredero capaz instituido condicionalmente.

Carlos MELON

GOWLAND, Norberto: “Vocación hereditaria de los padres naturales en el Derecho civil argentino y comparado”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Números 21-22, 1950; págs. 1203-1216.

Después de unas brevísimas alusiones a la forma de desarrollarse en el curso de la Historia las relaciones entre padres e hijos naturales, enumera los preceptos que en el Derecho civil argentino y en el comparado regulan esta materia. El reconocimiento como requisito de esta vocación, el momento en que ha de hacerse, la declaración judicial de filiación, la cuantía del derecho de los padres naturales, etc., son problemas tocados, más que desarrollados, en el trabajo que reseñamos.

C. M.

MIGLIORI, Daniele: “Accettazione di ereditá devolute ad incapaci ed autorizzazione a disporre dei beni ereditari”. *Rivista del Notariato*. V, 1, 1951; págs. 31-40.

Empieza aludiendo a las medidas precautorias que el artículo 493 del Código civil italiano señala para el supuesto de que una herencia sea aceptada con beneficio de inventario, fijándose especialmente en la autorización judicial necesaria. ¿Quién ha de conceder esta autorización? He aquí el objeto del artículo. El Código de procedimiento únicamente resuelve el problema para el caso de venta, silenciando el criterio a seguir con otros actos dispositivos enumerados en el artículo 493 del Código civil. Rebate ciertas posiciones doctrinales formuladas al amparo

de la legislación derogada, y afirma que a los supuestos no previstos por el Código procesal son de aplicar, por extensión, las normas referentes al administrador de herencia yacente y al de herencia deferida al no concebido. Ante el frecuente vicio de que los padres acepten la herencia deferida al menor olvidando el artículo 471 del Código civil, entiende no debe valer tal aceptación, no planteándose, por tanto, el problema de ver quién ha de prestar autorización al padre—limita su estudio a los menores—para los actos de disposición. Hecha en forma la aceptación, a la autorización ha de preceder informe del Juez tutelar.

C. M.

PEDREIRA, José: “La legítima del hijo natural”. *Nuestra Revista*, número 815, 1951; págs. 3-7.

Constituye el presente artículo un intento de rebatir, como posición general y aplicable en todo supuesto, la tradicional de que concurriendo a la sucesión un solo hijo natural con un solo hijo legítimo, corresponde a aquél, en base a lo dispuesto en el precepto contenido en el artículo 840 del Código civil, el tercio de libre disposición. Hace el señor Pedreira distinción entre la sucesión intestada y la testada, y dentro de ésta estima el supuesto de que el testador haya dispuesto de la mejora y el de que no haya dispuesto de ella. Mientras que en los dos primeros casos el artículo 840 debe interpretarse en función de la legítima larga, propugna sea tomada en consideración la estricta para el último.

C. M.

PIERO SERENI, Angelo: “Esecutori testamentari ed amministratori di creditá negli Stati Uniti”. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. V, 1, 1951; págs. 120-138.

No obstante la sencillez y criterio elemental que preside la exposición, constituye el trabajo del Sr. Piero Sereni una interesante “presentación al lector” de los principales aspectos que ofrece la institución del ejecutor y administrador de herencia en Norteamérica.

Señala la diversidad de normas según los Estados, estudia los distintos tipos de ejecutores y administradores considerados por la ley como “representantes personales” del difunto, haciendo constar en ciertos territorios la existencia de un “Public Administrator”, como funcionario especial.

Por relacionarse íntimamente con el “representante personal”—terminología reiteradamente usada por el autor para referirse a los ejecutores y administradores—nos describe los principios del Common Law y del “Derecho civil” relativos a la “Hereditatis Delatio”.

La cualidad de fiduciario del “representante” da lugar a una serie de obligaciones en su función, cuyo cumplimiento va constituyendo las

distintas fases por que pasa la actividad de gestión hasta que la herencia esté en poder de los herederos.

Visión rápida de las ventajas e inconvenientes del sistema, para el cual se piden reformas que evitasen el disfavor de que es objeto por ciertos sectores doctrinales.

No obstante, dice el autor, la necesidad de que en los Estados Unidos toda herencia pase por esta fase de ejecución y administración, es un poderoso acicate para que se haga testamento, aunque sólo sea para nombrar *personalmente* al "representante personal".

C. M.

RIERA AISA, Luis: "Las herencias de confianza en Cataluña". Revista Jurídica de Cataluña. LXVIII, 1951; págs. 90-134.

Comienza aludiendo al concepto de las Herencias de confianza, a la polémica suscitada en torno a su subsistencia y al criterio legislativo en torno a la institución.

Encuadrada la figura dentro de la "fiducia testamentaria, refutando otros criterios pretendidos por la doctrina, se fija el autor especialmente en lo relativo a las "Instrucciones" del causante, destacando la cierta facultad decisoria que en ciertos casos puede corresponder al heredero.

La revelación de la voluntad del causante, la ejecución de la misma, la administración de la herencia, etc., nos son descritas a grandes rasgos por el Sr. Riera. Termina el artículo con unas líneas destinadas al caso de existencia de varios herederos de confianza y con unas indicaciones de Derecho Fiscal.

C. M.

VENTURA TRAVESET-GONZALEZ, Antonio: "La Extinción de la sustitución Fideicomisaria pura y condicional y del Fideicomiso de Residuo". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, XXVII, 1951; páginas 94-118 y 191-201.

El núcleo fundamental del trabajo lo constituye el problema del destino que ha de darse a la herencia cuando por cualquier circunstancia el llamado en concepto de Fideicomisario no llega a ser heredero.

En la sustitución fideicomisaria pura, en la condicional y en el Fideicomiso de residuo se enfrenta el Sr. Ventura Traveset con el problema, distinguiendo con buena sistemática los principales aspectos del mismo a resolver.

Especialmente se fija en la situación del Fiduciario en Propiedad y en la del Fiduciario en usufructo, con arreglo a un criterio comparativo.

C. M.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN

GONZALES PEREZ, Jesús: "Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1951, 273; págs. 119-133.

Este artículo lo dedica su autor al examen de los presupuestos subjetivos y objetivos que plantea el proceso del art. 41 de la Ley Hipotecaria y a lo que el autor llama "presupuestos de actividad"; si han de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte, momento en que han de darse, examinar y decidir sobre ellos.

MEZQUITA DEL CACHO (José Luis): "El pacto de opción y el derecho que origina". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1951, 273; páginas 73-94; 274, págs. 161-190 y 275, págs. 257-279.

En un estudio completo sobre el pacto de opción, aborda el autor también el aspecto registral de la figura, considerando que a tenor del artículo 1.280 del Código civil, en relación con el 144 del Reglamento Notarial vigente, deberá constituirse este derecho en instrumento público cuya forma será la de escritura, en cuanto se refiere a las partes. Respecto a terceros, dicha escritura pública debe inscribirse en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el número 2 del art. 2.º de la Ley Hipotecaria y con los requisitos determinados en la regla primera del artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

Después de distinguir entre los efectos "inter partes" y en cuanto a terceros, llega a la conclusión de que es necesario que se divulguen estas cláusulas de opción, puesto que lo que, sin inscribir en el Registro, a través de documentos privados, se prestaba a peligros, después de lo establecido en el art. 14 del Reglamento Hipotecario, se ha consagrado la definitiva protección registral de la opción inscrita.

RUIZ MARTINEZ, Francisco: "Sobre la condición y sus aledaños". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 271. 1950; págs. 785-807 y 272, 1951, págs. 1-32.

Después de un estudio completo sobre la condición, desde el punto de vista meramente civilístico, su diferenciación del término y su caracterización, tanto en los actos entre vivos, como en los de causa de muerte, aborda el problema de la condición y el Registro, sosteniendo que si la situación jurídica registral definitiva se liga al cumplimiento

de una condición, cualquiera que sea el efecto que produzca, debe constar por nueva inscripción y el incumplimiento por nota, o viceversa, si la situación definitiva quedara ligada al incumplimiento de la condición.

Respecto a la regla 6 del art. 175 del Reglamento Hipotecario, estima que no ve claro el que hable de condiciones "rescisorias", de causas de "rescisión y de nulidad" y de documento que acredite haberse "rescindido o anulado" la venta, de "consignación de valor" y de consignación "de plazos" con las deducciones procedentes.

A juicio del autor, ni se refiere a la retroventa ni a la venta con precio aplazado, sino a la garantía de la venta con consignación.

VENTURA-TRAVERSEZ GONZALEZ, Antonio: "La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 1951, 273; páginas 95-118 y 274, págs. 191-201.

En este trabajo de conjunto, en el que se estudia, tanto en el aspecto del puro Derecho sucesorio, como en el registral, la extinción de las sustituciones, concretándose al último aspecto, el autor, de acuerdo con el precepto del Reglamento Hipotecario, sostiene la inscribibilidad de los derechos de fiduciario y fideicomisario, reseñando las distintas modalidades que afectan a la inscripción de ambos derechos, tanto en la sustitución normal como en la condicional, así como también respecto del fideicomiso de residuo, considerando ambos sujetos a condición suspensiva cuyo incumplimiento, así como la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria, se hará constar en el Registro por una nueva inscripción a favor de quien corresponda.

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de la Sección de Derecho
Mercantil del I. N. E. J.

BUTTERS y Keith y Cary William, L.: "Motives affecting form of sales and purchases of businesses". *Harvard Law Riview*. Marzo de 1951; págs. 697-726. Estados Unidos.

Manifiestan los autores que en las transacciones que se realizan al contado y cuyo objeto consiste en transmitir la propiedad de un negocio, los contratantes discrepan sobre la figura legal que debe revestir el oportuno contrato, pues mientras los vendedores están dominados por motivos fiscales no ocurre lo mismo a los compradores a quienes preocupa espe-

cialmente el problema de poner inmediatamente en actividad las empresas que adquieren. Con este motivo realiza un valioso estudio de las leyes tributarias vigentes en los Estados Unidos.

S. R. M.

CASANOVA, Mario: "L'insegna". Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale. Núm. 1-4, 1951; págs. 44-49.

Empieza diciendo el autor que por no contener la ley ninguna definición del rótulo comercial la doctrina ha tenido que elaborarla. Critica aquella según la cual el rótulo constituye el signo distintivo del local en que se ejerce la actividad de la empresa, pues entiende que debe referirse no sólo al local, sino a la empresa considerada en su unidad aunque a veces una misma empresa, a la que se distingue por su razón o denominación social, puede tener varios rótulos o emblemas para diferenciar unos de otros los establecimientos que posee.

Destaca que contrariamente a la razón social el rótulo comercial no debe sujetarse a determinados requisitos legales. Estudia los principios de su veracidad, licitud y novedad del mismo; su inscripción, la originalidad y novedad como presupuestos de su protección jurídica. Termina examinando la importante cuestión de la posible enajenación del rótulo independientemente de la empresa.

S. R. M.

"Law and Contemporary Problems". School of law de Durham. Carolina del Norte. 1951; págs. 1-141.

Se trata de todo un fascículo dedicado al estudio referente a la implantación de un Código Mercantil uniforme, que contiene diversos artículos escritos por autores tan prestigiosos como Robert Kramer, al que se debe el prólogo, Elom R. Lally, que hace un interesante estudio sobre las transacciones en que el pago está garantizado con bienes muebles; Robinson O. Everets, que se refiere a la necesidad de unificar en todos los Estados la legislación sobre garantías; Max Rheinheim, que propone ciertas reglas sobre solución de conflictos de leyes, y Frederik K. Bentel, que se declara partidario de revisar la redacción y estructura del propuesto Código Mercantil Uniforme para los Estados Unidos de América.

S. R. M.

2. Sociedades

A cargo de José A. PRIETO GÓMEZ y Luis SANCHO MENDIZABAL

ANDERSON, James P.: "Corporations: Shareholders, Right to Inspect Books of Foreign Corporations". Note. *California Law Review*, volumen 39; págs. 133-138 (marzo 1951).

El Código de Sociedades de California brinda amplia protección a los accionistas y directores de las Sociedades radicadas en el propio Estado, pero sus normas son insuficientes cuando la Sociedad reside en otro. Se impone una reforma legislativa que, siguiendo la dirección de la jurisprudencia, garantice la posibilidad de examen de los libros sociales por los accionistas siempre que la Sociedad desenvuelva parte principal del negocio en territorio de California, aunque esté domiciliada en otro Estado.

J. P. G.

BEVERLY, Melvin E.: "Corporations: Sale of Entire Corporate Assets: When Are Statutes Authorizing and Regulating Sales Applicable". Note. *California Law Review*, vol. 38; págs. 913-920 (diciembre 1950).

La *Common Law* admite la existencia de un *implied contract* entre los accionistas por virtud del cual se requiere la aprobación unánime de éstos para enajenar el negocio objeto de la Sociedad. Los *Statutes* de los Estados tienden a sustituir la regla de la unanimidad por la de la simple mayoría de accionistas. El autor analiza los principios que a este respecto derivan de la legislación de California.

J. P. G.

BREEVER, Thomas F.: "Corporations: Control of Shareholders Meetings". Note. *California Law Review*, vol. 39; págs. 127-133 (marzo 1951).

El autor analiza a través de la jurisprudencia las dificultades y abusos que pueden darse en las elecciones y en la adopción de acuerdos por las juntas de accionistas. Serán éstos los que en definitiva deberán evitar las reuniones tumultuosas y defender su propia causa; pero unos estatutos sociales bien delineados que determinen el "quorum" necesario y las reglas para la dirección de las sesiones facilitarán la celebración de éstas con arreglo a principios democráticos. Los litigios relativos a incidentes surgidos con ocasión de una junta de accionistas se tramitarán sumariamente, y los Tribunales harán prevalecer la razón en cuanto al

fondo sobre las sutilezas técnicas y de procedimiento. Así, por ejemplo, el fraude en el recuento de votos solamente anulará la elección o el acuerdo cuando determine el sentido final de la votación.

J. P. G.

CASO, Raffaella: "Funzione del Notaio nell'ordinamento delle società commerciali". *Rivista del Notariato*, V (1951); págs. 208-216.

La intervención del Notario en la constitución y en la vida de las sociedades comerciales se desenvuelve entre planos: a) colabora en la manifestación de voluntad de las partes, de la cual es intérprete legal; b) da fe de lo actuado; c) es órgano (indirecto) del Estado, que ejerce a través de él el control de la actividad social. El artículo defiende, a este último respecto, la atribución al Notario de las funciones de índole administrativa ejercidas todavía por órganos jurisdiccionales.

J. P. G.

CLARET, Pompeyo: "La formación de la sociedad anónima ("private corporation") en el Derecho norteamericano". *Revista Jurídica de Cataluña*. Año L. Vol. LXVIII. Núm. 2. Marzo-abril, 1951; páginas 135-141.

Se expone, según la legislación de varios Estados y las resoluciones de los Tribunales norteamericanos, el procedimiento de creación de las "private corporations", que exige un "certificado de incorporación" librado por el Estado, después de registrar los "artículos de incorporación", especie de escritura fundacional cuyo contenido y formación están sometidos a disposiciones legales, algunas de ellas de Derecho necesario, cuyo incumplimiento motiva la aparición de una "corporation de facto", frente a la "de iure".

L. S. M.

CLARET, Pompeyo: "La personalidad jurídica de la sociedad anónima en la jurisprudencia norteamericana". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año XCIX. Núm. 2. Tomo 189. Febrero, 1951; págs. 192-200.

Las características esenciales de la "private corporation", equivalente a nuestra sociedad anónima, son: personalidad jurídica, capital por acciones y responsabilidad limitada. Según la jurisprudencia es una persona artificial creada por la ley, titular de derechos de propiedad independientemente de los socios; el capital está dividido en acciones transferibles que confieren la cualidad de socio y cuya suma no es necesariamente la equivalencia económica del capital social; los socios no responden de las deudas de la sociedad, sino de sus aportaciones; la sociedad actúa de acuerdo con la ley y los estatutos y sólo por mandatarios que

no se obligan personalmente. La distinción entre la "corporation" y sus accionistas se aclara con una sentencia en que todas las acciones eran propiedad de una sola persona.

L. S. M.

COLLINGS, Rex A., Jr.: "Corporation: Problems in Fixing or Increasing Compensation of Officer-Directors". Note. *California Law Review*. Vol. 38; págs. 906-913 (diciembre 1950).

Toda modificación introducida en la retribución de los directores de Sociedad debe ser "justa y razonable". Se considerará tal por los Tribunales cuando no resulten perjudicados los accionistas y acreedores; se tendrán en cuenta, además, los salarios pagados por servicios similares en las industrias concurrentes. El procedimiento a seguir para variar la retribución habrá de determinarse con arreglo a la legislación especial de cada Estado. En principio, siempre que sea posible, la cuantía de la retribución vendrá fijada en los estatutos de la Sociedad. En ciertos casos, permitiéndolo el Derecho local, los estatutos dejan al *board of directors* la fijación de la remuneración; pero aún en este supuesto, para evitar litigios o asegurar el triunfo en ellos, conviene obtener la ratificación por los accionistas.

J. P. G.

FERRER CORREIA, A.: "Convenções de liquidação de quota pelo último balanço e liberalidade". *Revista de Direito e dos Estudos Sociais*. Año VI. Núm. 1 a 3. Abril-agosto, 1950; págs. 88-110.

Las cláusulas del contrato de sociedad en virtud de las cuales, en caso de fallecimiento de uno de los socios, sus herederos sólo tendrán derecho al valor de la parte del fallecido *calculada sobre el último balance*, son, para el caso en que haya reservas tácitas, negocios de atribución patrimonial gratuita (en favor de los supervivientes) y, siempre que exista intención de liberalidad, donaciones "mortis causa" que, sometidas en el Derecho portugués a las normas de los testamentos, resultan nulas a consecuencia de la prohibición del testamento mancomunado. El autor defiende esta tesis a través de las distintas construcciones doctrinales del "Negotium mixtum cum donatione" (simulación, escisión del contrato, contrato mixto, negocio indirecto) y las posibles regulaciones aplicables.

Si la cláusula contemplase exclusivamente el supuesto de la muerte de un determinado socio, no podrían aplicarse las normas del testamento mancomunado, pero subsistiría la nulidad por analogía: salvaguardia de la revocabilidad y espontaneidad de las disposiciones "mortis causa".

L. S. M.

GRASSETTI, Cesare: "Liquidazione formale e liquidazione convenzionale nelle società di capitali". *Tem. Rivista di giurisprudenza italiana*. Año V (1950); págs. 531-539

Con ocasión de dos resoluciones jurisprudenciales contradictorias, el autor analiza los textos del nuevo Código civil en materia de liquidación de sociedades de capitales, y concluye que nada ha invocado con relación al Derecho precedente. El Código civil exige un *estadio de liquidación*, pero de ninguna manera un *procedimiento formal de liquidación*, en lugar del cual podrán pactar los socios una liquidación convencional, haya o no un activo o un pasivo que liquidar. Problema más grave es el de si se requiere el acuerdo unánime de los socios para la liquidación convencional. El autor defiende la negativa, pero afirma la necesidad de una junta extraordinaria, y de la mayoría cualificada requerida para ésta, cuando en los estatutos estuviera previsto un procedimiento formal de liquidación y se pretenda sustituirlo por la liquidación convencional.

J. P. G.

LONGI, Francesco: "Trasformabilità delle società cooperative?". *Rivista del Notariado*, V (1951); págs. 257-264.

La cuestión suscita graves dudas en la doctrina y la práctica italiana, al faltar norma legal expresa. El autor, después de analizar los textos legales, los trabajos preparatorios y los argumentos doctrinales en pro y en contra de la transformabilidad, concluye en favor de la solución negativa.

J. P. G.

MOSSA, Lorenzo: "El Derecho al Dividendo en las Sociedades por Acciones". *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*. Año VI. Núm. 57. Febrero, 1951; págs. 51-68.

El Derecho al Dividendo es el único que liga con la Sociedad a muchos accionistas; es un derecho natural del accionista, pero modificable tanto por la Ley como por acuerdo social. Se considera que en cualquier tipo de sociedad es esencial el derecho a las utilidades por ser su reparto el fin del contrato; pero lo esencial es, para Mossa, el ejercicio de una empresa dirigida a un beneficio económico, no necesariamente repartible. El único derecho insuprimible es el derecho al voto: el derecho al Dividendo puede suprimirse con un fin legítimo y sin atentar al principio de igualdad, tanto modificando los Estatutos para cambiar el fin social como por acuerdo ordinario en armonía con el principio de fidelidad a la sociedad (caso de saneamiento social); dándose en determinadas condiciones facultad de separación a los disidentes del acuerdo.

El contenido del derecho es una prestación de dinero; su forma de

realización, la acordada. El acuerdo de reparto sólo puede revocarse por nuevo acuerdo. Se paga contra cupón, título al portador siempre. El accionista dispone de acciones procesales para exigir la declaración o la ejecución del derecho. Su presupuesto es la existencia de ganancias, sólo comprobables en el balance, con sus consabidos peligros. El derecho a informarse de la contabilidad es un derecho personal del accionista, pero sólo ejercitable socialmente. El dividendo puede ser garantizado por terceros. Los tenedores de acciones en usufructo, prenda, etc., disponen de todos los derechos del accionista *que les sean necesarios*.

L. S. M.

PAPI, Luigi: "Il verbale di assemblea straordinaria delle società di capitali". *Rivista del Notariato*. IV (1950); págs. 542-555.

El art. 2.375 del C. c. italiano establece que el acta de las juntas extraordinarias en las Sociedades de capitales ha de ser redactada por Notario. La aplicación del precepto suscita graves dudas interpretativas, surgidas en torno a la cuestión de si ese acta ha de considerarse como documento público, sujeto a las formalidades de la ley notarial, y a la de si han de expresarse nominativamente las personas que intervienen en la junta. El autor defiende para estos problemas la solución negativa.

J. P. G.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "Liquidación privada y judicial de las sociedades anónimas". *Sociedades anónimas, Revista de Derecho Comercial*. Año VI. Núm. 56. Enero, 1951; págs. 3-17.

Continúa (V. ANUARIO, Tomo II, fasc. IV, pág. 1348) este trabajo ocupándose la presente sección del problema que se plantea cuando los administradores no dan cuenta a los accionistas de haberse producido alguna causa de disolución. A pesar del silencio que se observa en casi toda la legislación comparada, el autor piensa que es un derecho inherente a la cualidad de accionista el de solicitar que la Asamblea, y en su defecto los Tribunales se pronuncien sobre la existencia de tal causa de disolución y, en consecuencia, que se proceda al nombramiento de liquidadores.

L. S. M

2. Sociedades

PREYER, Hans-Dietrich: "Die Neuordnung des englischen Aktienrechts". *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Año 16, fascículo 2.º, 1951; págs. 181-202.

La Sociedad anónima, que aparece en el Derecho inglés al lado de una serie de figuras de asociación de distinto origen y variado régimen, ha sufrido con las leyes de 1947 y 1948 una reforma, a cuya exposición

está dedicado este artículo. El legislador laborista no ha perseguido fines políticos: quiso fortalecer los vínculos entre el capital y la administración de la Sociedad y sistematizar el ordenamiento de las Sociedades. Se ha mantenido la división en Sociedades limitadas por acciones, limitadas "by guarantee" e ilimitadas, y asimismo la de Sociedades públicas y privadas, destacando el autor la regulación de la "exempt private company" (pequeña Sociedad familiar, de la que sólo pueden ser socios las personas naturales y en la que ninguna persona extraña a la Sociedad puede tener interés), único tipo que queda exento de la publicidad del balance. Se estudian las normas referentes: a la fundación (proyecto, estatutos, elección de nombre); a los accionistas, cuyo anonimato se intentó suprimir en la reforma, habiéndose concedido, por fin, al "Board of Trade" facultades inquisitivas; al Consejo, fundamentalmente sin variación; a la Asamblea general; a la llevanza de libros, balance y cuenta de pérdidas y ganancias.

L. S. M.

REY DE CASTRO ROMANA, Alberto: "Efectos de la morosidad e incumplimiento de los accionistas en el pago de suscripciones de numerario". *Revista del Foro*. Año XXXVII, núm. 6, noviembre-diciembre, 1950; págs. 660-667.

Este trabajo se circunscribe a las aportaciones en metálico posteriores a la etapa fundacional y susceptibles de promesa de aporte (suscripción). La posibilidad de ésta, ya que el Derecho peruano no exige el desembolso ni siquiera de un tanto por ciento del capital suscrito, motiva en el activo de los balances el asiento "cuenta de accionistas", cuyo examen jurídico, a diferencia del "capital autorizado", es interesante. La eficacia de la obligación de desembolsar es, no sólo básica para el desenvolvimiento de la Sociedad, sino fundamental para garantía de terceros; por eso es muy delicada la reforma de los artículos del Código de Comercio, que tratan de conseguirla (transcripción de los 164, 170 y 171 del Código de Comercio español). Con miras a esta reforma, el autor estudia las normas positivas peruanas y las soluciones doctrinales a los problemas planteados: obligación de pago de dividendos pasivos, solidaria para suscriptor y sus cesionarios en caso de acción nominativa; irresponsabilidad de los tenedores de acciones de garantía; la acción de la Sociedad para el cobro de lo suscrito prescribe, según el autor, a los quince años en vida de la Sociedad y tres años después de la disolución en su caso.

L. S. M.

SALVADOR BULLON, Pablo e Hilario: "Fundación y disolución de las sociedades de responsabilidad limitada". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año XXVII. Núm. 275, abril, 1951; págs. 285-301.

Se recogen las normas legales y jurisprudenciales referentes al contrato de sociedad (número de socios, aportación, nombre), a la inscripción en el Registro, y circunstancias que deben constar en ella, a la autorización ministerial (casos, procedimiento, caducidad, obligaciones de Notarios y Registradores y sanciones) y a la disolución (causas y forma).

L. S. M.

SCALFI, Gianguido: "La forma nei contratti di società de capitale". *Temi. Rivista de giurisprudenza italiana*. Año V (1950); páginas 521-530.

La doctrina mercantilista italiana y la Corte de Casación hablan de la "inexistencia" del contrato de sociedad por acciones, cuando éste no consta bajo la forma de documento público que exige la Ley. Apoyan este criterio en la imposibilidad de inscribir en el Registro el contrato no expresado en documento público. El autor, en interesante nota de jurisprudencia, impugna tal punto de vista, por entender que se confunden dos ideas: el alcance de la inscripción como requisito de la existencia de la sociedad como persona jurídica, y el alcance de la inscripción respecto al contrato. El documento público no es requisito "ad substantiam" del contrato, ya que su falta no es expresamente sancionada con nulidad por la ley, como exigiría el art. 1.325 del C. c., y no es lo mismo la imposibilidad de acceso al Registro que la carencia de existencia jurídica.

También niega la jurisprudencia la posibilidad de ser suplido el documento público por una sentencia, cuando se nieguen a otorgarlo quienes pactaron verbalmente la constitución de la sociedad. El autor rechaza asimismo este punto de vista, basándose en el art. 2.932 del C. c.: no hay por qué no admitir una sentencia que *reconoce* una voluntad declarada, si se admite la posibilidad de dar eficacia al contrato preliminar mediante una sentencia que *sustituya* a la declaración de voluntad.

J. P. G.

SOLA CAÑIZARES, Felipe de: "El Derecho francés de Sociedades comerciales". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Bucnos Aires)*. Año V. Núms. 21-22; págs. 1321-1349 (septiembre-diciembre, 1950).

Artículo de síntesis en el que el autor expone la complicada legislación francesa en materia de Sociedades, así como las principales directrices de la jurisprudencia.

J. P. G.

THE YALE LAW JOURNAL: "The Meaning of "Control" in the Protection of Investors". Comment. Vol. 60; págs. 311-336 (febrero 1951).

La gran crisis económica de 1929 puso de manifiesto la existencia de variados procedimientos de discriminación contra el pequeño ahorro. A partir de 1933, la legislación del Congreso afronta este problema, dictándose normas para evitar los manejos en tal sentido de las personas o grupos que tengan en su mano el "control" de una Sociedad. En el presente artículo se estudia el diferente concepto de "control" adoptado, para cada tipo de Sociedad, en la interpretación de la Ley correspondiente, y las medidas que en cada caso se establecen para la protección del pequeño ahorro.

J. P. G.

THE YALE LAW JOURNAL: "Appraisal of Corporate Dissenters' Shares: Apportioning the Proceeding's Financial Burdens". Note. Volumen 60; págs. 337-346 (febrero, 1951).

La legislación de los Estados, derogando el principio de unanimidad exigido en la "Common Law" para las modificaciones de estructura de una Corporación, requiere tan sólo para la validez de éstas el voto favorable de la mayoría de los accionistas. Aquellos que sean contrarios a la reforma tienen derecho a abandonar la Sociedad y a exigir una indemnización justa, cuya cuantía se determina por un sistema de tasación. Pero la tasación provoca gastos elevados, y si ha de soportarlos, como generalmente ocurre, el accionista que abandona la Corporación, su derecho a una indemnización total se hace ilusorio, y lo será aún más si, como sucede en varios Estados, deja de cobrar dividendos desde que se inicia la tasación (cuya duración es frecuentemente muy larga). Por el contrario, en los Estados que imponen a la Sociedad el costo de la tasación, se da un arma al accionista para hacer presión sobre aquélla y obtener una indemnización exagerada. La solución más adecuada se contiene en la reforma de 1950 de la legislación neoyorquina: el accionista cobrar dividendos hasta que concluye la tasación, y los gastos de ésta recaen sobre la Sociedad, salvo mala fe del accionista, que se niegue a aceptar una oferta razonable.

J. P. G.

THE YALE LAW JOURNAL: "The Role of Market Price in the Investment Value Theory". Note. Vol. 60; págs. 371-376 (febrero, 1951).

En el ámbito de aplicación de la "Holding Company Ac.", un canje de obligaciones supone la indemnización en metálico o la atribución de obligaciones de nueva emisión a los antiguos obligacionistas. Los tenedores más antiguos de obligaciones deben ser totalmente indemnizados antes de que los más recientes puedan participar en la Corporación "sim-

plificada". Se estudia en esta nota, analizando los casos de jurisprudencia, el significado del precio de mercado para fijar el valor de inversión, que determina el monto de la indemnización.

J. P. G.

URIA, Rodrigo: "A fusão das sociedades comerciais". *Jornal do Fôro. A XIV. Núm. 92. Tercer trimestre, 1950; págs. 161-174.*

Comienza en este número un estudio del profesor Uría, destacándose del aspecto económico de la figura, ya que se trata de un instrumento jurídico del más amplio fenómeno económico de la concentración de empresas, impulsado tanto por la racionalización de la economía, con el consiguiente ensanchamiento de los espacios económicos, como por el deseo de suprimir la concurrencia.

Se recogen las normas positivas sobre fusión en las distintas legislaciones: escasas en Derecho francés, suizo y portugués; amplias, aunque pocas, en el italiano; completas en la Ley alemana de 1937 y flexibles en el sistema inglés.

L. S. M.

VALSECCHI, Emilio: "Osservazioni in tema di sindacato azionario". *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni. Anno XLVIII (1950). Parte Seconda; págs. 331-341.*

La jurisprudencia de la Corte de Casación italiana inicia una nueva dirección favorable al reconocimiento, con determinadas condiciones, de los sindicatos de accionistas. La prohibición tiene como objeto evitar que los acuerdos sociales puedan ser adoptados por una mayoría artificial; carece por lo tanto de sentido cuando las decisiones del sindicato sobre el voto de sus adherentes—o del representante de éstos—hayan de ser tomadas por unanimidad. El alcance práctico del sindicato consiste en tal caso en la responsabilidad pecuniaria que alcanza, ante los restantes accionistas sindicados, a aquél que se aparte, en el momento del voto, del acuerdo sindical. La invalidez se mantiene para los sindicatos que adopten sus decisiones por simple mayoría. Esta regla es aplicable a los casos en que el fin sindical se opere mediante la transmisión fiduciaria de las acciones a una persona encargada de ejercitar el derecho de voto; la posesión del título no es entonces el reflejo de un derecho real, sino de una mera relación obligatoria. Por el contrario, el fin propio del sindicato regido por simples mayorías podrá conseguirse, lícitamente, utilizando el art. 2.347 del C. c., mediante la constitución de una verdadera situación de "condominio" de las acciones.

J. P. G.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de José A. PRIETO GOMEZ y Luis SANCHO MENDIZABAL.

Anónimo. "El assegno circolare". Revista de la situación económica en Italia. Vol. V, núm. 2, marzo de 1951; págs. 118-125.

La palabra assegno, que en acepción más general es una suma que el destinatario de una mercancía debe pagar al transportista para que la haga llegar al remitente, en la técnica bancaria equivale a cheque, distinguiéndose el "assegno bancario" (orden incondicional a un Banco de pagar una suma a la vista que sólo obliga previa provisión de fondos) del "assegno circolare", que es un título de crédito a la orden, emitido por un Instituto autorizado para ello por sumas que este Instituto tenga disponibles en el momento de la emisión; puede descontarse en todas las filiales del emisor y en cualquier entidad bancaria que lo haya acordado así con aquél.

El artículo recoge las medidas anti-inflacionistas (reserva del 40 por 100 en títulos del Estado y el excedente en moneda legal) impuestas a los Bancos que giran "assegni circolari" (así como otros títulos equiparables: vaglia cambiario, assegno di corrispondenti fede di credito y polizza notata), las normas sobre formas de giro, compensación, hurto y fiscales y varias estadísticas sobre su circulación que representó en 1950 el 12,1 por 100 de la moneda legal.

L. S. M.

BILLYOU, De Forest: "Federal Railroad Equipment Legislation". Comment. Harvard Law Review, vol. 64 (febrero, 1951); págs. 608-615.

Desde hace unos ochenta años, los ferrocarriles norteamericanos han financiado la adquisición del nuevo utillaje por medio de "equipment trusts". La regulación de éstos se halla contenida en la legislación de los Estados, que ofrece una gran diversidad, planteando graves problemas al jurista. El autor, después de examinar las más serias consecuencias de la disparidad legislativa, concluye afirmando la necesidad de una legislación unitaria, y propone un proyecto de ley federal que aliviaría las dificultades.

J. P. G.

EMERSON, Frank D.: "Federal Guarantee of Business Loans". Comment. Harvard Law Review, vol. 64 (febrero, 1951); págs. 615-624.

La Ley de Producción de Defensa ("Defense Production Act") de 1950 autorizó al Gobierno federal para que garantice los préstamos concedi-

dos por entidades financieras públicas o privadas a las Empresas que intervienen de alguna manera en operaciones necesarias para el esfuerzo de defensa. El autor describe el procedimiento a seguir para obtener tal garantía y acreditar que el préstamo no es inútil. Asimismo analiza la diligencia que se exige del prestamista para que se dé efectividad a los derechos reconocidos en el "guarantee agreement".

J. P. G.

DE LA GARZA, Sergio Francisco: "La letra de cambio y el cheque en los Estados Unidos". Jus, núm. 143, junio 1950; págs. 367-388.

El artículo expone, con notas comparativas al Derecho mejicano, el Derecho norteamericano vigente, contenido en una ley uniforme adoptada en 1897 por Nueva York y sucesivamente por todos los demás Estados, inspirada en la ley inglesa de 1882, con variantes jurisprudenciales americanas. Se recogen las normas referentes al concepto de letra y cheque (que es una letra girada a la vista contra un Banco en Estados Unidos), a los elementos personales, requisitos formales, endosos, etc

L. S. M.

HARVARD LAW REVIEW: "Bankruptcy and Negotiable Instruments". Note Vol. 64 (abril, 1951); págs. 959-968.

Interesante nota en la que se expone, a través de la jurisprudencia, el sistema norteamericano en la materia. Distinguiendo entre los supuestos de que el quebrado sea el librador o un endosante—responsable subsidiario—, se examina la situación, en cada caso, del tenedor del título cambiario y del "trustee" de la quiebra (aproximadamente, síndico), así como la posición del endosatario frente al librador quebrado. El criterio general aceptado en jurisprudencia y doctrina es el de que la quiebra constituye uno de los riesgos que toma sobre sí el tenedor de un título de crédito; la posición de éste, por lo tanto, no es privilegiada respecto de los restantes acreedores.

J. P. G.

MARTINS GOMES, Oscar: "Contra quem deve ser protestado o título cambial". Revista Forense (Rio de Janeiro), 132, 1950; págs. 356-358.

La legislación cambiaria brasileña y la generalidad de la doctrina de este país admiten que el protesto ha de dirigirse frente a la persona directamente obligada a la aceptación o al pago, y de ninguna manera frente a los obligados en vía de regreso. Debe, por lo tanto, rechazarse la corruptela en sentido contrario que se ha introducido en la práctica. Sería conveniente además, en una reforma legislativa, dice el autor, permitir la atenuación del excesivo formalismo en la materia, admitiendo la validez de las cláusulas "sin protesto".

J. P. G.

MINNESOTA LAW REVIEW: "Liability of Rail Carriers in Foreign Commerce Under the Interstate Commerce Act". Editorial Note. Volumen XXXV, diciembre 1950; págs. 64-80.

La presente nota estudia, en su desenvolvimiento histórico, los problemas que plantea en el Derecho norteamericano la localización de la responsabilidad en caso de pluralidad de porteadores. La "Common Law" considera al primer porteador y a los posteriores como ligados entre sí por un contrato de "agency"; el transportista inicial es el único que responde ante el cargador, y no puede pactar en ningún caso la exención de responsabilidad por los daños que a la mercancía acarree la negligencia de los que se consideran legalmente como sus agentes. Pero en la práctica se consiguió esta limitación de responsabilidad con obligarse el primer transportista a la entrega, no en el punto de destino, sino a otro transportista. Reformas legislativas posteriores, dictadas para el supuesto de transportes ferroviarios interestatales o con las comarcas adyacentes del extranjero (prácticamente, Canadá), obligan al transportista a extender una carta de porte hasta el punto de destino, con lo que su responsabilidad alcanza a los daños que sufra la mercancía en todo el trayecto; asimismo se establece la responsabilidad del último porteador para facilitar las reclamaciones del consignatario. (Sin perjuicio todo ello de la acción del transportista inicial—o del último, en su caso—para reclamar el importe de la indemnización al transportista, al que se debe el daño.) Estas reformas no se aplican, sin embargo, a los transportes a países extranjeros no adyacentes. Concluye la nota defendiendo la ampliación del control del Gobierno federal en esta materia.

J. P. G.

OPPO, Giorgio: "Titolo incompleto e titolo in bianco". Rivista del Diritto Commerciale. Año XLIX, núm. 1-2, enero-febrero 1951; páginas 12-42.

En la doctrina posterior a la ley uniforme se ha impuesto la tesis de Bonelli de la identidad entre título incompleto y título en blanco. Rechaza el autor la opinión que hace aplicable el artículo 14 L. U. sólo cuando la lagunosidad aparezca a la vista, y pone la distinción entre el documento en blanco y el incompleto en la intención del emitente, que destina el primero a ser completado más tarde. El título tiene funciones que desbordan el terreno probatorio; se niega, frente a Carnelutti, que el documento pueda calificarse de hecho; y teniendo en cuenta que el acto de documentación cartular, como hecho constitutivo de efectos sustanciales, exige requisitos particulares, el problema se plantea en términos de creación cambiaria completa e incompleta. Cuando el artículo 2.º de la ley uniforme declara que el título privado de algún requisito formal no vale como cambial, quiere decir que la creación incompleta es un acto cambiariamente nulo. Y si la formación sucesiva no es admi-

ble en cuanto signifique añadir requisitos a una voluntad de creación cambiaria que se manifestó inválidamente, sí lo es en cuanto signifique prestar a la redacción del documento la colaboración querida por el emittente. El poder de completar tiene este origen contractual (voluntad del firmante del documento), rechazándose su origen "ex titulo" o "ex lege".

L. S. M.

PORTER, Frederick M.: "Federal Regulation of Private Carriers". *Harvard Law Review*, vol. 64 (abril, 1951); págs. 896-912.

El constante incremento de los precios de transporte ha provocado en Norteamérica un considerable desarrollo del transporte privado, al encargarse los propios empresarios industriales del acarreo de sus mercancías. El autor analiza las condiciones de aplicación de la legislación federal y la competencia de los órganos por ella establecidos, según los diferentes medios que este tipo de transporte utiliza (ferrocarril, carretera, vías marítima y fluvial, oleoducto, vía aérea), así como los principales problemas que con respecto a cada uno de ellos se plantean.

J. P. G.

PROLSS, Erich R.: "Das Statut der Zweigniederlassung im internationalen Versicherungsrecht". *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, año XVI, fasc. 2, 1951; págs. 203-215.

Se estudia el problema de la legislación aplicable a las sucursales en el país de aseguradores extranjeros: tanto la legislación de divisas y la de inspección como el derecho de obligaciones aplicables son los de la sede de la sucursal; este estatuto vale para todos los contratos y los somete por entero, extendiéndose al cumplimiento. La posibilidad de accionar contra la central extranjera, que sería evidente de acuerdo con los principios generales, se niega en el Derecho del seguro, habiendo reconocido "Reichsgericht" la independencia de cada sucursal a estos efectos; distinta solución es la del Tribunal Federal suizo. Por último, el estatuto de la sucursal es inalterable y rige las relaciones contractuales con sus asegurados a través del tiempo, salvo los casos de pacto e ingreso bajo el dominio de otro Derecho (por cambio de soberanía, por ejemplo).

L. S. M.

ROTONDI, Mario: "Osservazioni in tema di compensazioni private". *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*. Anno XLVIII (1950), parte seconda; págs. 358-381.

En esta nota de jurisprudencia se analizan algunas de las repercusiones que alcanza en el Derecho privado la reglamentación administrativa del comercio internacional. El sistema de "compensación priva-

da”, frecuente hoy en el régimen de pagos internacionales, nada tiene que ver con la figura jurídica clásica del mismo nombre. Supone un acuerdo por virtud del cual un exportador se obliga a poner a disposición de un importador del mismo país los créditos en determinada moneda extranjera que obtenga en contrapartida de sus mercancías; el importador entregará al exportador su equivalente en moneda nacional y utilizará las divisas para satisfacer el precio de las mercaderías que compra. El acuerdo pertenece, según el autor, a la categoría de los contratos normativos. El procedimiento plantea, sin embargo, graves dificultades cuando el volumen de las transacciones del exportador es menor que el de las del importador, o cuando el primero tropieza, por cualquier motivo, con dificultades de cobro. Se plantea entonces la cuestión de si el exportador está “en todo caso” obligado a procurar al importador las divisas que necesite. El autor defiende, como regla, la tesis negativa, que ve confirmada en los acuerdos comerciales italo-suizos: el exportador no se obliga a obtener todas las divisas que requiera el importador, sino a poner a disposición de éste las que obtenga en su comercio.

J. P. G.

SAENZ LOPEZ, J. A.: “La aceptación de una letra de cambio mediante huella digital”. *Revista General de Derecho*. Año VII. Núm. 78. Marzo, 1951; págs. 157-162

Puede defenderse en nuestro Derecho la posibilidad de aceptar una letra imprimiendo la huella digital: en ningún precepto se exige la “firma” del aceptante. Tras estudiar en qué consiste la firma y referirse a la especialidad de la posición del aceptante, cuya intervención no es constitutiva, en relación con las obligaciones cambiarias, el autor concluye la posibilidad de aceptar por este medio aún las personas que sepan escribir.

L. S. M.

SALVADOR BULLON, Pablo e Hilario: “Concepto y naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente”. *Revista general de Derecho*. Año VII; págs. 4-12 (enero, 1951).

El contrato de cuenta corriente supone dos elementos: una relación de negocios unitaria y de alguna duración; una voluntad contractual que lo distingue de la mera “situación” de cuenta corriente. Este concepto, mantenido por la doctrina, se acepta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, aunque hay decisiones contrarias. El contrato de cuenta corriente es un contrato innominado, consensual y normativo; la doctrina suele añadir el carácter de mercantil, pero los autores del presente artículo, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, defienden la posibilidad de que constituya un contrato civil.

J. P. G.

THE YALE LAW JOURNAL: "State Supervision over Insurance Rate-Making Combinations Under the McCarran Act". Note. Volumen 60; págs. 160-169 (enero, 1951).

Al funcionar la industria aseguradora norteamericana en régimen no competitivo, se imponía el control estatal de las tarifas, adoptadas por acuerdo entre las Compañías. La Ley McCarran de 1945 declara aplicable al ramo del Seguro, en cuanto no esté regulado por la legislación de los Estados, la Ley Sherman contra los "trusts". Por su parte, los Estados adoptan, para controlar los acuerdos sobre las tarifas y evitar prácticas monopolistas, una legislación prácticamente uniforme (sobre la base del proyecto formulado por los Comisarios del Seguro y representantes de la industria). La presente nota, criticando una decisión judicial, enjuicia severamente la legislación de control dictada en Arkansas, que considera insuficiente, y ante su irrelevancia, defiende la aplicabilidad de la Ley Sherman.

J. P. G.

THE YALE LAW JOURNAL: "ICC Extension of the Shreveport Doctrine". Note. Vol. 60; págs. 356-362 (febrero, 1951).

La presente nota analiza cómo la "Interstate Commerce Commission", combatiendo injustas discriminaciones, extiende su competencia a las tarifas ferroviarias intraestatales cuando éstas tienen influjo sobre el comercio interestatal.

J. P. G.

4. Varia

LEMOS SOBRAL, Emilio de: "A responsabilidade civil no abastecimento aéreo". Revista Forense. Rio de Janeiro, 1950; págs. 36-50.

En este interesante artículo estudia el autor los Convenios internacionales que se refieren a la materia de abordaje aéreo, así como los artículos 96 a 102 del Código aéreo brasileño, y estima justo que soporten los riesgos por mitad la Empresa transportista, por una parte, y los pasajeros o los cargadores, por la otra, a condición de que se deriven exclusivamente de factores externos que sean imprevisibles y totalmente independientes de la voluntad del transportista, sin relación alguna con toda conducta delictiva o quasi delictiva.

S. R. M.

MALVAGNI, Atilio: "Competencia y ley aplicable en materia de navegación". La Ley. Buenos Aires, 1951; págs. 1-3.

Con motivo de un caso judicial referente a una cuestión de competencia entre la justicia federal y el juez ordinario, y después de pasar revista a los antecedentes anglosajones, manifiesta el autor que no se

debe confundir la competencia de los Tribunales con la ley que deben aplicar, ya que si en principio la competencia federal implica la aplicación del libro del Código de Comercio, que trata del transporte por mar, y la competencia ordinaria las normas del contrato de transporte terrestre, existen casos particulares en que la justicia federal puede aplicar estas últimas y el juez ordinario y el ordinario las del primero.

S. R. M.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

GOMEZ DE MERCADO, Francisco: "Los archivos notariales o de protocolos vistos por un Notario amante de la Historia". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, 1951; págs. 201-214.

De este artículo, publicado en la *Revista Internacional del Notariado* (Argentina), ya se dió cuenta en la pág. 1352 del tomo III, fascículo IV de este ANUARIO.

GOMEZ DE MERCADO, Francisco: "Hacia un concepto amplio y fraterno de la dicción Fedatario". *Nuestra Revista*, 817, 1951; págs. 1-8.

Escribano o Notario es igual a fedatario oficial o público. El Notario-escribano redacta y autoriza el instrumento o documento público, previo consejo a los comparecientes, "escritura" que, por estar sujeta a la ley, es documento fehaciente. El Derecho en estado de normalidad, requiere un funcionario *ad hoc*, ante quien se contraigan las relaciones jurídicas entre particulares: el Notario. En estado de anormalidad, exige otra clase de funcionarios: Jueces y Tribunales. Parafraseando a López Palop, afirma que la fe notarial se extiende a todas las relaciones de Derecho privado, cuando éste se cumple voluntariamente, más cuando el Derecho es controvertido, cuando surge la colisión y la anormalidad, sustituye a la normalidad, allí mismo, en tal momento, cesa la misión del Notario y empieza la del Juez.

GOMEZ MORAN, Luis: "Temas notariales ¿Debe reformarse nuestra Mutualidad?". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 276, 1951; páginas 375-93.

El importante tema para el Cuerpo Notarial, de su Mutualidad, es estudiado por el autor referido a dos aspectos en que la misma pueda actuar. las notarías incongruas y las jubilaciones. Seguidamente estudia los

derechos que producen los notarios a la fecha de su defunción: el examen conjunto de cada uno de los temas tratados, le hace llegar a la conclusión de que es urgente la reforma de la Mutualidad notarial, por lo que se refiere a las congruas, jubilaciones y viudedad y horfandad, pues es evidente que en uno o en otro supuesto, las cantidades que se asignen deberán siempre estar de acuerdo con las condiciones del medio económico en que se viva.

LOWENSTEIN, Max: "Le notariat en Egypte selon les papyrs". La revue du Notariat, 53-54, 1950; págs. 200-205.

Antes de la Conquista de Egipto por Alejandro el Grande, el arte y el derecho de redactar los documentos estaba vinculado a las clases sacerdotales, siendo denominados los documentos "monógrafos". A su lado, actuaban otras personas, que hacían las veces del Notario, sin excluir, con frecuencia, la intervención de los testigos en la redacción de estos documentos. Se redactaban encabezándolos con una fórmula impersonal—a modo de introducción—, a la que seguía el texto propiamente dicho bajo la forma de "oratio publica", las partes y los testigos lo firmaban.

Los notarios actuaban en una zona denominada "toparchie", que comprendía un distrito.

Como encargados de la función encontramos los "agaronomos", los "grapheros" y los "troperites" o especies de banqueros característicos en el dominio de los actos públicos.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ y José Maria DESANTES GUANTER.

I. Introducción

ALLORIO, Enrico: "Ideas sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal". Revista de Derecho Procesal. Octubre-noviembre-diciembre, 1950; págs. 565-582.

Comienza refiriéndose a la decadencia actual de la ciencia procesal alemana, para justificar el que se centre en la italiana el estudio del desenvolvimiento y perspectivas de la ciencia del proceso. Pasa a analizar por qué Chiovenda, no siendo intrínsecamente superior a su antecesor Mortara, es considerado, con razón, como el fundador de la ciencia procesal italiana. A juicio del autor, ello se debe a que fué el primero en estudiar el proceso desde fuera, en su relación con el Derecho sustancial. No obstante, Chiovenda quedó inscrito entre los procesalistas ale-

manes de su época, sin salir de su mundo ideológico. Ha sido por ello preciso que, tras él, Carnelutti rompa muchos moldes de su construcción y abra nuevos cauces. Se estudian luego como auténticos continuadores de Chiovenda las figuras de Calamandrei y Redenti. Finalmente, pasa al problema de las perspectivas actuales de la ciencia procesal: los sistemas doctrinales actuales están en trance de superación, lo que prueba la vitalidad de la ciencia. Cree el autor que los conceptos de acción y relación jurídica procesal pierden importancia y han de ceder el paso, como base de la construcción de la ciencia procesal, al de potestad jurisdiccional, construido sobre el fundamento positivo de la cosa juzgada. Propugna para terminar la vuelta a la antigua unidad del Derecho

M. G. E.

BARTOLONI FERRO, A.: "La unidad de acción y la unidad del concepto de proceso como presupuesto de la teoría de éste". *Revista de Ciencias Jurídica y Sociales*. Santa Fe. XII y 62-63; págs. 149-164.

Después de estudiar críticamente diversos conceptos de la acción, expone su tesis del concepto integral de la misma, que engloba a la excepción como derecho abstracto a la jurisdicción con la defensa del demandado. De este concepto integral de la acción y de la teoría del proceso como relación se deduce que el procedimiento no está integrado por varias relaciones jurídicas que entrelazan a los distintos elementos subjetivos, sino que es también un concepto integral que aparece como una relación única. Ambos conceptos unitarios son los presupuestos de una teoría del proceso y de un Derecho procesal elaborado con sus elementos esenciales.

J. D. G.

CALAMANDREI, Piero: "Un maestro di liberalismo processuale". *Rivista di Diritto Processuale*. VI, 1; págs. 1-8.

Hay dos modos de concebir la administración de la justicia: el proceso inquisitorio y el dispositivo, que son a su vez dos modos de concebir el Estado: el autoritario y el liberal. De la concepción liberal del proceso civil James Goldschmidt ha sido el teórico más original y penetrante. Después de más de veinte años aparecen sus ideas como eminentes y no es vano el volver a pensarlas para ver en ellas sus méritos y sus peligros, sobre todo la conversión del proceso en una maquiavélica maniobra: el proceso puro, separado de la justicia.

J. D. G.

CALAMANDREI, Piero: "Proceso e Giustizia". *Rivista di Diritto Processuale*, V, 4; págs. 273-290.

Este artículo constituyó el discurso inaugural del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil de Florencia. Se hace eco de la gran crisis histórica que la humanidad ha pasado, y cree que se debe recomenzar el trabajo con un examen de conciencia de la obra realizada por los procesalistas. Analiza el fenómeno de desilusión que se ha apoderado de los autores cuando parece que la teoría del proceso ha llegado a su cúspide. La teoría procesal moderna se ha hecho, como el arte, abstracta. Y hay que volverla a llenar de contenido orientando el proceso hacia su verdadero fin: la justicia. Por otra parte, la crisis filosófica de la verdad ha penetrado en el campo procesal. Hay que volver a creer en la verdad, aunque la verdad sea sólo una premisa de la justicia. Además, el procedimiento refleja el eterno diálogo entre autoridad y libertad al contacto con la política, lo que plantea de nuevo el problema de la conciliación entre la libertad y la justicia. Para volver a comenzar con fe renovada al trabajo hay que proponerse el estudio del proceso no en forma de sistemas simétricos sin alma, sino pensando que el proceso es para el hombre. Hay que humanizar el proceso.

J. D. G.

CARNELUTTI, Francesco: "Impressioni sul Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile". *Rivista di Diritto Processuale*, V, 4; páginas 344-348.

Es una sucinta relación del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia entre los días 30 de septiembre y 3 de octubre de 1950. Después de citar los hombres de ciencia asistentes y de hacer una alusión a las comunicaciones individuales y a los temas propuestos en el Congreso, hace una reseña de los debates y conclusiones en cada uno de éstos, el control de la constitucionalidad de las leyes, el proceso como tutela del Derecho y el estudio del Derecho procesal en Italia.

J. D. G.

FUENTES CARSÍ, Francisco: "La terminología procesal y sus arcaísmos". *Revista General de Derecho*, VII, 77; págs. 68-72.

Trata de la necesidad de mantener una nomenclatura característica para el proceso y del peligro que la exageración del formulismo entraña. Concretamente, en nuestra ley de Enjuiciamiento civil existen multitud de "formas residuales" y la práctica mantiene numerosos arcaísmos. La práctica notarial, enlazada en sus orígenes íntimamente con la forense, también adolecía de este tradicionalismo pernicioso que los No-

tarios van superando. Contempla los casos viciosos que en la ley procesal se conservan y los que en los actos procesales del Secretario y, sobre todo, de las partes se siguen usando. Termina reseñando los intentos de supresión de fórmulas forenses inútiles e inelegantes y de modernización de la nomenclatura procesal, no siempre afortunada.

J. D. G.

LIEBMAN, Eurico Tullio: "L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale". *Rivista di Diritto Processuale*, V, 4; págs. 328-343.

En la obra científica admirable que James Goldschmidt ha legado a la posteridad, al someter a una revisión general todos los conceptos del pensamiento jurídico procesal de su tiempo, destaca la crítica del concepto de la relación jurídica procesal. Para estudiar los caminos de su pensamiento se confronta con el de Carnelutti, que coincide con él, aunque partiendo de diferentes puntos de vista, en oponerse al concepto de Bülow y los autores de su tiempo. La obra de Goldschmidt reavivó la visión del proceso, un tanto estática y fría, y la situó en su verdadero clima, con su contenido insuprimible de lucha por el derecho.

J. D. G.

PRIETO CASTRO, L.: "La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal". *Revista de Derecho Procesal*, octubre-noviembrediciembre 1950; págs. 615-639.

Se toma como punto de partida el dualismo ser-deber ser, y en especial la distinción de Goldschmidt entre Derecho justicial, material y formal y su especial consideración de la realidad empírica del proceso junto al ordenamiento jurídico del mismo. Sobre esta base, se propugna la creación de un nuevo instrumento científico destinado a servir de guía o auxilio al procesalista en su labor de orientar al legislador para que el Derecho procesal obtenga en la práctica la máxima eficacia posible. Este procedimiento se llamaría política del pragmatismo procesal. A continuación ilustra su propuesta con casos concretos de lo que podría ser la labor de tal política: en cuanto a la necesidad de dar carácter jurídico a los deberes de verdad y lealtad de las partes; en cuanto a la de una mayor protección procesal de los bienes muebles; en cuanto a la de volver a la prisión por deudas civiles, etc.

M. G. E.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Expansión de la ciencia procesal española". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCIX, 4; páginas 462-463.

Da cuenta de la colaboración española en los "Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti" y en los "Studi in onore di Enrico Redenti" y de la asistencia de los procesalistas españoles a la Asamblea de Florencia y a la "Tagung" que la Sociedad de los profesores alemanes de Derecho procesal celebrará en los últimos días de abril en Weinheim an der Bergstrasse. Termina esperando la colaboración total en sucesivas oportunidades para contribuir al prestigio de la ciencia jurídica nacional.

J. D. G.

PUGLIESE, Giovanni: "La litis contestatio nel processo formulare" *Rivista di Diritto Processuale*, VI, 1; págs. 37-64.

Contrapone las tesis de Keller y Wlassati para preluar la investigación que desarrolla a lo largo del trabajo. Estudia la "litis contestatio" como acuerdo entre las partes; como aceptación de someterse al juicio en base a la fórmula redactada y aprobada en el curso del procedimiento "in iure"; su naturaleza en los "indicia imperio continentia"; su naturaleza contractual o la más amplia de negocio jurídico procesal; su forma y la función asignada a los testigos.

J. D. G.

REIMUNDIN, Ricardo: "Algunos aspectos fundamentales del anteproyecto Podetti". *Revista Jurídica del Perú*, I, 2.º; págs. 38-78.

Después de una introducción en la que se da cuenta del anteproyecto y de la necesidad de reformar el procedimiento civil argentino, expone el tema del trabajo en dos partes. En la primera estudia las líneas generales del anteproyecto: los antecedentes y alcance de la reforma y la estructura y sistemática del futuro Código, que ilustra con cuadros sinópticos. La segunda, la más extensa, estudia concretamente algunos aspectos parciales de la reforma: la acción de declaración de mera certeza que sustituye al proceso por jactancia; la condena de futuro; la intervención de los terceros en el proceso; la acción cautelar; el proceso por deslinde; la jurisdicción voluntaria. Termina con una serie de conclusiones expositivas y críticas.

J. D. G.

RUDGE LEITE, Fernando: "A liberdade de profissão e a Ordem dos Advogados". *Revista Forense*, Rio. de Janeiro, enero 1951; págs. 25-29.

La Constitución brasileña consagra la libertad de profesión y prohíbe la imposición de penas perpetuas. Hay que concertar estas dos declaraciones con los requisitos exigidos por el "Regulamento da Ordem dos Advogados" en cuanto a capacidad técnica y condiciones morales y con la posibilidad de la exclusión perpetua por delitos que en ella se especifican. Después del estudio sistemático de la doctrina y la tradición brasileña se concluye la delegación constitucional al legislador ordinario para establecer en interés público las condiciones para el ejercicio de las profesiones liberales y la posibilidad de exclusión perpetua, no como pena criminal, sino disciplinaria.

J. D. G.

SATTA, Salvatore: "La tutela del Diritto nel processo". *Rivista di Diritto Processuale*, VI, 1; págs. 20-36.

El hecho de plantearse en estos momentos el tema de la tutela del derecho en el proceso es uno de tantos síntomas de la incertidumbre que invade la ciencia procesal. El proceso se considera en crisis; pero lo que está en crisis, realmente, es la persona. Y en el proceso la persona que atiende a la tutela del derecho es el Juez. La posición del Juez es crítica en cuanto también el Estado y las ideas políticas que sustenta lo son. Y todo ello no es más que un aspecto de la gran crisis espiritual que invade al mundo al perder la humanidad la fe y el sentido de su propio destino.

J. D. G.

2. Parte general

BARANDIARAN, José León: "La variación en el "status" de las partes y su influencia en el desarrollo del proceso civil". *Revista Jurídica del Perú*, I, 2; págs. 87-90.

Estudia los efectos que el cambio de "status", principalmente el paso de la situación "alieni iuris" a la "sui iuris" de las partes de un proceso, produce en el desarrollo del mismo. La eficacia de la representación, la necesidad de demostrar el hecho en el expediente para que tenga relevancia y los efectos de su ocultación por descuido o malicia. Expone variados argumentos en defensa de su tesis.

J. D. G.

DESCHAMPS, Jules: "Eloge des avocats par un magistrat". *Journal des Tribunaux*, LXVI, 3.894; págs. 261.

Nadie mejor que un miembro de la curia puede asegurar cuán indispensable es la institución del bufete. Contra los sarcasmos comunes y el desconocimiento del vulgo resalta su colaboración a la obra de la justicia. Sobre todas sus virtudes destaca su independencia. Juntamente con su lealtad proyecta la luz suficiente para que en el cruce de los dos enfoques distintos el Juez acierte en la solución justa.

J. D. G.

HAMMELMAN, H. A.: "Aspetti del Diritto probatorio anglossasone". *Jus*, Milán, I, 3-4; págs. 378-401.

Es un estudio de los rasgos dispersos que en el "common law" pueden encontrarse relativos al "law of evidence". La constante histórica inglesa de tradicional recelo a la omnipotencia central y la existencia de la institución del jurado como Juez de los hechos, impone la persistencia del procedimiento acusatorio. Bajo estos principios se estudia comparativamente el Derecho probatorio anglosajón—que no difiere en el procedimiento civil y en el penal—y el continental en sus rasgos diferenciales. El Derecho anglosajón se preocupa más de los intereses del individuo que de los valores abstractos de la justicia y del Estado.

J. D. G.

MARTINEZ BERNAL, Antonio: "El Juez y la luz". *Anales de la Universidad de Murcia*, octubre-diciembre, 1950; págs. 5-23.

Plantea la relación entre la ley, el proceso, el Juez y la sentencia. Estudia la función legislativa, la postura del Estado frente a la transgresión de la norma, la aparición de la función judicial separada de la legislativa. El distinto alcance y significado de ambas formas de "dictar" el Derecho, mostrando sus conexiones, sus analogías, sus puntos de identidad y sus diferencias. De todo este examen deduce la necesidad, más que de buenas leyes, de buenos Jueces.

J. D. G.

MALVAGNI, Atilio: "Competencia y ley aplicable en materia de navegación". Suplemento diario de "La Ley". Buenos Aires, 15 de marzo de 1951; págs. 1-3.

En principio, corresponde la competencia federal cuando se trata de navegación internacional o interprovincial, y la ordinaria si se trata de navegación local o portuaria, sin que tenga ninguna trascendencia el ta-

maño o tonelaje de la embarcación. Examina la conexión del problema de la competencia con el de la ley aplicable, las excepciones al principio y los precedentes anglosajones del mismo.

M. G. E.

MORENO MURCIANO, Andrés: "Pruebas no previstas por la ley. Autenticación procesal de documentos subdactilados". *Revista de Derecho Procesal*, octubre-noviembre-diciembre, 1951; págs. 663-671.

Se refiere al criterio restrictivo de la jurisprudencia en cuanto a la admisión de pruebas no previstas por la ley, para pasar a plantear el problema de la prueba de autenticidad de documentos subdactilados (admitidos por el artículo 191 del Reglamento notarial). En el orden civil, no cree que pueda encajar tal prueba en la de cotejo de letras, por analogía, y sí sólo en la pericial, pero con grandes inconvenientes si el problema se suscita en lugares donde no haya alguno de los escasos técnicos en dactiloscopia.

M. G. E.

MONTESANO, Luigi: "Confessione e astrazione processuale". *Rivista di Diritto Processuale*. VI, 1; págs. 61-87.

Es un estudio de la promesa de pago y reconocimiento de deuda considerados como confesión extrajudicial hecha a través de la crítica de la teoría de la confesión extrajudicial como negocio abstracto de Mes-sina y de la teoría de Furno sobre el objeto de la prueba en general y de la confesión en particular, de la función probatoria de la forma del negocio y del objeto y reconocimiento de la promesa.

J. D. G.

PORTAS, Néstor L.: "El Ministerio fiscal en el juicio de adopción". *Suplemento diario de "La Ley"*, Buenos Aires, 27 de marzo de 1951; páginas 1-2.

El autor propugna, contra la tesis jurisprudencial, la necesidad de la intervención del Ministerio fiscal en el juicio de adopción, no habiendo, a su juicio, la ley 13.252 modificando la norma de la 1.893, que exigía dicha intervención en todas las causas relativas al estado civil de las personas.

M. G. E.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "Una revolución en la técnica procesal: las pruebas clínicas de veracidad". *Revista de Derecho Procesal*, octubre-noviembre-diciembre 1950; págs. 641-662.

Aunque enfoca fundamentalmente el problema desde el punto de vista procesal penal, alude a sus posibles repercusiones en el proceso civil. Analiza la reacción de los juristas frente al problema de los llamados sueros de la verdad, estudia luego la posibilidad de su encaje en los mol-

des de los distintos ordenamientos jurídicos y cree que, desde un punto de vista teórico, y de de el del Derecho positivo español, cabe la admisión de aquellos procedimientos que, como el narco-análisis y el detector de mentiras, no suponen desdoblamiento de la personalidad humana.

M. G. E.

R. VALCARCE, Francisco: "Recibimiento a prueba y escritos de conclusión (mayor cuantía)". *Revista de Derecho Procesal*. Octubre-noviembre-diciembre 1950; págs. 583-614.

Estudia las diversas posibilidades en cuanto a la petición de recibimiento a prueba y las consecuencias de cada una; cabe que las dos partes pidan que haya prueba (el Juez ha de concederla), que haya acuerdo (resuelve el Juez), que las partes guarden silencio (supone renuncia a la prueba), o que una la pida y otra guarde silencio (según el autor el Juez ha de recibir el pleito a prueba). Se estudia luego el problema en los ordenamientos extranjeros, y se concluye que el principio dispositivo en esta cuestión sólo debe regir en los procesos de interés privado. Termina el trabajo con un estudio y crítica del trámite de los ritos de conclusiones y con su comparación con trámites análogos de los ordenamientos extranjeros.

M. G. E.

3. Parte especial

ALLORIO, Eurico: "Su una recente concezione dell'esecuzione forzata". *Jus*, Milán, I, 3-4; págs. 340-355.

Es una exposición seguida del estudio crítico de la doctrina de S. Satta sobre la ejecución forzosa expuesta en el volumen correspondiente del "Tratatto di Diritto Civile" de Vassalli. La teoría expuesta tiene como principal rasgo teórico la afirmación de que solamente la expropiación es una forma genuina del proceso ejecutivo. Allorio llega a conclusión distinta a la de Satta: la ejecución forzosa encuadra diversas instituciones que el legislador, con criterio contingente, ha querido someter a un mismo régimen.

J. D. G.

CARABIBER, Charles: "Le développement de l'Arbitrage commercial international". *Revue Hellenique de Droit International*. III, 2-4; páginas 205-223.

Estudia las sucesivas vicisitudes del arbitraje comercial internacional durante las guerras europeas y los períodos postbélicos, con las cau-

sas que han determinado su decadencia, a pesar de los esfuerzos, y la competencia técnica de los organismos arbitrales existentes. Plantea el problema de la naturaleza del arbitraje internacional en materia comercial y fundándose en su solución desenvuelve las cuestiones que las condiciones esenciales para que el arbitraje pueda subsistir encierran: la validez de las cláusulas compromisorias, la ley aplicable, la misión del árbitro y la ejecución de las sentencias arbitrales. Finalmente extrae las extensas conclusiones que su estudio le proporciona.

J. D. G.

ESTELITA, Guilherme: "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional". *Revista Forense*. Río de Janeiro. Diciembre, 1950; págs. 341-346.

Expone la historia constitucional y legal de esta institución brasileña que, nacida en principio contra las decisiones de las autoridades administrativas, se extendió a las de cualquier autoridad, incluso, por tanto, las judiciales. El problema no se plantea para los actos de los jueces de carácter administrativo. Pero cobra envergadura cuando el acto del juez resulta del ejercicio de su función específica, del uso del poder jurisdiccional. Expone las teorías extremas e intermedias de la doctrina brasileña. Y se inclina por la solución negativa, en conclusión apoyada por abundantes argumentos procesales.

J. D. G.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Guía práctica del procedimiento a seguir en la sustanciación de juicios de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 5 mayo 1951; págs. 3-6.

Sistematiza los casos que se pueden presentar y da las soluciones legales, en materia de sustanciación del proceso en 1.ª y 2.ª instancia, ejecución de sentencias, incluso provisional y suspensión de la ejecución y del procedimiento de desahucio.

M. G. E.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Problemas de procedimiento en materia de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 25 de abril de 1951; págs. 3-7.

Estudia brevemente los problemas principales de tipo procesal que plantea la Legislación de Arrendamientos rústicos; da especial importancia al problema de si en los juicios de desahucio ante Juzgados Municipales o Comarcales se sigue el procedimiento de los arts. 1.589 y 1.590 de la L. E. C. (como el autor cree), o el de los arts. 1.570 ss.; y al de si en los casos regulados por la norma 3.ª A) de la disposición transito-

ria 3.^a de la Ley de 1940, cuando se tramiten ante Juzgados Municipales o Comarcales se sigue el procedimiento de dicha norma (tesis del autor), o el del juicio verbal civil.

M. G. E.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Problemas procesales que se derivan de la aplicación de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos en orden al subarriendo de viviendas y locales de negocios". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 5 de abril de 1951; páginas 3-5.

Señala la disparidad de criterio de la Ley de Arrendamientos Urbanos al exigir que se cite al cesionario cuando se pide la resolución del contrato por cesión y no al subarrendatario cuando tal petición es por subarriendo. Esto puede explicarse por la distinta naturaleza de ambas figuras, pero como el subarrendatario también queda afectado por la resolución, en cuanto que es desahuciado, debía ser citado para respetar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. En todo caso, convenía aclarar en este punto la Ley para evitar la diversidad de criterios que hay en los distintos Juzgados.

M. G. E.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Estudio comparativo de las normas procesales que regulan el juicio de cognición y el juicio verbal civil y modificaciones que convendría introducir en el procedimiento del juicio verbal". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. V, 161; págs. 3-5.

Expone en breves trazos las características del proceso de cognición de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, considerándolo un juicio perfecto en cuanto a garantía procesal, intervención e iniciativa del Juez, sencillez, economía procesal y brevedad del procedimiento. Pero a su lado se conservan para cuestiones de menor entidad el antiguo procedimiento verbal de la Ley de Enjuiciamiento civil con trámites de mayor duración y menor sencillez y economía procesal. Conviene, por tanto, su reforma unificando en lo posible todos los procesos que se tramitan ante los Juzgados Municipales y Comarcales.

J. D. G.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. XCIX, 3; págs. 285-309.

Comienza con el estudio de la ejecución en general: su fundamento, finalidad y naturaleza y del proceso de ejecución. Entra después en el tema de la ejecución de las sentencias administrativas, analizando los

distintos supuestos de condena que pueden presentarse, las dificultades que presenta cuando el condenado sea una entidad administrativa que no ejecute voluntariamente la sentencia y el sistema español. En base a él va sucesivamente exponiendo las medidas directas: a quién corresponde la ejecución, sus requisitos y procedimiento. Y, finalmente, las medidas indirectas, ya se soliciten ante los órganos administrativos por medio de los recursos procedentes, ya se demanden ante los Tribunales ordinarios, distinguiendo en este último caso la responsabilidad civil del funcionario de la Administración y la responsabilidad penal.

J. D. G.

JIMENEZ ASENJO, E.: "Las cuestiones prejudiciales en materia civil". *Revista Jurídica de Cataluña*. Mayo-junio, 1951; págs. 234-258.

Partiendo del hecho del confusionismo que en la ciencia jurídica procesal civil existe en la materia intenta su elaboración comenzando por la distinción con las cuestiones previas, los incidentes y las excepciones y adaptando a nuestro Derecho la terminología de Menestrina que distingue entre punto, cuestión y pleito o incidente como grados ascendentes de la prejudicialidad. Ensayo un concepto y una clasificación y sienta los principios fundamentales en orden a su tratamiento y tramitación, en el proceso de cognición, antes de presentar la demanda, incoado el procedimiento y dictada la sentencia y su especialidad en el proceso ejecutivo y en algunas leyes distintas a la procesal. Concluye la posibilidad de un estudio jurídico unitario de la cuestión, a pesar de los preceptos inconexos y a veces contradictorios existentes en las leyes procesales civiles y penales.

J. D. G.

LAPANNE JOINVILLE, J.: "Las acciones posesorias en el Derecho musulmán". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*. I, 6 7; págs. 303-311.

Se dará la reseña de este trabajo cuando termine su publicación.

D.

LOZANO MONTERO, Manuel: "Las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral". *Revista General de Derecho*. VII, 77; págs. 93-95.

Estudia los principios fundamentales sobre los que se apoya la doctrina reguladora de las diligencias para mejor proveer en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Jurisprudencia. Estima que dichos principios pueden, sin obstáculo legal ninguno y con apoyo de la Jurisprudencia social, aplicarse al procedimiento laboral. De su aplicabilidad resulta la conclusión de que ningún Tribunal sea de la clase que fuere pueda acordar la práctica de diligencias de prueba distintas de las determinadas

en la Ley, a pesar de la mayor amplitud y elasticidad, con que se envuelven las Magistraturas de Trabajo en relación con los Tribunales ordinarios. Crítica doctrinal y sistemáticamente la jurisprudencia que se opone a este principio.

J. D. G.

MAYNAR BARNOLAS, Manuel: “¿Interdicto de recobrar o interdicto de obra nueva?”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. XCIX, 3; págs. 310-316.

Plantea la cuestión de qué interdicto será el utilizable en el caso de que una obra nueva prive de la posesión de una cosa o un derecho. Cita una sentencia de Audiencia, ya que no existe casación contra las resoluciones interdictales, que se inclina por el de obra nueva y va destruyendo sus fundamentos con una crítica detallada desde el punto de vista de la doctrina, de la ley y de la equidad para concluir que no hay obstáculo alguno que se oponga a la admisión del interdicto de recobrar, cuando el poseedor prefiera prevalerse de él.

J. D. G.

MENENDEZ PIDAL, Juan: “¿Pueden los Magistrados de Trabajo dictar mandamiento de entrada para realizar embargos?”. *Foro Gallego*. VIII, 72; págs. 575-580.

La práctica en las Magistraturas de Trabajo plantea problemas que hay que resolver de modo urgente, como el que enfrenta el autor. Lo resuelve razonando que la Magistratura tiene jurisdicción plena que es necesario para entrar en un domicilio en España, dictar auto de entrada, que no es necesario auxilio de otra jurisdicción para decretar la entrada en domicilio o lugar cerrado, para poder efectuar un embargo. Solamente en el caso de oponerse obstáculos por parte del ejecutado a que el embargo se realice se habrá de acudir, según los casos, a la autoridad gubernativa o a la jurisdicción penal.

MICHELI, Gian Antonio: “La tutela del diritto di credito nel processo esecutivo”. *Revista di Diritto Processuale*. V, 4; págs. 309-327.

El problema de la tutela jurisdiccional del derecho de crédito incluye la consideración de la necesidad de una pronta y segura realización del derecho del acreedor y del derecho que tiene el deudor de defenderse contra la ejecución injusta, contra la violación de la ley procesal que imposibilita su defensa, contra la ejecución sobre bienes substraídos de ella por la ley o en medida superior a la necesaria. Examina los obstáculos que se oponen a una buena ordenación procesal, habiéndose cuenta de los

problemas que entraña y de la necesidad de arbitrar medios eficaces para conseguir la realización de los créditos, terminando con el problema de la tutela ejecutiva de los créditos en el plano internacional.

J. D. G.

MONLEON, E.: "El concurso de acreedores y la Cámara de Consejo".
Astrea, Tánger. Enero-febrero, 1951; pág. 12.

La declaración de concurso debe practicarse sin audiencia del concursado para evitar sus posibles actos en fraude de los acreedores y no, como se suele hacer, con la tramitación de una demanda ordinaria. La tesis citada es además la que resulta del régimen legal de recursos contra la declaración de concurso.

M. G. E.

SABINO JUNIOR, Vicente: "Execução provisória da sentença de despejo e restituição do locatário na locação anterior". Revista Forense. Río de Janeiro. Enero, 1951; págs. 11-18.

A partir del art. 883 del Código de Procedimiento civil del Brasil que autoriza la ejecución provisional de la sentencia de desahucio, plantea la cuestión de que sea revocada la sentencia en cuya virtud se hizo. Examina la naturaleza y efectos de la ejecución provisional. Y los efectos de la revocación: restitución del locatario, si lo requiere a la situación anterior al desahucio, a costa del vencido y la reparación de los daños que haya sufrido. Finalmente expone las condiciones del ejercicio de la acción de restitución.

J. D. G.

FAIREN GUILLEN, V.: "Punti di vista sul processo civile spagnolo".
Jus, Milán, I, 3-4; págs. 402-418.

Concentra en unas escasas páginas el estudio denso de nuestro proceso civil. Comienza contemplando su origen histórico y los rasgos tomados del Derecho común para entrar de lleno en la legislación actual, en la que examina sus caracteres, la noción de acción en nuestro proceso, los presupuestos procesales y las excepciones dilatorias. La parte más extensa se ocupa de los principios procesales que rigen en nuestro ordenamiento y la teoría de la prueba. Dedicó unas líneas a los procedimientos de menor cuantía, pequeña cuantía, verbales y sumarios. Finalmente, expone los puntos reformables, cuya modificación abriría un brillante porvenir a la legislación procesal española.

4. Jurisdicción voluntaria

MICHELI, Gian Antonio: "Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria". *Jus*, Milán. I, 3-4; págs. 356-374

Estudio de la jurisdicción voluntaria que intenta salvar la concepción del autor sobre la misma de otra tesis que la han impugnado para llegar a conclusiones diversas que se manifiestan, sobre todo, en el diverso alcance del art. 742 del Código de procedimiento civil italiano. A este efecto revisa las tesis de Allorio y Liebuian y las de Gatta y Minoli para llegar a la concepción de Carnelutti del procedimiento voluntario como manifestación de la jurisdicción y no de la administración.

J. D. G.

TURGEON, M. Henri: "Essai sur la juridiction volontaire". *La Revue du Notariat*. Québec. LIII, 4-5; págs. 179-199 y 336-354.

Después de una breve introducción comienza relatando el origen romano de la jurisdicción voluntaria; estudia su naturaleza por comparación con la contenciosa y la naturaleza de la homologación; el objeto de la jurisdicción voluntaria; su integración en el Anteproyecto de Código de Procedimiento civil: las disposiciones generales sobre la materia, sobre todo en las cuestiones de competencia y sus determinaciones especiales en los diversos actos que la ley establece en materia de personas y familia, de derechos reales y de sucesiones.

J. D. G.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,
Letrado del M. de Justicia

Resolución por la que se declara la posibilidad de recuperar la nacionalidad española la mujer casada si ha mediado sentencia de separación.

Vista la consulta elevada a este Centro por el juez de Primera Instancia número 3 de Sevilla, acerca de la posibilidad de recuperación de la nacionalidad española por la ... señora doña X. y sus hijos menores de edad.

Resultando: Que por escrito de 17 de julio del año próximo pasado, compareció ante el Juzgado Municipal número 3 de Sevilla don P. J. A. de H., procurador de los Tribunales, en nombre de la ... señora doña X., a fin de que se sirva tener por expresada la voluntad de la citada señora, por sí y en nombre de sus menores hijos sobre los que ostenta la patria potestad, de recuperar la nacionalidad española, que era la suya originaria, y que perdió por haber contraído matrimonio con don Z., súbdito extranjero, habiendo mediado separación de su matrimonio, acordada por el Tribunal Eclesiástico Hispalense. Acompañando a la solicitud poder especial a favor de don P. J. A. de H.; partidas de su matrimonio contraído con don Z., natural de Cracovia; y de su nacimiento y bautismo de sus menores hijos: A., B., C., D., como asimismo testimonio de la sentencia del Tribunal Eclesiástico Hispalense, en la que se falla la separación temporal por tiempo indefinido entre los legítimos esposos doña X., con ... Z., en favor de la primera y en contra del segundo; ordenando que los hijos menores queden bajo la custodia de su madre.

Resultando: Que el fiscal informó favorablemente, y el juez municipal, al arpar del artículo 100 del Reglamento dictado para la ejecución de la Ley del Registro Civil, elevó consulta al de Primera Instancia, dió traslado al fiscal de la Audiencia Territorial, y, de conformidad con el dictamen del mismo, informó en el sentido de que procede denegar la petición de recuperación a la nacionalidad española, formulada por la instante, si bien suspende la ejecución de la providencia y eleva este expediente para su resolución definitiva;

Considerando: Que para que puedan producir efectos civiles las sentencias de divorcio dictadas por los Tribunales eclesiásticos ha de declararse por la jurisdicción ordinaria su ejecución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 del Código civil, sin que en este caso exista constancia de la resolución judicial que declare la ejecución de la sentencia decretada por el Tribunal Eclesiástico Hispalense;

Considerando: Que de la letra del párrafo segundo del artículo 22 del Código civil resulta la posibilidad de recuperación de la nacionalidad española por la esposa en aquellos casos en que se produzca la disolución total del matrimonio, como ocurre en los casos del fallecimiento del marido, y también, según tiene declarado este Centro, en los de divorcio vincular, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer, según las leyes españolas, tal acto; pero que de la misma no puede deducirse claramente si es aplicable a los casos de separación de cuerpos o divorcio no vincular, decretado judicialmente, en que la disolución

del matrimonio tiene el alcance limitado de extinguir la comunidad de vida entre los cónyuges; pero, si se atiende a la finalidad de tal precepto, que no es otra que la protección de la unidad familiar, se hace preciso deducir que desaparecido el supuesto básico por la escisión con carácter perpetuo decretada en sentencia judicial, no debe ser excluida la mujer de la facultad de recuperar, cesando en tal caso el privilegio atractivo reconocido por nuestras leyes a la nacionalidad marital;

Considerando: Que pudiera ofrecer dudas a tal solución, a más del carácter limitado que la separación de cuerpos tiene, la posibilidad que en la misma existe de que, mediante la reconciliación de los cónyuges, se restablezca la normalidad del matrimonio, pero aun dándole todo el valor que tiene a este evento, resulta de mucho mayor peso la conveniencia de limitar la forzosa expatriación en que la mujer separada legalmente se encuentra, tanto más cuanto que las normas que sustraen a cualquier nacional a su ciudadanía originaria en la que psicológicamente arraiga, no parece deban ser interpretadas extensivamente, y, por otra parte, tratándose generalmente de personas residentes en España y privadas religiosamente de obtener un divorcio vincular que le permita recuperar su nacionalidad, vendrían a ser de peor condición que aquellas otras que no estuvieran en tal caso;

Considerando: Que, a mayor abundamiento, de estimarse viva la unidad familiar a efectos de nacionalidad, a pesar de la separación legal, podría darse la anómala consecuencia de que el marido, aun privado de la autoridad marital, podría seguir disponiendo a su antojo de la nacionalidad familiar, obligando a la mujer con cualquier cambio que unilateralmente emprendiese y obstruyendo a toda acción protectora respecto a estas esposas cuando se hallasen en países extranjeros;

Considerando: Que, en cuanto a la recuperación de la nacionalidad por los menores hijos de la ... señora doña X; como consecuencia de la doctrina expuesta en los considerandos anteriores y en aplicación de lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 18 del Código civil, éstos deben seguir la nacionalidad española recuperada por la madre, siempre que con arreglo a la resolución de los Tribunales le corresponde la patria potestad sobre los hijos,

Esta Dirección General ha acordado vacuar la consulta en el sentido de que previa declaración por la jurisdicción ordinaria de la ejecutoriedad de la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico, puede el juez encargado del Registro Civil recibir la manifestación de la ... señora doña X., de recuperar su nacionalidad española, inscribiéndola en el mismo y haciendo constar en el asiento los hijos sometidos a su patria potestad, para los que también corresponderá, desde la fecha del asiento, la nacionalidad española.

Resolución por la que se declara la posibilidad de recuperar la nacionalidad española a la mujer casada si ha mediado sentencia de separación de cuerpos.

Visto el recurso interpuesto por doña ..., contra el auto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona, fecha 29 de agosto de 1950, confirmatorio del auto dictado por el juez municipal número 6 de la misma ciudad, con fecha 28 de junio del mismo año, por el cual no accedió a hacer constar en el Registro Civil la recuperación por parte de doña ..., de la nacionalidad española; y

Resultando: Que por escrito ratificado en 20 de mayo de 1950, comparece ante el Juzgado municipal número 6 de Barcelona doña ..., mayor de edad, vecina de dicha ciudad, solicitando se le concediera la recuperación de la nacionalidad española, exponiendo que nació en Barcelona, contraído matrimonio con don ..., súbdito alemán, en la misma ciudad, el día 28 de mayo de 1924, que desde que terminó la Guerra Mundial habita en Barcelona, habiendo quedado su esposo en Alemania, el cual ha seguido juicio de divorcio ante el Tribunal de Primera Instancia de Siegeen (Alemania), cuyo Tribunal ha decretado la separación del matrimonio expresado, con arreglo a la legislación alemana, y que al contraer matrimonio la exponente perdió su nacionalidad española, por haber contraído matrimonio con súbdito extranjero, y que por haber quedado disuelto su matrimonio, según sentencia que acompaña original, junto con su traducción hecha por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, como asimismo las correspondientes partidas de nacimiento y matrimonio canónico transcrito al Registro Civil;

Resultando: Que después de ratificada en su escrito doña ..., se dictó providencia no dando lugar a lo solicitado, por cuanto, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 22 del Código civil, no aparecía acreditada la disolución del matrimonio, y presentado por aquélla recurso de reposición contra la mencionada providencia, fué oído el Ministerio Fiscal, el cual dictaminó en el sentido de considerar ineficaz el recurso presentado, y el Juzgado municipal, por auto de 18 de junio de 1950, confirmó la providencia, no dando lugar a lo solicitado por no haberse acreditado la disolución de su matrimonio ni la pérdida de su condición de alemana;

Resultando: Que por comparecencia ante el mismo Juzgado, de fecha 1 de julio de 1950, la recurrente interpuso apelación contra el referido auto al no encontrarse conforme con su contenido, por considerarlo lesivo para sus intereses, y admitida la apelación de ambos efectos se remitieron las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, y previo emplazamiento de dicha parte y del Ministerio Fiscal, la recurrente insistió en su pretensión, abundada con un documento aportado antes de la vista, librado por el Bureau de Circulation et Affaires Allemandes en Espagne, según el cual el matrimonio de referencia fué disuelto por divorcio en sentencia de la Audiencia alemana en Siegeen, de 5 de mayo de 1947, de acuerdo con las leyes alemanas en vigor y el Ministerio Fiscal insistió a su vez en el dictamen que emitió en el expediente, en el sentido que se mantenga el acuerdo recurrido, toda vez que se ha demostrado que se trata de un matrimonio canónico contraído en España, entre española y extranjero y sujeto, por tanto, en cuanto a su disolución, a las normas prescritas en el Derecho canónico;

Resultando: Que el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona, por auto de 29 de agosto de 1950 confirmó el dictado por el Juzgado municipal número 6 de dicha ciudad, confirmatorio a su vez de la providencia anterior, por la que no se debía hacer constar en el Registro Civil la recuperación por doña ... de la nacionalidad española, la cual, con fecha 31 de agosto de 1950 presenta escrito entablando alzada para ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado contra el mencionado auto, y el juez de Primera Instancia eleva las actuaciones orgánicas ante este Centro directivo;

Considerando: Que de la letra del párrafo segundo del artículo 22 del Código civil resultó la posibilidad de la recuperación de la nacionalidad española por la esposa en aquellos casos en que se produzca la disolución del matrimonio, y si bien pudiera pensarse que en nuestro Derecho tal supuesto sólo se produce en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que la nulidad implica más bien la no existencia del matrimonio que su disolución, es lo cierto que en principio, y para determinar las formas de disolverse un matrimonio, habrá que atender al estatuto personal que determina el artículo 9.º del Código civil, ley que en la esposa que perdió

la nacionalidad española por matrimonio será su nueva ley nacional, a menos que razones de orden público no impidan, según el artículo 11, apartado 3.º, la aplicación de la misma;

Considerando: Que la resolución de este Centro de 10 de enero de 1949, referente a la disolución por divorcio, de un matrimonio civil, admita la posibilidad, teniendo en cuenta que si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial es rechazada por nuestro Derecho, en el cual se considera justamente como de orden público su inadmisión, tal norma de indisolubilidad del matrimonio contra su fuerza es lo establecido en el artículo 51 del Código civil, o sea en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias; y, por otra parte, supuesto que el divorcio se ha dictado por Tribunales competentes según la ley extranjera, y a súbditos extranjeros, resulta evidente que el efecto, al fin secundario, de habilitar para recobrar la nacionalidad española en nada reza con dicha norma de orden público, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer, según las leyes españolas, tal disolución;

Considerando: Que la finalidad de la norma que establece la pérdida de la nacionalidad española por la mujer que casa con extranjero no es otra que la protección de la unidad familiar, por lo que, desaparecido el supuesto base por la disolución, no debe ser excluida la mujer de la facultad de recuperar, debiendo cesar en tal caso el privilegio atractivo reconocido por nuestras leyes a la nacionalidad marital, ya que en otro caso podría darse la anómala consecuencia de que el marido, aun privado de la autoridad marital, podría, según nuestras leyes, seguir disponiendo a su antojo de la nacionalidad familiar, obligando a la mujer con cualquier cambio que unilateralmente emprendiese y obstruyendo toda acción protectora respecto a estas esposas cuando se hallasen en país extranjero, sin que en estas consideraciones tenga que influir para nada en que el matrimonio se haya celebrado en España ni que tuviera carácter canónico, pues la recuperación de la nacionalidad en nada afecta a los preceptos de la Iglesia, aceptados por nuestras leyes, y si hace aún más anormal el hecho de que residiendo en España la esposa se vea tratada como extranjera por consideraciones extrañas a su voluntad, y que sólo hallaría en su apoyo en una consideración exagerada del alcance del orden público en cuanto a los efectos de sentencias extranjeras de divorcio,

Esta Dirección General ha acordado resolver el recurso interpuesto declarando que doña ..., originariamente española, que perdió su nacionalidad por haber contraído matrimonio con don ..., súbdito alemán, puede readquirir su nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo 21 del Código civil, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer la sentencia de disolución dictada por los Tribunales alemanes.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A cargo de José María CODINA, José María DE-SANTES, José María GONZALEZ, Juan HER-NANDEZ CANUT, José Antonio PRIETO, Luis SANCHO MENDIZABAL y Abraham VAZQUEZ.

I. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 16 JUNIO 1950

Sociedad regular colectiva—disolución: valor respectivo del simple con venio y de la escritura pública.

El convenio de disolución produce efectos entre los socios aun antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública, formalidad requerida únicamente para dar forma frente a extraños a esa disolución pactada.

Casación por infracción de ley—cuestiones nuevas.

Según constante jurisprudencia, las cuestiones nuevas no son discutibles en casación.

Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba: impugnación de la apreciación conjunta.

La apreciación conjunta de la prueba no puede ser impugnada en casación por error de hecho, según tiene repetidamente declarado esta Sala.

ANTECEDENTES.—La cuestión de hecho que da origen a esta sentencia es, tal como la configuran los Tribunales de instancia, la siguiente: En 1930 se constituye una sociedad regular colectiva de tres socios, pactándose una duración mínima de diez años, y estableciéndose que, fallecido uno de ellos, sus herederos no tendrán derecho a continuar en la sociedad, sino tan sólo a recibir en metálico la parte que les corresponda del capital y las utilidades. Fallecido uno de los socios, la sociedad continúa entre los otros dos, pero transcurrido el plazo obligatorio de diez años, y surgidas diferencias entre ellos, ambos acuerdan la disolución de la sociedad y la división material del negocio. Uno de los socios falleció, sin embargo, antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública de disolución, y el sobreviviente aprovechó esta circunstancia para inscribir la disolución de la sociedad en el Registro Mercantil, por fallecimiento de su consocio, pretendiendo continuar al frente de la totalidad del negocio y quedar liberado mediante el pago de una cantidad en metálico a los herederos del finado. Estos reclaman y obtienen del Juzgado y la Audiencia

que el socio sobreviviente sea condenado a entregarles la mitad del negocio. El demandado interpone recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que la inscripción en el Registro Mercantil de la disolución de la sociedad no impide su liquidación en la forma que tenían convenida los dos socios bastante antes del fallecimiento de uno de ellos, desgracia que aprovechó el recurrente para inscribir la disolución, ocultando tal convenio, el cual era el antecedente preciso y preparación necesaria para otorgar la escritura de disolución, que sin ésta ya surtía efecto entre ellos, por lo que esa formalidad no se requería para las relaciones entre los dos socios y sí únicamente para dar forma frente a extraños a esa disolución pactada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1950

Competencia—compraventa mercantil: prueba.

Competencia—giro de letra.

Habiendo un principio de prueba (ofrecimiento de pagar el precio hecho por el demandado en el acto del embargo preventivo) del otorgamiento del contrato y habiéndose entregado la cosa en el establecimiento del vendedor, aunque se girase una letra de cambio, es competente el Juzgado Comarcal del domicilio del vendedor, de conformidad con los arts. 1.500 del C. c.; 62, 1.ª, de la LEC y 1.ª, § 2.º de la Ley de 17-VII-1948.

SENTENCIA 1 JULIO 1950

Casación por quebrantamiento de forma—denegación de diligencia de prueba—requisitos: indefensión.

CONSIDERANDO: Que, como declaró la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1940, confirmando doctrina establecida por otras anteriores en aplicación del art. 1.693, núm. 5.º, de la Ley procesal, no puede producir la indefensión la negativa de admisión de una prueba que carece de influencia en la resolución de la cuestión objeto del litigio.

CONSIDERANDO: Sobre esta base de examen y con relación al caso actual, que las divergencias surgidas entre el recurrente y la entidad A, en cuanto a la legalidad de las condiciones de la operación comercial concertada por ambos, en nada afectan al recurrido, porque como éste—según declara la sentencia de instancia, sin impugnación en el recurso—fué extraño a tal contrato, habiéndose limitado en su demanda a reclamar la devolución, con intereses, de una cantidad que había entregado al recurrente para facilitar aquella frustrada operación y que este último se comprometió a devolverle tanto en el caso de realizarse la misma como en

el de no conseguirse los permisos correspondientes, es visto que la Sala sentenciadora procedió con acierto al denegar la admisión del documento presentado, ya que éste no podía tener influencia alguna en la decisión del pleito actual.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 JULIO 1950

Procesal—casación—fundamento del recurso.

Los preceptos referentes a la tramitación de los artículos de previo y especial pronunciamiento, por tratarse de normas de índole adjetiva, son ineficaces para fundamentar un recurso en el fondo.

Procesal—eficacia de la sentencia de casación.

Si la sentencia de casación por punto general sólo aprovecha al recurrente y perjudica al recurrido, esto no puede aplicarse al caso de que el vínculo entre los litigantes sea de tal naturaleza que ninguna de las partes en causa pueda considerarse extraña a lo resuelto ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia.

Civil—interpretación de negocio jurídico—valor de las palabras—caudales.

Para apreciar el sentido de la palabra "caudales", como para determinar el valor de las palabras en general, precisa acudir al Diccionario la Rcal Academia Española, y ésta entiende tal vocablo, empleado en singular, como equivalente a hacienda, bienes y "más comúnmente dinero", sin que el empleo de la misma en plural sea suficiente para tomarla en una acepción más amplia contraria a la usual, ya que también la palabra dinero se usa en el propio número vulgarmente con la propia significación (los dineros).

Civil—cobro de lo indebido—naturaleza del error.

Es evidente que el artículo 1.895 del Código civil no distingue entre el error de hecho y el error de derecho, pues tiende a evitar un enriquecimiento injusto fundado en el error ajeno, sea cualquiera su naturaleza.

SENTENCIA 28 SEPTIEMBRE 1950

Defectos procesales insubsanables—apelación: falta de representación en el Procurador al personarse ante la Audiencia.

La existencia de un término improrrogable, como el establecido en el artículo 310, 5.º, de la LEC, determina la invalidez de lo actuado fuera del plazo o sin observancia en él de las formalidades legales exigidas.

A tenor del art. 840 de la LEC y del R. D. de 2 de abril de 1924, la falta de representación en el Procurador al personarse ante la Audiencia constituye un defecto insubsanable, debiendo declararse desierto el recurso.

Casación por quebrantamiento de forma—falta de personalidad en juicio: ámbito de esta vía de recurso.

El núm. 2.º del art. 1.693 de la LEC sólo permite impugnar la resolución de instancia por la que indebidamente se reconoció personalidad a quien carecía de ella, pero no contempla el supuesto contrario.

ANTECEDENTES.—Interpuesto un recurso de apelación, comparece ante la Audiencia, en representación del apelante, un Procurador con poder extendido a nombre de otro; el apelado no comparece, y el error no es advertido hasta después de transcurrido el plazo legal para personarse en forma. El procurador intenta entonces subsanar el defecto presentando un nuevo poder declarado bastante; pero la Audiencia dicta auto declarando desierto el recurso. El apelante interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que, según repetidas declaraciones de esta Sala, el ámbito del recurso de casación por quebrantamiento de forma que autoriza el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil sólo permite impugnar la resolución de instancia por la que indebidamente se reconoció personalidad a quien carecía de ella, pero no contempla el supuesto contrario, que es el de autos, en que el Tribunal *a quo*, en la resolución ahora impugnada, negó personalidad al Procurador de la parte apelante en atención a que el poder presentado para comparecer dentro del término del emplazamiento no le designaba a él para ostentar la representación de los apelantes, y, por lo tanto, la aplicación de la aludida doctrina jurisprudencial conduce a la desestimación del presente recurso.

CONSIDERANDO: A mayor aburdamiento, que en rigor no se discute en este recurso la falta de representación del Procurador de los apelantes al comparecer en nombre de éstos ante la Audiencia durante el término del emplazamiento, ni se pone en duda que debió acompañar poder suficiente según previene el artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que en realidad lo que se pretende es que se entienda subsanada válidamente la falta: a) porque la Sala en su primer proveído, sin advertir la falta, tuvo por parte al Procurador y dió curso a la apelación; b) porque el litigante contrario, ausente en la apelación, no impugnó la personalidad del Procurador recurrente, y c) porque éste, ya avarzado el trámite del recurso, presentó otro poder declarado bastante; pero no tiene en cuenta el recurrente que cuando se está en presencia de un término improrrogable, como el previsto en el número 5.º del art. 310 de la Ley procesal, hay normas de Derecho imperativo que inexorablemente, salvo fuerza mayor, no transigen con la validez de lo actuado fuera del plazo o sin observancia de las formalidades legales exigidas, de tal suerte que, a tenor de:

artículo 840 de la repetida Ley, en concordancia con el Real Decreto de 2 de abril de 1924, el apelante habrá de personarse *en forma* ante el Tribunal superior dentro del término del emplazamiento, y si no lo efectúa se declara desierto el recurso y *de derecho* quedará firme la resolución apelada, sin ulterior recurso, y esta norma imperativa domina la voluntad de los litigantes y la posible actuación viciosa de los Tribunales que no le presten acatamiento y pretendan a destiempo subsanar una falta que la ley considera insubsanable, si no concurre fuerza mayor que impida la comparecencia en tiempo y forma.

CONSIDERANDO: Que la admisión a trámite del recurso de apelación sin que el Procurador de los apelantes haya acreditado su representación durante el término del emplazamiento implica infracción a lo ordenado en el artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 OCTUBRE 1950

Precesal—denegación de prueba—prueba en apelación.

CONSIDERANDO: Que únicamente procede el recurso de casación con arreglo al número 5.º del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando la prueba en cuya denegación se funde sea admisible, y esto no es posible en la segunda instancia con arreglo al número 2.º del art. 862 de la misma ley, que es el que viene invocando la demandada y recurrente, más que cuando la prueba en cuestión no hubiera podido practicarse en la primera instancia por causa no imputable a quien la solicita, circunstancia que no se da en el presente caso, pues fué por la negligencia de esa parte que no activó el cumplimiento del oficio que se le entregó en 10 de marzo de 1948 pidiendo los nombres de los ingenieros que habían de sortearse para ser peritos, por lo que no pudo practicarse esa prueba dentro del término que expiraba el día 2 de abril siguiente, y si hubiera obrado con la diligencia debida ese litigante pudo acreditarlo así con el recibo de la presentación del oficio, solicitando del Tribunal que se recordara su cumplimiento u otro medio análogo. faltando, por lo tanto, el requisito indispensable para que esa prueba fuera practicable en segunda instancia y su denegación pueda ser base en este recurso entablado.

SENTENCIA 24 OCTUBRE 1950

Carga de la prueba: hechos constitutivo.

CONSIDERANDO: Que la propia alegación del recurrente en el motivo segundo demuestra su improcedencia, porque si el inventario hecho en forma y tiempo debidos era presupuesto indispensable del derecho fiduciario a la cuarta trebeliánica, y, por tanto, de la obligación correlativa del

fideicomisario, la prueba de la existencia del inventario con las condiciones legales para su validez, correspondía, según el artículo 1.214 del Código civil, al recurrente, que en el juicio la había afirmado, como fundamento de la obligación cuya declaración pretendía.

Congruencia: pronunciamientos necesarios no pedidos.

CONSIDERANDO: Que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil no sólo impone la claridad, precisión y congruencia de las sentencias con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, sino también hacer en ellas las declaraciones que dichas pretensiones exijan, y claro es que declarada en la sentencia recurrida la procedencia de eliminar del fideicomiso la cuarta parte de la legítima foral..., con facultad de los fideicomisarios de pagarla en dinero, tal pronunciamiento carecería de claridad y de precisión, y aun hubiera sido de imposible ejecución si la sentencia no hubiese determinado también el tiempo a que el cálculo del valor de la legítima, en relación con el de la herencia, había de referirse, por lo que es también improcedente el recurso por su tercero y último motivo.

SENTENCIA 7 DE NOVIEMBRE DE 1950

Procesal—casación—incongruencia.

No se aprecia incongruencia cuando la Sala, en los considerandos hace una indicación no alegada en autos, pero en la que no apoya su sentencia.

Procesal—casación—determinación de la clase de infracción.

A tenor de lo dispuesto en el art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 1.792, 4.º de la misma, es necesario cuando el motivo se ampara en el número 1.º del artículo 1.692, determinar si el fallo incide en violación, interpretación errónea o aplicación indebida del precepto infringido.

Procesal—casación—admisión—desestimación.

Las causas en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes para desestimarlos al resolver en el fondo.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1950

Civil—hijos ilegítimos—reconocimiento—inscripción en el Registro civil—derecho al apellido del padre—adquisición por prescripción—prescripción de la acción de impugnación.

El progenitor casado no puede en modo alguno reconocer legalmente a los hijos inscritos nacidos fuera de su matrimonio, ni por tanto, transmitirles su apellido.

No figurando el apellido del padre adulterino en los asientos del Registro civil, carecen los hijos de todo derecho a usarle.

No pueden los hijos ilegítimos adquirir por prescripción el apellido del padre conforme al artículo 1.936 del C. c. y, por tanto, es imposible legalmente autorizar el ejercicio de su derecho que no ha entrado en el patrimonio jurídico de los demandados.

La prohibición del uso del apellido paterno por los hijos adulterinos se halla impuesto por ministerio de la ley y no influye sobre ella para prescripción de la acción de la demandante.

Procesal—casación—motivación.

La apreciación de si se ha justificado o no lo que constituye el causal relicto de una herencia, debe combatirse al amparo del número séptimo del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

ANTECEDENTES.—La demandante, hija legítima de don R. R. R., solicita del Tribunal sustancialmente que se declare la filiación adulterina de los dos demandados, nacidos de don R. R. R. fuera de su matrimonio y constante éste, que se les prohíba el apellido R. y se declare la nulidad de las inscripciones de nacimiento en el Registro civil, en las que aparecen como hijos legítimos; y como heredera ab-intestato de su padre, reivindicada, como formando parte de su herencia, el negocio que ejercitaba, en el que han continuado los demandados. Estos se oponen a los pedimentos de la demanda y se tramita el juicio con intervención del Ministerio Fiscal, reducida a la materia de interés público. El Juzgado de primera instancia declaró que los demandados no pueden usar el apellido R. y la nulidad de las inscripciones y reconoce la cualidad de heredera de la demandada, pero no accede a la reivindicación, por no constar en inventario ni en relación alguna de bienes la pertenencia del negocio a la herencia. La Audiencia revoca la Sentencia de instancia absolviendo a los demandados de la prohibición de usar el apellido R., por haber prescrito la acción de la demandante para evitar su empleo y la confirma en los demás extremos. La demandante interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primeró. Violación del artículo 119 del C. civil.

Segundo. Inaplicación de los artículos 120 y 123 del C. c. y aplicación indebida del artículo 1.969 del mismo cuerpo legal.

Tercero. Violación de los artículos 912, 1.º, 930 y 931 del C. civil.

Cuarto. Fundado en el número 4.º del art. 1.692, por contener el fallo disposiciones contradictorias.

CONSIDERANDO: Que, de los cuatro motivos de que consta el recurso, los señalados con los números 1.º, 2.º y 4.º se encaminan a combatir el pronunciamiento de la resolución recurrida, por lo que, no obstante la declaración categórica que en dicha sentencia se hace de la condición de adulterinos que concurren en los demandados, se absuelve a éstos de la prohibición de usar el apellido R., solicitada en la demanda, en razón a estimar que la demandante había perdido por prescripción la acción para impugnar el reconocimiento de aquéllos por parte del progenitor común, y el motivo 3.º se refiere a la declaración que la dicha sentencia hace de que no habiéndose probado la aseveración de la actora de que

los bienes que señala como propios de los demandados constituyen la herencia de don R. R., procede la absolución de éstos en cuanto a los pedimentos de la demanda que a la reivindicación o petición de herencia se refieren, por lo que, limitada la controversia a estas dos cuestiones diferentes, procede el examen separado de cada una de ellas.

CONSIDERANDO: Que por lo que toca al primer punto, o sea a la facultad de los demandados de continuar usando el apellido R. de su progenitor ilegítimo, es manifiesto el error en que ha incurrido la Sala de instancia al otorgarla, en primer lugar, porque *reconoció por los demandados y declarada en sentencia la condición de hijos aduterinos de don R. R. que concurre en aquéllos, por lo que ya por de pronto habría de ser de aplicación lo prescrito en el artículo 139 del C. c., y ordenada la nulidad de las correspondientes actas de nacimiento y su reinscripción en el Registro civil debidamente rectificadas, haciendo constar su ilegitimidad con arreglo a los preceptos pertinentes de la Ley del Registro civil, es visto que como ineludible consecuencia habría de desaparecer de aquéllas el nombre del progenitor que por su condición de casado no podía en modo alguno reconocer legalmente a los inscritos, ni por tanto transmitirles su apellido, y al no figurar tal elemento de filiación en los asientos del Registro civil, carecen los interesados de todo derecho a usarle, y así debió hacerse la declaración de la sentencia recurrida;* y en segundo lugar, porque *reconociendo asimismo la resolución impugnada en el cuarto de sus Considerandos que los demandados no pueden, por prescripción, adquirir el derecho al uso del apellido R., con lo que se ajusta a la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 16 de junio de 1916, al interpretar el alcance del artículo 1.936 del C. c., surge como inevitable deducción la imposibilidad legal de autorizar el ejercicio de un derecho que se declara no haber podido entrar en el patrimonio jurídico de los demandados, y como tanto en el primero como en el segundo aspectos de los examinados la prohibición de que los demandados puedan continuar usando el apellido R. se halla impuesta por ministerio de Ley, nada puede influir que la acción ejercitada por la actora en este sentido haya o no prescrito, porque no se trata en este caso de resolver sobre una petición de parte, sino de cumplir un imperativo legal y al no efectuarlo así la Sala sentenciadora ha incurrido en las infracciones que denuncian los motivos primero, segundo y cuarto del recurso que, en consecuencia, deben ser estimados.*

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil no puede ser estimado, porque *contra las afirmaciones de hecho consignadas en la sentencia recurrida como deducción de la prueba practicada y que sirven de fundamento al pronunciamiento que este motivo combate, absolutorio de la demanda en este particular por no haberse justificado que el negocio que la demandante señala y que los demandados poseen constituya el caudal relicto como herencia de don R. R. R., padre legítimo de la actora, sino que, por el contrario, aparece probado que dicho negocio es de la propiedad personal de los referidos demandados, se limita el recurrente a alegar consideraciones jurídicas generales sobre el derecho de here-*

dar abintestado de los hijos legítimos con exclusión de los ilegítimos, pero *no ataca por la vía del número séptimo del aludido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como era lo procedente, las tales afirmaciones, denunciando los errores de hecho o de Derecho, en su caso, en que se aprecian los elementos probatorios hubiera incurrido la Sala de instancia, y esta conducta procesal del recurrente deja incólume el pronunciamiento aludido y lleva de modo obligado a declarar la improcedencia de este tercer motivo del recurso que se examina.*

FALLO.—Ha lugar. Se revoca la sentencia de la Audiencia y se confirma la de Primera Instancia.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1950

Civil—falta de causa—causa ilícita.

No puede suponerse la falta de causa únicamente por una diferencia de valor.

No puede suponerse la ilicitud de la causa cuando los hechos no revelan el propósito de eludir la ley.

Procesal—error de hecho en la apreciación de pruebas—presunción de simulación.

No hay presunción mal fundada de simulación cuando el Tribunal se limita a declarar que los actores no la han probado suficientemente.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se basa para alegar la infracción de los artículos 1.261, número 3.º, 1.274, 1.275 y 1.276 del Código civil, en el valor que atribuye a las fincas según una valoración que la Sala sentenciadora rechaza y así lo reconoce el recurrente, por lo que *es evidente que sustituye con su criterio el de aquélla, lo cual no es lícito hacer en casación, esto aparte de que únicamente por una diferencia de valor, aunque estuviera demostrada, no puede suponerse la falta de causa de un contrato.*

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo se alega es ilícita la causa del contrato de 20 de marzo de 1938, porque el fin de éste fué eludir los artículos 806 a 808 del Código civil, y *para hacer esta afirmación no encuentra más fundamento de hecho en la sentencia recurrida, que la afirmación que ésta hace de que los inmuebles objeto de este contrato constituían la casi totalidad del patrimonio del vendedor, lo cual no revela ese propósito atribuido de burlar la legítima estricta de los demás hijos, porque no se puede afirmar que los bienes muebles y semovientes que quedaban al vendedor fueran insuficientes para cubrir esa legítima, y por tanto no hay tal ilicitud de la causa, y la sentencia que invoca de 12 de julio de 1941 no es de aplicación al caso actual, porque parte de la falta de concreción de los bienes objeto de la venta y que al vendedor no le quedaban otros bienes, hechos totalmente contrarios a los de este pleito, y si*

se pretende que lo alegado por el recurrente sean indicios que sirvieran de base para construir sobre esto una prueba de presunciones, tendría que estar este motivo basado en distintos artículos.

CONSIDERANDO: Que *el motivo tercero se apoya para demostrar el supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, en actos como el cariño del padre al hijo y su convivencia, que sin entrar a examinar su valor a los efectos del número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por no ser preciso en este caso, es indiscutible que no pueden demostrar tal error por sí solos, y para el fin que se invocan necesitarían una interpretación o presunciones sobre ellos que no encajan en el número 7.º del art. 1.692 alegado.*

CONSIDERANDO: Que cualquiera que sean los términos más o menos precisos en que formule sus razonamientos la sentencia recurrida y para cuya impugnación se dirige el motivo cuarto del recurso indebidamente a los Considerandos y no al fallo, *lo cierto es que el Tribunal a quo rechaza la simulación del contrato y así lo declara inconfundiblemente, y para ello, y esto es muy digno de tenerse en cuenta, no toma una actitud activa y positiva, sino la negativa de apreciar que no han demostrado los actores la simulación, por lo cual es más aplicable a la demanda que a la sentencia toda la teoría que invoca el recurrente de presunciones mal fundadas y mal aducidas, puesto que la sentencia no establece ninguna, sino que rechaza las invocadas.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 NOVIEMBRE 1950

Quiebra: naturaleza procesal. Caducidad.

No obstante las peculiaridades que matizan el procedimiento de la quiebra, ofrece caracteres de contienda judicial entre acreedores y quebrado que permiten asignarle la denominación amplia de juicio, y así lo hace la Ley de Enjuiciamiento civil en diversos pasajes.

Las reglas de caducidad de la instancia son aplicables a todos los juicios, incluso los universales.

Piezas separadas de la quiebra: caducidad en cuanto a ellas.

Las piezas constituyen una unidad procesal que no cabe estimar caducada mientras se mantenga viva la instancia.

Por analogía con el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede considerarse caducada la pieza quinta cuando se declara en ella por resolución ejecutoria la fraudulencia de la quiebra; ni la tercera, cuando termina por auto firme de aprobación de un convenio entre las partes.

Impulso oficial: aplicación a la quiebra.

La obligación del juez de impulsar de oficio las actuaciones de la quiebra se robustece por el Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, respecto a toda clase de juicios, de tal modo que no se concibe la caducidad de la instancia por causa exclusivamente debida a la pasividad de los contendientes.

ANTECEDENTES.—Declarado el estado legal de quiebra forzosa en 1928, y formadas las piezas separadas que preceptúa la Ley, se practicaron las últimas actuaciones en cada una de ellas en diferentes fechas, según se ve en los Considerandos. Transcurrido el período de la guerra, hasta el 1943 no se diligenció ninguna nueva actuación en este proceso. Este mismo año el quebrado solicitó la caducidad de la instancia en los autos, conforme al artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a lo que se opuso la Sindicatura alegando la fuerza mayor del artículo 412 de dicho cuerpo legal. El Juzgado dictó providencia declarando no haber lugar a declarar la caducidad, contra la que se interpuso recurso de reposición. El juez repuso la providencia recurrida, declarando la caducidad de la instancia por auto que fué apelado ante la Audiencia, resolviendo no haber lugar al recurso. La Sindicatura interpone recurso de casación por infracción de Ley fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primeramente. Aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 411 de la LEC, por carecer la quiebra de las notas esenciales del juicio al que se refiere este precepto.

Segundo. Violación y aplicación indebida de los artículos 412 y 414 del mismo ordenamiento procesal, por formar las diferentes piezas un todo y pender algunas de ellas, no de actuaciones de parte, sino de impulso oficial.

CONSIDERANDO: Que en derecho constituyente podría tener perfecta acogida la tesis del primer motivo del recurso que propugna la inaplicación de las normas rectoras de caducidad de la instancia a las actuaciones judiciales en materia de quiebras, por no revestir los caracteres de juicio propiamente dicho, pues en efecto, *ni el trámite de la quiebra se ajusta a las fases corrientes de constitución y desenvolvimiento de la relación procesal—demanda, contestación, pruebas y sentencia—ni ofrece como contenido una estricta contienda entre particulares sobre tema de Derecho privado, puesto que también preside el procedimiento un marcado interés público, especialmente manifestado en la calificación de la conducta del quebrado, que puede motivar la formación de causa criminal, ni el impulso, en fin, del proceso se sujeta al principio de iniciativa de los litigantes, sino que en gran parte queda confiado a la actuación de oficio del juez y de los llamados órganos de la quiebra, circunstancias éstas que matizan el procedimiento con notas singularísimas de ejecución colectiva del patrimonio del quebrado para satisfacer las deudas contraídas con sus acreedores.*

CONSIDERANDO: Que, esto no obstante, *ofrece la quiebra caracteres de contienda judicial entre acreedores y quebrados, con períodos especialísimos de los procesos cautelar, declarativo y ejecutivo, que permiten asignarle la denominación de juicio, "lato sensu", y, sobre todo, dentro de*

la esfera del derecho constituído, en la que han de actuar los Tribunales, la Ley de Enjuiciamiento civil le atribuye el concepto de *juicio* en múltiples pasajes, como lo revelan los artículos 1.333, 1.357 y 1.358, en relación con los que regulan el concurso de acreedores, de aplicación supletoria en las quiebras, y en este mismo sentido *se ha pronunciado muy nutrida doctrina jurisprudencial, expresiva de que las reglas de caducidad de la instancia son aplicables a todos los juicios, incluidos los universales*, sin las vacilaciones o falta de uniformidad que puede apreciarse en otros aspectos, como en el referente al carácter de definitivas que puedan ofrecer o no las declaraciones judiciales de caducidad de la instancia en las quiebras, a efectos de casación.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, es correctamente viable el segundo motivo del recurso, por que *las distintas piezas en que se desenvuelve el juicio de quiebra constituyen por su trabazón y finalidad una unidad procesal que no cabe estimar caducada mientras se mantenga viva la instancia en alguna de las piezas*, y sobre esta base es indudable que, aun cuando hubieran transcurrido cuatro años de inactividad—y no hay constancia de que así haya ocurrido en la pieza cuarta, que, según la sentencia recurrida, se ha extraviado o perdido—el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como excepción a la norma del 411, dispone que no procederá la caducidad de la instancia si la paralización del pleito fuera debida a causa independiente a la voluntad de los litigantes, y *siendo hecho admitido por la Sala sentenciadora que la pieza tercera quedó sin curso al disponer el juez que prestase un informe el comisario de la quiebra, que no aparece haber sido emitido, resulta que la causa de paralización de dicha pieza no es imputable a la Sindicatura*, que derechamente podía esperar la prestación del informe, sino a un órgano de la misma o al propio juez de primera instancia que actuaron sin la diligencia que la Ley les impone de dar curso de oficio a las actuaciones, doctrina ya recogida en repetidas declaraciones de esta Sala, entre otras, en sentencias de 25 de mayo de 1897, 9 de diciembre de 1903 y 5 de enero de 1907.

CONSIDERANDO: Que *por analogía con lo dispuesto en el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento sobre improcedencia de caducidad de la instancia en actuaciones pendientes de ejecución de sentencia firme, podría estimarse que no ha caducado la pieza quinta, en la que se declaró por resolución ejecutoria la fraudulencia de la quiebra*, con la obligada consecuencia de formación de causa criminal, *ni ha caducado tampoco la referida pieza tercera, en la que, según resulta del apuntamiento, se tramitó incidente sobre transacción habida entre la Sindicatura y la Banca M., que terminó por auto firme de aprobación de lo convenido en todas sus partes, siquiera quedara pendiente de ejecución durante más de cuatro años*.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento en pro de la tesis del segundo motivo del recurso, que *la obligación impuesta a los jueces por la Ley de Enjuiciamiento civil de impulsar de oficio las actuaciones de la quiebra, en méritos de justicia rápida que evite la incertidumbre indefinida del derecho en litigio, ha sido vigorizada o robustecida por el Real De-*

creto-Ley de 2 de abril de 1924, respecto de toda clase de juicios, de tal suerte que después de aquella norma legal difícilmente se concibe la caducidad de la instancia por causa exclusivamente debida a pasividad de los contendientes, fuera del supuesto, previsto en el Real Decreto, de suspensión del curso de los autos a petición de todas las partes litigantes.

FALLO.—Se admite el recurso de casación por infracción de Ley, se revoca el auto recurrido, se declara no haber lugar a la caducidad de la instancia y se ordena la prosecución del juicio universal de quiebra conforme a derecho.

SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1950

Obligaciones—novación: por subrogación.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, para que pueda ser apreciada la subrogación (art. 1.209 del C. c.), ha de resultar de una manera clara e inequívoca.

Contratos—estipulación en favor de tercero.

Para la eficacia de la estipulación, el art. 1.257 del C. c. exige que el tercero haga saber su aceptación al que estipuló en su favor antes de que hubiera éste desistido del contrato.

Compraventa—arras: significación.

La legislación y la jurisprudencia (Sentencias de 6 de julio de 1902, 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 5 y 15 de junio de 1945) admiten dos conceptos de las arras: penitenciales, conforme al artículo 1.454 del C. c., que permite a las partes desligarse del contrato dando las arras duplicadas el vendedor o percibiéndolas el comprador, y el de entrega de arras como parte anticipada del precio.

Congruencia—actuación de “oficio” del Tribunal en la esfera del Derecho: “cura novit curia”.

Desde el momento en que la demandada negó acción al demandante para formular su demanda, y esta falta de acción es apreciada por el Tribunal de instancia, no puede menos de estimarse perfectamente congruente la sentencia, sean cuales fueren los fundamentos legales en que se apoye, cuya determinación incumbe al juzgado aun cuando no hubieran sido citados por las partes.

SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1950

Juicio de desahucio—apelación: consignación.

El art. 1.566 LEC es una prescripción de orden público de inexcusable observancia; la providencia que admite el recurso sin consignación es contraria a Derecho y puede ser dejada sin efecto de oficio.

Apelación—momento de la devolución de la competencia: reposición de la providencia que admite la apelación.

Desde el instante que admite el Juez una apelación en ambos efectos pasa íntegra la jurisdicción a la Sala, conforme al art. 386 y ss. de la LEC, y por ello de esa providencia no puede interponerse recurso de reposición, pero sí de nulidad de actuaciones ante la Audiencia.

Actos procesales—reproducción de los nulos: plazo.

Declarada la nulidad de un acto, no existen términos hábiles para reproducirlo si transcurrió ya el tiempo hábil para verificarlo.

CONSIDERANDO: Que contra la sentencia dictada por la Sala de instancia en el expediente de nulidad de actuaciones, que se dedujo con el fin de obtener la declaración de nulidad del proveído en cuestión, accediendo a la citada petición de nulidad y declarando firme la sentencia de primera instancia se alza el motivo primero del recurso en el que se alega la infracción de los artículos 1.271 del Código civil y 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil y jurisprudencia que se cita, por estimar el recurrente que como contra la providencia del Juez no se entabló el recurso de reposición autorizado por los artículos 376 y 377 de la Ley procesal, quedó ésta pasada en autoridad de cosa juzgada; pero olvida, al sostenerlo así, que contra dicho proveído no podía interponer el apelado dicho recurso porque desde el instante en que admite el Juez una apelación en ambos efectos pasa íntegra la jurisdicción a la Sala, conforme al artículo 386 y siguientes de la Ley, y, por tanto, el apelado no pudo ejercitarlo, si bien solicitó la nulidad ante la Audiencia, única que podía acordarlo, en el incidente de nulidad de actuaciones autorizado por el artículo 745, y aunque es verdad que este recurso es de carácter extraordinario, según tiene sentado la jurisprudencia de este Tribunal, y no puede acudir a él sin haber utilizado antes los recursos legales ordinarios, esta doctrina carece de aplicación al caso presente, porque precisamente esos recursos no se otorgaban, y por ello no es posible estimar la infracción de los artículos y jurisprudencia invocados en el primer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1950

Prescripción extintiva: de derecho:: comienzo del plazo.

El plazo de prescripción no corre mientras el derecho no puede ejercitarse legalmente (1).

Prescripción extintiva en Cataluña: reclamación de alquileres (2).

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—precario—su existencia.

Existe el precario cuando se ocupa una vivienda por tolerancia o condescendencia del propietario.

SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1950

Compraventa—Lesión “ultra dimidium” en Cataluña: requisitos de la acción rescisoria—apreciación de su existencia. facultades del juzgador de instancia.

La procedencia de la acción rescisoria por lesión “ultra dimidium” o “enganny a mitges”, que subsiste en el Derecho foral vigente en Cataluña, tiene su fundamento, conforme a la Ley 2.^a, Tit. 44 “De rescindenda venditione”, del libro IV del Código de Justiniano, y a los capítulos 3.^o y 4.^o del Título “De Emptione Venditione” de las Decretales de Gregorio IX, en la realidad de una venta por menos de la mitad del justo precio, por lo que su ejercicio requiere la justificación cumplida de la expresada desproporción entre el verdadero valor de la cosa vendida al tiempo de serlo y lo que por ella haya dado o se obligue a dar el comprador.

La apreciación de este extremo de hecho corresponde al juzgado de instancia y solamente es impugnabile en casación por la vía del núm. 7.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba: documento auténtico—apreciación conjunta de la prueba.

Una jurisprudencia constante, en armonía con el art. 632 de la Ley

(1) En el caso de autos, el derecho a reclamar el pago en una sola vez del 50 por 100 de los alquileres atrasados correspondientes al período rojo no pudo ejercitarse antes de la Ley de 9 junio 1939, que derogó a la de 8 febrero 1937.

(2) La sentencia, citándose al caso concreto, no entra en la cuestión planteada de si ha de entenderse aplicable el plazo treintenel del Usatge “Omnes causae”, o el de cinco años del art. 1.966 del C. c., por llegarse a idéntico resultado práctico en ambos casos, y no contiene, por lo tanto, doctrina legal.

de Enjuiciamiento civil, niega el carácter de documento auténtico a los dictámenes periciales.

No es lícito al recurrente impugnar la apreciación conjunta de la prueba, desligando algunos de sus elementos de los demás tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1950

Condición imposible: eficacia en obligaciones y en sucesiones.

Mientras el 792 C. c. dispone que las condiciones imposibles se tengan por no puestas, según 1.116 dichas condiciones anulan la obligación que de ellas dependa, sin posibilidad de aplicar cada una de esas disposiciones para resolver el caso previsto como antecedente de la otra porque responden a la distinta regulación que merecen los efectos de voluntades emitidas con distintos fines y en distintas circunstancias, como son la del contratante y la del testador.

ANTECEDENTES.—El recurrente, que padecía una hemiplejía producida en accidente, vendió en escritura pública 30 participaciones en una comunidad de aguas, y los compradores se obligaron, en otra escritura, a venderse las de nuevo si en cierto plazo daba resultado un aparato que aquél construía para producir energía indefinidamente sin gasto de combustible. Años después, presentó demanda para que se declarase la nulidad de ambos contratos, por su falta de capacidad al tiempo de celebrarlos, o bien que se tuviese por no puesta la condición por ser imposible. Desestimada la demanda y confirmado el fallo en segunda instancia, el demandante apelante recurre en casación por el siguiente

MOTIVO.—Al amparo de 1.692, 1.º: infracción del 1.116 C. c., que se ha de interpretar en el sentido de que la condición se tiene por no puesta, a semejanza del 792.

CONSIDERANDO: Que el recurrente, conforme en ésto con la sentencia recurrida, califica de imposible (y sobre tal calificación funda el recurso) el resultado práctico del aparato de su invención, resultado práctico que precisamente era la condición de la cual se hizo depender, como se ha dicho, el cumplimiento de la obligación contraída por los demandados, cuyo cumplimiento les demandaba don I. P. G.

CONSIDERANDO: Que los artículos 792 y 1.116 del Código civil contienen disposiciones distintas para los diferentes supuestos a que se refieren, pues mientras el 792 dispone que las condiciones imposibles se tengan por no puestas y que en nada perjudiquen a la institución de heredero o al legado que de ellas se haya hecho depender, según el 1.116, dichas condiciones anulan la obligación que de ellas dependa, sin posibilidad de aplicar cada una de esas disposiciones para resolver el caso previsto como antecedente de la otra, porque responden a la distinta regulación que merecen los efectos de voluntades emitidas con distintos fines y en distintas circunstancias, como con la del contratante y la del testador.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos: desahucio: valor del acto de conciliación como momento inicial del cómputo del año de preaviso contractual.

El acto de conciliación celebrado tiene el carácter de requerimiento judicial bastante para cumplir la finalidad de garantizar el momento a partir del cual se computa el plazo.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras declaraciones, las dos siguientes, no impugnadas por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal:

A) El demandado fué requerido por los actores para que se aviniese a dejar a disposición de éstos el molino objeto del desahucio, con todas sus dependencias.

B) El requerimiento se efectuó por medio de acto conciliatorio, celebrado el día 12 de diciembre de 1946, o sea un año antes de terminar el plazo de duración del contrato, de conformidad con lo establecido en las cláusulas del mismo.

CONSIDERANDO: Que según la tesis sustentada en el motivo único del recurso formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no habiendo expresado los actores su voluntad de dar por terminado el contrato a medio de requerimiento notarial ni por carta ni ante testigos, no puede atribuirse el acto conciliatorio, antes aludido, otro efecto que el de una actuación judicial para intentar una avenencia, tesis inadmisibles porque si bien es verdad que, según aparece de los artículos 460 y siguientes de la citada Ley de Enjuiciamiento civil, el acto de conciliación constituye una actuación preliminar con la que se pretende evitar un proceso, no es menos cierto que diversos textos legales y reiterada jurisprudencia le atribuyen también el carácter de un requerimiento judicial, como lo comprueban entre otros preceptos los artículos 1.504 del Código civil y 126 de la Ley hipotecaria, así como las sentencias de esta Sala de 17 de diciembre de 1902, 20 de abril de 1904, 15 de junio de 1907 y 22 de noviembre de 1910, y afirmando por el Tribunal de instancia sin adecuada impugnación en el recurso que el acto conciliatorio, celebrado el 12 de octubre de 1946, expresaron los recurridos su voluntad de dar por extinguido el contrato de conformidad con lo convenido en la cláusula del mismo, aparece manifiesto que el requerimiento se practicó en tiempo y forma y que, en consecuencia, el recurso no puede prevalecer.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1950

Conorcio: naturaleza—extinción.

El consorcio, como relación contractual de colaboración mercantil y participación de beneficios entre dos Sociedades, se distingue de la fusión, en la que se absorbe y anula la personalidad jurídica de cada una de ellas.

El consorcio se extingue por la disolución de una de las dos Sociedades entre las que se constituyó.

AN. CEDENTES.—El propietario de un local lo arrendó en 1942 a la "Amuebladora S.", prohibiendo el traspaso y el subarriendo del mismo. En 1945 se constituyó un consorcio de ventas entre la "Amuebladora S." y la Sociedad Anónima "L.", y el propietario del local autorizó la venta en él de los muebles pertenecientes a la segunda, pero estableciendo expresamente que el único titular del derecho arrendaticio seguía siendo la "Amuebladora S.". Extinguida posteriormente por disolución (1948) la Sociedad "Amuebladora S.", la Sociedad Anónima "L." sigue ocupando el local, y el propietario la demanda de desahucio en precario. El Juzgado de Primera instancia concede el desahucio, pero la Audiencia revoca su sentencia. El demandante recurre en casación.

(Para completar los Antecedentes, véanse los Considerandos, donde, asimismo, se recogen los motivos del recurso.)

CONSIDERANDO: Que acreditada la legitimación activa del actor como dueño de los locales objeto del desahucio, reconocido como tal por la Sociedad denunciada, la cuestión a que el debate en casación se contrae es la de si la demandada tiene condición de precarista o, por el contrario, como pretende, tiene título que justifique la ocupación de dichos locales y le dé derecho a continuarla.

CONSIDERANDO: Que la demandada estima justificativo de su permanencia en el edificio del actor el consentimiento prestado por el actor a la entrada en él de la Sociedad demandada al autorizar a la Arrendataria "Amuebladora S.", por contrato de 1.º de octubre de 1945, para celebrar un convenio de consorcio con la Sociedad Anónima "L.", que se llevó a efectos en 1.º de noviembre siguiente, y del cual nació, a juicio de dicha demandada, una fusión comercial conocida y consentida por el dueño, apreciación que no puede admitirse, pues basta leer el referido convenio de consorcio para que surja el convencimiento de que no se trata de ninguna fusión que absorba y anule la personalidad jurídica de cada una de las partes, sino, según en dicho documento se expresa, de establecer una relación contractual de colaboración mercantil y participación de beneficios, pues si ambas sociedades se hubieran fusionado dando lugar a una entidad nueva no podría hablarse de colaboración ni de la existencia de relación contractual entre ellas ni tal concepto de fusión puede conciliarse con las declaraciones del mismo contrato de consorcio en que se reconoce a "Amuebladora S." como única titular de los derechos arrendaticios que no habrían de ser perjudicados por el consorcio establecido.

CONSIDERANDO: Que el actor, como dueño del local referido, si bien no se ha opuesto a que la Sociedad Anónima "L" utilizara los locales en cuestión a los efectos del consorcio, nunca dió su consentimiento para que una vez finado éste se prolongara la ocupación por parte de dicha Sociedad, antes bien, es patente su voluntad contraria manifestada de manera terminante y reiterada, pues al celebrar en 10 de mayo de 1942 el contrato de arrendamiento con "Amuebladora S." impuso la condición de que esta Sociedad no podría traspasar, ceder ni subarrendar, en todo o en parte, el derecho arrendaticio que por dicho contrato adquiriría, y después, en el contrato de autorización para el consorcio proyectado, hizo constar la limitación de que se habían de respetar todas las cláusulas del referido contrato de arrendamiento con el bien entendido de que la única arrendataria sería "Amuebladora S."

CONSIDERANDO: Que no habiéndose establecido ningún vínculo jurídico, a lo menos directamente, entre el propietario del inmueble y su actual ocupante la Sociedad Anónima "L", cualquier derecho que ésta alegue habrá de fundarse en el referido contrato por el que el propietario autorizó el referido consorcio, pero, según este documento, la autorización cesaría si cesaba el consorcio por cualquier circunstancia, y es evidente que el consorcio, que no se concibe sino como una relación bilateral, ha dejado de existir desde el momento en que uno de los dos consortes ha desaparecido por la disolución de la Sociedad "Amuebladora S.", que consta en escritura de 25 de febrero de 1945, inscrita en el Registro Mercantil, y que fué notificada al demandado, debiendo tenerse en cuenta además que, finida por la misma causa la relación arrendaticia que existió entre el actor y la Sociedad disuelta, todos los contratos posteriores derivados de aquel primero de arrendamiento y los derechos que de ellos nacieron han perdido su vigencia y sin eficacia como fundamento de la pretensión del demandado, por todo lo cual es obligado declarar que el demandado ha quedado en condición de precarista, que no ha sido apreciada por la Sala sentenciadora, con infracción de la doctrina legal invocada en el motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso invoca infracción por inaplicación del número tercero del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la doctrina legal que lo interpreta relativa al ámbito del desahucio y es manifiesto y se desprende de lo que queda expuesto que la cuestión debatida no presenta complejidad ni oscuridad alguna que impida resolverla en juicio de desahucio, pues las alegaciones del demandado no hacen dudoso el derecho del demandante al efecto de enervar su acción, por lo que no puede asentirse a la tesis de la Sala sentenciadora, que desestima la demanda por entender que no se puede decidir en este juicio si el arrendamiento y consorcio concluyeron, siendo así que tal conclusión resalta como un hecho indudable.

FALLA.—Ha lugar.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1950

Civil—obligaciones y contratos—elementos del contrato—forma—¿es elemento esencial al contrato la escritura en los supuestos del art. 1.280 del Código civil?

La forma escrita no es lo que da validez al contrato, pues precisamente por ser ya válido con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llenar la forma, acción que es facultativa en su ejercicio.

CONSIDERANDO: Que en el motivo 1.º del recurso se alega violación del último párrafo del art. 1.280, que determina que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, interpretando el recurrente tal precepto en el sentido de que la constancia por escrito de los contratos referidos es un elemento esencial sin el que los contratos no tienen eficacia, con lo cual se plantea una cuestión jurídica que ha tenido repercusión en la doctrina y que tiene importancia evidente para la resolución del presente caso.

CONSIDERANDO: Que a tal interpretación se opone en primer término el artículo 1.278 del mismo Código, que de manera terminante y sin admitir excepción alguna consagra una vez más el principio espiritualista que viene del Ordenamiento de Alcalá, diciendo que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, es decir, las que consigna el artículo 1.261, no pudiendo admitirse que el párrafo invocado sea una excepción a la que haya que atenerse con preferencia a la regla general, porque las palabras del texto, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, es decir, las que consigna el artículo 1.261, no pudiendo admitirse que el párrafo invocado sea una excepción a la que haya que atenerse con preferencia a la regla general, porque las palabras del texto, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, comprenden indudablemente los contratos verbales y es más racional interpretar tal párrafo en un sentido que no contradiga a lo establecido en dicho art. 1.278, tanto más si se tienen en cuenta las declaraciones no menos terminantes del 1.254, que establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y del 1.250, que afirma que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

CONSIDERANDO: Que el art. 1.279 del propio Código se refiere al consentimiento y demás elementos necesarios para la validez de los contratos, como preexistentes a' o'orgamiento de escritura u otra forma es-

pecia., lo que demuestra que la forma escrita no es lo que da validez al contrato, pues precisamente por ser ya vando con anterioridad se otorga acción a los contratantes para comparecerse recíprocamente a llenar la forma, acción que no están obligados a ejercitar, sino que, según el texto, podrán hacerlo, es decir, que dicho artículo otorga una facultad, pero no impone una obligación, todo lo cual corrobora la tesis de que el párrafo alegado del ar. 1.280 no contiene una condición esencial para la validez de los contratos.

CONSIDERANDO: Que la doctrina sentada concuerda con declaraciones anteriores de la jurisprudencia de esta Sala en múltiples sentencias de las que basta citar las de 4 de julio de 1899, 19 de octubre de 1901, 4 de febrero de 1911 y 21 de diciembre de 1925.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1950

Contratos—validez: forma.

Dentro del espíritu y el sistema del Derecho español (arts. 1.278, 1.261, 1.254, 1.258, 1.279 C. c.) y de acuerdo con múltiples sentencias del T. S., el último párrafo del art. 1.280 no contiene una condición esencial para la validez de los contratos.

Prueba: su carga.

Al actor le basta probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama.

Prueba de testigos—apreciación.

La prueba testifical es de discrecional apreciación del juzgador, y por ello esta apreciación no puede dar lugar a casación.

Prueba de testigos: valor.

El art. 1.248 C. c. tiene carácter admonitivo más bien que preceptivo.

Prueba: apreciación conjunta.

Habiendo apreciado el Tribunal sentenciador el conjunto de la prueba no cabe atacar aisladamente uno de sus elementos, como es la testifical.

Prueba: vía de impugnación en casación.

Hay que atenerse a la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora mientras no se combata por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal.

Cuestiones nuevas: supuesto.

ANTECEDENTES.—Un recaudador de contribuciones había de prestar fianza d. 50.000 pesetas para tomar posesión de su cargo, fianza que se constituyó en agosto de 1940, tras el fracaso de varias gestiones dirigidas a conseguir de un Banco dicha suma con la garantía de su padre. Este demanda al primero la devolución de tal cantidad, afirmando que la depositó a nombre del demandado en la Caja General de Depósitos, después de retirarla, con un tañón al portador, de su cuenta corriente. El hijo, demandado, niega los hechos. Coinciden la fecha de la presentación del cheque al Banco para su cobro y la del depósito en la Caja General; el apoderado del demandante testifica haberle acompañado a uno y otro establecimientos. La Audiencia confirma la sentencia estimatoria del Juzgado. El demandado recurre al amparo del art. 1.692, 1.º, por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Violación del art. 1.280 C. c., último párrafo.

2.º Aplicación indebida del art. 1.248 C. c. en relación con el 659 LEC, con inaplicación del 1.214 C. c., porque no ha probado los hechos el demandante (1).

3.º Violación del 1.214, en relación con 1.740 y 1.753, porque no se ha probado la existencia de préstamo.

CONSIDERANDO: Que en el motivo primero del recurso se alega violación del último párrafo del artículo 1.280 que determina que deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, interpretando el recurrente tal precepto en el sentido de que la constancia por escrito de los contratos referidos es un elemento esencial sin el que los contratos no tienen eficacia, con lo cual se plantea una cuestión jurídica que ha tenido repercusión en la doctrina y que tiene importancia evidente para la resolución del presente caso.

CONSIDERANDO: Que a tal interpretación se opone, en primer término, el artículo 1.278 del mismo Código, que de manera terminante y sin admitir excepción alguna consagra, una vez más, el principio espiritualista que viene del Ordenamiento de Alcalá, diciendo que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, es decir, las que consigna el artículo 1.261, no pudiendo admitirse que el párrafo invocado sea una excepción a la que haya de atenderse con preferencia la regla general, porque las palabras del texto "cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado" comprenden, indudablemente, los contratos verbales *y es más racional interpretar tal párrafo en un sentido que no contradiga a lo establecido en dicho artículo 1.278, tanto más si se tienen en cuenta las declaraciones, no menos terminantes, del 1.254, que establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y del 1.250, que afirma que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumpli-*

(1) Lo cual no quiere decir, en la argumentación del recurso, que los haya probado el demandado como parece desprenderse del considerando 5.º

miento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.279 del propio Código civil se refiere al consentimiento y demás elementos necesarios para la validez de los contratos como preexistentes al otorgamiento de escritura u otra forma especial, lo que demuestra que *la forma escrita no es lo que da validez al contrato*, pues precisamente por ser ya válido con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llenar la forma, acción que no están obligados a ejercitar, sino que, según el texto, podrán hacerlo, es decir, que dicho artículo otorga una facultad, pero no impone una obligación, todo lo cual corrobora la tesis de que *el párrafo alegado del artículo 1.280 no contiene una condición esencial para la validez de los contratos*.

CONSIDERANDO: Que la doctrina sentada concuerda con declaraciones anteriores de la jurisprudencia de esta Sala en múltiples sentencias, de las que basta citar las de 4 de julio de 1899, 19 de octubre de 1901, 4 de febrero de 1911 y 21 de diciembre de 1925.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso contiene dos alegaciones: la que denuncia inaplicación del artículo 1.214 del Código civil que impone la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la que acusa violación de los artículos 1.248 del mismo Código y 659 de la Ley procesal, relativos a la prueba de testigos, y, en cuanto a la primera, es evidente que, habiendo dado por probados el Tribunal *a quo* los hechos esenciales en que el fallo se funda no puede tener ya trascendencia la interpretación que se dé a dicho artículo 1.214, pues si los hechos han sido probados no importa ya discriminar si los ha probado el actor o el demandado, ya que de todos modos *hay que atenerse a la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora mientras no se combata por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal*, lo que no hace el recurrente, que atribuye toda la carga de la prueba al actor, al cual, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 3 de junio de 1935, *bástale probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama*.

CONSIDERANDO: Que la alegación de la infracción de los artículos 1.248 y 659 de la Ley procesal, relativos a la prueba de testigos, se opone totalmente a la doctrina reiteradísima de la jurisprudencia de esta Sala que se pronuncia en el sentido de que *la prueba testifical es de discrecional apreciación del juzgador, y por ello esta apreciación no puede dar lugar a casación, y de que la disposición del citado artículo 1.248 tiene carácter admonitivo más bien que preceptivo, y, aparte de esto, no puede ser operante el motivo en este extremo porque habiendo apreciado el Tribunal sentenciador el conjunto de la prueba no cabe atacar aisladamente uno de sus elementos, como es la testifical, ni menos combatir, como hace el recurrente, invocando el número primero del artículo 1.692, la apreciación de prueba, que sólo puede combatirse al amparo del número séptimo de dicho artículo, no citado en el recurso*.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo del recurso se alega que no se

ha acreditado haberse contraído la obligación de devolver el dinero recibido que es esencial para que exista el préstamo, alegación que la Sala sentenciadora ha rechazado como cuestión nueva, a lo que se opone el recurrente, pero habiéndose éste limitado a negar los hechos y los fundamentos de derecho aducidos por el actor, sin admitir, por tanto, la existencia de contrao alguno, no aparece que planteara tal cuestión en forma que pudiera ser conocida y discutida por la parte adversa.

CONSIDERANDO: Que en el mismo motivo se hace referencia al artículo 1.253, relativo a la prueba de presunciones, pretendiendo que el hecho de la existencia de un talón de cuenta corriente en la misma fecha de la constitución de un depósito es una mera coincidencia sin ningún valor de indicio probatorio de la existencia del contrato, pero, sin que sea necesario analizar el valor probatorio de tales hechos, es patente que no son los únicos en que el Tribunal *a quo* se basa para apreciar la prueba de presunción, sino que tiene en cuenta otros, como son la carencia de numerario del recurrente, la necesidad en que se encontraba de constituir el depósito de 50.000 pesetas y las gestiones realizadas para obtener un préstamo del Banco Español de Crédito, en la sucursal de Gijón y en la central de Madrid, todo lo cual, en su conexión con los hechos antes mencionados, es base suficiente para llegar a la conclusión que la Sala sentenciadora establece.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1950

Reposición de cuentas bancarias expoliadas durante el dominio rojo.

La Ley de 12 de diciembre de 1492, artículos 2.º y 4.º, es aplicable, por analogía, al supuesto de que la expoliación del depósito bancario se llevara a cabo mediante la sola presentación de una "libreta de ahorro" de las denominadas "al portador", sin previa extensión de orden de pago o entrega.

Si, aun llevada a cabo la expoliación durante el dominio rojo, el depósito expoliado se hallaba en poder del Banco el 18 de julio de 1936, la reposición en moneda nacional habrá de hacerse a la par, de acuerdo con la Ley de 7 de diciembre de 1939, artículo 17, en relación con los 8.º y 36.

La reposición de cantidades expoliadas implica la de los intereses que hubieran debido devengar según los términos del depósito convenido.

ANTECEDENTES.—A, B y C eran titulares, desde 1933, de sendas "libretas de ahorro" en el Banco de Valls, cuyos saldos activos en 18 de julio de 1936 ascendían a 50.000 pesetas cada uro. En cada una de las tres libretas figuraba una cláusula (1.ª 5.ª) del siguiente tenor: "La libreta constituye el título de propiedad, y al portador de la misma se devuelven las cantidades impuestas, a no ser que mediase aviso contrario del interesado".

En septiembre de 1936 fueron asesinados A, B y C.

El 8 de octubre de 1936, el Banco de Valls, obediendo la orden del Comité Antifascista de Valls, hizo entrega (reíntegro) de los aludidos sacados a esta organización, que al efecto presentó las tres libretas.

El 8 de marzo de 1946, la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias dictó sentencia por la que, de conformidad con el "informe crítico" emitido por la Comisión Provincial de Tarragona, estimando la demanda deducida por los herederos de A, B y C frente al Banco de Valls, declara ilegales las extracciones verificadas el 8 de octubre de 1936 y condena al Banco "a que reponga en cada una de las ... cuentas, y en la misma fecha en que las extracciones se realizaron", las cantidades extraídas "en moneda nacional...", así como los intereses que desde la fecha de las extracciones ilegales hubieran devengado las cantidades que se ordena reponer" en la cuantía pactada.

El Banco de Valls dedujo recurso de revisión contra esta sentencia, al amparo de la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículo 21, basado en los siguientes

Mo.ivos.—1.º Injusticia notoria por aplicación indebida de la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículo 4.º, en relación con el 2.º y con el 3.º, apartado d). A. Las extracciones se realizaron sin otra orden de entrega que la libreta, de acuerdo con la cláusula 5.ª de éstas, por lo que—como dice el Considerando 2.º de la sentencia recurrida—no ha lugar a responsabilidad del Banco de Valls, según la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículo 2.º. Si se quisiera conceder a esta norma un amplio alcance que no tiene, siempre asistiría al Banco de Valls la excepción basada en la existencia de la cláusula 5.ª de las libretas (C. c., arts. 1.091, 1.255 y 1.258), al amparo del artículo 3.º, apartado d). B. Es inaplicable el artículo 4.º, en relación con el 2.º "in fine", ya que las extracciones se realizaron sin orden de entrega firmada por los titulares o sus apoderados, por la mera presentación de las libretas, que eran títulos al portador. No es lícita la aplicación analógica de la Ley de 12 de diciembre de 1942 a hipótesis no pensadas por el legislador.

2.º Injusticia notoria por error de hecho en la apreciación de la prueba dimanante de la documental (libretas de ahorro y peticiones de reintegro formuladas al Banco de Valls el 8 de octubre de 1936, presentadas por éste al contestar la demanda y no contradichas por los actores recurrentes), y consecuente infracción de la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículos 2.º y 4.º. Las libretas no son ni sustituyen—como cree la sentencia recurrida—a las órdenes de entrega, sino que, junto con las primeras, el portador de las mismas presentó al Banco de Valls, firmadas por él—como era debido en virtud de la cláusula 5.ª de las libretas—, las correspondientes "peticiones de reintegro".

3.º Injusticia notoria por infracción de la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículo 7.º, en relación con la Ley de 7 de diciembre de 1939, artículo 12, y por interpretación errónea de la Ley de 13 de octubre de 1938, artículo 1.º, en relación con la Orden de 26 de junio de 1943, artículo 10. De tener que reponer el Banco de Valls los reintegros hechos el 8 de octubre de 1936, habría de hacerlo aplicando el porcentaje de conversión de moneda roja a nacional en dicho momento (90 por 100), pero nunca a la par—como decide la sentencia recurrida.

4.º Injusticia notoria por infracción de la Ley de 12 de diciembre de 1942, artículos 2.º y 4.º, y el C. c., artículos 1.108 (en relación con los 1.100 y 1.101) y 3.º. La Ley de 12 de diciembre de 1942 obliga a los Bancos a reponer en determinados supuestos las extracciones realizadas durante el dominio rojo, pero no a abonar los intereses que las cantidades retiradas hubieran devengado de no haber sido extraídas. Establecida la obligación por la Ley de 12 de diciembre de 1942, no ha podido incurrir en "mora debitoris" el Banco de Valls, a menos que a dicha Ley se le reconociera una retroactividad no expresamente declarada en su texto.

CONSIDERANDO: Que para apreciar debidamente la virtualidad de los dos primeros motivos indicados procede partir de un fundamental extremo, cual es el de que—según se reconoce en el antecedente 5.º del recurso—la orden de pago de las cantidades cuyo reintegro se discute fué dictada por el llamado Comité Anifascista de Valls, habiéndose comunicado al Banco recurrente la dicha orden y realizándose en ejecución de la misma la entrega de aquellas cantidades, y si, como los indicados motivos 1.º y 2.º sostienen, era al portador de las libretas a quien le competía expedir las órdenes de pago, resulta indudable que al dar cumplimiento a lo dispuesto por el citado organismo marxista no se ajustó el Banco a las normas establecidas en tales libretas, particulares los que acaban de apuntarse que destruyen las bases de argumentación de los repetidos motivos e imponen la desestimación de los mismos; ello aparte de que, aun admitiendo que en el caso objeto de controversia las circunstancias de hecho no se ajustasen estrictamente a lo establecido en los artículos 2.º y 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, siempre serían de aplicación estos preceptos en virtud del principio de Derecho, admitido por reiterada doctrina de esta Sala, según el cual “ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet”, y con mayor razón teniendo en cuenta que, como declara la sentencia recurrida, la entidad recurrente conocía el hecho del asesinato de los titulares de las libretas e igualmente la incautación de los bienes de los mismos por los elementos marxistas.

CONSIDERANDO: Que, según la tesis sustentada en el motivo 3.º, al ordenar el fallo que la valoración de las cantidades extraídas debe efectuarse a la par en moneda actual para su pago por el Banco, infringe la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias el artículo 7.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, en relación con el 12 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, y vulnera el artículo 1.º de la Ley de 13 de octubre de 1938, también en relación con el 10 de la Orden de 26 de junio de 1943, sosteniendo dicho motivo que, realizadas las entregas por el Banco de Valls en 8 de octubre de 1936 y valiendo en esa fecha el dinero circulante en la zona roja el 90 por 100 del dinero en moneda nacional, debió la sentencia ajustarse en el cómputo del importe de las sacas a los porcentajes establecidos en el artículo 12 de la Ley de 7 de diciembre de 1939; pero para desestimar el motivo ahora objeto de examen basta recordar que las cantidades cuyo pago se reclama obraban en poder del Banco recurrente el día 18 de julio de 1936, por lo que, hallándose pendientes de pago al promulgarse la Ley de 7 de diciembre de 1939, y siendo el título de los acreedores anterior al 9 de julio de 1936, se impone la valoración de las mismas a la par, conforme a lo establecido por el artículo 17, en relación con los 8.º y 36 de la Ley de 7 de diciembre de 1939.

CONSIDERANDO: Que, con arreglo a lo establecido en la cláusula 2.ª de las libretas expedidas por el Banco de Valls, las cantidades entregadas a éste, y que ahora son objeto de reclamación, devengan el interés anual del 3 por 100, y, si las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley para los contratantes, no cabe dudar de que en el caso actual el reintegro de las cantidades a los recurridos lleva consigo el de los in-

tereses pactados, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1.091 y 1.278, en relación con los 659 y 666, todos del Código civil, siguiéndose en consecuencia que el motivo 4.º del recurso no puede prevalecer.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1950

Mercantil—concepto de comerciante—actividad comercial e industrial.

Tiene la condición de comerciante aquel que aun desarrollando actividades industriales, las tiene comerciales, haciendo del comercio un modo de vivir.

Procesal—recurso de casación—necesidad de desestimar los pronunciamientos de la sentencia de Instancia.

No procede el recurso de casación, cuando en los motivos para el mismo no se impugna en adecuada forma las declaraciones del Tribunal de Instancia.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras, las declaraciones siguientes, no impugnadas por la vida del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: A) Independientemente de sus actividades industriales, el actor se dedica a la compraventa al por mayor de vinos para revenderlos en la misma forma o en otra diferente, después de rectificarlos o transformarlos en alcohol. B) El actor hace del comercio su modo de vivir, sin que puedan reputarse actos mercantiles aislados, los que él mismo venía realizando y que motivaron los múltiples procedimientos seguidos en su contra.

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso formulado al amparo del número primero del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, afirma que el recurrente es industrial y no comerciante, sosteniendo al efecto, que el artículo primero del Código mercantil, al referirse al comerciante individual, exige que con habitualidad se dedique al ejercicio del comercio, mientras que al ocuparse de las personas jurídicas, comprende tanto a las sociedades mercantiles como a las industriales; e invocando al recurrente los artículos 13, 14 y 325 del mismo Código, afirma igualmente que la compraventa de cosas transformadas es un acto mercantil para las sociedades tan sólo y que el artículo 2.º del repetido Código admite que quienes ejecuten actos de comercio no sean comerciantes; pero afirmado en la sentencia que el recurrente tiene la condición de tal porque con independencia de sus actividades industriales viene dedicándose a la compra al por mayor de vinos para revenderlos en la misma forma o en otra diferente, y porque hace del comercio su modo de vivir, es visto que no impugnadas en adecuada forma estas declaraciones del Tribunal de Instancia, ni acusada de ilógica la consecuen-

cia que de las mismas deduce el fallo, al entender que aquél tiene la condición de comerciante, se impone la desestimación del recurso, haciéndose innecesario entrar al examen de las citadas alegaciones del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 DICIEMBRE 1950

Incompetencia funcional—recurso utilizable.

CONSIDERANDO: Que si bien el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley procesal autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos de incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el número 6.º del artículo 1.692, una reiterada doctrina de esta Sala, establecida entre otras sentencias en las de 7 de abril de 1943, 18 de enero y 27 de noviembre de 1945 y 24 de abril y 13 de mayo de 1947, ha declarado que *la incompetencia de jurisdicción a que se refiere el número 6.º del citado artículo 1.693 d la Ley procesal se limita a los casos en que se discute la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer del pleito, pero no cuando se trata de cuestiones surgidas sobre la determinación de dicha preferencia por razón de la materia o del grado en que la jurisdicción debe ejercitarse, casos en los cuales el recurso procedente es el de infracción de ley, al amparo del número 6.º del artículo 1.692 del repetido ordenamiento procesal.*

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato—causa 5.ª del art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbano—obras sin consentimiento del propietario.

La apertura de una puerta en la pared medianera que comunique con el local vecino perteneciente a otro propietario, si bien no debilita la resistencia de los materiales empleados en la construcción, modifica la configuración del local arrendado y es causa de resolución del contrato si se ha realizado sin consentimiento del arrendador.

SENTENCIA 7 DICIEMBRE 1950

Arrendamiento: simulación (1).

Casación por infracción de ley—delimitación entre los recursos por violación de precepto legal y por incompetencia de jurisdicción.

La infracción del art. 14 del Decreto de Alquileres de 1931, determi-

(1) La sentencia del T. S., citándose al examen del caso concreto, se limita a defender la existencia de una simulación en el contrato, de acuerdo con el criterio del juzgador de instancia, frente a la afirmación contraria del recurrente: por ello no puede deducirse de ella doctrina legal.

nante de una incompetencia de jurisdicción, no puede impugnarse en casación al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1950

Solares: concepto.

Para atribuir a un espacio arrendado el carácter de solar, hay que atender a su naturaleza, y no a la condición que las partes le quieran dar ni a su inscripción en el Registro Municipal de Solares con todos los datos que la ley establece. Conforme al artículo 1.º de la Ley de Solares y 3.º de su Reglamento, la existencia de edificaciones provisionales, como un cobertizo, no hace perder a un terreno la condición de solar.

Arrendamiento de local de negocio: edificaciones provisionales.

El artículo 114 de la LAU, implica que un local de negocio puede instalarse en edificaciones provisionales, pero dicho artículo es solamente aplicable cuando éstas fueron arrendadas para tal fin.

Recurso de injusticia notoria—por infracción de precepto legal: requisitos.

El artículo 1.214 del C. c. es un precepto de índole general que no puede llevarse a un recurso de la naturaleza del presente, como ha declarado esta Sala para el recurso de casación por infracción de ley.

ANTECEDENTES.—El arrendatario de un terreno en el que se encuentra levantado un cobertizo cedió su derecho a una Sociedad. Dicha Sociedad demandó a la propietaria para obligarla a estar y pasar por el traspaso. Se discute la naturaleza del espacio arrendado: si se trata de un local de negocio, en cuyo caso el arrendatario puede ejercitar el derecho de traspaso (tesis de la demandante), o si estamos ante un solar (tesis de la demandada). La demanda fué estimada en primera instancia, pero la Audiencia revocó la sentencia. La Sociedad demandante plantea recurso de injusticia notoria.

CONSIDERANDO: Que ni del acta de inspección ocular ni de la certificación del Ayuntamiento se deduce nada en contrario de la apreciación que hace la Sala de tratarse de un solar, porque en aquélla se hace constar que el número 2 de la expresada calle es una torre en la que existen dos partes con cierta independencia, una de ellas con un cobertizo, que es la que es objeto del pleito, y de la segunda aparece que el terreno en cuestión figura inscrito en el Registro y padrón del arbitrio de solares sin edificar registrado a nombre de la propietaria, formando parte de la finca señalada con el número 2 de la calle de la Sagrera; que la Comisión Municipal Permanente acordó aprobar con carácter provisional como registro público de solares e inmuebles de edificación forzosa el que tiene establecido el Ayuntamiento con relación a todas las fincas sujetas al pago de dicho arbitrio, concediendo un plazo para que los interesados

podieran completar los datos obrantes en el Registro Municipal de Solares con los detalles señalados en el Reglamento correspondiente, sin que la actora hubiese aportado tales datos; pero ello no significa que el citado terreno perdiera su condición de solar, como tampoco la existencia en éste de un cobertizo, que no se sabe, por otra parte, si se construyó antes o después de la vigencia del contrato y cuyo carácter de provisionalidad es perfectamente compatible con su cualidad de solar, según se infiere del artículo 1.º de la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945.

CONSIDERANDO: Que un local de negocio propiamente dicho, ante todo, ha de reunir la condición de habitable, conforme al artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que no ocurre en este caso, y en cuanto al artículo 1.214 que se cita como infringido se trata de un precepto de índole general que por lo común no puede llevarse a un recurso de la naturaleza del presente, como lo tiene declarado este Tribunal a propósito del recurso de casación por infracción de ley.

CONSIDERANDO: Que la voluntad de las partes no sería suficiente para dar o negar al espacio arrendado el carácter de solar; porque hay que tener presente que la razón de quedar excluidos los solares de la regulación de la Ley de Arrendamientos Urbanos obedece a razones de orden público, consistentes en fomentar la construcción para disminuir la gravedad del problema de la vivienda, al que responde toda la regulación vigente relativa a los arrendamientos urbanos, y, por lo tanto, hay que atender a lo que las cosas sean, no a la condición que las partes les quieran dar.

CONSIDERANDO: Que tampoco se infringe, como sostiene el recurso, las disposiciones de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945 y su Reglamento de 23 de mayo de 1947, concretamente el artículo 1.º de aquélla y los artículos 1.º, 3.º, 12, 13 y 14 del Reglamento, porque el primero de los citados preceptos cañifica de solar un terreno no edificado en el interior de la población o edificaciones que por hallarse paralizadas o derruidas no tengan condiciones de habitabilidad y las demás exigidas por las Ordenanzas de la zona donde radique, lo que amplía el artículo 3.º de Reglamento en el sentido de entenderse por terrenos no edificados los solares que carezcan en su totalidad de construcciones permanentes, y lejos de demostrarse, como tendría que hacerlo el recurrente para contrariar la apreciación de la Sala, que el espacio arrendado no reúna estas condiciones, es evidente lo contrario. puesto que un cobertizo, que además no consta existiera al celebrarse el contrato, aunque sí que la máquina aserradora fué instalada con posterioridad, no constituye una edificación permanente, como dice la Ley.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, es de desestimar el motivo cuarto del recurso donde con fundamento en la causa tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se sostiene la infracción de los artículos 1.º y 114 de la expresada Ley, aparte de los demás citados de la misma, porque si bien es verdad que el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al referirse al caso de derribo de una finca, dispone que cuando éste afectare a edificaciones provisionales, para que proceda la excepción segunda a la prórroga forzosa de los contratos de arrenda-

miento (y se citan como edificaciones provisionales los barracones, casetas y chozas o cualquiera otra edificación de naturaleza análoga en cuya construcción no sea preceptiva la intervención de técnicos), sólo será necesario que el arrendador participe su propósito de derribar con un año de antelación y que indemnice con seis mensualidades de renta, y con la de un año a los arrendatarios de un local de negocio, lo que implica que éstos pueden instalarse en edificaciones provisionales, este precepto resulta inaplicable al punto debatido porque se refiere a los casos en que una edificación provisional haya sido arrendada para local de negocios; pero en el caso presente se declara por la Sala, sin que esta declaración aparezca desvirtuada, que lo arrendado no fué sino un solar, procediendo por todo ello la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 DICIEMBRE 1950

Procesal—nulidad de actuaciones en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria.

No cabe aplicar el artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni la doctrina según la cual si para subsanar el defecto que pudiera dar lugar la nulidad se pretende utilizar un juicio, ordinario posterior, éste es calificable a efectos de la casación de incidental, al procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ya que éste no es un verdadero juicio, sino un procedimiento meramente ejecutivo en el que el deudor no es parte, ni se da controversia, ni recae sentencia que produzca la presunción de cosa juzgada.

Civil—apreciación de la buena o mala fe.

La apreciación de la buena o mala fe es cuestión de hecho que al Tribunal corresponde apreciar.

No es contraria a las reglas de la sana crítica la apreciación de la mala fe cuando todos los socios de una Sociedad Limitada, única que intervino en un procedimiento judicial sumario, conocían los defectos y vicios de que adolecía el procedimiento y que necesariamente tenían que afectar a la validez de sus respectivos títulos adquisitivos.

Civil—buena fe del tercero hipotecario.

La buena fe para obtener la protección registral equivale al desconocimiento del vicio que puede invalidar el derecho del transferente.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Pueden colegirse de los considerandos.

CONSIDERANDO: Que discutida en el pleito la nulidad de actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario que autoriza y regula la Ley Hipotecaria en sus artículos 129 y siguientes, promovido por la

Sociedad Limitada "J. A. y Hermanos", contra la finca hipotecada a su favor por don V. B., y declarada en la sentencia contra la que el presente recurso se ha interpuesto la nulidad expresada comprensiva de la adjudicación del predio rematado, a la Sociedad ejecutante, y de la inscripción de su dominio y del de doña V. A., a quien al disolverse la Sociedad se había adjudicado, no refiere el recurso su impugnación de la sentencia recurrida a la realidad y eficacia anulatoria de los defectos procesales afirmados en ella como fundamentales de su fallo, sino que respetando esta apreciación de la Sala sentenciadora *contrae en sus tres motivos las infracciones que acusa a los extremos de no haberse instado la nulidad del procedimiento durante el curso de éste, de la inexistencia en la Sociedad ejecutante y en la doña V. A. de mala fe que impida apreciar a favor de aquélla la prescripción adquisitiva de la finca objeto del procedimiento anulado, y para ésta la protección registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria.*

CONSIDERANDO: Que es cierto que según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, y como lo requiere el orden procesal que regula la Ley de Enjuiciamiento civil, las acciones de nulidad de lo actuado en los juicios han de ser ejercitadas del modo que previene el art. 744, dentro del en que los defectos procesales que las justifiquen se hayan cometido, porque conforme al artículo 745 sirven de obstáculo a su continuación y fallo y han de estar precedidas del uso de los medios o recursos conducentes a la subsanación del defecto que pudiera dar lugar a la nulidad de lo que se actuase, por cuya razón *si la misma se pretende obtener que sea declarada en juicio ordinario posterior, éste es calificable, para el efecto de la casación, de incidental, ya que inadecuadamente intenta sustituir al incidente que estando el pleito en curso se pudo proponer en él, con la finalidad inadmisibles de que quede anulada la sentencia dictada, y que si adquirió firmeza, no es combatible más que por el extraordinario recurso de revisión; pero no cabe aplicar esta doctrina al juicio declarativo al que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria remite las reclamaciones que versen sobre nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario que la misma Ley establece, porque no es incidente de juicio alguno el proceso declarativo ordinario que en su sustanciación se ha de acomodar a las normas correspondientes a su propia naturaleza y cuantía, sin detención del curso de un procedimiento que no es el juicio, sino un procedimiento meramente ejecutivo, en el que el deudor no es parte, ni se da controversia, ni recae sentencia que produzca la presunción de cosa juzgada que impida la anulación de lo actuado con vicios procesales y que el juicio declarativo en que esto se pretenda se entable después de fenecido el especial procedimiento sumario.*

CONSIDERANDO: Que lo que antecede hace desestimable el primero de los motivos del recurso, en el que se suponen infringidos los arts. 131 y 132 de la Ley Hipotecaria y 1.694 del C. c., sin más razón que la de entender que el juicio declarativo en el que ha recaído la sentencia que se impugna merece la calificación de incidente de nulidad de actuaciones y que, por ello, sólo puede promoverse durante la tramitación del procedimiento judicial sumario y no después de fenecido, criterio equivocado y que de

aceptarse, bastaría para rechazar, como inadmisibles, el recurso, puesto que conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala no se da el de casación contra las resoluciones dictadas en los incidentes de nulidad de actuaciones.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo se alega, no sin confusión derivada de ampararlo conjuntamente en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con la consiguiente inobservancia de lo que ésta ordena en el último párrafo de su artículo 1.620, la infracción de disposiciones y doctrina legal relativas a la prueba de presunciones y a la existencia de la buena fe, con cita también del artículo 34 de la Ley Hipotecaria anterior a la de actual vigencia, aunque sin expresar con la precisión y claridad debidas el concepto en que los recurrentes creen que han sido infringidos tales preceptos sustantivos, extendiéndose en argumentaciones tendentes a demostrar que no habiéndose acreditado con prueba alguna la mala fe de la Sociedad Limitada "J. A. y Hermanos" y de doña V. A., en la adquisición por aquélla, primero, y por ésta, después, en adjudicación al disolverse la Sociedad, de la finca objeto del procedimiento judicial declarado nulo, sólo, incidiendo en error, presumió la Sala sentenciadora la ausencia en una y otra de la buena fe necesaria para la prescripción adquisitiva del dominio y para el amparo que la Ley Hipotecaria dispensa al tercer adquirente; mas, aparte de que *la buena o mala fe de un poseedor es cuestión de hecho que al Tribunal sentenciador corresponde apreciar en uso de su jurisdicción propia*, y de que para no excluir de la declaración de nulidad de lo actuado en el procedimiento las inscripciones de dominio del inmueble a favor de la Sociedad y de la señora mencionadas, *no negó la sentencia recurrida su buena fe, fundándose en presunciones, aunque así hubiera sido, al ser cierto el hecho de que el procedimiento estaba viciado de nulidad, habiendo intervenido en él la Sociedad dicha como parte promotora y única que intervino, en este concepto, en sus actuaciones, puesto que legalmente le estaba vedada su intervención al deudor, no sería contraria a las reglas de la sana crítica la deducción por la Sala sentenciadora de que los cuatro socios componentes de aquélla conocían los defectos y vicios de que adolecía el procedimiento y que necesariamente tenían que afectar a la validez de sus respectivos títulos adquisitivos*, por lo que el juzgador de instancia al afirmarlo así no incidió en infracción alguna de las que el motivo cita.

CONSIDERANDO: Que la protección que, en aras de la fe pública registral y como excepción de la regla general contenida en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, dispensa la misma Ley en su artículo 34. el tercer adquirente, exige a éste la simultánea concurrencia, según con reiteración ha establecido la doctrina jurisprudencial, de los requisitos de que la adquisición haya sido a título oneroso, de persona que según el Registro haya podido transmitir, que el derecho esté inscrito, y que haya procedido de buena fe, circunstancia, *esta última, que como ya se ha definido a los efectos del expresado amparo registral, entre otras sentencias por la de 6 de julio de 1945, equivale al desconocimiento del vicio que puede invalidar el derecho del transferente, y como doña V. A., además de no*

ser tercero, con arreglo al artículo 27 de la citada Ley, respecto al título adquisitivo de la Sociedad que al disolverse le adjudicó la finca del demandante y hoy recurrido, puesto que era uno de sus componentes, tenía que conocer, por esta misma razón los defectos que hacían anulable el procedimiento en el que la Sociedad limitada fué rematante y, consiguientemente, el título por el que le hizo la transformación que inscribió en el Registro, es indudable que en ella no se da la buena fe necesaria para el efecto de obtener la protección registral que invoca, siguiéndose de ello que no cabe estimar infringidos los preceptos y doctrina que en el tercer motivo del recurso se citan, con tal absoluta omisión del concepto en el que los recurrentes los suponen infringidos, que esto bastaría para que el motivo se rechazase.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1950

Contratos—requisitos: consentimiento—permuta.

Una permuta de valores públicos supone el consentimiento de los dos propietarios de los valores que se permutan.

Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba: acatamiento del criterio del juzgador de instancia no impugnado debidamente:—error de derecho: alegación del precepto sobre valoración de la prueba infringido: preceptos alegables.

El recurrente no puede limitarse a sustituir el criterio del juzgador de instancia por el suyo propio.

Para que prospere el recurso por error de derecho, es preciso alegar el texto legal relativo a la valoración de la prueba que haya sido infringido.

El art. 565 de la LEC no contiene ninguna norma relativa a la valoración de la prueba.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—derecho transitorio—requisitos del traspaso en el Decreto de 21 de enero de 1936.

CONSIDERANDO: Que son hechos que estima probados la sentencia recurrida y, por lo tanto, de los que hay que partir para la decisión del litigio, en tanto no sean eficazmente impugnados, que don J. B. concertó en 1920 con el anterior ocupante del local de negocio a que se refiere la demanda, el traspaso de dicho local en precio de 500 pesetas, el que se llevó a cabo con autorización del propietario, porándose en virtud de ello

a nombre de B. el contrato de arrendamiento, instalando en el mismo una policlínica, y que en 15 de mayo de 1936 convino el citado inquilino con don V. L. B., sin intervención ninguna del propietario, el traspaso del aludido local en precio de 8.000 pesetas, aun cuando éste no lo ocupó hasta después de la liberación de Madrid, inscribiéndose la clínica que instaló en el referido local, en 12 de junio de 1940, en el Servicio Nacional de Sanidad.

CONSIDERANDO: Que instada por el propietario de la finca la resolución del contrato de arrendamiento por falta de notificación del traspaso al propietario al amparo de los arts. 45 y 149 de la LAU, precisa ante todo determinar la legislación aplicable al caso, ya que sean cuales fueren los preceptos legales invocados por las partes, la fijación de la ley que ha de regir la relación jurídica discutida incumbe al juzgador.

CONSIDERANDO: Que conforme a los antecedentes de hechos que quedan expuestos y teniendo en cuenta que el art. 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, que era el vigente cuando se llevó a cabo el segundo traspaso, reconoce a todo industrial o comerciante el derecho al traspaso cuando al ejercer su actividad en el local hubiese pagado cantidades por traspaso realizado con autorización del propietario, es indudable que al Sr. B. asistía sin género de dudas el derecho a traspasar a su vez a otra persona, pero no es posible desconocer tampoco que al propietario correspondía igualmente la facultad que le confiere el párrafo 2.º del apartado b) del citado artículo a negarse a que se llevara a cabo el traspaso, siempre que indemnizara al comerciante o industrial que tratase de traspasar con una cantidad igual a la que entregó por este concepto cuando a su vez, y con conocimiento de dicho propietario le fué traspasado el establecimiento, lo que presupone sin género de duda la obligación del inquilino de dar conocimiento al arrendador del traspaso proyectado para que pueda ejercitar el aludido derecho, y como en el caso presente, no sólo no

CONSIDERANDO: Que por las precedentes razones no cabe estimar la infracción del art. 9.º de este último Decreto, como se sostiene en el primer motivo del recurso, alegando que cuando éste se publicó el inquilino tenía derecho a efectuar el traspaso según lo dispuesto en orden a la cesión de 29 de diciembre de 1931 y artículo citado del de 1936), ya con arreglo a los artículos invocados por la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que no es posible entender al nuevo adquirente como subrogado en los derechos del anterior arrendatario, según lo dispuesto en el último párrafo del art. 9.º del Decreto antes citado.

CONSIDERANDO: Que por las precedentes razones no cabe estimar la infracción del art. 9.º de este último Decreto, como se sostiene en el primer motivo del recurso, alegando que cuando éste se publicó el inquilino tenía derecho a efectuar el traspaso según lo dispuesto en orden a la cesión de derechos (no se cita disposición concreta) en el Código civil: a) porque en principio no cabe ceder el disfrute de una cosa arrendada sin el consentimiento del propietario de la misma, b) porque, si bien al art. 1.550 del Código civil permitía el subarriendo cuando no se hubiese pactado expresamente lo contrario, el contrato presentado por el inquilino contiene cláusula expresa prohibitiva del subarriendo, y aunque ésta aparece como

inutilizada por algún rasgo en tinta a. igual de otras, esta relativa tachadura no se salva al final del contrato y nada demuestra que fuera anterior a su firma, c) porque la facultad de subarrendar otorgada al arrendatario por el Consejo, no puede estimarse como un derecho adquirido en el contrato a los efectos del art. 3.º, y concordantes disposiciones del propio Código, y sí como una mera facultad o expectativa de derecho que puede ser afectada por disposiciones ulteriores sin merma del principio de irretroactividad, que no se opone al dominio del derecho sobre el porvenir, y d) porque convertido de voluntario en necesario el derecho que regía el arrendamiento de predios urbanos de voluntario en necesario por el Decreto de alquileres de 21 de junio de 1920, al introducir el principio de la prórroga forzosa, y prohibido por éste, en lógica contrapartida, el subarriendo sin permiso escrito del dueño (letra d), de su art. 3.º, no es posible sostener que el traspaso o subarriendo pudiera verificarse sin autorización del propietario, o d) porque los conceptos de subarriendo y traspaso no son idénticos tampoco.

CONSIDERANDO: Que rechazada la aplicación de estos preceptos, no cabe estimar la infracción de los arts. 1.257 y 1.258 citados por el recurrente, ya que se estima no existía autorización legal para el traspaso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1950

Procesal—apreciación de prueba—unidad de prueba.

La valoración de la prueba de inspección ocular y de información pericial es de apreciación discrecional de la Sala sentenciadora.

No cabe impugnar en casación alguno de los elementos probatorios prescindiendo de los demás.

Civil—acción reivindicatoria—identidad de la cosa.

Para entablar con éxito la acción reivindicatoria hay que justificar cumplidamente el título de dominio y la identidad de la cosa que se pide.

El conocimiento de un lindero, desconociendo los demás, no es suficiente para identificar el terreno en litigio.

No habiendo posibilidad de averiguar la extensión superficial y linderos de una finca, queda sin justificar su identidad.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos—Procesal: Cuestiones nuevas.

No cabe plantear en casación cuestiones nuevas que no fueran tratadas en la de instancia.

Arrendamientos urbano: Hechos anteriores a la vigencia de la ley.

No cabe alegar quebrantamiento de forma cuando los hechos que motivan la sentencia fueron anteriores a la vigencia de la Ley.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1950

Mora: indemnización.

Indemnización de daños y perjuicios: cuantía.

A tenor de lo dispuesto en el art. 1.100 C. c., desde que el demandado fué requerido—en acto de conciliación—a entregar los inmuebles o resolver el contrato, incurrió en mora, surgiendo a su cargo la obligación de prestar la utilidad que a la compradora reportaría el cumplimiento de la obligación de entregar y colocar a ésta en la situación patrimonial en que se hallaría si hubiese sido atendido el requerimiento, porque con arreglo al art. 1.106 C. c. la indemnización comprende no sólo el valor de la pérdida, sino también el de la ganancia dejada de obtener.

ANTECEDENTES.—La compradora de una casa la encontró ocupada por persona (distinta del vendedor) que afirmaba ser propietario. Intentó el desahucio, sin éxito, por carecer de la posesión real. Demanda al vendedor para que le entregue la casa, si es posible, con indemnización de las costas del desahucio, del alquiler que paga por su morada y del canon de superficie que la compradora del edificio en litigio, a la vez concesionaria de la parcela, pasa al Ayuntamiento; y si no es posible, resuelva el contrato, abonando las indemnizaciones señaladas y además la del precio pagado por la actora, los gastos de la escritura y la diferencia entre el precio de 1938 y el valor actual de los edificios. El 20-XII-1940 se celebró conciliación sin avenencia. El Juzgado desestimó la demanda; la Audiencia condenó a la entrega del edificio y en su defecto a la devolución del precio más los gastos de la escritura. La demandante apelante recurre en casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primeramente. Al amparo del 1.692, 1.º: violación del 1.124 del Código civil, al absolver de la indemnización de perjuicios.

Segundo. Al amparo del 1.692, 1.º: interpretación errónea del 1.124 del C. c., en relación con 1.101, 1.103 y 1.104.

Tercero. Al amparo del 1.692, 7.º: error de hecho, por absolver de la indemnización de perjuicios probados en documento auténtico.

Cuarto. Al amparo del 1.692, 1.º: violación del 1.106, 1.107 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto, como la Sala sentenciadora afirma, que del hecho de haber seguido la recurrente un procedimiento equivocado al instar el desahucio del ocupante de los inmuebles comprados, no puede derivarse una responsabilidad para la entidad recurrida a efectos de exigir de ésta por vía de indemnización de daños y perjuicios el importe de los gastos y costas originados por aquel procedimiento, también es innegable que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.100 del Cód-

digo civil, desde el momento en que dicha entidad fué requerida para que se aviniese a la entrega de los inmuebles o a la resolución del contrato—es decir, desde el 20 de diciembre de 1940, fecha de la celebración del acto conciliatorio solicitada por la recurrente—incurrió aquélla en mora, surgiendo a su cargo la obligación de prestar la utilidad que a la compradora reportaría el cumplimiento de la obligación de entregar, y colocando a esta última en la situación patrimonial en que la misma se hallaría si hubiese sido atendido el requerimiento; y ello porque, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.106 del citado Código, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia dejada de obtener por el acreedor.

CONSIDERANDO: Que, además, y en lo relativo al reintegro del importe del canon anual de superficie pagado al Ayuntamiento de Cartaya por ocupación del terreno en que se hallan las edificaciones objeto del contrato—partida reclamada también en la demanda—es de tener en cuenta que, contra lo que afirma la sentencia recurrida en el tercero de sus Considerandos, no se limitó tal reclamación a las cantidades correspondientes a los años 1939 a 1940 y 1940 al 1941, sino a todas las que la actora tuviese que pagar por tal concepto hasta el cumplimiento de la sentencia, como claramente aparece de los términos de la súplica de la demanda en relación con el hecho séptimo del mismo escrito, por lo que, formulada en tales términos la petición de reintegro y constituyendo el pago de dicho canon un gravamen a cargo del poseedor del terreno en que se hallan las edificaciones, es visto que al negarse la recurrida a poner las mismas en poder del recurrente rechazando el requerimiento de ésta, incumplió la obligación que le impone el artículo 1.461 del Código civil, causando un daño que debe ser indemnizado, y al no reconocerlo así, incide el fallo de instancia en infracción de los artículos 1.101 y 1.107 del mismo Código.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede la estimación de los cuatro motivos del recurso.

FALLO.—Ha lugar. (En segunda sentencia añade a la indemnización el canon de superficie y—para el caso de resolución—la diferencia de valor.)

SENTENCIA 16 DICIEMBRE 1950

Civil—derechos del coheredero y del comunero.

No es incompatible invocar conjuntamente los derechos resultantes de la cualidad de coheredero y de comunero, ya que no hay diferencia sustancial entre ellos.

Civil—estado de la herencia—situación de comunidad—masa hereditaria.

Sólo por el acto de la partición y adjudicación cesa la situación de comunidad y desaparece la masa hereditaria para convertirse en propiedad exclusiva de cada uno de los herederos.

CONSIDERANDO: Que la acción de retracto que hace valer el actor en el caso de autos es la que el artículo 1.067 del Código civil reconoce a los coherederos, pues lo manifiesta así claramente en el hecho 6.º y en la súplica de la demanda y cita en su apoyo ese artículo en los fundamentos de derecho de la misma, *sin que sea obstáculo para tal ejercicio el que en esa súplica se ostente también su cualidad de comunero, ya que no es incompatible la invocación de ambos derechos por no haber diferencia sustancial entre ellos.*

CONSIDERANDO: Que corresponde tal acción como coheredero al demandante porque las herencias a que pertenecen los bienes objeto de este retracto estaban aún indivisas al tiempo de la venta—3 de julio de 1946—por no haberse hecho aún la partición de los bienes como manifiestan los hechos 3.º y 6.º de la demanda y reconoce el demandado al mostrar su conformidad con ese 3.º y no negar tal extremo del 6.º en los hechos 1.º y 5.º de la contestación, a los que hay que atenerse en este recurso, porque la sentencia recurrida no hace declaración ninguna sobre el estado de esas herencias, ya que sólo por ese acto jurídico de la partición y adjudicación es por el que cesa tal situación de comunidad y desaparece la masa hereditaria para convertirse en propiedad exclusiva de cada uno de los herederos, y nada significa en contra de ésto que haya unas escrituras de inventario otorgadas en 18 de marzo de 1940 y 27 de enero de 1943 para satisfacer a la Hacienda Pública los derechos correspondientes y obtener en los Registros de la Propiedad las inscripciones correspondientes que no podían ser otras que las hereditarias y no de propiedad, porque tales escrituras no contienen partición ni adjudicación de bienes ni tampoco supone nada que la vendedora, en instancia dirigida al Registro de la Propiedad, manifieste que trata de acreditar su participación indivisa en esas fincas y que diga en la escritura de venta de 3 de julio de 1946 que le pertenece ese derecho por ser manifestaciones unilaterales, que no implican una declaración de derecho reconocida por los demás interesados.

CONSIDERANDO: Que siendo la acción de retracto de coherederos la ejercitada válidamente por la venta efectuada en 3 de julio de 1946 inscrita en el Registro de la Propiedad cinco días después, es indiscutible que la consignación del precio hecha el día 27 del propio mes está en el plazo que autoriza el artículo 1.067 del Código civil, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora incurre en la infracción de ese artículo, acusada en el motivo tercero de este recurso.

SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1950

Arrendamientos urbanos: facultades del arrendatario (Derecho derogado).

Arrendamientos urbanos—resolución: por transformación (Derecho derogado).

Al amparo del Decreto de 29-XII-1931, el arrendatario tenía derecho a variar el destino del local arrendado, aun dedicándolo a uso prohibido en el contrato, siempre que no hiciera desmerecer la cosa arrendada.

Irretroactividad—Ley de Arrendamientos Urbanos: interpretación de la Disposición Transitoria 13.^a

A los contratos válidos con arreglo a la legislación anterior no se puede aplicar las causas de resolución nuevas, desde la fecha de la Ley.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Arrendados en 1941 y 1943 unos locales para almacén, con prohibición expresa de convertirlos en tienda, el arrendatario lo hizo. En 1947, el propietario demanda la resolución y el desalojo. El Juez da lugar a la primera petición y la Audiencia a ambas. El demandado recurre en injusticia notoria, al amparo del 173 LAU, por aplicación indebida del 149, 4.^a, con inaplicación de la Disposición Transitoria 13.^a LAU, e infracción del D. 2-VI-1933 en relación con el artículo 5.º del D. 29-XII-1931. El recurrido, al oponerse, afirma que la sentencia no viola la Disposición transitoria citada, porque consideraba incluido al arrendatario en la causa 4.^a sólo con posterioridad a la Ley.

CONSIDERANDO: Que en el artículo 1.º de dicho Decreto, interpretando auténticamente el apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su párrafo primero dice que *la causa de excepción a la prórroga forzosa del arrendamiento contenido en ese apartado b) sólo autoriza al dueño para desahuciar al arrendatario cuando éste haya destinado la vivienda o local a usos distintos de los pactados, que hagan desmerecer la causa arrendada, de lo cual se desprende el derecho del arrendatario a variar el destino del local arrendado, aun dedicándolo a uso prohibido en el contrato, si no desmerece el local arrendado, ya que según el artículo 13 del Decreto de 1931, no producirán efectos los pactos en oposición a las disposiciones del mismo.*

CONSIDERANDO: Que nacido, pues, tal derecho y ejercido por el arrendatario antes de la vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, dedicando, pese a la prohibición contractual, a comercio abierto al público los locales arrendados para almacén no puede desconocerse después, estimando la transformación indicada como causa de resolución del arrendamiento, cuarta del artículo 149 de la nueva Ley citada, que por disposición de la transitoria 13 de la misma Ley carece de efecto retroactivo, y al concedérsele la sentencia recurrida infringió, por no aplicarla al caso de autos dicha Disposición transitoria; por el mismo concepto el artículo 1.º del Decreto de 2 de junio de 1933 y por aplicación indebida el 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, infracciones acusadas como causa del recurso que, en consecuencia, debe estimarse.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1950

Civil—retracto de comuneros—ejercicio de la acción—cualidad de “extraño”.

El derecho para el ejercicio de la acción de retracto de comuneros es personalísimo, atribuido a todos y cada uno de los copropietarios de la cosa común, mientras lo sean.

La cualidad de "extraño" a que se refiere el artículo 1.522 del C. c. recae sobre cualquier comprador que no sea participe en la comunidad.

Es "extraño" el marido de la copropietaria y la sociedad conyugal, aun entendida en el más amplio concepto de conjunto de bienes y derechos.

La mujer puede ejercitar el retracto de comuneros aun contra su propio marido.

Civil—mujer casada—representación.

El marido no puede otorgar el contrato de compraventa con efecto enervador de la acción de retracto de comuneros, siendo copropietaria la mujer, sin la intervención y expreso consentimiento de ésta.

Para contratar la mujer, siendo mayor de edad, no tiene defecto alguno de capacidad, basando el requisito formal de autorización marital en debido respeto a la soberanía familiar.

AN. ECEDENTES.—La demandante reclama por acción de retracto los bienes que forma la tercera parte indivisa vendida por su hermano y copropietario al marido de su hermana, también copropietaria en otra tercera parte. El Juzgado concede el retracto, pero la Audiencia lo niega, por considerar que falta en el comprador la cualidad de "extraño" exigida por el art. 1.522 del C. civil.

MOTIVOS.—Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.522, 1.337 y 1.392 del C. civil.

CONSIDERANDO: Que la cuestión que se plantea en el presente recurso es notoriamente concreta, puesto que discutida en los autos origen del mismo la procedencia de la acción del retracto de comuneros ejercitada por la demandante, hoy recurrente, se ha estimado con plena conformidad por ambos juzgadores de instancia sin reclamación de las partes, que habían sido cumplidos los demás requisitos que para la eficacia de dicha acción exige la Ley, apareciendo la discrepancia únicamente en cuanto a la determinación de título suficiente en el comprador de los bienes demandados para enervar la eficiencia de la acción contra él dirigida, título que negado por el Juzgado ha sido reconocido con fuerza suficiente para aquel fin por la sentencia hoy recurrida de la Audiencia, que entendió que la cualidad que ostenta el dicho comprador de ser esposo de mujer también comunera de los dichos bienes comprados, impide se le atribuya la condición de extraño a que se refiere el artículo 1.522 del Código civil que autoriza la mencionada acción de retracto, por lo cual, para resolver el recurso, había que examinar en primer lugar cómo ha de considerarse en un juicio de retracto de comuneros al comprador para que pueda atribuírsele la cualidad de extraño en dicho contrato, con la obligada consecuencia resolutoria que tal declaración produce, y en segundo lugar, si la representación de la mujer, ostentada por el marido de un modo general o singular, puede llegar a tener la virtualidad suficiente a enervar la acción de retracto contra él ejercitada, por trans-

mitirse el derecho privativo que a aquélla asiste, como si fuese la propia mujer por sí misma la que actuase en el contrato controvertido.

CONSIDERANDO: Que, supuesta la facultad reconocida al partícipe de una cosa común poseída pro-indiviso de gozar de los frutos y rentas que la cosa produzca a prorrata de su parte y de poder cederla y enajenarla, con lo que al ejercitar esta facultad se produce el incremento numérico de condueños, el legislador, atento a evitar el aumento de la copropiedad, origen de desaveniencias y muy ocasionado a la mala administración, arbitró en todos los tiempos diversos modos de terminar con la indivisión; uno, el consignado actualmente en el artículo 400 de la Ley sustantiva civil, reflejo de la acción *communī dividundo* de la legislación romana, y otro, el retracto legal de comuneros, impropriamente denominado retracto según la doctrina, como todos los legales, que existente ya en la antigua legislación castellana ha sido establecido en el artículo 1.522 del Código civil, institución mediante la cual se otorga el derecho a uno o varios de los demás condueños, si la parte vendida lo fué a un extraño, de adquirir en iguales condiciones la casa comprada por él, rescindiendo la venta ya realizada, con lo cual, cada vez que se ejercita este derecho, se reduce el número de partícipes, encaminándose así a la buscada unidad del dominio y la consiguiente desaparición de la indivisión, de lo cual se deduce que *el derecho para el ejercicio de esta acción de retracto es personalísimo atribuido privativamente a todos y cada uno de los copropietarios de la cosa común, mientras lo sean, y en su aspecto contrario, la cualidad de extraño a que se refiere la norma citada recae sobre el comprador que no sea partícipe en la comunidad*, criterio que ya tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en la Sentencia de 7 de febrero de 1944, ajustándose en un todo al espíritu que anima el precepto legal citado, porque no se reduciría el número de partícipes si el comprador no condueño viniese, de no existir esta acción de retracto, a sustituir en la copropiedad al vendedor.

CONSIDERANDO: Que en el caso presente no existe duda de que el comprador de las fincas objeto del retracto no era copartícipe en dicha propiedad, por lo que, tanto al adquirirlas en su propio nombre, como resulta de la escritura de compraventa, como si lo fueron para la sociedad conyugal, como afirma en su confesión, *ha de atribuírsele la condición de extraño a que alude el repetido artículo 1.522 del Código civil, en el primer caso porque personalmente no era condueño, y en el segundo porque la sociedad conyugal tampoco podría ostentar esta condición, aun entendida en el más amplio concepto de conjunto de bienes y derechos, tanto comunes del matrimonio como privativos de cada uno de los cónyuges, entre éstos el derecho parafernial de comunera de la mujer, puesto que los bienes que mediante esta compraventa el marido adquirió, habrían, forzosamente, a tenor del número 1 del artículo 1.401 del Código civil, de ser considerados gananciales por ser adquiridos para la comunidad y no existir en nuestro ordenamiento jurídico la opción que autoriza alguna legislación extranjera en favor de la esposa, cuando el marido resultare adquirente de bienes en que su mujer tuviese derecho indiviso, de reclamar los tales bienes como suyos o dejarlos a la comunidad mediante el*

debido reembolso de su importe y, como, por tanto, en ambos casos la sociedad de gananciales habría de resultar la única y verdadera propietaria, sería igualmente extraña a la comunidad como independiente que es, sobre la cual la mujer no puede hacer efectivo derecho alguno en nuestro ordenamiento jurídico matrimonial hasta su disolución.

CONSIDERANDO: Que, por lo que se refiere a otro aspecto de la cuestión que también toca la sentencia recurrida, o sea, la representación de la mujer atribuida al marido en nuestro ordenamiento civil, ha de advertirse en primer lugar que no puede entrar en juego en el caso presente por cuanto en la escritura de compraventa objeto de este litigio la intervención del marido comprador se efectuó en su propio nombre, sin alusión ni de pasada a su mujer, la coparticipe en la comunidad a que pertenecen los bienes vendidos, y este hecho cierra por completo el paso a cualquier contraria interpretación, porque si obraba con aquella representación, debió haberlo manifestado así, lo que hubiera colocado el problema en otro plano de discusión con los consiguientes efectos; pero estimando que no es ocioso entrar a examinar este punto de la representación por la circunstancia que se da en el presente caso de ser la esposa del comprador partícipe de modo parafernial con sus hermanos, uno de ellos el vendedor, en la comunidad indivisa de los bienes enajenados, con derecho, por tanto, de retracto (que contra lo que afirma la sentencia recurrida, no es absurdo pensar que podía ejercitarlo aún contra su propio marido, comprador extraño, para evitar que lo adquirido por él se integrase en la sociedad de gananciales, desviándolo de su natural destino de facilitar la unidad de dominio de lo indiviso, perjudicando así su acervo parafernial), ha de afirmarse que *el marido no podía, sin intervención y expreso consentimiento de su mujer, otorgar el contrato de compraventa consabido con efecto enervador de la acción de retracto contra él esgrimida, porque, si bien es cierto que en virtud de lo previsto en el artículo 60 del Código civil, el marido es por modo general el representante de la mujer, y en este sentido, según doctrina jurisprudencial, puede comparecer en juicio, sin autorización alguna, en nombre de ella cuando fuere la demandada, también es cierto que en obligado acatamiento a lo dispuesto por el artículo 1.383 del Código civil, al accionar el marido sobre bienes privativos de la mujer, necesita su autorización expresa, porque sin ella, como enseña la sentencia de 15 de marzo de 1934, si bien no puede acusársele de falta de personalidad, se halla incurso en la excepción perentoria de falta de acción, toda vez que para contratar la mujer, siendo mayor de edad, no tiene defecto alguno de capacidad, según la sentencia de 12 de marzo de 1949, bastando el requisito formal de autorización marital previsto en el artículo 61 del Código en debido respeto a la soberanía familiar, pero sin que al realizarse un contrato de esta clase por la mujer, con la dicha autorización marital, se fundan ambas personalidades.*

CONSIDERANDO: Que en méritos de la doctrina que queda expuesta en los Considerandos precedentes, es indudable reconocer que la Sala de Instancia ha incurrido en su resolución en las infracciones que denuncia el único motivo del recurso, que por esta razón ha de ser estimado, pues.

to que ha aplicado indistintamente, con errónea interpretación, los artículos 1.522, 1.337 y 1.396 del Código civil y doctrina jurisprudencial que se cita en aquel, procediendo, por tanto, la casación de la sentencia recurrida.

FALLO.—Ha lugar. Se revoca la sentencia de apelación y se confirma la de primera instancia.

SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1950

Interpretación de las leyes—disposiciones aclaratorias.

Un Decreto-Ley aclaratorio o auténticamente interpretativo tiene aplicación retroactiva.

Prescripción extintiva—diferencia con la caducidad—diferencia entre suspensión e interrupción del plazo.

En la prescripción extintiva, a diferencia de la que ocurre en la caducidad, el plazo señalado por la ley para la extinción de la relación jurídica puede ser detenido en su marcha si median determinados actos obstructivos a la prescripción.

La "suspensión" detiene el curso del plazo, sin anular el tiempo pasado anterior a la causa que la produce, el cual será computado junto con el que transcurra después de cesar ésta; la "interrupción" invalida el tiempo transcurrido anterior a ella, empezando a computarse el plazo "ab initio" al cesar el acto obstructivo. La distinción entre suspensión y interrupción ha de basarse, más que en la terminología legal, en los efectos suspensivos o interruptivos que el legislador quiso dar al acto obstructivo.

Prescripción extintiva: transporte mercantil—acción sobre faltas en la entrega de mercancías: reclamación ante la Junta de Detasas: suspensión del plazo de prescripción.

La recta interpretación de los artículos 4.º de la Ley de 24 de junio de 1938 y 60 de su Reglamento de 28 de diciembre del propio año, auténticamente interpretados por el artículo 2.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1947, supone que la reclamación ante la Junta de Detasas no determina sino la suspensión (en sentido técnico) del plazo prescriptivo de un año que establece el artículo 952 del Código de Comercio para las acciones derivadas de faltas en la entrega de mercancías.

ANTECEDENTES.—Véanse los considerandos.

CONSIDERANDO: Que en la prescripción extintiva, a diferencia de lo que ocurre en la caducidad de derechos, acciones o exigencias, el factor tiempo señalado por la Ley puede ser detenido en su marcha, tendente a la extinción de relaciones jurídicas, si median determinados actos obstructivos al de-

signio prescriptivo, que no siempre producen los mismos efectos, pues unas veces suspenden el curso del plazo liberatorio—*praescriptio dormit*—sin anular el transcurrido anteriormente, el cual será unido, en el cómputo del plazo prescriptivo, al que transcurra después de cesar la causa de la suspensión, y otras veces no sólo paralizan el curso del plazo mientras dicha causa actúa, sino que interrumpen en sentido jurídico o invalidan el tiempo pasado anterior, comenzando a correr de nuevo la prescripción al cesar el acto obstativo, como si hasta este momento no hubiera existido la inactividad, si encio o no ejercicio del derecho que, por razones de interés social, no avenido con una prolongada incertidumbre jurídica, constituye el fundamento de la prescripción.

CONSIDERANDO: Que en el examen del primer motivo del recurso conviene no perder de vista la apuntada distinción conceptual de las instituciones *suspensión* e *interrupción*, valorando a tal fin, no tanto la terminología legal como los efectos suspensivos o interruptivos que el legislador quiso dar al acto obstativo, porque ejercitada en estos autos una acción derivada del contrato de transporte terrestre, encaminada a obtener el valor de la parte de mercancía que se dice no entregada al consignatario, y alegada por el demandado-porteador la excepción de prescripción de la acción entablada, que ha sido acogida en la instancia, todo el problema a dilucidar en el recurso se reduce a precisar si la reclamación ante la Junta de Detasas—requisito previo a la demanda ante la autoridad judicial—implica *mera suspensión* en el curso del plazo prescriptivo y, en consecuencia, para el cómputo total del mismo se habrá de sumar el tiempo transcurrido entre la entrega de la mercancía y la reclamación ante la Junta con el transcurrido desde que fué notificada la actuación final de la Junta hasta el momento en que haya sido formulada la demanda judicial—*tesis* de la sentencia recurrida—o si, por el contrario, se está en presencia de *interrupción propiamente dicha*, que torna inútil, a efectos de prescripción, el tiempo anterior a la actuación de la Junta para computar solamente el tiempo posterior—*tesis* del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 952 del Código de Comercio, prescriben al año las acciones sobre faltas en la entrega de mercancías objeto del contrato de transporte, contado el plazo de prescripción desde el día de la entrega o desde el día en que debía verificarse, plazo que se interrumpirá por cualquiera de los medios señalados en el artículo 944 para empezar a contarse nuevamente el término de la prescripción, en los supuestos que el precepto establece, a partir de la realización del acto interruptivo, pero esta última disposición legal ha sido modificada en aras de equidad y rapidez, por el artículo 4.º de la Ley de 24 de junio de 1938, y más especialmente por el 60 de su Reglamento de 28 de diciembre del mismo año, en el sentido de que la comparecencia ante la Junta de Detasas *interrumpe* la prescripción, y el curso de ésta se *reanuda* desde que al interesado se le notifique la actuación que ponga término al asunto sometido a examen de la Junta.

CONSIDERANDO: Que no obstante la denominación legal del acto de comparecer ante la Junta de Detasas como interruptivo de la prescripción, resulta clarísimo que el legislador quiso atribuirle el concepto y efectos de

mera suspensión del plazo, porque la significación jurídica que deriva de la acepción vulgar y etimológica del verbo *reanudar*, acorde con el espíritu que vivifica la ley y tiende a abreviar el plazo, conduce sin duda alguna, no a la anulación de lo pasado, sino a su unión con lo porvenir, esto es, al enlace del tiempo transcurrido entre la entrega de la mercancía y la comparecencia ante la Junta con el que haya mediado desde que fué notificada su actuación final hasta que la demanda fué presentada en el Juzgado de Primera instancia, a efectos del cómputo total del plazo de un año, por lo que procede concluir que ha sido correcta la interpretación y aplicación que la Sala sentenciadora dió a los citados preceptos legales para acoger la prescripción extintiva de la acción ejercitada, ya que es hecho probado, según la sentencia recurrida, sin impugnación en este recurso, que enlazado el tiempo transcurrido antes y después de la actuación de la Junta el plazo de inercia, no ejercicio o silencio, excedió de un año y, en su virtud, no es viable el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que toda posible duda se disiparía a la vista de la Orden de 10 de abril de 1943, y, más en especial del artículo 2.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1947, que por ser aclaratorio o auténticamente interpretativo del artículo 4.º de la Ley de 24 de junio de 1938, es aplicable, por retroacción, a los hechos procesales, ocurridos en 1942, pues dispone dicho Decreto-Ley que el plazo prescriptivo *se interrumpirá y quedará en suspenso*, entre otros supuestos, por la reclamación ante la Junta de Detasas, y *se continuará contando, en cuanto al resto del plazo*, desde que se notifique la actuación que ponga término al procedimiento ante la Junta.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 DICIEMBRE 1950

Civil—retracto de colindantes—razón de su establecimiento—criterio de interpretación—sentido de la palabra “tierras” en el artículo 1.523 del Código civil—preferencia de retrayentes.

Las disposiciones sustantivas que regulan el retracto de colindantes han de ser entendidas de manera ajustada a la finalidad de evitar el minifundio, pero al mismo tiempo hay que tener en cuenta la tendencia a evitar que prevalezcan las grandes extensiones de terreno sobre las pequeñas; fin que persigue el señalar a las fincas retraíbles la cabida máxima de una hectárea.

La palabra “tierras”, aunque se emplea a veces como equivalente a fincas, fundos o heredades rústicas, no cabe por ello que así sea usado en el párrafo primero del art. 1.523 del C. civil.

No cabe estimar la preferencia del retrayente que posee extensas tierras constituidas por varias fincas rústicas colindantes entre sí y con la que se intenta retraer, en consideración sólo a una de ellas, aunque haya sido comprada como finca con unidad propia, se haya arrendado

independientemente de las demás y se haya inscrito en el Registro, y sea de cabida inferior a la de otro colindante que también reclama su derecho, porque esta inteligencia sería contraria a la finalidad del retracto de colindantes.

ANTECEDENTES.—El demandante reclama el retracto de una finca rústica retraída por un colindante, alegando que él lo es con otra finca de menor cabida. El demandado se opone alegando que el demandante posee otras tierras de su propiedad de cuyo conjunto resulta una cabida superior a la de su predio. El Juzgado y la Audiencia admiten la demanda.

MOTIVO.—Unico. Interpretación errónea del artículo 1.523 del C. civil.

CONSIDERANDO: *Que las disposiciones sustantivas que regulan el retracto legal de colindantes, limitativo en cierto modo de la libre disposición de la propiedad rústica en aras del interés social y económico, al que perjudica la excesiva división de aquélla, han de ser entendidas para su aplicación de manera ajustada a esta finalidad, que es a la vez razón a la que obedece su establecimiento en el actual derecho.*

CONSIDERANDO: *Que atento el Código civil al expresado interés contrario al "minifundio", y con tendencia también a evitar que en perjuicio del medio que para impedir aquél dispone, en lo que al retracto afecta, prevalezcan las grandes extensiones de terreno sobre las pequeñas, señala en su art. 1.523 a las fincas retraibles la cabida máxima de una hectárea, y si bien no fija límite alguno a la que da el derecho a retraer, en el caso de que sea uno sólo el que lo ejercite, ordena, para cuando sean dos o más, la preferencia del dueño de la tierra de menor extensión, término éste, que si, no obstante la mayor amplitud del concepto que implica, se emplea a veces como equivalente a los de finca, fundo o heredad rústica, no por ello cabe entender que así sea usado en el citado artículo, ni menos aun que al hacerlo deje autorizada la determinación de la preferencia del retrayente que poseyendo extensas tierras constituidas por varias fincas rústicas, colindantes entre sí y con la que se intente retraer, en consideración sólo a una de ellas, de cabida inferior a la de otro colindante que también reclama su derecho, porque esta inteligencia sería contraria a la finalidad para la que el retracto se halla establecido.*

CONSIDERANDO: *Que por esta razón, no tenida en cuenta por la Sala de instancia al fundamentar su fallo declarativo del preferente derecho de la herencia indivisa del demandante, propietario no sólo del denominado "Prado de la Milleira", de 14 áreas de extensión, y base de la acción de retracto en su nombre ejercitada, sino también de otras fincas colindantes con ella y entre sí, hasta el punto de quedar comprendida sin solución de continuidad en un solo perímetro, con la extensión de dos hectáreas, treinta áreas y quince centiáreas, colindante también en su totalidad con la que es objeto del retracto, sobre el del también retrayente y demandado, dueño de la finca de cuarenta y siete áreas, treinta y cinco centiáreas de cabida, ha incidido la sentencia recurrida en la infracción del art. 1.523 del C. c., acusada en el único motivo del recurso. sin que así se estime puedan obstar la apreciación de la Sala sentenciadora*

de que "ningún precepto del Código ni jurisprudencia impide que el propietario de fincas contiguas ejercite la acción retractual fundando su derecho de naturaleza real en el predio de menor cabida", puesto que conforme queda expresado, esto contradice el objeto y el fin a que el retracto de colindantes obedece, ni la de que el "Prado de la Milleira" es independiente de las otras pertenecientes al actor, que es supuesto contrario a la realidad, porque *el haber sido comprada como finca con unidad propia para considerarla como integrante en unión de otras del caserío llamado de Santa María, siguiéndose considerándola como independiente al arrendarla y al inscribirla en el Registro, son circunstancias que no excluyen la de la colindancia entre sí de las fincas de la parte recurrida dentro de un solo perímetro, y con la que es objeto del retracto, ni consiguientemente la continuada extensión antes tenida en cuenta para resolver el problema litigioso que el recurso propone.*

FALLO.—Ha lugar. Se absuelve al demandado del retracto.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1950

Congruencia—cuándo existe.

La consecuencia lógica e ineludible de un acuerdo judicial no produce incongruencia, aunque no hubiere sido objeto de petición previa (1).

Juicio de abintestato—parte legítima: acreedor que obtiene un embargo para garantizar su crédito—costas procesales causadas por quien dejó de ser parte legítima.

El acreedor que al amparo del número 3.º del artículo 973 de la L.E.C. promueve juicio de abintestato sobre los bienes de su deudor, deja de ser parte legítima en dicho juicio desde que por vía de embargo se le otorga sobre alguno de los bienes de la herencia yacente la necesaria garantía de su derecho.

Los gastos procesales que ocasione la prolongación injustificada de su actuación en el juicio de abintestato no pueden en modo alguno pesar sobre el caudal hereditario.

CONSIDERANDO: Que la prescripción del número 3.º del artículo 973 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que estima parte legítima para promover el juicio de abintestato a los acreedores del finado que presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito, pero que excluye de esta

(1) En uno de los motivos, el recurrente impugnaba la tasación de costas verificada por el Secretario, por no haber sido incluidos en ella los honorarios del Procurador, posteriores a la fecha en que dicho recurrente dejó de ser parte legítima en el juicio, según acuerdo judicial. Como la exclusión de la mencionada partida de honorarios no fué solicitada por ninguna de las restantes partes, el recurrente quería ver en ella una violación del principio de congruencia.

relevante cualidad de parte legítima a los dichos acreedores que tengan asegurado su crédito con hipoteca u otra garantía, obedece, en lo que a tal exclusión se refiere, a la prudente cautela del legislador de evitar que éstos, que ya tienen trabados a su favor unos bienes determinados, que por esta traba han de quedar eliminados del restante acervo hereditario, o, por lo menos, reducidos en su valor en relación con la cuantía del gravamen, puedan intervenir en la clasificación y distribución de los demás bienes que constituyen dicha masa, causando incomodidad, perturbación y trastorno entre las personas parientes del causante o entidades a las que por disposición de la Ley haya de atribuirse la parte libre de la herencia conforme a los preceptos legales que regulan en nuestro ordenamiento jurídico la institución del abintestato, y es una lógica consecuencia de tal cautela, porque se apoya en la misma razón, que si un acreedor con título escrito justificativo de su crédito, pero sin que todavía esté protegido por una garantía que asegura la satisfacción de la deuda, ejercita el derecho que el número 3.º del artículo 973 citado le otorga y promueve el juicio de abintestato sobre los bienes de su deudor, puede actuar legítimamente en este juicio, pero si en otro procedimiento, precisamente promovido para obtener la efectividad del crédito que ostenta, se le otorga la garantía necesaria sobre alguno de los bienes de la herencia yacente, asegurando así su referido crédito, desde aquel momento queda desposeído de la cualidad de parte legítima que, al hallarse en aquellas condiciones, el citado precepto legal le otorgaba, y, por lo tanto, al perder la legitimidad de su acción se sitúa fuera del juicio iniciado con la ineludible consecuencia de que la actuación procesal que en la tramitación de dicho abintestato realizase después de su nueva posición litigiosa dejaría de tener eficacia con respecto a él por hallarse en tal sazón desprovisto de interés en sus resultados, con lo que los gastos procesales que se ocasionasen a causa de aquella inmotivada actuación, no podrían en modo alguno pesar sobre el caudal hereditario, porque este hecho redundaría en perjuicio de los en aquel momento únicos interesados en el juicio universal que se ventilaba.

CONSIDERANDO: Que en méritos de lo expuesto hay que reconocer que la Sala de instancia, al declarar que las costas causadas por el recurrente en el juicio de abintestato de su deudor, don R. de D., que aquel promovió entonces legítimamente cuando el pago de su deuda no estaba garantizado, no eran debidas al actor, a partir del 11 de octubre de 1943, en que la Magistratura de Trabajo número 3 de Madrid decretó el embargo del solar de la calle de San Enrique para responder del crédito alegado que a favor del recurrente y en contra del causante o sus herederos había sido reconocido en procedimiento laboral seguido ante aquel organismo, interpretó y aplicó correctamente el artículo 973 de la Ley procesal civil, y, por lo tanto, procede desestimar el primer motivo del recurso que denuncia la infracción de dicho precepto por su indebida aplicación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 ENERO 1951

Civil—resolución de contratos.

La facultad de resolver los contratos conforme al artículo 1.124 del Código civil exige ante todo la realidad probada de la obligación que se alegue como incumplida por el otro contratante.

La resolución se da cuando se demuestra de modo indubitado una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho que en absoluto lo impida.

Civil—presunción de obligaciones.

Las obligaciones no pactadas expresamente sólo pueden estimarse como implícitas cuando se deriven de otras que necesariamente las hayan de llevar consigo o de hechos de los que también de modo necesario se hayan de deducir por un proceso de lógica que no deja lugar a deducciones diversas.

El claro sentido de las palabras de un documento no autoriza a extender su natural significado a una obligación que en ellas no aparece pactada y que no responde con certeza a la intención de los contratantes.

ANTECEDENTES.—El demandante, miembro de una Congregación religiosa, vendió un solar de ésta al matrimonio demandado, recibiendo en el acto, a cuenta del precio, 3.000 pesetas, de las que extendió un recibo firmado por el vendedor, en cuyo dorso se decía que "el terreno a que se refiere el presente recibo... fué vendido a razón de cien pesetas metro cuadrado, una vez rectificada la línea por el Ayuntamiento". En el pleito solicita la resolución del contrato por no haber hecho efectivo el precio y no haber instado el comprador la rectificación de la Corporación municipal. Los demandados se oponen afirmando el pago de parte del precio, negando su obligación de instar la rectificación del Ayuntamiento e interponiendo reconvencción en la que solicitan se condene al demandado a elevar a escritura pública la venta. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda. Los demandados interponen recurso de casación.

MOTIVOS.—Los que interesan a la resolución son, fundamentalmente dos:

Primero. Violación de los artículos 1.281 y 1.283 del C. c.

Segundo. Aplicación indebida del artículo 1.124 del C. c.

CONSIDERANDO: Que sobre la certeza que la conformidad de los litigantes presta al hecho de la venta en el mes de febrero de 1938 por el demandante a los cónyuges demandados del solar que en la demanda se describe, propiedad de la Congregación religiosa de la que el demandante es miembro, por el precio de cien pesetas metro cuadrado, a liquidar cuando fuese rectificada la línea por el Ayuntamiento, y a cuenta del cual entregaron los compradores en dos ocasiones hasta la cantidad de 25.000 pesetas, única que les fué pedida, la ausencia en el pleito de prueba escrita del contenido contractual distinta del documento privado de fecha 14 del mencionado mes, suscrito sólo por el demandante y al que no es atribuible en derecho la calidad de contrato, sino la de re-

cibo de parte de un precio convenido en aquél y, consiguientemente, acreditativo de la precedencia al mismo del contrato a que se refiere y de haberse comprendido en él las estipulaciones que relaciona, llevó al juzgador de instancia a tomar, como base necesaria para formar un juicio decisivo de la principal de las cuestiones discutidas, el expresado documento, acogiéndose a los términos en que aparecía redactado, con lo que el fallo hoy recurrido no es sino consecuente exposición del criterio interpretativo que la parte recurrente impugna

CONSIDERANDO: Que la facultad de resolver los contratos por cuyo ejercicio puede optar, conforme al artículo 1.124 del Código civil, el contratante que haya cumplido sus obligaciones exige, ante todo, la realidad probada de la obligación que se alegue como incumplida por el otro contratante, ya que es de bueno y elemental sentido que sólo de su existencia se puede derivar el incumplimiento de la prestación en que consistía; y si bien en la sentencia recurrida se estima que el comprador era el obligado a gestionar y obtener la alineación por el Ayuntamiento, hasta la práctica de la cual se había convenido el aplazamiento del pago del precio del solar vendido, y que al no haberlo hecho incumplió lo pactado dejando con ello facultada a la Congregación vendedora para declarar resuelto el contrato, aquella afirmación y este criterio no se apoyan en pacto alguno que sin dejar lugar a dudas impusiera a los compradores la obligación afirmada, ni aun en elemento de prueba que acrediten la realidad de haberse contraído, sino en razones y supuestos no derivados de hechos, que autoricen la interpretación extensiva del natural sentido de las estipulaciones que recoge el recibo antes relacionado, como lo hace la Sala de instancia, no sin reconocer que en él no aparece pactada expresamente tal obligación, por lo que la reputa implícita, olvidando, al producirse así, que con arreglo a una reiterada jurisprudencia las obligaciones no pactadas expresamente sólo pueden estimarse como implícitas cuando se deriven de otras que necesariamente las hayan de llevar consigo, o de hechos de los que también de modo necesario se hayan de deducir por un proceso de lógica que no deje lugar a deducciones diversas, doctrina que ha de observarse con máximo rigor en lo relativo a la prueba de una obligación para estimarla incumplida con la finalidad de deshacer un vínculo contractual válidamente contraído y a cuya resolución se opone, según tiene ya declarado esta Sala el principio de equidad que inspira el artículo 1.124 del Código, mientras no se demuestre de modo indubitado una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho que en absoluto lo impida.

CONSIDERANDO: Que no se acomoda la sentencia recurrida a esta doctrina al declarar resuelto el contrato expresado por incumplimiento de una obligación cuya existencia afirma, como implícita en el pacto que literalmente dice, refiriéndose al precio convenido, "a liquidar una vez que sea rectificadada la línea por el Ayuntamiento", acogiéndose al propósito que los demandados tenían de edificar en el solar inmediatamente y de hallarse dispuestos a atender cualquier indicación para el pago, hechos ciertos, pero que no conducen necesariamente a entender que en la intención de aquéllos dejar pactada la obligación discutida, puesto que dada la circunstancia, que conocían y hubieron de tener en cuenta los contra-

tantes, de hallarse proyectada por el Ayuntamiento una alineación de calles que afectaba al solar vendido, bien pudo estar en su propósito remitir la liquidación del precio al momento en que llevado a cabo su proyecto por la Corporación municipal estuviera determinada la superficie—esto es, por un acto no dependiente de la voluntad o gestión de los interesados—, que había de quedar vendida y ser pagada, y menos aún cabe entender que los demandados incurrieron en incumplimiento de su obligación de pagar el precio dilatándola pasivamente, según apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, cuando, además de haberse condicionado la misma del modo que manifiesta el documento privado de 14 de febrero de 1938, admite la propia Sala como hecho cierto el de haber entregado a cuenta, voluntariamente, las cantidades que se les interesaron, a pesar del aplazamiento convenido.

CONSIDERANDO: Que prescindiéndose, por ser innecesario su examen, de cuantas infracciones acusa el recurrente refiriéndolas a puntos de derecho, que, con acierto o sin él, plantea y razona la sentencia recurrida, distintos del relativo a la existencia de la obligación en *el supuesto de cuyo incumplimiento hace radicar la procedencia de su fallo estimatorio de la demanda, como éste se funda en su básica afirmación de aquella deduciendo de una interpretación del recibo de 14 de febrero de 1938, equivocada, puesto que el claro sentido de sus palabras no autoriza a extender su literal significado a una obligación que en ellos no aparece pactada y que no responde con certeza a la intención de los contratantes*, ha de ser estimado el primero de los motivos del recurso, en cuanto amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cita en el concepto de infringidos, según lo han sido conforme a las precedentes doctrina y apreciaciones, los artículos 1.281 y 1.283 del Código civil, al fundarse el fallo recurrente en la existencia de una obligación no comprendida en la brevedad de los términos claros y precisos del documento interpretado por la Sala sentenciadora, ni siquiera en hechos coetáneos o posteriores con virtualidad suficientemente demostrativa de que en la intención de los contratantes estuviera estipular la obligación no pactada en forma expresa.

CONSIDERANDO: Que la falta de realidad demostrada de la obligación que en la sentencia recurrida se entiende incumplida, deja desprovista de su necesaria base, haciéndola, por lo tanto, indebida a la aplicación por la Sala de instancia en el caso cuestionado del artículo 1.124 del Código civil, que como infringido en este concepto se cita en el segundo de los motivos del recurso, por lo que también ha de ser estimado; y habiéndose de seguir de la eficacia de ambos motivos, en lo que con referencia a ellos queda considerado, carece de utilidad hacer examen de las demás infracciones que en los mismos y en el tercer motivo señala la parte recurrente.

FALLO.—Ha lugar. Se desestima la demanda y se estima la reconvencción.

SENTENCIA 4 ENERO 1951

Competencia territorial: proceso de cognición ante la Justicia municipal—compraventa mercantil: fuero competente para reclamar el pago: lugar de cumplimiento—giro de letras: significación.

En virtud de la regla 1.^a del art. 62 de la LEC, aplicable al juicio de cognición de acuerdo con el art. 1.^o, párr. 2.^o, de la Ley de 17 de julio de 1948, en defecto de sumisión es Juez competente, tratándose de acciones personales, el del lugar de cumplimiento de la obligación.

Reiterada jurisprudencia enseña que se presumen entregadas en el establecimiento del vendedor las mercancías enviadas por ferrocarril desde dicho establecimiento al domicilio del comprador.

La letra de cambio es suficiente principio de prueba escrita para descubrir la existencia entre los litigantes de un contrato mercantil de compraventa.

SENTENCIA 4 ENERO 1951

Obligaciones: pago—cláusula oro o plata: validez—opción de compra.

La sentencia que, al perfeccionarse la compraventa, impone el pago del precio en billetes del Banco de España, no infringe la Ley de 9 de noviembre de 1939, aunque la cuantía de dicho precio se determine con relación al valor del oro o la plata en el momento de celebrarse el contrato de opción.

No exigiéndose operación alguna en moneda de plata, no se infringe la Ley de 20 de enero de 1939.

El art. 1.170 del C. c. solamente se refiere al supuesto de deudas de moneda específica.

ANTECEDENTES.—En el contrato de arrendamiento de un inmueble, pactado por una duración de diez años, se estipuló que el arrendatario tendría durante dicho plazo una opción de compra del inmueble arrendado y del a él contiguo. Como precio para la futura compraventa se fijó el de 150.000 pesetas, estableciéndose (cláusula 9.^a del contrato) que “el pago de la compra de los inmuebles expresados debe verificarse en oro o plata con exclusión de billetes”.

El contrato de arrendamiento se celebró en 1935. Próximo a expirar el plazo pactado de diez años, el arrendatario, pretendiendo beneficiarse de la desvalorización monetaria que había tenido lugar en el transcurso de dicho período, requirió a la propietaria de los inmuebles para que otorgase el contrato de compraventa de los mismos por el referido precio de 150.000 pesetas. La propietaria no se opuso a la venta, pero exigió que el precio se determinase con relación al valor de la plata o del oro. El arrendatario la demandó, y, acogiendo la petición de éste, el Juzgado de Primera Instancia la condenó al otorgamiento de la escritura de compraventa por el precio de 150.000 pesetas y a aceptar el pago de éstas en billetes del Banco de España, con pleno poder liberatorio. Apelada la sentencia,

la Audiencia revocó el fallo del juez y estableció que el pago de las 150.000 pesetas había de verificarse "en oro o plata o su equivalente en billetes del Banco de España, de curso legal y forzoso en el día del otorgamiento de dicha escritura, al tipo de cotización en tal fecha". El demandante recurre en casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primer. Violación de los arts. 1.281 y 1.283 del C. c.: lo pactado no fué una deuda de valor, como entiende la Audiencia, sino una deuda de moneda específica.

Segundo. Infracción del art. 1.170 del C. c. y de las Leyes de 20 de enero y de 9 de noviembre de 1939. Existiendo una deuda de moneda específica, y siendo imposible su cumplimiento en la especie pactada, ha de verificarse en la moneda de curso legal, conforme al criterio nominalista que imponen las leyes citadas.

Tercero. Aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las sentencias de 4 julio 1944, 29 abril 1946 y 15 junio 1946, que se refieren tan sólo a supuestos de *cláusula valor* en que se pretendió pagar con *moneda marxista*, condiciones ambas que faltan en este caso.

CONSIDERANDO: Que fundado el primer motivo del recurso suponiendo haberse pactado en la cláusula novena del contrato "una deuda de moneda específica de oro o plata", cuando lo cierto es que dicha cláusula no se refiere a moneda ninguna, ni siquiera se emplea en ella la palabra moneda ni sinónima de la misma, es evidente que la sentencia recurrida, al declarar la obligación del comprador, caso de ejercitar la opción, de pagar el precio "en oro o plata o su equivalente en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso en el día del otorgamiento" del contrato de compraventa, no ha infringido, en el concepto alegado, el artículo 1.281 ni el 1.283 del Código civil, y, en consecuencia, se impone la desestimación del recurso por su primer motivo.

CONSIDERANDO: Que por la misma razón ha de rechazarse la infracción del artículo 1.170 del Código civil, acusada en el segundo motivo, porque el supuesto al que da solución legal el artículo citado es el de deudas para cuyo pago se hubiera pactado determinada especie de moneda, y, como ya se ha dicho, en el caso de autos no se pactó ninguna metálica para el pago de la compraventa de inmuebles a la cual se concedió opción, si no es, implícitamente, por ser de compraventa el contrato prometido, la de curso legal, fijada su cantidad en relación al precio del oro o de la plata, sin intervención de ninguna moneda de dichos metales, ni siquiera para la comparación, ya que ésta se ha de hacer entre las de curso legal y el oro o la plata al tiempo de la celebración del contrato de opción y al de la perfección del de compraventa.

CONSIDERANDO: Que ni la perfección ni la consumación de dicho contrato de compraventa, conforme a los pronunciamientos de la sentencia recurrida, exigen operación alguna con moneda de plata, privada de curso legal por la Ley de 20 de enero de 1939, por lo que ninguna infracción de esta ley puede apreciarse en aquella sentencia, que por declarar aceptable el pago del precio de que se trata "en billetes del Banco de España de curso legal y forzoso", con equivalencia al oro o plata en la relación indicada, tampoco infringe en ningún concepto la Ley de 9 de noviem-

bre de 1939, y, por el contrario, acomoda el cumplimiento de lo convenido a los preceptos de dichas leyes.

CONSIDERANDO: Que la tesis sostenida en la sentencia ni declara la depreciación de los billetes del Banco de España, ya que también es válida para el caso de que el precio del oro o de la plata fuere al hacer el pago inferior con relación a dichos billetes al que tenían a la celebración del contrato, con relación a las pesetas, caso en el cual el número de pesetas sería inferior al de 150.000; ni la afirmación de la depreciación puede producir las "incalculables consecuencias" temidas por el recurrente, pues la depreciación de la moneda, aun de la de oro y plata, es un fenómeno general y constante de todos conocido, estudiado de antiguo por los economistas y hasta considerado por algunos de ellos, de gran autoridad en la materia, como beneficioso y síntoma de buena salud económica; por lo que resulta improcedente el recurso por su segundo motivo.

CONSIDERANDO: Que también lo es por el tercero, porque, si bien es verdad que en la sentencia recurrida se citan tres de este Tribunal que resuelven casos no idénticos al sometido a enjuiciamiento en el pleito origen de este recurso, ni tales citas se hacen en el párrafo de los prevenidos en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento civil para formular las sentencias definitivas, en cuanto a la cita de las leyes o doctrinas que se consideran aplicables al caso; ni en las sentencias citadas se dice nada contra la validez y eficacia de cláusulas análogas a la novena del contrato de 25 de marzo de 1935, sino que, por el contrario, en la de 4 de julio de 1944 se las estima como previsión para "garantizar el justo interés contractual", y en la de 29 de abril de 1946 se dice que arparan "la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos"; ni prescindiendo de dichas sentencias pierden fuerza alguna las razones o fundamentos legales que abonan el fallo pronunciado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 ENERO 1951

Competencia: compraventa: falta de sumisión expresa.

CONSIDERANDO: Que frente a las alegaciones del demandado que niega rotundamente la existencia del contrato, figuran en los autos de Andújar dos documentos aportados por la parte actora, que son: una copia de factura y testimonio de una carta de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, documentos ambos que pueden ser considerados útiles como principios de prueba escrita a los solos efectos de dirimir la cuestión de competencia suscitada, y de ellos puede colegirse también a los dichos efectos la existencia de una relación mercantil entre ambos litigantes, mediante la cual el causante de la parte actora envió por ferrocarril, a porte debido, al demandado la cantidad de aceite de oliva, cuyo importe reclama, y con estos solos datos, a falta de otros, habría

de presumirse, según jurisprudencia, que el lugar en que se entregaron las mercancías y, por tanto, del cumplimiento de la obligación, sería el establecimiento del vendedor, y, en consecuencia, referir a éste la competencia; mas en el caso presente esta presunción no puede tener eficacia porque el domicilio del vendedor y donde él tiene su establecimiento mercantil es Andújar; pero allí no se entregó la mercancía, sino que lo fué realmente en Villacarrillo al ser depositada en el ferrocarril, estación empalme de Baeza con destino a Rúa Petia, como lo demuestra el documento aludido de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, y como Villacarrillo no es parte en la competencia, hay forzosamente que concluir de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y el artículo 62, regla primera de la Ley de Enjuiciamiento civil, que ejercitándose una acción personal no existiendo sumisión ni expresa ni tácita y no interviniendo el lugar de cumplimiento de la obligación, debe atribuirse la competencia al lugar del domicilio del demandado que corresponde al juzgado de Primera Instancia de Barco de Valdeorras.

AUTO 9 ENERO 1951

Procesal: recurso de casación: resoluciones contra las que procede.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1.729, número 3.º y 1.725 número 1.º, no cabe el recurso de casación contra aquellas resoluciones que no sean definitivas y no pongan término al pleito.

SENTENCIA 9 ENERO 1951

Mercantil—actos de comercio.

Se tendrán por actos mercantiles los que se realizan en una industria de transformación y venta de productos agrícolas realizada con primas materias ajenas a los predios de su propietario y con ánimo de lucro.

Mercantil—existencia de mandato—mandato tácito.

Sería opuesto a la buena fe propia de la contratación mercantil la excusa del comerciante alegando una falta o insuficiencia de poderes en las personas que él colocó en su establecimiento para tratar con el público.

No constando que el propietario de la industria haya tachado de ineficaces los pagos de cantidades realizadas por sus clientes al encargado de la fábrica, no puede rechazar las obligaciones contraídas por éste en el desempeño de la gestión que le había encomendado.

Civil—obligación genérica.

No individualizado el aceite objeto del depósito, no puede el deudor del mismo alegar la imposibilidad de cumplimiento de la prestación invocando la existencia de fuerza mayor.

Procesal—legitimación activa.

La impugnación por falta de acción hecha en el escrito de conclusiones no puede tomarse en cuenta por no aducirse en el momento procesal oportuno.

ANTECEDENTES.—La parte demandante entregó en la campaña olivera 1935-36 aceituna en la fábrica demandada, siéndole extendidos unos vales por determinada cantidad de aceite, que quedaba en depósito. Los va'es los firmaba, por poder del hijo de la demandada, un encargado de la misma fábrica. Al iniciarse el Alzamiento, la fábrica fué incautada, y al finalizar la guerra quedaban existencias de aceite dejadas en los almacenes de la fábrica por la colectividad marxista. En la demanda se reclama la cantidad de aceite representada por los vales. El Juez desestima la demanda y la Audiencia revoca esta sentencia. El demandado interponiéndose recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Aplicación indebida de los artículos 244 al 293 y 326 del Código de Comercio y falta de aplicación de los 1.709 al 1.731, 1.281 y 1.290 del Código de Comercio.

Segundo. Al amparo del número 7.º del artículo 1.692.

Tercero. Violación de los artículos 244 al 280 del Código de Comercio, 281 al 293 del mismo cuerpo legal.

Cuarto. Aplicación errónea de la doctrina legal que se cita en el segundo considerando.

Quinto. Aplicación indebida e interpretación errónea del art. 2.º del Código de Comercio.

Sexto. Inaplicación del artículo 1.105 del Código civil e interpretación errónea de los artículos 1.162, 1.184 y 1.258 del mismo en relación con los 1.766 y 1.775 del Código ya referido; del 1.452 en relación con el 2.º del Código de Comercio y el 1.777 del Código civil y 933, 306 y 310 del Código de Comercio.

Séptimo. Aplicación indebida de los 1.167 y 1.777 del Código civil en relación con los 1.100, 1.101, 1.107 y 1.127 del mismo Código.

Octavo. Aplicación indebida de los 1.766 y 1.777 del Código civil en relación con el 1.105 y 1.182 del mismo cuerpo legal e inaplicación del artículo 4.º y del 1.116 del citado Código.

Noveno. Inaplicación del art. 503 en relación con el 542 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la doctrina legal establecida en las Sentencias de 10 de febrero de 1942 y 6 de noviembre de 1941.

CONSIDERANDO: Que para apreciar debidamente la eficacia de los motivos primero y segundo del recurso, que irpugnan la calificación de mercantiles dada en la sentencia a las operaciones realizadas por el encargado de la fábrica de aceite de la demandada, procede tener en cuenta que ésta, en los hechos primeros y segundo del escrito de contestación, reconoció como cierto que la fábrica de referencia no estaba dedicada exclusivamente a molturar la aceituna procedente de sus fincas, sino que admitía también la perteneciente a otros cosecheros, lucrándose con la molturación de la misma, extremos de los que aparece que *la repetida fábrica significaba la existencia de una industria de transformación y venta de productos agrícolas con ánimo de lucro, especulación que se realizaba con elementos ajenos a los predios de la propietaria, siguiéndose de lo expuesto que el carácter mercantil atribuido por la Sala de*

instancia a la industria de la demandada no aparece desvirtuado ni por los razonamientos del motivo primero del recurso ni por los documentos invocados en el motivo segundo, imponiéndose, en consecuencia, la desestimación de los mismos.

CONSIDERANDO: Que frente a las alegaciones de los tercero, cuarto y quinto invocados, en los que se sostiene que el encargado de la fábrica carecía del apoderamiento necesario para obligar a la demandada, es de tener en cuenta que, *en interés de la seguridad del tráfico, el artículo doscientos noventa y cuatro del Código de Comercio deduce la existencia del apoderamiento de la realización de ciertos actos concluyentes, cuales son los de que una persona se manifieste al público como empleada en un establecimiento mercantil, realice las operaciones de tráfico usuales en el mismo y cobre el precio correspondiente a las operaciones realizadas, pues tal apariencia externa demuestra que no se trata de un extraño a la actividad del establecimiento, ya que resultaría opuesta a la buena fe propia de la contratación mercantil la excusa del comerciante alegando una falta o insuficiencia de poderes en las personas que él colocó en tal establecimiento para tratar con el público, siendo de recordar, además, a estos efectos dos extremos de interés, a saber: que con arreglo al artículo 292 del citado Código de Comercio, los comerciantes pueden encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante en su nombre y por su cuenta, de gestiones propias del tráfico a que se dediquen, en virtud no sólo de apoderamiento escrito, sino también de apoderamiento verbal, y que según doctrina establecida por las sentencias de esta Sala de 13 de marzo de 1913, 17 de junio de 1920 y 6 de abril de 1934, existe ratificación tácita cuando el poderdante se aprovecha de los actos celebrados con extralimitación de poder por el apoderado; y, con relación al caso actual, no constando que la propietaria de la industria hubiese tachado de ineficaces los pagos de cantidades realizados por sus clientes al encargado de la fábrica, no puede aquélla rechazar las obligaciones contraídas por éste en el desempeño de la gestión que le había encomendado, deduciéndose de lo expuesto que los motivos tercero, cuarto y quinto no pueden prevalecer.*

CONSIDERANDO: Que, como aparece a contrario sensu del art. 1.182 del Código civil, en las obligaciones genéricas, el acreedor no soporta el percimiento de las cosas u objeto de la obligación; de donde se sigue en lo que afecta a la cuestión debatida en el presente litigio, que *no individualizado el aceite objeto del depósito, no puede el deudor del mismo alegar la imposibilidad de cumplimiento de la prestación invocando la existencia de fuerza mayor, siendo de tener en cuenta, además y bajo otro aspecto, que, dado el texto del artículo 339 del Código de Comercio, al no haberse señalado por las partes la fecha de devolución del aceite entregado por la actora, resulta indudable que con arreglo a los términos de redacción de los tales expedidos por el encargado de la fábrica, podía aquélla reclamar la devolución a su voluntad, en el momento que estimase oportuno; y, por otra parte, no hallándose individualizado el aceite en ningún momento ni, por tanto, en la fecha de la incautación realizada por los elementos marxistas, no cabe influya esa fecha en su valoración a*

efectos de fijar el importe de la cantidad que deba satisfacer el demandado en el caso de no poder entregar in natura el artículo reclamado, debiendo recordarse finalmente que, con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho, sometidas a la apreciación del Tribunal de instancia, por lo cual, al no acusarse en tal apreciación la existencia de error de hecho o de derecho, al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la Ley procesal, se hace preciso atenerse a la fijación de la cantidad importe del aceite a las declaraciones de la sentencia, consideraciones todas que lógicamente conducen a la desestimación de los motivos, sexto, séptimo y octavo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el noveno de los mismos acusa la infracción en el fallo del art. 503 en relación con el 542, ambos de la Ley procesal, sosteniendo que la actora no ha legitimado su acción como heredera; pero frente a la tesis de este motivo, es de advertir que, ajustándose dicha actora a lo dispuesto en el art. 503 de la Ley procesal, presentó con su demanda primera copia de la escritura pública de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia relicta por su causante don A. A., de las cuales aparece que aquella es heredera única de dicho señor, y como las alegaciones formuladas por el demandado de que el crédito cuyo pago se reclama no está incluido en la partición de la herencia y de que la viuda del causante tiene el carácter de heredera significan una impugnación por falta de acción en la demandante—no de falta de personalidad de la misma—y no fueron aducidas en el momento procesal oportuno, sino en el escrito de conclusiones, como hace constar la Sala sentenciadora, se impone la desestimación del indicado motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 ENERO 1951

Recurso de casación—error en la apreciación de la prueba—documento auténtico.

Es preciso para que un documento pueda conceptuarse auténtico para el efecto de la casación, que por sí mismo patentice el error del juzgador de instancia al afirmar o negar un hecho fundamental de su fallo, sin que la necesidad de esta evidencia pueda sustituirse por razonamientos, examen comparativos de documentos diversos y apreciaciones que tienden a que, contra la apreciación del Tribunal prevalezca la del recurrente.

Recurso de apelación—“reformatio in peius”.

Carece de jurisdicción el Tribunal de apelación para modificar la sentencia de primera instancia en beneficio de quien no apeló ni se adhirió a la apelación de la otra parte.

SENTENCIA 12 ENERO 1951

Competencia territorial—sumisión: sujetos que han de intervenir en ella para su validez.

La eficacia de la sumisión requiere que se lleve a cabo por todas las partes del proceso.

Competencia territorial—juicio de quiebra necesario.

Es competente el Juzgado que antes hubiese declarado la quiebra.

CONSIDERANDO: Que la competencia para conocer del juicio de quiebra, en que se ha suscitado esta cuestión de competencia, está claramente determinada por el último apartado del número 9 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a que hay que atenerse, porque no se dan en este caso los supuestos preferentes a que dicho artículo se refiere, pues ni puede estimarse que exista la sumisión, de que se ocupan los artículos 56 a 58 de la citada Ley ritualaria, por el hecho de que el quebrado se haya mostrado en el Juzgado de primera instancia de Monóvar y pedido el levantamiento de su arresto domiciliario, ya que él y el promotor de la declaración de quiebra no son las únicas partes de este juicio, en el que lo son también todos los demás acreedores del quebrado, algunos de ellos ya personados, ni puede aplicarse el párrafo primero de ese número 9 ni la primera norma de su párrafo segundo, porque en ninguno de los Juzgados contendientes se siguen las ejecuciones acreditadas en autos.

CONSIDERANDO: Que esa última norma del número 9 del citado artículo 63 atribuye la competencia para conocer de los procedimientos de esta clase al Juzgado que antes hubiera decretado la quiebra, y en el caso actual sólo consta que lo haya hecho el de Monóvar, en fecha 1.º de julio de 1950.

SENTENCIA 13 ENERO 1951

Proceal—beneficio de pobreza—a quién incumbe la prueba.

Al que pretenda defenderse como pobre incumbe la prueba de que se encuentra en alguno de los casos a que alude el art. 15 de la ley.

SENTENCIA 13 ENERO 1951

Compraventa: precio.

Nada impide que por acuerdo de comprador y vendedor se asigne el concepto de precio a la suma debida por anteriores entregas en numérico o en especie.

Prueba: distribución de su carga.

El actor debe probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y el demandado los hechos impeditivos o extintivos.

Contratos—nulidad: prueba.

Constando la existencia de un contrato, el que le niegue eficacia debe probar los hechos que impiden la creación del vínculo.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—V. Considerandos.

CONSIDERANDO: Que en torno al intrincado problema de distribución de la carga de la prueba entre los litigantes, la legislación positiva, la doctrina científica y la jurisprudencia han ideado múltiples reglas que, sin pretensión de normas absolutas, incompatibles con la facultad que asiste al juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de los contendientes, señalan el criterio a seguir para precisar qué litigante debe pechar con el *onus probandi* y qué consecuencias derivan del incumplimiento de este deber.

CONSIDERANDO: Que, entre tal variedad de normas, adquirió rango predominante, por abolengo y sencillez, el principio "*incumbit probatio qui dicit*", con su secuela "*negativa non sunt probanda*", acogido en sentencias como la de 20 de diciembre de 1902 y 26 de enero de 1922, más si se pretendiera aplicar este principio en términos absolutos, saldrían al paso serias objeciones, contemplando casos en que la ley establece presunciones de hechos positivos—artículos 108 y 1.900, párrafo 2.º del Código civil, entre otros—, que sólo podrán ser enervadas por quien las impugne mediante prueba del hecho negativo contrario, por lo que la jurisprudencia más reciente, en trance de regular la distribución de la prueba, sin abandonar por completo aquella regla tradicional, ha evolucionado estimando criterio más seguro y fecundo para el juzgador y más aceptable en general el que tomando en consideración la posición de las partes en el proceso y el mantenimiento o la negación de situaciones jurídicas existentes, impone al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada, y al demandado, la de los hechos impeditivos o extintivos de la relación jurídica en litigio, lo que, en otro aspecto, significa que quien actúa frente al estado normal de las cosas o situaciones de hecho y de derecho ya producidas, debe probar el hecho impediendo de la constitución válida del derecho que reclama o su extinción, que es en definitiva la regla que proclama el artículo 1.214 del C. c. al imponer la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone, según doctrina de las sentencias de esta Sala del 3 de junio de 1935, 7 de noviembre de 1940, 18 de octubre de 1941 y 30 de enero y 20 de febrero de 1943.

CONSIDERANDO: Que por derivación de esta doctrina y en aplicación más concreta a casos como el controvertido en el presente pleito, las sentencias

de 27 de abril de 1889, 30 de noviembre de 1896, 12 de abril de 1898 y 26 de enero de 1900 han declarado que, *constando la existencia de un contrato, lo normal es que produzca sus naturales efectos, y el que le niegue eficacia alegando que no ha nacido el vínculo contractual por falta o vicio de los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1.261 y concordantes del Código civil, debe probar los hechos que impiden la creación del vínculo.*

CONSIDERANDO: Que ejercitada en este pleito la acción de inexistencia de un contrato de compraventa sobre la base principal de no haber tenido realidad la entrega de suma alguna de dinero al vendedor, causante de los actores, no obstante la manifestación que consta en la escritura pública de venta, en el sentido de que el precio de 9.000 pesetas estipulado lo tenía recibido con anterioridad el vendedor, la Sala de instancia, en apreciación de la prueba testifical, estimó que el actor no había justificado el hecho de que su causante, el vendedor, no hubiera recibido el precio, ni la concurrencia de vicio alguno en los elementos esenciales del contrato; apreciación contra la cual se alega el tercer motivo del recurso, propugnando la tesis de que no es al actor, que en su demanda negó la existencia del precio, a quien incumbe la prueba de su proposición negativa, sino que es el demandado, que afirma la concurrencia del precio, el que debe cargar con la prueba de su aseveración; pero esta tesis del recurso no puede prevalecer, según la doctrina jurisprudencial ya expuesta, a tenor de la cual *si la acción ejercitada por demanda tiende a impugnar una declaración de voluntad hecha por el propio actor o por su causante en la escritura pública de venta, que acredita fehacientemente la certeza de que tal declaración se hizo, a él le incumbe justificar la falta de veracidad intrínseca de lo que solamente ha manifestado, y si no lo justifica, destruyendo la presunción de veracidad de lo que la declaración contiene, queda ésta en pie y, en consecuencia, falta la demostración del hecho que sirvió de base a la acción entablada, lo que conduce a la absolución del demandado.*

CONSIDERANDO: Que los restantes motivos primeros, tercero y cuarto del recurso impugnan, desde distintos puntos de vista, el fallo recurrido en cuanto absuelve de la demanda de inexistencia de compraventa, por no haber acreditado el actor la carencia del requisito de precio cierto, exigido como esencial por el artículo 1.445 del C. c., y, en este respecto, alega el recurrente que hay en autos manifestaciones del demandado en el sentido de que el vendedor no recibió el precio cierto de 9.000 pesetas que se consignó en la escritura de venta, sino que recibió el numerario que para atender a sus necesidades le había facilitado el comprador o que le suministró géneros de su establecimiento mercantil, lo que podría determinar la existencia de un préstamo y no el precio cierto de la compraventa, pero es indudable que esta alegación del recurso no implica cuestión de hecho censurable por la vía del número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es la utilizada en el segundo motivo, ni tampoco revisten autenticidad a efectos de casación las alegaciones de dicho motivo, ni remotamente arguyen la incongruencia que denuncia el motivo primero, ni se advierte, en relación con el motivo cuarto, que no constituya precio cierto la suma de 9.000 pesetas que el vendedor confesó

recibidas, aunque esta suma procediera de entregas parciales en numerario o representase el importe de suministros, que si normalmente determina la existencia de un préstamo, nada impide que por acuerdo de comprador y vendedor, se le asigne el concepto de precio, dando por extinguido, explícita o implícitamente, el originario derecho de crédito por transformación en precio de la compraventa.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 ENERO 1951

Arrendamientos urbanos—derecho transitorio—arrendamiento de local de negocio—libertad de renta.

No cabe aplicar la Ley de 7 de mayo de 1942, cuando el arrendamiento de que se trata se constituyó con antelación a la vigente LAU.

AUTO 17 ENERO 1951

Procesal—recurso de casación—admisión—carácter de las resoluciones recurridas.

El recurso de casación sólo se da contra las resoluciones definitivas y no reúnen este carácter los incidentes que se promueven en los juicios, máxime si se instan en ejecución de sentencia.

CONSIDERANDO: Que es fundamental en orden a la casación, y así se establece en el artículos 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que los recursos de esta clase sólo se dan contra las resoluciones definitivas, carácter que una reiterada jurisprudencia de esta Sala niega a los autos que admiten o rechazan los incidentes que se promueven en los juicios, y con mayor razón si se instan en ejecución de sentencia, proponiendo cuestiones que tienen su adecuado lugar en el juicio ordinario.

CONSIDERANDO: Que en este último supuesto se encuentra comprendido notoriamente el recurso de casación por infracción de Ley que interpone don A. A. P., puesto que en él se combate un auto que deniega la admisión a trámite de una demanda que, diciéndose incidental, fué producida en juicio de desahucio, en el que sin ser parte el recurrente había recaído sentencia, no sólo ejecutoria, sino ya ejecutada, con la finalidad de obtener que se le entregara, con indemnización de daños y perjuicios, el local de negocio que fué objeto de desahucio, planteando cuestiones que, según acertadamente estima el auto recurrido, deben serlo en el juicio ordinario correspondiente, razón ésta que por sí sola priva a aquella resolución del concepto de definitiva y hace inadmisibile el recurso con arreglo al número tercero del artículo 1.729 y al número también tercero del 1.694 de la Ley procesal.

SENTENCIA 18 ENERO 1951

Procesal—demanda—momento de alegar los defectos que la misma contenga.

Consentida y contestada la demanda de retracto, no puede luego el demandado combatirla por defectuosa alegando que no se acompañó a la misma la justificación a que se refiere el número tercero del art. 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Civil—retracto de colindantes—su procedencia.

Procede el retracto cuando la acción fué ejercitada dentro del término legal, se consignó el importe del precio y el actor es propietario de una finca colindante con la que se pretende retraer, cuya cabida no exceda de una hectárea.

SENTENCIA 20 ENERO 1951

Arrendamientos urbanos—causas de resolución: interpretación restrictiva.

La "conveniencia" del arrendador no equivale a la "necesidad".

CONSIDERANDO: ... en la materia de arrendamientos urbanos la prórroga de los contratos obligatoria para los propietarios constituye la regla general, y la no prórroga, la excepción, y por eso las causas de resolución de los contratos, como determinantes de la extinción del vínculo arrendaticio, y opuestas a aquella regla general, deben, como toda excepción, ser interpretadas restrictivamente, si se quiere lograr la finalidad protectora de la situación del arrendatario que la legislación de arrendamientos urbanos persigue; y, como en el caso presente la acción se funda en la necesidad de ocupar el local arrendado para ampliar el actor su propio negocio comercial e industrial, tal necesidad, de conformidad con los principios enunciados, con el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, aplicable al caso, y con la jurisprudencia de este Tribunal, solamente podría ser estimada cuando las circunstancias concurrentes en el hecho discutido fueran determinantes de tal necesidad (!!) interpretada con el criterio que se acaba de exponer, pero el hecho de tener el actor repartidas sus existencias comerciales entre dos establecimientos: uno, la tienda radicante en la misma planta baja del inmueble de su propiedad donde tiene la suya el demandado, y otro, un almacén que lleva en arrendamiento, situado en calle distinta, y por el que paga un alquiler superior al que percibe por la tienda arrendada al demandado, si es suficiente para demostrar la "conveniencia" que para el actor supone el hacer que desaparezca tal situación y, como consecuencia, el poder reunir todas sus existencias en una misma tienda, con mayores facilidades para exhibir los

géneros y atender a su clientela, no es bastante para caracterizar la "necesidad" que la ley exige, tanto menos cuanto no consta en los hechos que la sentencia recurrida declara probados que la tienda ocupada por el demandado sea de mayores dimensiones ni que reúna mejores condiciones para el depósito de los géneros y para evitar su amontonamiento que el almacén que el actor tiene arrendado a tal efecto, y, en cuanto a que los beneficios que el autor reportase con la situación a que intenta llegar habrían de ser mayores que los actuales, no pasa de ser una "conveniencia", insuficiente para justificar la acción, por todas cuyas razones se impone declarar que no existe la "necesidad" invocada en la demanda...

SENTENCIA 20 ENERO 1951

Beneficio de pobreza—género de vida—apreciación de sus requisitos: facultades del juez—cauce de impugnación.

Basándose la Audiencia, para denegar la concesión del beneficio de pobreza, en la clase de vida que el solicitante disfruta y siendo discrecional del juzgador esta apreciación, sólo cabe impugnarla atacando los elementos de hecho que le sirven de base al amparo de la LEC, artículo 1.692, número 7.º

Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba: cause de impugnación; impugnación de la apreciación conjunta—error de Derecho: preceptos alegables como infringidos.

El criterio de apreciación de la prueba del Tribunal de instancia únicamente puede ser impugnado eficazmente demostrando el error de hecho o de Derecho en que haya podido incurrir, en la forma prevenida en el artículo 1.692, número 7.º, y no por la vía del número 1.º de dicho artículo.

El resultado conjunto de la prueba no puede ser impugnado por la consideración aislada de alguno de sus elementos.

No puede invocarse el C. c., artículo 1.248, relativo a la apreciación de la prueba testifical, para acreditar el error de Derecho que se atribuye a la Audiencia, porque tal precepto es más bien admonitivo que preceptivo, y no puede ser materia de casación.

SENTENCIA 22 ENERO 1951

Resolución por incumplimiento de obligaciones recíprocas.

El derecho de resolución que el artículo 1.124 C. c. otorga al contratante perjudicado, tratándose de obligaciones recíprocas, presupone y exige que haya verdadero y propio incumplimiento por uno de los con-

tratantes de las obligaciones que le incumbieren, y que ese incumplimiento resulte de causas imputables al mismo.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Vide Considerando.

CONSIDERANDO: Que el derecho de resolución que el artículo 1.124 del Código civil otorga al contratante perjudicado, tratándose de obligaciones recíprocas, presupone y exige, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, que haya verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de las obligaciones que le incumbieren y que ese incumplimiento resulte de causas imputables al mismo, punto de hecho que la Sala sentenciadora resuelve en el presente caso declarando, por el resultado del conjunto de la prueba, apreciando con su libre facultad, que los demandantes hoy recurrentes dejaron voluntariamente de cumplir las obligaciones contractuales impuestas por el contrato de Sociedad que otorgaron, no aportando la parte proporcional del capital, ni tampoco entregando al señor M, como se había convenido, la patente industrial núm. 151.123 del producto que daba nombre a la Sociedad denominada "P", que resulto no estar inscrita a su nombre, hechos éstos que hacían forzosamente imposible el funcionamiento de dicha Sociedad por faltarle la base económica y el fundamento industrial imprescindibles, afirmando, en cambio, que el demandado hizo cuanto estuvo de su parte para la realización de lo pactado, apreciaciones todas de hecho que han de quedar subsistentes, porque los recurrentes no las impugnan en forma procesal adecuada y por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, y por ello es forzoso desestimar los motivos primero y segundo del recurso, en los que al amparo del número 1.º del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se limitan los recurrentes a consignar hechos y actos del demandado, con los que, a su juicio, fué éste el incumplidor de sus obligaciones, y en este supuesto debió otorgarse la resolución del contrato y condenársele a la indemnización pedida, lo que en síntesis es oponer sin razonamiento alguno el criterio del recurrente, al más autorizado del juzgador, procedimiento no admitido en casación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 ENERO 1951

Arrendamientos urbanos—causas de resolución del contrato—interpretación analógica.

No es preciso que la causa productora de la resolución exista en el instante del ejercicio de la acción, siendo suficiente al éxito de ésta que aquélla se haya producido.

No puede tenerse en cuenta a efectos de interpretación analógica que la acción derivada de la falta de pago puede ser enervada abonando o consignando las rentas, puesto que ésta es una norma de excepción legalmente prevista.

ANTECEDENTES.—La demandante dió en arriendo al demandado los pisos bajo y primero de un inmueble de su propiedad. En el contrato se establecía que el piso bajo se destinaba a ferretería, comprometiéndose el arrendatario, en la cláusula duodécima del mismo, "a no tener en el local materias explosivas, inflamables o que pudieran poner en peligro la seguridad del inmueble". La arrendadora solicita la resolución del contrato y la condena a desalojar los locales arrendados por almacenarse en ellos materias inflamables y otras que causaban daño a la finca. El Juez desestimó la demanda y la Audiencia declaró haber lugar a sus pedidos.

MOTIVOS.—1) Injusticia notoria por inaplicación de las causas 5.^a y 7.^a del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2) Manifiesto error en la apreciación de la prueba documental.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso se funda en la injusticia notoria cometida por la Sala sentenciadora: primero, por no haber reconocido, a pesar de la prueba documental practicada, que desde mayo de 1947 dejó de haber petróleo en el domicilio del demandado, y, consiguientemente, si antes hubo peligro para la integridad del inmueble había ya desaparecido al formularse la demanda; segundo, por haber resuelto el contrato de arrendamiento basándose en su infracción, y no en las causas del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, invocadas en la demanda, y únicas que podrán tener eficacia resolutoria.

CONSIDERANDO: Que basado el fallo impugnado en que el recurrente almacenó petróleo en el local arrendado, para distribuirlo entre los vecinos de B., en cantidad mayor o menor, según la época y existencias disponibles, pero en porción que implicaba peligro notorio para la seguridad del inmueble, no cabe sostener que el Tribunal de instancia haya incidido en el manifiesto error en la apreciación de la prueba que en el primer motivo se denuncia; porque el acta notarial, extendida unos días antes de la presentación de la demanda, lo único que podría acreditar es que en el de su fecha no había existencias de petróleo en el establecimiento litigioso, pero no que antes no se hubieran almacenado, y por que la certificación, expedida por el Secretario de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de B., viene a corroborar la realidad de los hechos básicos del fallo, siquiera atribuya la distribución de petróleo solamente a los afiliados a dicha Hermandad que carecían de fluido eléctrico, porque esto no modifica lo esencial de las aserciones de la Sala, por cuanto, sobre carecer de importancia el elemento cuantitativo, no evidencia que los suministros a los beneficiarios fuera en tan exigua cantidad que descartase, en absoluto, el peligro aludido.

CONSIDERANDO: Que aunque el fallo afirma, porque esa es la realidad, que el recurrente incumplió el contrato, por haberse en él obligado a no tener en el local materias inflamables o explosivas, o que pudieran poner en peligro el inmueble, lo cierto es que no funda su resolución en la contravención de la cláusula duodécima, sino en la causa séptima del artículo 149 de la precitada Ley, según se infiere del considerando primero, en el que claramente se expone que, dado el carácter limitativo de sus preceptos, los hechos constitutivos de la pretensión han de tener el alcance y trascendencia en aquéllos determinada, en este caso la notoria peligro-

sidad, que es el extremo capital a resolver en la litis; y como quiera que de los hechos probados se deduce tal peligrosidad, es obvio que al declarar el Tribunal de instancia extinguida la relación contractual, lejos de incurrir en la infracción, por inaplicación, de la causa séptima del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos, la aplicó con recto sentido jurídico, y procede también desestimar el motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que no obsta a tal desestimación que sea inaplicable, al supuesto controvertido, la causa quinta de la precitada norma, ya que, para resolver el arriendo, basta que se dé la causa séptima, asimismo invocada en la demanda; ni que al formularse ésta no hubiera existencias de petróleo en el inmueble arrendado, por cuanto, a tal fin, *no es preciso que la causa productora de la resolución exista en el instante del ejercicio de la acción, siendo suficiente, al éxito de ésta, que aquélla se haya producido; no sólo porque no es posible admitir plazos limitativos del ejercicio de las acciones no establecidos expresamente por las leyes, sino también porque, de mantenerse tal tesis, fácil sería eludir los efectos de las causas resolutorias del arrendamiento, con cautelosas determinaciones encaminadas a burlar los derechos del arrendador; sin que, por otra parte, pueda tenerse en cuenta, a efectos de interpretación, que la acción derivada de la falta de pago pueda ser enervada abonando o consignando las rentas en el tiempo y forma estatuidos por la Ley, por lo mismo que, como norma de excepción, legalmente prevista, viene a confirmar la regla general aludida.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 ENERO 1951

Culpa extracontractual—indemnización de daños y perjuicios: requisitos—apreciación de la existencia de éstos: facultades del juzgador de instancia.

El que ejercita la acción para reclamar daños y perjuicios por actos u omisiones reveladores de culpa o negligencia debe demostrar inexcusablemente la realidad del daño, el hecho culpable que lo originó y la relación de causalidad entre el daño y la falta.

Esta cuestión es de puro hecho y, por lo tanto, de la exclusiva competencia del Tribunal de instancia, cuya apreciación será solamente impugnabile en casación al amparo del número 7.º de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico.

Para que el error de hecho se declare cometido, es preciso que su existencia aparezca de un documento auténtico que, de modo claro y manifiesto, patentice la equivocación del juzgador.

No tienen el carácter de documento auténtico el testimonio de la causa criminal ni los informes periciales.

SENTENCIA 30 ENERO 1951

Responsabilidad extracontractual—compensación de culpas.

La doctrina alegada en el recurso de que no hace falta que el daño proceda exclusivamente de la falta del demandado, pues hay lugar a indemnizar aunque haya mediado también imprudencia del mismo perjudicado, no es operante en este caso, ya que siempre será indispensable para que la reclamación proceda que exista responsabilidad por parte del demandado.

Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba: acatamiento del criterio del juzgador de instancia no impugnado debidamente: cauce de impugnación.

Es forzoso en casación atenerse a las afirmaciones de hecho que son premisa del fallo recurrido, cuando no se combaten por la vía del número 7.º de la art. 1.692 de la LEC, que en este caso no se invoca.

SENTENCIA 1 FEBRERO 1951

Incumplimiento contractual—prohibición de concurrencia—indemnización de daños y perjuicios: requisitos: existencia real de un daño.

La base de la indemnización que concede el art. 1.101 del C. c., en relación con los arts. 85 y 86 de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 (1), es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, ya que como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, no siempre el incumplimiento ocasiona perjuicios.

Casación por infracción de ley—error de derecho y carga de la prueba (2).

ANTECEDENTES.—Una Sociedad de fabricación y ventas de fibrocemento rescindió su contrato con uno de sus ingenieros. Este obtuvo de la Delegación General de Industria la autorización para instalar una nueva fábrica de fibrocemento, y aportó la autorización y las patentes a una Sociedad Anónima—que se constituye teniendo como finalidad la mencionada fabricación—, recibiendo en cambio un determinado número de acciones liberadas. La Sociedad primitivamente existente demanda al ingeniero, y subsidiariamente, a la Sociedad de nueva constitución, reclamando los daños y perjuicios causados por la violación de la prohibición de concurrencia derivada de los arts. 73 y 74 de la Ley de Contrato de Trabajo. Los demandados alegan la inexistencia de daños reales, por no haber funcionado la nueva industria—aunque ya estuviera constituida la Sociedad y se hicieran

(1) Véanse los arts. 73 y 74 del texto actualmente vigente, aprobado por Decreto de 26 enero 1944.

(2) Véase el considerando segundo, de confusa redacción.

pruebas de fabricación—hasta después de transcurrido el plazo de cuatro años al cabo del cual cesa la prohibición de concurrencia. Rechazada su petición por los Tribunales de instancia, la Sociedad demandante recurre en casación.

CONSIDERANDO: Que la base de la indemnización que conceden los artículos 1.101 del C. c. y 925 de la LEC, en el caso de que éste fuera aplicable al caso actual, en relación con los 85 y 86 de la Ley reguladora del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, lo que niega terminantemente que se haya hecho el Considerando cuarto de la sentencia recurrida, pues no basta admitir que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre éste ocasiona perjuicios, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala entre otras sentencias en las de 23 de marzo de 1946 y 24 de diciembre de 1947, y en este caso concreto, ni siquiera puede colegirse su existencia, pues no son consecuencia fatal e ineludible ni de la concurrencia mercantil, que también niega el Considerando citado, ni siquiera de tener que repartir con otra fábrica más el cupo de amianto que se distribuía oficialmente como primera materia entre estos fabricantes, ya que el perjuicio dependería en primer término de que no hubiera aumentado el cupo en razón de entrar otro fabricante en el reparto, y además en la capacidad de producción de la fábrica que se supone perjudicada, y hasta en el aumento o disminución del consumo, por todo lo cual no resultan violados esos artículos, como alegan los motivos primero y segundo del recurso, ni ha podido serlo el 1.099 del mismo C. c., que en relación con el 1.098 admite que se deshaga lo hecho en contra de la prohibición, porque ésta es cuestión que no se ha planteado en el pleito, limitado a la indemnización de perjuicios.

CONSIDERANDO: Que la apreciación que se haga sobre a quien corresponde la carga de la prueba no es el error de derecho en su apreciación, que acusa el motivo tercero, y ello sería bastante para desestimar éste, pero es que no se menciona en él como infringido más que el artículo 1.214 del Código civil y ninguno de los que determinan la valoración de la prueba que pudiera haberse incumplido al hacerse tal estimación, y en cuanto a los demás argumentos con que ese motivo impugna la sentencia recurrida, basta decir que son repetición de lo consignado en el motivo primero, ya rebatido.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 FEBRERO 1951

Donaciones entre cónyuges: prohibición legal.

Las donaciones entre cónyuges, durante el matrimonio, están prohibidas por el artículo 1.354 del C. c.

Sociedad de gananciales—presunción del artículo 1.407 del C. c.: valor contra ella de la confesión extrajudicial del marido.

Es inatacable, siempre que existan terceros que puedan ser perjudicados por un concierto doloso entre los cónyuges, la reiterada jurisprudencia.

dencia según la cual la confesión extrajudicial del marido de haber adquirido la mujer unos bienes con dinero parafernial no es prueba suficiente frente a la presunción del artículo 1.407 del C. c. Pero, no existiendo terceros, el juzgador, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.239 del C. c., puede dar valor, en un litigio seguido entre los cónyuges, a la confesión extrajudicial realizada por el marido.

Casación por infracción de ley.—requisitos del recurso: impugnación del “fallo”.

El recurso se da contra el fallo, y no contra los razonamientos de la sentencia.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Véanse los Considerandos, donde se recogen,

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de la sentencia eclesiástica de divorcio del matrimonio contraído por los cónyuges doña M. S. S. y don J. S., que dió lugar al divorcio de los mismos por tiempo indefinido, y por virtud del cual se declaró a este cónyuge culpable y que los hijos del matrimonio quedasen en poder de la madre, se siguieron en el Juzgado correspondiente diligencias de ejecución de aquélla, decretándose por dicho juzgado la separación de los bienes de la sociedad conyugal y practicándose el correspondiente inventario, sosteniéndose por el marido que debía reputarse como de la sociedad conyugal la nuda propiedad de la mitad indivisa de dos fincas, únicos bienes existentes y que fueron adquiridas durante el matrimonio por la mujer, asistida de su marido, en virtud de escritura de 9 de julio de 1930, por la que el vendedor se reservaba el usufructo por los días de su vida, consolidándose éste con la nuda propiedad en la compradora al ocurrir su fallecimiento, sin que mediara la presente entrega del precio por expresar el vendedor haberlo recibido con anterioridad y declarándose por el marido en dicha escritura que la compraventa tenía carácter parafernial, por haberse verificado con dinero aportado por la misma al matrimonio, hallándose por lo demás conformes ambas partes en que no había deudas.

CONSIDERANDO: Que formulada demanda de mayor cuantía por el marido para que se declarase que los mencionados bienes pertenecían a la sociedad legal de gananciales y le correspondía, por tanto, la mitad de éstos, pretensión que ha sido rechazada en ambas instancias, toda la cuestión a resolver en este litigio estriba en determinar el alcance que debe darse en el presente caso a la presunción establecida por el artículo 1.407 del Código civil, según el cual se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, en relación con la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de no ser suficiente la afirmación que pueda hacerse en la escritura de venta con respecto a la procedencia del dinero con que se adquirieron los bienes, si ésta no resulta justificada como perteneciente a uno de los cónyuges.

CONSIDERANDO: Que si bien dicha jurisprudencia es inatacable, por in-

interpretar acertadamente el mencionado artículo del Código civil y también porque tales manifestaciones pudieran encubrir en determinados casos donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, prohibidas por el artículo 1.334 del Código civil, no puede tener aplicación al caso singular y concreto que se presenta a la resolución de la Sala, porque no se trata de un litigio seguido por terceras personas, para hacer efectivo su derecho sobre los bienes, cuya calidad se disputa, sino de un litigio entre el marido y la mujer acerca de la condición de bienes parafernales o de la sociedad conyugal de los citados bienes, en el que no aparece ningún acreedor conocido, al que, si por otra parte surgiera posteriormente, no podría afectar la presente resolución, y en la que la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.239 del Código civil, da valor a la confesión extrajudicial realizada por el marido en la mencionada escritura, en el sentido de haberse adquirido los bienes en cuestión con dinero de la mujer, sin que esta apreciación se ataque por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que, aun reconociendo que los demás artículos invocados por la sentencia, 1.346, 1.347, 1.361, 1.382, 1.384 y 1.387, por no referirse propiamente a los bienes parafernales, no hay por qué tenerlos en cuenta para la decisión del presente litigio, tampoco su cita podría dar lugar a la estimación del segundo motivo del recurso, porque más bien que como aplicables se invocan por el juzgador como coadyuvantes para su resolución, y, en todo caso, aunque se reputaran infringidos, no podrían ser ganadores de su estimación ni la sentencia había de ser confirmada por algún otro de los fundamentos en que se apoya, ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los razonamientos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que respecto del tercer motivo del recurso, donde se alega la errónea interpretación del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, invocada en el tercer motivo, debe ser desestimada del mismo modo, porque si bien es verdad, como se afirma en el mismo, que el artículo 1.218 del Código civil distingue entre el hecho de la escritura, en este caso la compraventa, y las manifestaciones que en ella puedan hacer las partes, no es posible tampoco desconocer que la manifestación del marido en la escritura, afirmando que la compra se realizó con dinero perteneciente a la mujer, no puede menos de vincular a aquél con respecto a éste mientras no se demuestre su simulación, sin que le sea lícito ir contra sus propias manifestaciones, pretendiendo ahora negar lo que en dicha escritura reconoció, porque no es lo mismo discutir la eficacia de tal confesión, cuando a ella se opone un tercero que puede resultar perjudicado como consecuencia de un posible concierto doloso entre los cónyuges, que cuando éstos convienen sobre si los bienes pertenecen a uno u otro de los esposos, y así vino a reconocerlo esta Sala en su sentencia de 30 de junio de 1948.

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento basa la sentencia de instancia su apreciación, al aceptar, en cuanto no se opongan a los suyos, los considerandos del juez, en el hecho de que en la escritura figura la mujer como adquirente de los bienes, siendo asistida por el marido para

completar su personalidad cuando lo lógico sería que si las fincas se adquirieron por el marido para la sociedad conyugal y con dinero perteneciente a ésta hubiera figurado en ella éste como comprador, ya que es el representante legal de dicha sociedad, razonamiento que no aparece en modo alguno combatido en el recurso, razones por las cuales se impone la desestimación del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1951

Competencia—Compraventa—Juez competente no mediando sumisión expresa.

No habiendo sumisión expresa de las partes, es juez competente para conocer de la acción personal que ejercita el actor, según la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el del lugar en que deba cumplirse la obligación, siendo el en que se entregó la cosa, por lo cual allí debe pagarse el precio por disposición del párrafo segundo del artículo 1.500 del Cód.go civil.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—desahucio por derribo de la casa.

Tramitado el expediente y acordado por el Ayuntamiento la autorización para derribo, firme el acuerdo por no haberlo impugnado el arrendatario, no procede la admisión del recurso.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—artículo 133 de la Ley—relación con la legislación anterior.

El artículo 133 no hace sino reproducir la legalidad vigente con anterioridad, y si bien las disposiciones referentes a revisión de renta carecen de efecto retroactivo por estar comprendidas en el capítulo noveno de la Ley, esto no puede hacer referencia a la aplicabilidad de la citada legalidad reflejada en el mencionado artículo 133.

Arrendamientos urbanos—derecho concedido en el artículo 133 de la Ley—su ejercicio judicial.

El derecho del inquilino a limitar la renta a la declarada en el Catastro lleva consigo la acción de revisión cuando el propietario no acepta la reducción de la renta pretendida por el inquilino.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un arrendamiento anterior a la LAU. El inquilino solicitó la reducción de la renta por ser superior a la declarada fiscalmente. El dueño alegó haber declarado antes de la demanda la renta verdadera, si bien tal declaración se había hecho fuera del plazo legal. En reconvencción, el dueño solicitó la elevación de la renta. En primera y segunda instancia se estimó la demanda. Se interpuso recurso de injusticia notoria.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción del artículo 133 LAU.

Segundo. Infracción del mismo precepto y de la disposición transitoria 27 LAU.

Tercero. Infracción de la disposición transitoria 12 LAU.

Cuarto. Infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1940 y de la de Presupuestos de 31 de diciembre de 1945.

Quinto. Infracción del artículo 359 LEC, al desestimarse la reconvencción.

Sexto. Error en la apreciación de la prueba por la misma razón.

Séptimo. Error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante del documento que acreditaba la declaración fiscal de la renta verdadera.

CONSIDERANDO: Que a partir del artículo 10 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, pasando por los artículos 12 y 14 de la Ley de Presupuestos de 31 de diciembre de 1945, hasta el artículo 133 de la de Arrendamientos Urbanos, que reafirma y corrobora la legislación vigente a su publicación en la materia, se ha venido consagrando la exigencia de la más perfecta identidad entre la renta contractual y la renta catastrada en las fincas urbanas, de suerte que no es lícito al propietario percibir de sus inquilinos mayor renta que la que tiene declarada a la Hacienda a efectos contributivos, atribuyéndose el arrendatario un derecho de índole civil, aunque basado en razones de orden fiscal, a limitar la renta que por el disfrute del inmueble satisface a la que aparezca declarada en la Oficina correspondiente, declaración que para ser eficaz ha de verificarse dentro del reglamentario plazo del trimestre en que tenga lugar la elevación concedida al propietario por el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943.

CONSIDERANDO: Que contra esta apreciación se plantea en primer término el primer motivo del recurso, alegando la pretendida infracción del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que la Sala invoca por no ser aplicable esta disposición en cuanto las declaraciones de renta que juegan en el pleito son todas anteriores a la vigencia de dicha Ley, así como porque el mencionado artículo otorga al inquilino, se dice, un derecho a novar el contrato por sí; pero no a pretender una revisión de renta; pero es lo cierto que *el artículo 133 no hace sino reproducir la legalidad vigente con anterioridad*, que es la que se invoca en la demanda, y que *el derecho del inquilino a limitar la renta a la declarada en el Catastro, lleva consigo la acción de revisión, cuando, como en el caso presente, el propietario no acepta la reducción de la renta pretendida por el inquilino.*

CONSIDERANDO: Que también es de desestimar el motivo segundo, en que se alega, además de la infracción del citado artículo 133, la de la disposición transitoria 27 derogatoria de todas las disposiciones dictadas

sobre arrendamientos urbanos, porque mal cabe suponer que ésta pueda referirse a las disposiciones de orden fiscal citadas anteriormente, puesto que el artículo 133 recoge la sustancia de éstas.

CONSIDERANDO: Que tampoco es posible admitir que se haya incurrido por la sentencia en infracción de la disposición transitoria 12, en relación con el art. 120 de la ley a que se refiere el motivo tercero del recurso, porque si bien las disposiciones referentes a revisión de renta carecen de efecto retroactivo por estar comprendidas en el artículo 9.º de la ley, esto no puede hacer referencia a la aplicabilidad de las citadas normas reflejadas en el mencionado artículo 133, y, por otra parte, es incuestionable que el artículo 120 tiene su materia propia y no se refiere al caso de reducción de renta por exceso de la renta del contrato sobre la declarada a la Hacienda.

CONSIDERANDO: Que con notoria improcedencia se alega en el motivo cuarto la infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley de Reforma Tributaria y de la Ley de Presupuestos de 1945, en relación con el artículo 3.º del Código civil, que sanciona el principio de la irretroactividad de las leyes, pues dichas disposiciones, que son las aplicables, siquiera estén incorporadas a la Ley de Arrendamientos Urbanos, afectan sin género de duda a los contratos existentes, atendidos su tenor literal e indudable finalidad de orden económico y fiscal y, por lo tanto, de interés público.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no ha incidido en la incongruencia denunciada en el motivo quinto, con invocación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al no resolver sobre la reconvencción formulada por el propietario en orden a que se le faculte para aumentar en un 40 por 100 la renta del local en cuestión, porque, es evidente, no habiéndose dado traslado al demandante por la providencia que tuvo por presentado el escrito de contestación, sin que nadie recurriera contra ella y no contestada dicha reconvencción, no hay posibilidad legal de resolver, aun cuando quede viva, como queda, la acción que en tal sentido pueda corresponder al demandado a ejercitar en el juicio correspondiente.

CONSIDERANDO: Que por la propia razón ha de ser desestimado el motivo sexto, pues no habiéndose resuelto sobre la reconvencción en la sentencia, siquiera en ésta se hagan afirmaciones improcedentes sobre el fondo de dicha reconvencción, porque si ésta no existe legalmente planteada, es totalmente ocioso ocuparse de ella, huelga hablar de si existen o no en autos los elementos necesarios para acceder a la misma.

CONSIDERANDO: Que finalmente, tampoco cabe estimar el error de hecho en la apreciación de la prueba a que se refiere el séptimo y último motivo, porque se parte de la base de que el demandante presentó con la demanda una certificación de la Oficina catastral relativa a los aumentos de renta, la que en período de prueba fué remitida a aquélla para su averación, sin que se uniera a los autos hasta después de dictada sentencia por el juez; pero se olvida que hubo entre las partes conformidad en los hechos a que dicha certificación se refiere y que las rentas resultan de otros documentos obrantes en autos, y, por otra parte, no se trata de un error

sufrido en la apreciación de la prueba documental, con carácter manifiesto único a que se refiere el número 4 del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por todo lo que procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1951

Capacidad para testar—presunción “*iuris tantum*”.

La integridad mental para testar constituye una presunción “iuris tantum” y obliga a estimar que concurre capacidad plena en el testador, si no existe prueba completa y evidente en contrario.

Testamento en peligro de muerte—medio de acreditar el cumplimiento de sus formalidades.

Las solemnidades del testamento otorgado en inminente peligro de muerte en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad del testador y su forma legal de expresión pueden acreditarse bien en el expediente de jurisdicción voluntaria, bien en el correspondiente juicio contradictorio.

Congruencia—por otorgarse extremos accesorios no pedidos.

No se altera el principio de la congruencia por el hecho de que el fallo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad de la sentencia en trámite de ejecución.

Expediente de jurisdicción voluntaria—relación con el ulterior juicio contencioso.

La oposición surgida en el expediente de jurisdicción voluntaria no significa un juicio distinto, sino la continuación de aquél en forma contenciosa, sin alterar la situación que tuviesen al tiempo de ser incoado los interesados y lo que fuere objeto del mismo.

Recurso de casación por infracción de ley—aligación de preceptos procesales—artículo 340 LEC.

El artículo 340 LEC constituye una norma de carácter netamente procesal y no adecuada, por tanto, para servir de base a un recurso de casación por infracción de ley.

Recurso de casación—error en la apelación de la prueba—documentos auténticos.

Los dictámenes médicos y certificaciones facultativas no tienen, a efectos de casación, el carácter de auténticos.

ANTECEDENTES.—Don L. D. F., el día antes de morir, no habiendo Notario en el lugar donde vivía y estando en inminente peligro de fallecer, otorgó testamento ante cinco testigos, extendiéndose cédula testamentaria que no firmó el testador, diciéndose en la misma que estaba imposibilitado para hacerlo. En ella nombraba heredera a una mujer, L., que había vivido con él y le asistió hasta su muerte, revocando un testamento anterior ante Notario en que nombraba heredera a una hermana del propio testador, S.; L., instó expediente de jurisdicción voluntaria para la protocolización del testamento. S. se opuso y se desembocó el juicio contencioso. El médico de cabecera dictaminó que desde tres días antes de morir, el enfermo había permanecido en estado comatoso y sin conocimiento. Otros dictámenes médicos afirmaron que era improbable que el día antes de morir tuviera el testador discernimiento. En primera instancia se declaró la validez de la cédula; en segunda, se confirmó este fallo y además se ordenó la protocolización de la misma. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso acusa de incongruente el fallo, alegando que solicitado en la demanda se declarase disposición testamentaria la cédula otorgada en inminente peligro de muerte por don L. D. F. ante cinco testigos, el Tribunal de Instancia, al acoger esta petición, ordena además que se protocolice en la correspondiente Notaría el expediente de jurisdicción voluntaria, al que se unirá testimonio de la sentencia, pronunciamiento que, según dicho motivo, no es congruente con lo solicitado, añadiendo el motivo segundo que al hacer tal pronunciamiento la sentencia otorga más de lo pedido; pero frente a esta argumentación procede recordar, de una parte, que en la demanda se solicitó por otrosí que fuese traída a los autos la cédula testamentaria unida al expediente de jurisdicción voluntaria incoado, debe tenerse en cuenta, además y bajo otro aspecto, que, con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, *no se altera el principio de la congruencia por el hecho de que el fallo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad de la sentencia en trámite de ejecución*, y es de advertir, por último, que, como acertadamente declara el Tribunal de instancia, ajustándose a la doctrina de esta Sala, de los términos del artículo 1.817 de al Ley procesal aparece que *la oposición surgida en el expediente de jurisdicción voluntaria no significa un juicio distinto, sino la continuación de aquél en forma contenciosa sin alterar la situación que tuviesen al tiempo de ser incoados los interesados y lo que fuere objeto del mismo*, consideraciones las expuestas de las cuales se sigue que habiéndose instado en el escrito inicial del expediente de protocolización que se declarase testamento la cédula en que consta la manifestación de voluntad del finado don L. D. F., y solicitándose además que se ordenase la protocolización del expediente en la correspondiente Notaría, no cabe entender que, al acordarlo así, quebranta la sentencia recurrida el principio de la congruencia y conceda más de lo pedido, imponiéndose, en consecuencia, la desestimación de los expresados motivos primero y segundo del recurso.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede prevalecer el tercero de los moti-

vos, en el cual se denuncia la infracción del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil, regulador de los acuerdos judiciales para mejor proveer; y no puede prevalecer el indicado motivo porque, aparte de no expresarse en él el concepto de la infracción acusada, *dicho artículo 340 constituye una norma de carácter netamente procesal y no adecuada, por tanto, para servir de base a un recurso de casación por infracción de ley*, según reiterada jurisprudencia; y si, también con arreglo a constante doctrina de esta Sala, no cabe traer al recurso cuestiones no suscitadas en el pleito, es obligada la desestimación del motivo cuarto, en el que se plantea el problema de caducidad de la instancia, problema que no fué objeto de controversia en el litigio origen del presente recurso, y que, por tanto, no podía ser objeto de pronunciamiento en el fallo.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto, en el que se denuncia la infracción de los artículos 685, 687, 695, 699 y 700 del Código civil, aduce que cuando la manifestación de última voluntad otorgada en inminente peligro de muerte se hace constar por escrito, deben observarse en aquel acto todas las formalidades establecidas para el testamento abierto, siendo nula la declaración si feita en la misma alguna de las solemnidades legales, sosteniendo dicho motivo que en el caso litigioso tales solemnidades no se cumplieron, porque ni los testigos declararon conocer al testador, ni éste firmó la cédula testamentaria, ni lo hizo tampoco a su ruego ninguno de dichos testigos, alegaciones frente a las cuales es de tener en cuenta, en primer término, que, como estableció la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1911, *las solemnidades del testamento otorgado en inminente peligro de muerte en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad del testador y su forma legal de expresión pueden acreditarse bien en el expediente de jurisdicción voluntaria, bien en el correspondiente juicio contradictorio*, puesto que hasta el momento de la protocolización la cédula no tiene la eficacia y virtualidad de verdadero testamento, debiendo advertirse, además, con relación a las indicadas alegaciones, que, según declararon las sentencias de esta Sala de 30 de septiembre de 1907, 1.º de mayo de 1909 y 15 de marzo de 1913, no afectan a la validez del testamento otorgado en inminente peligro de muerte ni la falta de expresión de la hora ni el no consignar el motivo por el que no firmó el testador o un testigo a su ruego, y siendo de tener en cuenta, finalmente, que el recurso no impugna tampoco en adecuada forma el cuarto de los Considerandos de la sentencia del Juzgado, aceptado en la de apelación, y según el cual los testigos que concurrieron al otorgamiento reunían las condiciones de idoneidad exigidas por la Ley, o sea que en ellos no se daba ninguna de las causas de incapacidad establecidas en el Código civil, razones las expuestas que impiden pueda prevalecer el quinto motivo de los invocados, ello aparte de que en instancia no acusó el recurrente como defectos de la cédula testamentaria la falta de la firma del testador o de alguno de los testigos el ruego del mismo ni la de no idoneidad de dichos testigos.

CONSIDERANDO: Que para desestimar el motivo sexto—en el cual se denuncia la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba al atribuir a don L. D. F. capacidad para testar—bastaría tener en cuen-

ta que los dictámenes médicos y certificaciones facultativas—que dicho motivo señala como documentos acreditativos del supuesto error—no tienen a efectos de casación el carácter de auténticos, como declaró la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1940, confirmando reiterada doctrina anterior; pero aun llegando a atribuir aquel carácter a los dictámenes y certificaciones de que se trata, no cabe olvidar que tanto en el informe emitido por la Academia de Medicina de T. como en el que formularon los peritos designados por el Tribunal de apelación, se admite que un enfermo de las condiciones en que don L. D. F. se hallaba en el momento de testar puede conservar lucidez mental suficiente para otorgar su disposición de última voluntad, consideraciones todas de las que se sigue que no puede prosperar el sexto de los motivos del recurso, porque, como también estableció esta Sala en sentencia de 25 de octubre de 1928, *la integridad mental indispensable para testar constituye una presunción "juris tantum" y obliga a estimar que concurre capacidad plena en el testador si no existe prueba completa y evidente en contrario.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—juicio de desahucio—cuestiones que encajan en él.

El proceso de desahucio sólo puede utilizarse cuando no existen entre los litigantes otras relaciones que las derivadas del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, sin que quepa ventilar en dicho juicio cuestiones ajenas a la simple resolución del contrato y a la restitución de la posesión.

Cuestiones de hecho—existencia del precario.

Las cuestiones relativas a si el demandado ocupa la finca sin pagar merced son privativas de la apreciación del juzgador de instancia, cuyas declaraciones a tal respecto sólo pueden combatirse por la vía del número 7.º del art. 1.692 LEC.

Recurso de casación—necesidad de impugnar todos los fundamentos del fallo recurrido.

No procede la casación cuando impugnándose la sentencia por varios de sus fundamentos no se combate por uno que por sí solo basta para mantener la eficacia de la misma.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS DEL RECURSO—Vide el segundo considerando.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, *el proceso de desahucio sólo puede utilizarse cuando no existen entre los litigantes otras relaciones que las derivadas del contrato de arrendamiento o de la situación de precario, sin que quepa ventilar en dicho juicio*

cuestiones ajenas a la simple resolución del contrato y a la restitución de la posesión.

CONSIDERANDO: Que, según aparece de los términos de la sentencia y de las alegaciones del recurso con posterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento y hallándose el mismo en vigor, convinieron las partes en que la entidad arrendataria realizase a sus expensas las obras de construcción de una nave industrial en un patio existente en la finca arrendada para utilizarla sin pagar aumento de merced durante el término de diez años, transcurrido el cual se fijaría el importe de la renta a satisfacer por la nueva construcción, pudiendo el propietario optar por ocuparla, una vez transcurrido dicho plazo, extremos los indicados de los cuales deduce el recurrente que el primitivo vínculo arrendaticio quedó extinguido en cuanto a la parte del inmueble en que las obras se realizaron y que el recurrido posee en precario la nave por él mismo construída, sosteniendo (entre) digo en los motivos primero y segundo del recurso que el contrato de arrendamiento recae ahora tan sólo sobre la otra parte de la finca, ya que se ha producido una novación parcial de las obligaciones primitivamente pactadas, y sentando en el quinto de los mismos motivos la conclusión de que al no reconocer el Tribunal sentenciador la existencia de la novación dicha y estimar que el arrendamiento continúa abarcando la totalidad del inmueble, a pesar de la ejecución de las obras y de no haberse señalado el importe del aumento de renta, se infringe en el fallo el artículo 1.256 del C. e., a cuyo tenor el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, pero si con arreglo a la jurisprudencia antes aludida la naturaleza del proceso de desahucio no permite que sean controvertidas en el mismo cuestiones relativas a la realidad y alcance de derechos más o menos discutibles, aparece manifiesto que las declaraciones sobre existencia y amplitud de la novación invocada por el recurrente sólo pueden obtenerse con las debidas garantías de defensa en el juicio ordinario correspondiente y no en uno de naturaleza sumaria, cual el que es origen del presente recurso.

CONSIDERANDO: Bajo otro aspecto, que, como tiene establecido también reiteradamente esta Sala, *las cuestiones relativas a si el demandante ocupa la misma finca sin pagar merced son privativas de la apreciación del juzgador de instancia, cuyas declaraciones a tal respecto sólo pueden combatirse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal*; y declarado en la sentencia que en el caso ahora objeto del litigio no cabe estimar existente una situación de precario porque media un precio, resulta indudable que al no aparecer impugnado este aserto por el cauce que señala aquel precepto adjetivo, carecen de virtualidad los motivos tercero y cuarto invocados, y bastaría tal declaración del fallo para impedir la estimación del recurso, aun prescindiendo de las razones anteriormente expuestas, porque igualmente ha declarado la doctrina de esta Sala que *no procede la casación cuando impugnándose la sentencia por varios de sus fundamentos no se combate por uno que por sí solo basta para mantener la eficacia de la misma.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1951

Casación por infracción de ley—requisitos del recurso: alegación del concepto de la infracción.

Es preciso que el recurrente lo exprese "con precisión y claridad", de acuerdo con la LEC, art. 1.720, primer párrafo "in fine".

Casación por infracción de ley—incongruencia: quién puede alegarla; inexistencia cuando la cuestión ha sido implícitamente resuelta.

Omitido por el Juzgado el fallo sobre una de las peticiones del actor y no habiendo recurrido éste en apelación de la sentencia, como sólo a él pudo perjudicar tal omisión, con su consentimiento quedó absuelto el demandado implícitamente de la pretensión sobre que el Juzgado no se pronunciara.

Casación por infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba: carácter de documento auténtico.

Lo es un oficio de la Alcaldía con relación a su estricto contenido, no a lo que de él infiera el recurrente, contra la apreciación de la Sala.

CONSIDERANDO: Que, sobre la base de que en el contrato de cuentas en participación los contratantes se obligaron a no emprender por cuenta propia exclusivamente ningún negocio similar al de explotación del transporte, asiento y venta de pescado en Madrid, la Sala sentenciadora estimó improbadamente el hecho de que el demandante hubiese explotado ningún negocio similar durante la vigencia de la cuenta en participación, y, frente a esta apreciación probatoria, denuncia el tercer motivo del recurso, error de hecho que se pretende demostrar con el oficio de la Alcaldía expresivo de haber sido concedida licencia al actor para dedicarse a la venta de pescado, hecho éste que admite como cierto la Sala sentenciadora, pero sin atribuirle rango probatorio por sí solo de que el demandante haya explotado, durante la vigencia del contrato, el negocio similar a que se refiere la autorización de la Alcaldía, y así resulta que el documento invocado por el recurrente carece de autenticidad en casación, porque no demuestra que el actor haya incumplido el contrato en el aspecto que propugna el recurrente, y, en consecuencia, no puede prosperar dicho motivo tercero.

CONSIDERANDO: Que tampoco ofrece base de casación el segundo motivo del recurso, tanto porque aparece formulado partiendo del supuesto de que prosperase el motivo tercero, como porque no se expresa con claridad y concretamente el concepto de la infracción que en él se denuncia.

CONSIDERANDO: Que asimismo carece de fundamento el primer motivo del recurso, en el que se acusa incongruencia en el fallo recurrido, por no contener declaración sobre todas las peticiones formuladas por los liti-

gantes en los dos pletos acumulados, pues, aparte de que el recurrente no concreta la pretensión que considera omitida en el pleito, es de tener en cuenta que si el motivo quiere aludir a la omisión en la sentencia de primera instancia de todo pronunciamiento sobre la pretensión de pago por el demandado al actor del importe de unas letras de cambio reclamado en la primera demanda, ya se cuidó la Sala sentenciadora de advertir en el primer considerando de su resolución que tal omisión en la primera instancia había sido consentida por el actor, que es el litigante a quien podría perjudicar, el cual no apeló ni se adhirió a la apelación interpuesta por el demandado, quien de este modo quedó absuelto de aquella pretensión, resultando, en consecuencia, que todas las peticiones deducidas en el pleito fueron resueltas, explícitamente unas e implícitamente otras, por la sentencia recurrida.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 FEBRERO 1951

Competencia: contrato de transporte: juez competente para conocer de los pleitos por obligaciones que del mismo se derivan.

Conforme a la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en relación con el artículo 374 del Código de comercio y reiterada doctrina jurisprudencial, las obligaciones derivadas del contrato de transporte deben cumplirse en el lugar de destino o entrega de la cosa porteada.

SENTENCIA 10 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—reducción de la renta—por exceder de la declarada a efectos fiscales.

Para el éxito de tal reducción se precisan dos circunstancias: a) que el arrendatario abone rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial; b) que el arrendatario, en los plazos establecidos por las leyes fiscales, no haya declarado a la Hacienda las que efectivamente percibe.

Es indiferente que las rentas tengan su origen en el contrato o sean debidas a posteriores elevaciones.

Son ineficaces las declaraciones fiscales presentadas extemporáneamente, sin que la concesión administrativa de retroactividad a tales declaraciones pueda enervar un derecho de carácter civil, como lo es el del arrendatario a la novación de la renta.

Principio dispositivo—acciones o excepciones no alegadas.

De oficio, no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que impliquen acciones o excepciones que no fueron alegadas.

ANTECEDENTES.—En abril de 1948 fué arrendado un local de negocio por determinada renta. En noviembre el arrendatario dejó de pagar la renta por advertir que la declarada a la Hacienda era muy inferior a la que él satisfacía. El 13 de diciembre el arrendador declaró la renta verdadera, y en 29 del mismo mes el arrendatario le requirió notarialmente para que se aviniera a rebajar la renta, a lo que se negó el primero. Entablado el proceso por el arrendatario, en ambas instancias se desestimó la demanda.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del art. 133, en relación con los 127 y 128 L. A. U.: La sentencia sujetaba infundadamente a plazo el ejercicio de la acción concedida por el art. 133.

2.º Infracción por inaplicación de los arts. 129 y 130, párr. 2.º L. A. U.

3.º Infracción por inaplicación indebida del art. 120 L. A. U., al aplicar el plazo de tres meses en éste establecido.

4.º Error en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que pretendida en la demanda la novación, en cuanto a la renta, del contrato de arrendamiento objeto del litigio, por falta de adecuación entre la que la actora viene abonando al arrendador y la por éste declarada a la Hacienda, como quiera que el fallo recurrido estimó caducada la acción, aplicando el término establecido en el artículo 120 de la Ley, el problema planteado en el recurso se reduce a determinar si la Sala sentenciadora ha cometido la injusticia notoria que se la atribuye al aplicar indebidamente el precepto antecitado, en lugar del 123 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que la finalidad primordial de dicha norma no es otra que las rentas abonadas al arrendador sirvan de base al tributo, y, por tanto, *a los fines de aquélla, es indiferente que las rentas tengan su origen en el contrato o sean debidas a posteriores elevaciones*, con tal que unas y otras fueren superiores a las que el arrendador perciba y, en los plazos marcados por las leyes fiscales, no las hubiere declarado; ya que, en tal supuesto, nace el derecho del inquilino a limitar el pago de los alquileres en el modo y cuantía determinados en el artículo 133; y al no entenderlo así el Tribunal de instancia, y dejar de aplicar el citado precepto, por la sola consideración de que el artículo 133 se refiere únicamente a elevaciones posteriores a la celebración del contrato, incide en la infracción denunciada en el motivo primero.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala que, *de oficio, no pueden los juzgadores fundar sus fallos en razonamientos que impliquen acciones o excepciones que no fueron alegadas*; y, consiguientemente, si la actora basó su demanda amparándose esencialmente en la acción que otorga el artículo 133, sin referirse para nada a la revisoria que confiere el 120 al nuevo titular, sobre la base de sospecha de simulación, en circunstancias de hecho y limitaciones de tiempo en absoluto distintas a las de la acción ejercitada—según se deduce del texto del antecitado artículo y disposición transitoria duodécima que lo complementa—, es claro, conforme a la doctrina referida, que la Sala sentenciadora al declarar la caducidad de la acción, ajustándose al plazo marcado en el artículo 120, aplicó éste indebidamente, incurriendo en la injusticia notoria que se invoca en el motivo tercero; siendo, por ello, innecesario el examen de los restantes.

CONSIDERANDO: Que para el éxito de la novación pretendida en la demanda se precisan dos circunstancias: a) que el arrendatario abone rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial; b) que el arrendador, en los plazos establecidos por las leyes fiscales, no haya declarado a la Hacienda las que efectivamente perciba; de lo cual se infiere que, al no hacer el demandado tal manifestación dentro del trimestre natural, a partir de 1.º de abril de 1948, en que se concertó el arriendo, asiste a la actora el derecho a limitar el pago de sus alquileres a la declaración obrante en el Registro Fiscal.

CONSIDERANDO: Que no obsta a tal determinación que la declaración, a que pretende acogerse el demandado, se presentase en 18 de diciembre de 1948, declarado como está por esta Sala la ineficacia de las que se presentan extemporáneamente, ni tampoco que la Administración, a petición del arrendador, diese a aquélla efecto retroactivo a partir de 10 de abril de 1947; porque tal concesión administrativa no podía enervar un derecho de carácter civil, como lo es el del arrendatario a la novación de la renta, si, en los plazos marcados por las leyes fiscales, el arrendador no declaró la efectivamente percibida.

CONSIDERANDO: Que asignada al local litigioso, por virtud de la comprobación oficial realizada en 1944, la renta de 1.200 pesetas anuales, a esta cantidad debe quedar reducida aquélla por virtud de la novación pretendida, más el 4 por 100, conforme a la súplica de la demanda, que se hará efectiva en la cuantía y tiempo determinados en el contrato, a partir, no del 1.º de diciembre de 1948, como se solicita, sino desde el 29 de diciembre de dicho mes y año, en que el arrendatario, en forma fehaciente, manifestó al arrendador su voluntad de ejercitar, de modo extrajudicial, el derecho que le confiere el repetido artículo 133.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1951

Procesal: Procedencia del recurso de injusticia notoria.

Contra los autos dictados en apelación ante la Audiencia por sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en juicio de desahucio, sólo cabe el recurso por razón de injusticia notoria.

Procesal: Resoluciones recurribles.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 402 y 404 de la Ley de Enjuiciamiento civil, contra resoluciones incidentales dictadas en segunda instancia, susceptibles de recurso de súplica ante la misma Sala, se puede recurrir en casación contra el auto que resuelva la súplica, pero no contra el auto suplicado, por lo que preparado el recurso contra el mis-

mo auto objeto de súplica, es obvio también que la casación, como recurso extraordinario, no se da contra resoluciones que no son definitivas por estar pendientes de recurso ordinario de súplica contra ellas interpuesto.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1951

Casación—infracción de ley—de preceptos procesales—artículos 1.566 y 1.567 LEC.

Cabe fundamentar el recurso de casación por infracción de ley en la de preceptos procesales cuando están íntimamente ligados con el fondo o derecho material del caso que se discuta, sin que quepa dar una norma única e inflexible para apreciar tal ligazón. Cabe en tal recurso alegar la infracción de los artículos 1.566 y 1.567 LEC.

¡Desahucio por precario—pago o consignación de rentas.

No es preciso, para apelar en los desahucios por precario, probar el pago o consignación de rentas vencidas, aunque el apelante alegue la existencia de un contrato de arrendamiento.

ANTECEDENTES.—El demandante entabló juicio de desahucio por precario; el demandado alegó la existencia de un arrendamiento; el Juzgado estimó la demanda; el demandado interpuso recurso de apelación, que la Audiencia no admitió por no acreditarse el pago o consignación de las rentas vencidas. Contra el auto de la Audiencia denegando la reposición del de no admisión, interpuso el demandado recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.566 en relación con el 1.567 y 1.718 LEC.: El precarista no ha de acreditar el pago o consignación de rentas; y aun no se sabía si el recurrente era arrendatario.

Segundo. Infracción de la doctrina de la S. T. S. de 10 de octubre de 1949. Por lo mismo.

CONSIDERANDO: Que la cuestión que plantea este recurso de casación en sus dos motivos es si la obligación de acreditar el pago de rentas para interponer el recurso de casación que establecen los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil es o no exigible en los desahucios fundados en ser precarista el demandado, si éste niega tal situación jurídica.

CONSIDERANDO: Que aunque la jurisprudencia ha designado como norma general que no pueden fundarse en la transgresión de normas procesales los recursos de casación por infracción de ley amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, admite que esto puede hacerse en casos que esos preceptos estén íntimamente ligados con el fondo o derecho material del caso que se discuta, que por ser diferente en cada asunto no puede establecerse "a priori" para estimar tal ligazón

una norma única e inflexible, y en aplicación de esa doctrina las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 1949 y 30 de octubre de 1950, la primera de ellas resolviendo un recurso idéntico al actual, *han admitido la posibilidad de fundar en los artículos 1.566 y 1.567 el recurso amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la propia Ley procesal*, y precisamente por la citada sentencia de 1949, casa el auto de la Audiencia que estimó preciso el pago de rentas de la finca objeto del desahucio.

CONSIDERANDO: Que conduce a la misma conclusión de que *sólo el arrendatario está obligado a acreditar ese pago*, toda interpretación de esos artículos lo mismo en su espíritu de que no se perjudique económicamente al propietario durante la tramitación de la apelación con el retraso en el pago de las rentas que le son debidas, que con su interpretación literal, pues habla el primero de esos artículos de las rentas *vencidas* y las *que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas*, y el artículo 1.567 atribuye expresa y repetidamente al *arrendatario* tal obligación, conceptos incompatibles con el de precario.

CONSIDERANDO: Que *nada supone en contra de esto que el demandado haya alegado su carácter de arrendatario*, pues si con ello hace versar el pleito sobre la existencia de un contrato de arrendamiento vendría la Sala sentenciadora a admitir la existencia de éste, resolviendo por anticipado el fondo al reconocer la obligación de pagar renta, puesto que tal pago no obliga a la Ley a que se haga *ad cautelam* y no cabe que con la falta de ese pago se cause ilegítimamente al propietario un perjuicio que ni alega ni admite.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1951

Daños y perjuicios—necesidad de su prueba.

El incumplimiento de las obligaciones por sí solo no implica ni supone daños y perjuicios, sino que es preciso que se pruebe en el juicio su existencia y, como consecuencia de ello, la sentencia la declare en su fallo, pudiendo dejarse únicamente para la ejecución de la misma la determinación de su importe.

Prueba de presunciones—su apreciación por el Tribunal “a quo”.

La estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, y para combatirla eficazmente en casación es preciso impugnar al amparo del número 7.º del artículo 1.692 LEC. la existencia y realidad de los hechos que el Tribunal de instancia declara aprobados, ya que la deducción que de ellos derive es de la apreciación de dicho Tribunal, con la única limitación de que no resulte contraria a las indeterminadas reglas del criterio humano, por ser absurda, ilógica o inverosímil.

Prueba de presunciones—desarticulación de los elementos en que se basa.

Cuando la Sala sentenciadora se ha basado en un conjunto de elementos de prueba para establecer una presunción, es ineficaz descomponer ese conjunto considerando e interpretando aisladamente uno de tales elementos.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1950

Tercero procesal: concepto—limitaciones a su intervención.

Tiene este carácter quien, no citado ni emplazado, ni, consecuentemente, declarado en rebeldía, no ha tenido la menor intervención en la sustanciación del proceso.

El tercero ha de entrar en el litigio en el estado en que se encuentre en el momento procesal de su intervención, sin facultad de hacer retroceder la tramitación.

CONSIDERANDO: Que, cualesquiera que sean las faltas en la determinación de los demandados con la denominación "Señores Hijos de don G. C.", sin precisar si corresponde a una persona jurídica, sociedad civil o compañía mercantil o a personas naturales causahabientes de don G. C., y las de la citación, limitada a doña M. C., así como los efectos de la sentencia respecto a don A. C., no citado ni emplazado en el juicio, es lo cierto que sustanciado el pleito solamente entre "C. U., S. A.", y doña M. C. y M. A., como causahabiente de don G. C., sin declaración de rebeldía de ningún otro demandado, don A. C. sólo puede merecer, en relación con dicho pleito, el concepto de tercero procesal.

CONSIDERANDO: Que la intervención de don A. C., pues, sólo puede admitirse con las limitaciones propias de tal tercero, una de las cuales es la que ha de entrar en el litigio en el estado en que se encuentre en el momento procesal de su intervención, sin facultad de hacer retroceder la tramitación.

CONSIDERANDO: Que, personado don A. C. en el pleito mediante escrito presentado en 13 de abril de 1949, cuando ya había recaído sentencia de este Tribunal, conociendo en recurso de casación y solicitada y acordada, por providencia de 8 de octubre de 1948, ejecución de la sentencia firme, carece de facultad, según lo dicho, para retraer el pleito al grado de apelación, lo que sería tanto como someter al juicio de la Audiencia la resolución dictada por el Tribunal Supremo, y así, la resolución recurrida, al negar la tramitación de la apelación, para evitar este absurdo procesal, no ha infringido ninguno de los preceptos legales citados en el recurso, ninguno de los cuales autoriza ese retroceso ni ha sufrido error alguno al apreciar pruebas, para cuya apreciación no había lugar, por lo que es totalmente improcedente el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbano:—desahucio.

Procesal—competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las demandas presentadas por un Ayuntamiento en materia civil antes de la Ley de Bases de Régimen Local de 1945.

Posesionado un Ayuntamiento, en virtud de expropiación realizada en determinados terrenos, ha de entenderse subrogado en el derecho a pedir la resolución del contrato que el número 8 del artículo 149 de la LAU concede al arrendador y, por lo tanto, no es posible pretender que no pueda invocar ante la jurisdicción ordinaria la causa de desahucio en cuestión.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato: derecho transitorio.

Tratándose de un contrato anterior a la Ley de 31 diciembre 1946, cuya resolución fué instada judicialmente antes de la vigencia de dicha Ley basándose en hechos que tuvieron lugar también con anterioridad a dicho momento, es reiterada la doctrina jurisprudencial que declara vigente la legislación anterior.

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato: relación entre el Decreto de 29 diciembre 1931 y el de 21 enero 1936.

El Decreto de 21 enero 1936, artículo 1.º, establece el carácter aclaratorio del mismo con respecto al de 29 diciembre 1931, por lo que ha sido reiterada la jurisprudencia declaratoria de que el artículo 5.º del primero no ha suprimido las causas de desahucio establecidas por el artículo 5.º del segundo.

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato: anterior intento del arrendador de recuperar la finca basado en otra causa.

El hecho de que el arrendador, con algunos años de anterioridad a la actual negación de prórroga, tratara de ejercitar el desahucio basándose en distinta causa, no es óbice para el éxito de la nueva pretensión, porque ello no impide el cambio de su propósito.

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato por derribo de construcciones provisionales existentes en el solar para levantar otras definitivas: indemnización al arrendatario con el importe del traspaso por él abonado.

Es exigible al arrendador tal indemnización, por no tratarse del caso previsto en el Decreto de 21 enero 1936, artículos 5.º, apartado c), y 9.º

Arrendamientos urbanos—resolución del contrato—por derribo de construcciones provisionales existentes en el solar para levantar otras definitivas: derecho del arrendatario a la ocupación de los locales resultantes.

Este derecho no puede impedir el desalojo de la finca, y puede ser ejercitado por su titular posteriormente.

CONSIDERANDO: Que para la decisión del presente litigio precisa dejar sentado que la demanda de desahucio por tener el propietario el propósito de derribar los lavaderos existentes en los solares arrendados para levantar una nueva edificación compuesta de planta baja y dos pisos fué interpuesta en 5 de junio de 1946, y, por lo tanto, con notable anterioridad a la vigencia de la Ley de 3 de abril de 1947 sobre Arrendamientos Urbanos, y por tal razón, el caso controvertido ha de regirse por los preceptos anteriores a dicha Ley, según reiterada jurisprudencia de esta Sala en casos análogos.

CONSIDERANDO: Que la Sala para dictar su resolución absolutoria de la demanda tiene un triple fundamento: a) Que la causa de resolución invocada fué derogada por Decreto de 21 de enero de 1936, al no hacer referencia a ella en su artículo 5.º (único fundamento de la sentencia del Juez, cuyos considerandos se aceptan por la Audiencia. b) Que, según el artículo 1.º de la Ley de 3 de abril de 1947, los locales de negocio son edificaciones habitables, y aquí no se justifica que los lavaderos objeto del desahucio lo sean; y c) Que no se han cumplido los requisitos previstos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, singularmente los ayudados en el artículo 102, sin que sea suficiente el ofrecimiento de la parte actora para cumplirlos.

CONSIDERANDO: Que el primero de dichos fundamentos aparece combatido con notoria eficacia en el primer motivo del recurso, donde se denuncia la infracción del artículo 1.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y del artículo 5.º del de 29 de diciembre de 1931, porque de estas disposiciones, que son las aplicables al caso, como se afirma en el primer considerando de la presente sentencia, la primera de ellas establece el carácter aclaratorio del Decreto en cuestión con respecto al de 29 de diciembre de 1931, y por ello repetidas veces ha afirmado esta Sala que su artículo 5.º no ha suprimido las causas de desahucio establecidas por el artículo 5.º de la segunda de las disposiciones citadas, en el que figura, bajo la letra b), como caso de excepción a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento el de que el propietario justifique su propósito de derribar el inmueble.

CONSIDERANDO: Que bajo otro aspecto resulta infringido el apartado e) del citado artículo 5.º, al absolver de la demanda, en cuanto dicho artículo deniega la prórroga forzosa cuando el propietario justifique su propósito de demoler las construcciones provisionales o accidentales existentes en los solares, concediendo al arrendatario las indemnizaciones marcadas en el párrafo tercero del apartado e) del propio artículo 5.º, citados en el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que igualmente se han infringido por la Sala así el artículo 2.º como el artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al hacer aplicación del mismo a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley y sometidos ya con la propia anterioridad al juicio de los Tribunales mediante la oportuna demanda, contrariando la referida jurisprudencia de esta Sala en tal sentido dictada.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el examen, como es obligado hacerlo al desestimar las razones aducidas por el Tribunal de instancia para la absolución, del fondo del pleito, y haciendo aplicación al mismo de las normas de la Ley de 29 de diciembre de 1931, no puede menos de estimarse que de la documentación aportada resulta claramente la realidad del propósito de derribar los aludidos lavaderos (obtención del permiso municipal para la obra, memoria del arquitecto y proyecto y plano de la misma) y ofrecimiento al inquilino de la indemnización procedente con arreglo a la legislación entonces vigente, sin que sea bastante a desvirtuar este hecho la existencia de una reclamación del año 1943 donde se pide el local al inquilino para destinarlo el propietario a su propia industria, ya que esto no impide el ulterior propósito de derribo frente al actual inquilino.

CONSIDERANDO: Que tampoco cabe exigir como previo el desaloje de los lavaderos a que se contrae la demanda la entrega al arrendatario de las cuatro mil pesetas que se alega satisfizo el inquilino al anterior dueño por el traspaso y la entrega de los enseres que existían en los lavaderos, pues, sobre que el documento en que así se consigna no está reconocido, no resulta claramente del mismo que se trate de un traspaso de local de negocio con enseres propiamente dicho, pudiendo tratarse igualmente de una venta; y, por otra parte, el desahubio se refiere a una construcción en un solar de carácter accidental, no tratándose del caso del artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936 ni del caso de su artículo 5.º

CONSIDERANDO: Que, respecto de la obligación que previene la citada disposición en su artículo 7.º de reservar al inquilino habitaciones en el nuevo edificio resultante de la obra proyectada, es indudable que, aun suponiendo asistiera al inquilino tal derecho, éste no impediría el desaloje y podría ser ejercitado después, y, en definitiva, no se pide en la súplica de la contestación su reconocimiento, y sí sólo la absolución de la demanda.

CONSIDERANDO: Que, por otra parte, aparece ofrecida al inquilino la indemnización a que se refiere el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 en lo aplicable al caso.

CONSIDERANDO: Que, dada la fecha de iniciación del litigio y la falta de temeridad en las partes litigantes, no procede hacer condena de costas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 20 FEBRERO 1951

Arrendamientos urbanos—aumentos de renta autorizados: caducidad de la acción revisoria que asiste al arrendatario.

De acuerdo con la LAU., art. 130, segundo párrafo, el plazo de tres meses de caducidad de la acción revisoria comienza a correr en el momento en que el arrendatario "hubiera realizado el primer pago", y no al extinguirse los treinta días que la Ley le concede (art. 129) para mostrar su conformidad o disconformidad con el aumento.

Cosa juzgada material—sentencias resolutorias de proceso de desahucio.

Aunque las sentencias de desahucio no gozan de la fuerza de cosa juzgada, ello ha de entenderse en cuanto a las cuestiones que no fueron planteadas y resueltas en el proceso de desahucio, y cuya decisión puede determinar la nulidad de éste, pero no a la propiedad del mismo, como la relativa a si por la especialidad del caso era o no necesario el previo proceso de revisión.

Injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba: ámbito de esta causa de impugnación.

La LAU., art. 173, causa cuarta, no autoriza el recurso más que por el "error en la apreciación de la prueba cuando se acredite por la documental o pericial que obre en los autos", y no por el error de Derecho que haya podido cometerse en dicha apreciación.

CONSIDERANDO: Que para la decisión de las cuestiones planteadas en el recurso precisa dejar sentado que la parte demandada, "I. F. E.", tomó en arrendamiento los locales a que la demanda se refiere, según contrato de 11 de agosto de 1943, en 24.000 pesetas al año; que, publicada la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, y en 24 de mayo de 1947, el propietario del inmueble, don A. C., remitió a dicha entidad por conducto notarial carta manifestándola que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 y siguientes de la Ley, elevaba el alquiler a 7.800 pesetas al mes, expresando poner a disposición del inquilino la documentación justificativa de dicha elevación, y no habiéndose satisfecho el aumento de renta exigido, el propietario dedujo demanda de desahucio contra el inquilino por falta de pago, siendo absuelto éste en ambas instancias por estimar el juzgador que la renta debía fijarse previamente en juicio de revisión; y que posteriormente se instó la presente demanda por el citado propietario para que se declarase caducada la acción que pudiera corresponder al inquilino para pedir la revisión de la renta fijada por el propietario, la que debía quedar fijada para lo sucesivo conforme a sus pretensiones.

CONSIDERANDO: Que, dictada sentencia absolutoria en ambas instancias, sin que a los autos se haya aportado justificación alguna de la renta sa-

tisfecha por los locales arrendados en 18 de julio de 1936, según el Registro Fiscal, y entrando en el examen del segundo motivo, aunque primero en orden lógico, del recurso interpuesto contra la sentencia de instancia al amparo de la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, alegando la infracción de los artículos 1.248 y 1.218 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal referente al alcance de la cosa juzgada en relación con el juicio de desahucio, es indudable procede su desestimación, en primer lugar, porque la causa invocada no autoriza el recurso más que por error en la apreciación de la prueba demostrada por la documental o pericial que obre en autos, y no por el error de derecho que haya podido cometerse en dicha apreciación; pero, además, porque la Sala no niega la eficacia de los documentos que se indican en el motivo, sino que se limita a estimar la improcedencia de la declaración de la caducidad de la acción que se solicita:

CONSIDERANDO: Que respecto del primer motivo del recurso, en que, con invocación de la causa tercera del artículo 173 de la citada Ley especial, se alega la infracción de los artículos 129, 130 y 131 de la misma, el examen de los tres preceptos invocados evidencia el acierto con que la cuestión ha sido resuelta por la Sala, porque, si bien es verdad que en principio basta al propietario para llevar a la práctica su derecho a elevar legalmente la renta de la finca arrendada con notificar al inquilino su acuerdo en tal sentido y la causa de éste para que aquél pueda comprobar la justicia de la elevación; y que el silencio del inquilino durante los treinta días siguientes a dicha notificación se estima como conformidad, lo que faculta al arrendador para girarle el recibo al siguiente período de renta, figurando dicho aumento por separado, y también lo es que, si dicha cantidad no se abonase se reputará esto como falta de pago de la renta, no es menos cierto que el Tribunal estima probado que el inquilino hizo llegar al propietario su disconformidad, lo que impediría en todo caso estimar su tácita aceptación; pero, además, aun admitiendo en hipótesis que tal manifestación no existiera, nunca se darían en el presente caso términos hábiles para hacer aplicación del último párrafo del artículo 130, según el cual, no obstante la conformidad tácita del inquilino, si la cantidad girada resultase superior a la autorizada por la Ley, dentro de los tres meses de la fecha en que hubiese realizado el primer pago tendrá el inquilino acción revisoria contra el arrendador, porque, no habiendo realizado el inquilino pago ninguno del aumento de renta, y siendo éste el punto de partida para los tres meses de plazo otorgados para el ejercicio de la acción, no es posible entender caducada una acción que no ha nacido todavía, sin que por ello quede el propietario privado de ejercitar su derecho al aumento de la renta, si realmente le asiste, lo que podrá verificar en el juicio de revisión correspondiente, según le señaló la sentencia del juicio de desahucio por falta de pago, anteriormente seguido por el mismo contra el inquilino, cuyo fallo indudablemente le obliga, sea cual fuere el acierto de la decisión, con la fuerza legal de la cosa juzgada, pues aunque las sentencias de desahucio no gozan de dicho valor, ello ha de entenderse en cuanto a las cuestiones que no fueron planteadas y re-

sueltas en el juicio de desahucio, y cuya decisión puede determinar la nulidad de éste, pero no a las propias del mismo, como la relativa a si por la especialidad del caso era o no necesario el juicio de revisión, según tiene declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1951

Competencia—compraventa—valor del pago de parte del precio a los efectos de determinar la competencia.

Es reiterada la doctrina que establece que los géneros de comercio se entienden entregados, salvo pacto en contrario, en el establecimiento del vendedor, siendo Juez competente el de éste, máxime cuando en el mismo comenzó a pagarse el precio, cuyo resto es objeto de reclamación.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1951

Causa—en los contratos onerosos—reciprocidad y equivalencia de las prestaciones.

Las obligaciones recíprocas en cuya prestación o promesa se ha de entender, conforme al artículo 1.274 C. c., que tiene su causa para cada parte contratante el contrato oneroso, son las que una a otra se contraponen, de tal modo que si una se incumple no es exigible por el incumplidor la a ella contrapuesta, sin que las caracterice una equivalencia o igualdad de valoración.

Moderación judicial, por equidad, del desequilibrio de las prestaciones contractuales.

ANTECEDENTES.—El actor había llevado, en abril y mayo de 1936, a una fábrica de harinas propiedad de los demandados, ciertas cantidades de trigo para su transformación en harina, retirando los vales correspondientes. Por costumbre local, el trigo se mezclaba en la fábrica con el de otros agricultores sin individualizarse el de cada uno. En septiembre de 1936, antes de que el actor retirara la harina, los marxistas se incautaron de la fábrica, en la que, al terminar la guerra de liberación, no quedaba trigo ni harina. En 1939, el actor reclamó privadamente la entrega de la harina, sin éxito. En 1944 intentada sin avenencia la conciliación, se entabló demanda. En primera instancia se condenó a los demandados a entregar la harina, o, subsidiariamente, su valor en 1936. Apelaron ambas partes. En apelación se modificó el fallo en el sentido de atenerse al valor de 1944. Los demandados interpusieron recurso de casación, limitado a este último extremo, es decir, aceptando el fallo de primera instancia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. considerandos.

CONSIDERANDO: Que en el primero de los motivos del recurso, poniéndose en relación, que manifiestamente no se da para el efecto que en él se pretende, los artículos del Código civil 1.274, definidos de lo que ha de enten-

derse por causa en los contratos onerosos; 1.289, que contiene una regla de interpretación de los mismos, sólo aplicable cuando mediante las que la preceden no pueda resolverse la duda acerca de cuál fué la intención de los contratantes, y 1.258, relativo al cumplimiento de lo pactado desde la perfección contractual, alegan los recurrentes la violación de tales preceptos por no haber sido tenidos en cuenta y aplicados por el juzgador, razonando este parecer y el supuesto de la concordancia de los artículos que como infringidos cita, en el sentido de que siendo la causa para cada parte en los contratos onerosos la prestación a la que la otra se obliga, y habiéndose de resolver las dudas sobre su contenido en favor de la mayor reciprocidad de intereses, esta reciprocidad representativa de la causa es la equivalencia, por donde llegan a la conclusión de que las prestaciones recíprocas de los contratantes han de tener igual valor dinerario y que, consiguientemente, el de la harina que los demandados han de satisfacer al actor ha de ser el mismo que tenía cuando éste hizo entrega de su trigo en el año 1936; mas, aparte de que la cuestión así planteada no puede ser acogida en el recurso por no haber sido propuesta y discutida en el pleito, cuanto razonan los recurrentes descansa sobre un supuesto equivocado, porque *las obligaciones recíprocas en cuya prestación o promesa se ha de entender, conforme al artículo 1.274 del Código civil, que tiene su causa para cada parte contratante el contrato oneroso, son las que una a otra se contraponen, de tal modo que si una se incumple no es exigible por el incumplidor la a ella contrapuesta, sin que las caracterice una equivalencia o igualdad de valoración que si hubiera de concurrir en todo contrato sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del mencionado Código.*

CONSIDERANDO: Que de lo que antecede se sigue que al no aplicar la Sala sentenciadora de instancia los artículos que como violados en este concepto cita el motivo no puede incidir en su infracción, ya que nada ha resuelto que sea contrario a lo que disponen; y aunque en el mismo motivo se aducen razones de equidad, y el sentido moderador y distributivo de los perjuicios en materia de contratación, que preside la Ley de 7 de diciembre de 1939, llamada de desbloqueo, y la de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja, no es posible desconocer que la especialidad de sus disposiciones sólo es aplicable a los casos que regulan expresamente, y que si la tendencia y criterio que las inspira ha llegado a influir en algunos muy contados, para que *esta Sala haya usado la facultad de acomodar lo convenido por las partes contratantes a una moderación en su cumplimiento ante las circunstancias que acusadamente concurrían en ellas, lo ha hecho con cautela y justificación notoria*, que excluyen de igual amparo al caso sometido al presente recurso, en el que no cabe admitir que entre las prestaciones que obligan a ambas partes litigantes se haya producido el injustificado desequilibrio contrario a la equidad que la recurrente afirma, porque *siendo cierto que el precio de la harina que con arreglo a los vales fundamentales de lo pedido en la demanda había de ser entregada al demandante era en el año 1936 muy inferior al que en la actualidad alcanza, también lo es que el valor adqui-*

sitivo actual de su importe dinerario, aún no satisfecho, es mucho menor al que en aquel tiempo tenía.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso, puesto al doble amparo de los números séptimo y primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, acusa a la sentencia recurrida de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión del demandante, y de infractora del artículo 1.100 del Código civil, al señalar como fecha-base para la liquidación del contrato discutido la del acto conciliatorio, pero ni la Sala sentenciadora apreció equivocadamente el hecho, confesado por el actor, de que a los pocos meses de la liberación había ido a reclamar a los demandados el cumplimiento de su obligación, al estimar que con ello seguía indeterminada la fecha atendible para el efecto de que los deudores quedasen obligados al pago pedido en la demanda, ni infringió al señalar la del acto conciliatorio un precepto que como el citado nada dispone respecto al expresado extremo, sino que establece y regula los casos y momento en los que los obligados incurren en mora, que es cuestión extraña a la que el motivo propone; por lo cual también ha de ser éste desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 FEBRERO 1951

Casación—resoluciones recurribles: dictadas en la pieza de ejecución de sanciones impuestas por el Tribunal Nacional de Responsabilidades Políticas.

A tenor de lo dispuesto por la L. de 9 febrero 1939, artículo 31 (no derogado por la Ley de 19 febrero 1942, artículo 9.º, ni modificado por la Orden de 27 junio 1945), no se da recurso alguno contra las resoluciones que dicten los jueces especiales en las reclamaciones e incidentes que tengan su origen o se relacionen con la pieza separada que aquéllos tramiten para hacer efectivas las sanciones económicas impuestas.

Casación—desestimación por causas de inadmisión.

Las causas en que pueda fundarse la no admisión de un recurso de casación son pertinentes para desestimarlo al resolver en el fondo.

SENTENCIA 27 FEBRERO 1951

Procesal—prueba documental—aportación de documentos en período de prueba—su admisibilidad.

La prohibición del art. 506 de la LEC, sólo afecta a los documentos de fondo, pero no a aquellos que tienen por objeto acreditar el carácter con que el litigante se presenta en juicio.

CONSIDERANDO: Que el problema esencial, planteado en este recurso se contrae a decidir si procedió o no aquélla con acierto al estimar la acción ejercitada, a pesar de no haber presentado el actor, hasta el período de prueba, el testimonio expresivo de su condición de heredero del causante.

CONSIDERANDO: Que aparte de que es doctrina de esta Sala que para los efectos de casación en el fondo no pueden tener eficacia los preceptos de orden procesal comprendidos en los artículos 503 a 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es lo incierto que al conceder el fallo recurrido valor probatorio al testimonio del auto de declaración de herederos, traído a los autos en el período de prueba, no incidió en la infracción de dichas normas, porque si bien es cierto que el artículo 506 de la Ley procesal prohíbe admitir después de la demanda y la contestación otros documentos que los comprendidos en alguno de los casos en tal precepto enumerados, no lo es menos que tal prohibición sólo afecta a los documentos de fondo, a que se refiere el artículo 504 de la propia Ley, pero no a aquellos otros que, como declara la sentencia de 5 de abril de 1911, tienen por objeto acreditar el carácter con que el litigante se presenta en juicio, cuando el derecho que reclame provenga de habersele otro transmitido por herencia o cualquier otro título a que se refiere el número 2.º del artículo 503, por cuanto éstos afectan, más bien que al derecho, a la personalidad del demandante, dada la íntima relación que guardan con lo preceptuado en el artículo 533, que autoriza la excepción dilatoria de falta de personalidad cuando no se justifica la condición de heredero.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 FEBRERO 1951

Hipoteca a favor del Estado, constituida por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional—preferencia: requisitos.

La preferencia que le concede el art. 1.º de la Ley de 26-XI-1941 sólo se entiende aplicable a los préstamos realizados de acuerdo con la finalidad y razón de la ley.

ANTECEDENTES.—Una casa, destruída por la guerra, fué reconstruída con ayuda de dos préstamos con garantía hipotecaria, hechos por particulares. Los gastos producidos por los últimos detalles, así como algunas mejoras y un pabellón anexo, se sufragaron por medio de dos nuevos préstamos, esta vez del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, que inscribió dos nuevas hipotecas sobre la misma finca, con la preferencia que le conceden las leyes. Uno de los primitivos acreedores hipotecario, demanda la posesión de tales hipotecas; el Juzgado y la Audiencia dan lugar a la demanda. El Abogado del Estado, demandado y apelante, recurre en casación.

MOTIVO.—Al amparo de 1.692. 1.º LEC: inaplicación e interpretación errónea del art. 1.º de la Ley de 26-IX-1941, en relación con el 8.º de la Ley de 16-III-1939, y los principios "cuando las palabras no son ambiguas, no puede haber cuestión alguna en cuanto a la intención" y "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".

CONSIDERANDO: Que a la acertada interpretación dada, en la sentencia recurrida, al artículo 1.º de la Ley de 26 de septiembre de 1941, *apoyada en los precedentes, preámbulo, razón, fin y justos límites de aplicación de dicho precepto* se opone, en el recurso, la del recurrente, de la cual deduce que basta que el Instituto de Crédito convenga un préstamo, sin destino determinado, asegurado con hipoteca, para que ésta tenga preferencia sobre cualquier otra constituida con anterioridad sobre la misma finca, interpretación que conduciría al absurdo legal y a la injusticia de que dejando sin finalidad los preceptos reguladores de las precauciones y garantías que deba adoptar el Instituto, para que el importe de sus préstamos se destine a lo prevenido en la ley, bastaría hacer el préstamo con hipoteca fuera de sus misiones (art. 2.º de la Ley de 16 de marzo de 1939), sobre finca, aun no necesitada de reconstrucción y cuyo importe se destinase a un fin lícito o no, para gozar tal hipoteca de preferencia legal sobre las anteriores, convirtiéndose, sin razón alguna, lo que la ley quiso en beneficio hasta de los propios titulares de éstas, en una "expoliación", como dice la Audiencia, "de intereses particulares legítimamente constituidos".

CONSIDERANDO: Que para evitar esa inadmisibile conclusión, se hace precisa, para la aplicación del precepto legal citado, en orden a la preferencia hipotecaria concedida, *la distinción del fin del préstamo*, como se hace en la sentencia recurrida, sin infringir dicho precepto, ni los principios citados en el único motivo del recurso, improcedente en consecuencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 FEBRERO 1951

Competencia—principio de prueba sobre la existencia de un contrato de venta de mercancías: juez competente.

La correspondencia cruzada entre demandante y demandado junto con la intervención de un agente comercial y la retirada de la estación del ferrocarril de la mercancía, acreditan la existencia del contrato de compraventa, y no habiendo sumisión de las partes, será juez competente el del lugar donde deba cumplirse la obligación, que es el de entrega de la cosa vendida que en la compraventa mercantil se presume hecha en el lugar donde tiene el vendedor su establecimiento.

SENTENCIA 3 MARZO 1951

Arrendamientos urbanos—resolución de contrato por ruina de la casa.

El apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 no puede invocarse cuando el derribo se ordena por la propia autoridad como medida de policía en uso de sus atribuciones.

ANTECEDENTES.—Véanse los considerandos 1.º y 2.º

MOTIVOS.—Sólo interesan a la resolución los articulados con los números:

2.º Inaplicación del artículo 1.568 en relación con los 1.182 y 1.105 del Código civil; y

3.º Interpretación errónea y aplicación indebida del apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora declara, como cuestión de hecho resultante de las alegaciones de las partes y prueba practicada, que, en los últimos días de junio de 1946 y primeros del mes siguiente, la Alcaldía de T. ofició a entrambos litigantes para que, como arrendatario el uno y propietario el otro de la casa número 8 de la calle de C. de dicha ciudad, procedieran, sin excusa ni pretextos aiguno, en el plazo de dos o tres días, a su desalojamiento y demolición, con el fin de evitar desgracias personales, y en atención a su estado de ruina inminente, puesto de manifiesto como consecuencia del derrumbamiento de las casas números 2 y 4 sitas en la misma calle.

CONSIDERANDO: Que firmes tales órdenes, desalojado el inmueble ruinoso y reconstruido un nuevo edificio sobre el solar originado por el derribo, el fallo de instancia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró el derecho del arrendatario a ocupar el edificio o locales resultantes de la reconstrucción, una vez terminadas las obras, por la sola consideración de que, si bien la inminencia del riesgo no admitía demora y, por ello, la autoridad municipal pudo ordenar el inmediato derribo, lo que equivale de hecho a la terminación del arriendo, éste no quedó extinguido de derecho hasta tanto que no se ejercitara y prosperase la acción resolutoria del contrato, a base de la declaración de ruina de la finca.

CONSIDERANDO: Que para hacer tal declaración el Tribunal de instancia no invoca más fundamentos que el apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sin tener en cuenta que este precepto sólo puede alegarse en el supuesto de que sea el propietario del inmueble ruinoso quien ejercite la acción de desahucio, como causa de excepción a la prórroga del arriendo, en cuyo caso será indispensable, para estimar la demanda, aportar certificación de declaración de ruina decretada en expediente contradictorio, seguido ante la autoridad municipal; pero no puede invocarse cuando, como aquí acontece, el derribo se ordena por la propia autoridad como medida de policía, en uso de las facultades que la están atribuidas por el artículo 389 del Código civil y legislación municipal.

CONSIDERANDO: Que, esto sentado, es llano que la situación de hecho enjuiciada en esta litis reviste todos los caracteres de un supuesto de pérdida de la casa arrendada, por un acaecimiento imprevisto, y que el propietario, que es quien en mayor grado experimentó el daño, no podía evitar, ya que es notorio que cualesquiera que fuesen los recursos utilizables, en vía administrativa o contenciosa, contra la orden de demolición ésta tenía que cumplirse inexcusablemente, ya que si el propietario no derruía la finca la autoridad podía hacerla demoler a costa del mismo.

CONSIDERANDO: Que de lo dicho se deduce que, al perecer por caso for-

tuito la cosa arrendada, el contrato quedó resuelto de pleno derecho, por ser ésta el objeto esencial para su existencia, conforme a lo establecido en el artículo 1.568, en relación con los 1.536 y 1.261 del Código civil; y sin que de tal pérdida pueda derivarse responsabilidad alguna para el dueño, a tenor del artículo 1.105 del propio Cuerpo legal, de aplicación a la cuestión controvertida, como legislación supletoria, por no hallarse previsto tal supuesto en la legislación de inquilinato vigente al tiempo de producirse los hechos originarios de la demanda.

CONSIDERANDO: Que al no entenderlo así la Sala de instancia ha incidido en la injusticia notoria que la atribuyen los motivos segundo y tercero del recurso, por la infracción clara de los preceptos que en ellos se invocan, procediendo su estimación, sin necesidad procesal de examinar los restantes.

CONSIDERANDO: Que por los razonamientos de carácter legal expuestos procede declarar haber lugar al recurso, revocar la sentencia dictada por el Juez y desestimar la demanda en todas sus partes, absolviendo al demandado, condenando al actor al pago de las costas de primera instancia, sin mención especial de las de segunda y las correspondientes a este recurso.

FALLO.—Ha lugar, con los pronunciamientos del último considerando.

SENTENCIA 9 MARZO 1951

Beneficio de pobreza—requisitos—embargo de los bienes del solicitante—carga de la prueba—facultades de apreciación del Tribunal—ocultación maliciosa.

De acuerdo con los arts. 13, 14, 15, 17, 24, 28 y 29 de la LEC., sólo se concederá el beneficio de pobreza legal a los litigantes que demuestren haber comprendido en la demanda todos sus medios de subsistencia, y los de su mujer e hijos, en su caso, sin ocultar ninguno.

El caso 5.º del art. 15 de la LEC exige el embargo "total" de los bienes del solicitante, no bastando el de la mayor parte de éstos.

Toca demostrar al solicitante, y no a los que se opongan a la concepción, la certeza de sus manifestaciones, así como demostrar, cuando ha venido litigando antes en concepto de rico, haber venido a peor fortuna.

Los Tribunales tienen cierta libertad para apreciar las pruebas practicadas, no sólo por los signos exteriores que enumera el art. 17 de la LEC, sino también para calificar como maliciosas las ocultaciones que se realicen al redactar la demanda.

SENTENCIA 31 MARZO 1951

Competencia: Compraventa: juez competente.

A falta de sumisión expresa o tácita, es Juez competente para conocer de las acciones personales derivadas de una compraventa mercantil,

el del lugar donde debe cumplirse la obligación, siendo éste el de entrega de la cosa vendida que se presume hecha en el lugar donde tiene el vendedor su establecimiento mercantil.

SENTENCIA 31 MARZO 1951

Procesal—casación—eficacia de los motivos.

No se pueden apoyar los motivos de un recurso, fundados en el número 1.º del artículo 1.692, en una afirmación que aparece no demostrada en la sentencia de instancia.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso acusa la vulneración en la sentencia del artículo 1.203 del Código civil, alegando que al convenio celebrado por las partes, y que se hizo constar por escrito, se adicionó un pacto verbal en el que se estipuló que no estarían obligados los recurrentes a desalojar los locales propiedad del recurrido en tanto no quedasen libres y a disposición de aquéllos los que a los mismos pertenecen, añadiendo el motivo segundo que la obligación de que se trata tiene, por tanto, el carácter de condicional y que al no reconocerlo así infringe el fallo de instancia el artículo 1.113 del citado Código, sosteniendo, finalmente, el motivo tercero de los invocados que está sujeta a plazo la obligación de desalojar los locales objeto del arriendo y que la Sala sentenciadora quebranta el artículo 1.125 del repetido Código al no admitir la existencia del plazo pactado.

CONSIDERANDO: Que para apreciar debidamente la eficacia de los indicados motivos debe tenerse en cuenta que las alegaciones de los mismos se apoyan en una fundamental afirmación, cual es la de que al convenio escrito que liga a las partes se añadió un pacto verbal por el que se facultó a los recurrentes para continuar ocupando los locales arrendados hasta que quedasen libres y a su disposición los que les pertenecen en propiedad; pero declarado en el considerando tercero de la sentencia del Juzgado, aceptado en la apelación, que no se demostró la existencia de dicho pacto verbal, aparece manifiesto que no impugnada en el recurso tal declaración por el cauce señalado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, desaparece la base de los tres motivos de casación invocados, imponiéndose la desestimación del recurso.

SENTENCIA 16 MAYO 1951

Arrendamientos urbanos: desahucio: de un solar: legislación aplicable

En reiteradas sentencias, entre ellas, las de 2 de marzo de 1948, 2 de diciembre de 1949 y 31 de enero de 1950, la Sala ha declarado que no es aplicable la legislación especial de arrendamientos urbanos, sino la común a los arrendamientos de solares, aunque el arrendatario hubiera sido autorizado para construir un cobertizo con la finalidad de resguardar determinada maquinaria.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT,
con la colaboración de José María DESAN-
TES, Manuel GONZALEZ, José Antonio
PRIETO y Luis Saucto MENDIZABAL.

SENTENCIA 8 FEBRERO 1951

Conversión de aparcería en arrendamiento: límite.

Los aparceros que hayan de convertirse en arrendatarios no pueden disfrutar de otros beneficios que aquellos que al arrendatario están asignados.

No ha sido propósito del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 admitir un divorcio tan prolongado entre propietario y cosa que conduzca a los aparceros a prolongar su estancia en el fundo por tiempo muy superior al que como arrendatarios hubieran podido reclamar.

ANTECEDENTES.—Terminada la aparcería de unas fincas rústicas, los aparceros solicitan su conversión en arrendamiento. Los demandados propietarios se oponen y reconvienen para la pérdida de las labores y siembras realizadas después de la fecha de terminación del contrato. El Juzgado absuelve y la Audiencia estima la demanda.

MOTIVOS.—Primero. Violación del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 en relación con el 2.º de la de 28 de junio de 1940 y el 6.º de la de 23 de julio de 1942.

Segundo. Aplicación errónea del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

CONSIDERANDO: Que se estima común a todos los aspectos de las cuestiones suscitadas en el pleito, uno fundamental, cual es el de decidir si los demandantes, dadas sus circunstancias de permanencia en el fundo, pueden usar del derecho que para la relación aparcerera regula el artículo 1.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

CONSIDERANDO: Que conforme a la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 15 de febrero de 1948, y en la que hoy ha de insistir aquel derecho, tiene en el precepto una nota limitativa, cual es la de que los aparceros que hayan de convertirse en arrendatarios no pueden disfrutar de otros beneficios que aquellos que al arrendatario están asignados. Ahora bien, por manifestación expresa de ambas partes, consta que el tiempo que los demandantes llevan en posesión y cultivo de la heredad a que el pleito se contrae, es tan extenso—dijeron—“que parte de ellos nacieron en la finca T. de S. M., de la que sus padres eran arrendatarios”, “con el transcurso del tiempo pasaron a ser arrendatarios y después aparceros”.

que con estos antecedentes de ineludible observancia, ha de concluirse que la pretensión de los actores conduce a prolongar su estancia en T. de S. M., por tiempo muy superior al que como arrendatarios hubieran podido reclamar, y como esta aspiración no la permite el texto del citado artículo 7.º, debe desestimarse; no ha sido propósito de este precepto admitir divorcio tan prolongado entre propietario y cosa.

CONSIDERANDO: Que con relación al caso del pleito, no existe la comentada convención, huelga tratar si hubiera de estorbarle el propósito de los demandados a cultivar directamente la finca; y conformes los litigantes en que la relación de aparcería terminaba el día 31 de octubre de 1946, ciertamente que a estos hechos han de ajustarse los oportunos pronunciamientos.

CONSIDERANDO: Que no ha sido probado ni el hecho, ni la cuantía de la reclamación articulada en vía reconvenzional respecto a siembras y labores.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe por parte de los recurridos en el presente recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1951

Aparcería—extinción: muerte del aparcero.

Si bien, conforme al art. 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935, la muerte del aparcero concede al propietario el derecho a rescindir el contrato de aparcería, para que éste no pueda ser continuado por los herederos es preciso que el propietario reclame expresamente la rescisión del convenio y que ésta sea acordada.

Recurso de revisión: injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—acatamiento al criterio del juzgador de instancia no impugnado debidamente—documento auténtico: testimonio de pruebas de confesión y testifical practicadas en un interdicto.

La apreciación de la prueba realizada en instancia ha de prevalecer mientras no sea combatida con éxito.

Los particulares relativos a las pruebas de confesión y testifical practicadas en un juicio de interdicto seguido entre las mismas partes que este litigio, aunque aparezcan incluidos en un testimonio de particulares del juicio interdictal, no tienen el carácter de prueba documental y, por tanto, no pueden aceptarse como elementos valorativos del error que pretende acusar el recurrente.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1951

Contratos—simulación: personas que pueden impugnarla.

Solamente podrá impugnar la supuesta simulación, aunque ésta encubriera un hecho ilícito, el que por ella resultara perjudicado, y no los actores que contribuyeran a ella.

Carga de la prueba.

El demandante que exige el cumplimiento del contrato debe probar su existencia; el que pretende la indemnización de perjuicios debe probar su causa y su realidad; el que pretende el reintegro de la posesión arrendaticia debe probar que la tenía y fué ilegítimamente despojado de ella.

Recurso de revisión: injusticia notoria por infracción de precepto legal—requisitos: expresión del concepto en que la ley fué infringida—cuestiones nuevas.

No procede estimar el recurso cuando no se expresa en qué concepto se suponen infringidos los preceptos que se alegan, y no se descubre que esos preceptos tengan relación alguna con lo que ha sido objeto del pleito.

Recurso de revisión: injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—documento auténtico: documentos discutidos en el pleito.

No puede demostrar el error en la apreciación de la prueba el documento cuya interpretación es precisamente el objeto del pleito.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1951

Arrendamientos rústicos—acción de retracto: caducidad (1).

Recurso de revisión—requisitos: impugnación del “fallo”.

Es aplicable al recurso extraordinario de revisión la doctrina jurisprudencial que, referida al de casación, declara que ésta sólo se da contra la parte dispositiva del fallo.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1951

Arrendamientos rústicos—terminación: disposiciones adicionales de la Ley de 1942.

No es “prórroga establecida por expresa voluntad de las dos partes” la tácita reconducción, aunque se estipulase en el contrato tal modo de continuar la relación arrendaticia.

(1) Por referirse exclusivamente al supuesto de hecho litigioso, la sentencia no contiene en este punto doctrina legal.

Arrendamientos rústicos: colectivos.

Un arrendamiento "mancomunado y solidario" no está comprendido entre los "colectivos" de la Ley de 18-III-1944, art. 3.º

ANTECEDENTES.—En 1926 se pactó un arrendamiento de varias fincas rústicas, por cuatro años, prorrogables por plazos de cuatro mientras no hubiera aviso con un año de antelación; los arrendatarios se obligaban "mancomunada y solidariamente", y la renta anual era de unos 55 Qm. Donadas las fincas en 1946, los adquirentes intentan el desahucio al amparo de las disposiciones adicionales de la Ley de 23-VII-1942. Denegado por el Juez, es concedido por la Audiencia.

MOTIVOS.—1.º Al amparo de la norma 7.ª, causas 3.ª y 4.ª de la disposición transitoria 3.ª, A), de la Ley de 28-VI-1940: infracción de 1.543 y 1.566 C. c.: la continuación del contrato no se producía por efecto de este último artículo, sino por expresa estipulación en el contrato.

2.º Al amparo de las mismas causas 3.ª y 4.ª: infracción del art. 3.º de la Ley de 18-III-1944, por no haberse dividido la renta por el número de arrendatarios.

3.º Al amparo de la causa 3.ª: inaplicación del art. 9.º de la Ley de 23-VII-1942 y aplicación indebida de la disposición adicional 2.ª

CONSIDERANDO: Que por el primer motivo del recurso se hace supuesto de no estar vencido el plazo contractual, por el pacto existente de prórroga mientras no mediare aviso con un año de antelación, aviso que no ha mediado, pero aquí se oída que *la interferencia de la Ley de 1942 lleva a ultimar los contratos anteriores a ella, sin más distingos que los establecidos en la misma, entre los cuales no se encuentra esa particular condición, que no puede aceptarse como expresa prórroga por concorde voluntad de las dos partes; y como no significan esa determinación de plazo ni se aplica la tesis de tácita reconducción no se han cometido las infracciones que se apuntan y menos se ha incidido en el error en la apreciación de pruebas que se atribuye sin citar elemento documental capaz de demostrarlo, por todo lo cual el motivo es desestimable.*

CONSIDERANDO: Que por el segundo motivo recurrente se invoca la aplicación de la Ley de 18 de marzo de 1944 pretendiendo que la renta a pagar por cada uno de los recurrentes es menor de 40 quintales métricos de trigo, mas no se tiene en cuenta que lo previsto en esta ley se refiere a los arrendamientos colectivos, entre los cuales no cuenta el presente que lo es mancomunado y solidario respecto todos y cada uno de los demandados.

CONSIDERANDO: Que por el tercero y último motivo preténde el recurrente ser inaplicable la adicional segunda de la Ley de 23 de julio de 1942, pero es cierto que no se apoya en razón ninguna esa inaplicabilidad, ni tiene que hacerse alusión al artículo 9.º de la misma ley porque no se ha ejercido acción como adquirente, de modo que el dilema así planteado no tiene consistencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1951

Revisión—cuestiones nuevas.

Revisión—apreciación conjunta de la prueba.

ANTECEDENTES.—Pretendido un desahucio de varios arrendatarios, no prospera frente a uno de ellos en ambas instancias. El dueño interpone recurso.

MOTIVOS.—1.º Infracción de los arts. 313 y 38 LH, pues el título del demandado, a diferencia del demandante, no estaba inscrito.

2.º Error de hecho.

CONSIDERANDO: Que por el primer motivo del recurso se plantea un tema absolutamente nuevo y por lo mismo inoperante, ya que la lealtad litigiosa no permite traer a estas alturas de discusión puntos antes no debatidos.

CONSIDERANDO: Que por el motivo segundo recurrente se aspira para demostrar el error que en la apreciación de pruebas que acusa a que se adopte en su plenitud un dictamen de peritos prácticos que da solución acorde en un todo con la demanda, pero, naturalmente, se olvida que no es dable otro significado a tal dictamen que el de manifestaciones testimoniales insustanciales cuando no son valoradas por otros medios para determinar una injusticia notoria en esa apreciación.

CONSIDERANDO: Que tampoco es estimado el último motivo porque no se ve la injusticia por los documentos que se aducen que, en contradicción con otros, no valen al efecto de destruir éstos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1951

Justiprecio de una finca expropiada: normas de valoración.

ANTECEDENTES.—Solicitada del Instituto Nacional de Colonización la expropiación de una finca, ésta fué declarada de interés social, con carácter de urgencia. El perito del Instituto la tasó en dos millones ciento cincuenta mil pesetas; el de la propietaria, en cinco millones veinticinco mil pesetas, y el tercer perito, nombrado por el Juzg., en tres millones quinientas veintiséis mil quinientas pesetas. El Consejo Nacional de Colonización solicitó nuevo dictamen a los tres peritos, advirtiendo que ni el de la propietaria ni el tercero se habían ajustado a las normas de valoración contenidas en el art. 5.º de la Ley de 27 abril 1946. Ratificados los tres peritos en el anterior dictamen, el Consejo fijó el precio en la cantidad señalada por el perito de la Administración. La propietaria recurre en revisión al amparo del núm. 4.º del art. 7.º de la Ley de 27-IV-1946.

CONSIDERANDO: Que inconcebible la diferente valoración pericial, por técnicos de la misma capacidad en el ramo—Ingenieros Agrónomos am-

bos—, dada a la finca, que uno gradúa en dos millones ciento cincuenta mil pesetas, mientras otro la estima en cinco millones veinticinco mil pesetas, da idea esa misma diferencia de no ser justas ni una ni otra de las cantidades señaladas, que por lo mismo tienen que reelegirse, pues en un criterio racional no es admisible ni que valga tanto ni tan poco predio sobre cuya caudal y aprovechamiento no se discute.

CONSIDERANDO: Que el valor asignado por el tercer perito, que al fin viene a ser partir las diferencias entre los otros, tiene en su pro, aparte de la garantía de imparcialidad que den su nombramiento judicial y el cargo de Jefe Agronómico de la provincia, ser dicho perito conocedor de aquellos parajes y de fincas similares y no haber olvidado la comparación con otras fincas sin dejarse influir por sofismas, cual la presentación como ejemplo del precio que va alcanzando la finca Moralita, olvidando que su venta se hace en condiciones particularísimas que la deprecian.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, y porque en conciencia se cree que el valor señalado por el perito tercero responde más que los otros a los fines que la Ley persigue, se acepta como base el justiprecio que éste hizo, pero observándose que calcula bajo el supuesto de que los ganados que dice puede sostener la finca existan todos, y ello en la práctica no suele ocurrir, debe hacerse un prudencial descuento, reduciéndolo.

FALLO.—Dando lugar al recurso y fijando en tres millones doscientas setenta y cinco mil pesetas el valor que por la finca expropiada... debe abonarse a su propietaria... a la que también se pagará el precio de afectación e intereses que correspondan.

SENTENCIA 26 FEBRERO 1951

Aparcería—colaterales: ámbito de la excepción.

El último párrafo del art. 1.º de la Ley de 15-III-1935 al exceptuar de la Ley los contratos celebrados entre colaterales del segundo grado, debe entenderse que se refiere sólo a los consanguíneos.

Parientes.

Cuando en Derecho civil se habla de parientes, sin más aditamentos, se hace referencia a los consanguíneos, no a los afines.

Aparcería—desahucio: procedimiento.

El procedimiento aplicable a los desahucios en los contratos de aparcería es el establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.

ANTECEDENTES.—Un propietario consigue el desahucio de un aparcerero por deslealtad y fraude. La Audiencia revoca el fallo porque siendo cuñados demandante y demandado no puede aplicarse a su contrato el art. 47 de la Ley de 1935, ni es adecuado el procedimiento de la de 1940. El demandado interpone recurso de revisión.

MOTIVOS.—1.º Al amparo de la causa 3.ª de la regla 7.ª de la disposición transitoria 3.ª, A), de la Ley de 28-VI-1940: infracción del último párrafo del art. 1.º de la Ley de 15-III-1935.

2.º Al amparo de la misma causa 3.ª: infracción de la norma 1.ª de igual disposición transitoria 3.ª, en relación con los arts. 1.589 y 1.590 LEC y violación del art. 47 de la Ley de 15-III-1935: aunque no fuera aplicable la legislación especial, cabría el desahucio según reiterada jurisprudencia.

CONSIDERANDO: Que constituye base principal de este recurso la interpretación que se ha dado por la Sala *a quo* al último párrafo del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, que se juzga equivocada, con la que se excluye indebidamente de la aplicación de la Ley citada al contrato de aparcería motivo del pleito.

CONSIDERANDO: Que el párrafo aludido dispone: "No obstante, quedarán exceptuados de esta Ley, salvo pacto en contrario, los contratos de esta naturaleza cuando se conciertén entre ascendientes y descendientes, por consanguinidad, afinidad o adopción, como igualmente los celebrados entre colaterales del segundo grado", dándose por la Sala sentenciadora a dicho párrafo la interpretación de que el vocablo "igualmente" que se emplea al hablar de los contratos celebrados entre colaterales es extensivo a los parientes para consanguíneos (?) cuando se ocupa de los celebrados entre ascendientes y descendientes, sin tener en cuenta que el concepto que rige dicho párrafo es el de que "quedarán exceptuados de esta Ley", y la excepción comprende dos grupos de parientes: unos, los ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción; otro, el de los parientes colaterales del segundo grado, que "igualmente" quedan exceptuados, *sin que, con tal redacción, pueda entenderse que la excepción comprende también a toda clase de parientes colaterales de segundo grado que se enumeran al hablar de los ascendientes y descendientes, y porque el sentido natural y lógico de dicha palabra es el de referirlo a la excepción de que se ocupa el párrafo indicado, según la redacción que al mismo se ha dado.*

CONSIDERANDO: Que cuando en Derecho civil se habla de parientes, sin más aditamentos, se refiere a los consanguíneos, no a los afines, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1905, y por ello, al referirse el párrafo indicado a los colaterales de segundo grado deben entenderse solamente los consanguíneos; interpretación obligada, no sólo por la redacción gramatical de dicho precepto, sino porque tratándose de una excepción, como la que en el mismo se contiene, no puede dársele el sentido extensivo que la sentencia recurrida le da, por ser norma de interpretación la de que las excepciones deben interpretarse restrictivamente.

CONSIDERANDO: Que aparece, pues, inconcuso que al hablar el precepto repetido de colaterales de segundo grado se refiere solamente a los consanguíneos, y como el parentesco que une a los litigantes de este pleito es por afinidad, están fuera de la excepción que repetido artículo contiene y, por tanto, se rige su contrato de aparcería por las disposiciones contenidas en la Ley de 15 de marzo de 1935, en cuanto no hayan sido

derogadas, y no lo han sido respecto a las causas de desahucio que establece el artículo 47, cuya existencia se reconoce, acertadamente, en la sentencia de la primera instancia, revocada por la de la Audiencia, por estimar exceptuados de la aplicación de dicha Ley a los litigantes en el pleito, como cuñados que son infringiendo con tal interpretación los preceptos que en el recurso se citan y que obligan a estimar éste.

CONSIDERANDO: Que, asimismo, es de estimar el segundo motivo del recurso, ya que, como se dice en la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1946, *el procedimiento aplicable a los desahucios en los contratos de áparceria es el establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos*, que es el que se ha seguido, por fundarse el desahucio en una de las causas contenidas en el artículo 47 de la repetida Ley de 1935, y por ello, procede también estimar el motivo tercero, por no ser de aplicación el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que la discrepancia de las sentencias de ambas instancias y la naturaleza de los temas discutidos impiden apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a los efectos de imposición de costas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 8 MARZO 1951

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—opinión del recurrente—revisión de rentas.

La especial naturaleza del recurso de revisión requiere una evidente o palmaria infracción constituyente de injusticia, lo cual significa mucho más que la opinión particular e interesada sobre el espíritu de un precepto.

Sólo por lo que diga la parte no puede aceptarse que se haya prescindido al decretar la revisión de estas rentas en la escasa cuantía en que han sido elevadas de los factores determinados en la ley.

La fijación de rentas justas es cuestión de hecho y, por tanto, invariable en lo fijado por la soberanía sentenciadora, mientras no se acredite el error en que hubiere incurrido.

CONSIDERANDO: Que por el único motivo del recurso se supone la infracción de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942 y del párrafo 3.º de la de 15 de marzo de 1935, en su artículo 7.º, entendiéndose que la revisión de rentas quedó por la conversión en trigo muy influenciada y que no se tuvieron en cuenta en la realidad los puntos que se marcan en dicho artículo 7.º; pero ciertamente, en esos razonamientos aparece olvidada la especial naturaleza de este recurso, que requiere una evidente o palmaria infracción constituyente de injusticia, lo cual significa mucho más que la opinión particular e interesada sobre el espíritu de un precepto con crítica negativa que nada demuestra.

CONSIDERANDO: Que sólo por lo que diga la parte no puede aceptarse

que se haya prescindido al decretar la revisión de estas rentas en la escasa cuantía que han sido elevadas, de los factores determinados en la Ley, pues ello habría de demostrarse si había de surtir efecto, y como no se demuestra, carecen de valor sus afirmaciones.

CONSIDERANDO: Que por otra parte, la fijación de renta justa es cuestión de hecho y, por tanto, invariable en lo fijado por la soberanía sentenciadora mientras no se acredite el error en que hubiere incurrido, y como por tal vía no se ha ido, no puede prosperar el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 MARZO 1951

Arrendamientos rústicos: desahucio—causa cuarta del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935—necesidad de concretarla.

Basado el recurso de casación en alguna de las causas previstas por la Ley es necesario alegarla expresamente, sin que baste que implícitamente se pueda llegar a determinarla.

Procesal: Expresiones utilizadas por el recurrente contrarias al respeto debido a los Tribunales.

Se incurre en la sanción del número 2.º del artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento civil al utilizar frases contrarias al decoro y prestigio de los Tribunales.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de revisión carece de contenido legal, pues si bien es cierto que en su único motivo se alega la violación por aplicación indebida del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que comprende ocho causas de desahucio, sin precisar a cual de ellas se refiere, aunque no puede ser otra que la cuarta—cesión en aparcería de las fincas arrendadas—, única causa que la sentencia recurrida admite, lo que no privaba al recurrente de su deber de concretarla, la única afirmación, que sin llegar a reconocimiento, hace el recurrente para defender aquella violación, es la de que cuando cedió las tierras en aparcería “no era propietario de las tierras, sino simple arrendador”, olvidando que si estaba en posesión de las fincas era precisamente como arrendatario y en virtud de un contrato de arriendo; que como tal arrendatario fué demandado, y que en el acto del juicio verbal compareció con tal cualidad consignando la renta, intereses y costas, eliminando con ello la causa de desahucio por falta de pago, una de las tres invocadas en la demanda; que el arrendatario que está en posesión natural de una finca, si la vuelve a arrendar o ceder, deja de ser “simple arrendador” para la Ley y para el propietario, convirtiéndose en subarrendador, como el que adquiere en tales condiciones es subarrendatario o cesionario, y que cual-

quiera que sea la naturaleza de estas transmisiones, todas están incluidas en la causa de desahucio cuarta del mencionado artículo 28, no sólo por disposición expresa de este artículo, sino también por el espíritu que informa la legislación especial de arrendamientos rústicos, de suprimir toda intermediación entre el propietario y el cultivador, todo lo cual obliga a rechazar el único motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el escrito de interposición del recurso existen frases con las que se falta al respeto debido a los Jueces y Tribunales, como son las de "el actor en un momento de ofuscación ha olvidado por completo la ciencia del Derecho... y nos admira que esta ofuscación haya sido de tal envergadura que haya contagiado al Juzgado de Instancia y a la misma Sala de la Audiencia Territorial", y más delante: "¿sabían los testigos lo que es una aparcería? Estamos seguros de que no, porque ni siquiera el actor sabía, ni al parecer el Juzgado de Instancia, así que mucho menos aquéllos", frases que por decoro y prestigio de los Tribunales deben sancionarse como comprendidas en el número 2.º del artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con la corrección disciplinaria de multa del número 4.º del 449 y con el máximo de la misma, por la repetición de la ofensa y por la categoría de esta Sala, ante la que se cometió el agravio.

CONSIDERANDO: Que la plena conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia y la falta de fundamento del recurso, hacen razonables la imposición al recurrente del pago de las costas del presente recurso, por su manifiesta temeridad, ya declarada en aquellas dos sentencias.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 MARZO 1951

Recurso de revisión—retroacción de la Ley de 16 de julio de 1949.

CONSIDERANDO: Que publicada con posterioridad a la fecha de formalización de este recurso de revisión la Ley de 16 de julio de 1949, en el acto de la vista, el recurrente invocó aquélla, pretendiendo que en consideración al efecto retroactivo dispuesto en la Disposición transitoria 2.ª de la misma, se tenga como plazo que permitió ejercitar la acción de retracto en el caso en litigio, el de tres meses que dicha norma dispone, modificando en tal punto a su predecesora, pretensión inaceptable, porque dicha retroacción, vista la referencia de la Ley de 1949, hace a las normas generales establecidas en la disposición adicional séptima de la Ley de 23 de julio de 1942, se condicionó de modo inexcusable por estas notas—primera—que el pleito se halle en instancia—segundo—, que en ella las partes dispongan del trámite necesario para aceptar hechos y derechos a la reforma legislativa que haya de aplicarse retroactivamente—tercero—, que sea posible la práctica de prueba que conduzca a la demostración de hechos sus-

ceptibles de ser regulados por el régimen innovador. Nada contrario a este proceso dispone la Ley de 16 de julio de 1945, y ya por ello, ya porque en los pleitos en revisión, dada la naturaleza de este recurso extraordinario, aquella adaptación no puede cumplirse, y ya por lo mandado expresamente en la regla tercera de la disposición adicional séptima de la Ley de 23 de julio de 1942, el efecto retroactivo pedido por el recurrente, no puede regir en el caso de autos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 MARZO 1951

Arrendamiento: rústicos—arrendamiento colectivo: requisitos.

Para que exista el supuesto de arrendamiento colectivo a que se refiere el artículo 32 de la Ley de 15 de marzo de 1935, es preciso que el arrendatario sea una de las Asociaciones aludidas específicamente en dicho artículo, que su existencia esté aprobada en la forma prevenida en el párrafo segundo del mismo y que su régimen y funcionamiento sea el previsto y mandado en el capítulo 7.º de la citada Ley.

Arrendamientos rústicos—retracto arrendaticio (1).

Inadmisión de la prueba—recurso de revisión: por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio: requisitos.

La oportuna protesta contra la negativa del juez a admitir la prueba documental ha de hacerse alegando las infracciones legales que supone dicha negativa, no bastando, sin más, decir que "se protesta a los fines precedentes en Derecho".

Consentida por el hoy recurrente, al no adherirse a la apelación, la sentencia de primera instancia dictada posteriormente a la infracción alegada, no pudo dicho recurrente reclamar legalmente ante la Audiencia la subsanación de la falta y la práctica de la prueba documental denegada.

Para la admisibilidad del recurso de revisión por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, es preciso que la falta alegada no haya sido consentida en la instancia por el recurrente.

Recurso de revisión—error en la apreciación de la prueba: vía de impugnación del error de hecho; impugnación de la prueba de presunciones.

El error de hecho en que incurrió el juzgador de instancia sólo puede impugnarse al amparo de la causa cuarta, y no de la tercera, de la norma séptima de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940.

Al recurrente en revisión incumbe probar que los hechos de que se

(1) La sentencia se ajusta en este punto al supuesto concreto planteado, en sus elementos de hecho, por lo que no contiene doctrina legal.

hizo derivar la presunción no son ciertos; su conexión y enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, con lo deducido, son de la apreciación de los Tribunales, y la Sala juzga, en este caso concreto, adecuada la deducción formulada por los Tribunales de instancia.

SENTENCIA 17 MARZO 1951

Arrendamientos rústicos—finca ganadera (1).

Arrendamientos rústicos—novación del arrendamiento: “animus novandi”—variación de la renta.

No basta la alteración de la renta para que se produzca la novación del contrato de arrendamiento, pues ésta exige en primer término el “animus novandi”, y dada la movilidad y variación que el concepto de renta tiene en los contratos de arrendamiento de la nueva legislación, no basta la alteración de ese factor para que se estime producida la novación, cuando las partes estén conformes en pactar una prórroga, y no un nuevo contrato.

Recurso de revisión—injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba—impugnación de la apreciación conjunta.

No es lícito combatir la apreciación conjunta de la prueba, destacando solamente uno de sus elementos, aislándolo de los demás, y prescindiendo del valor de éstos.

SENTENCIA 26 MARZO 1951

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—requisitos.

Para que prospere el recurso es preciso señalar expresamente el error en que ha incurrido la sentencia de instancia.

Arrendamientos rústicos—aparcería—desahucio—expiración del plazo legal de la misma.

Expirado el plazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, procede el desahucio sin que obste al mismo la autorización concedida a un aparcerero para que permanezca determinado período en la finca.

(1) Por ajustarse al supuesto concreto, defendiendo la no existencia de error en la apreciación de la prueba, la sentencia no contiene en este punto doctrina legal.

SENTENCIA 31 MARZO 1951

Arrendamientos rústicos—retracto—recurso de revisión—necesidad de probar el error en que ha incurrido la sentencia de instancia.

No basta alegar que los elementos probatorios de que dispuso el Juzgador no permiten hacer las afirmaciones de hecho que sienta la sentencia, sino que es necesario que el error de aquél resulte evidenciado debidamente.

CONSIDERANDO: Que el supuesto error alegado en el motivo primero es sustancialmente ineficaz, porque, limitándose a consignar que los elementos probatorios acumulados en los autos no permiten hacer las afirmaciones de hecho que sienta la sentencia, trata de que el criterio del recurrente en la interpretación de esos elementos prevalezca sobre el del juzgador, cuando lo que la Ley exige es que el error de éste resulte evidenciado por pruebas documentales auténticas o periciales de indudable fuerza de convicción por sí mismas o por disposición de la Ley, medios de prueba que deben resultar en los autos y ser citados expresamente por el recurrente, como fundamento de su impugnación.

CONSIDERANDO: Que lo mismo puede decirse del segundo motivo en el que se pretende demostrar, sin base documental ni pericial que las fincas que en la escritura de compra se describen como independientes, forman unidad física y agrícola, caracterizada por la colindancia de unas con otras, la indivisibilidad de la casa de labor común y porque “se adquirieron para su explotación conjunta”, y como la escritura demuestra que las fincas se adquirieron de tres distintos propietarios y de la casa sólo adquirió una sexta parte indivisa de cada uno de los tres mismos vendedores, resulta que no existe más unidad que la del instrumento donde se consignó la transmisión.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo se acusa la infracción del artículo 16 de la Ley de 1935, bajo el supuesto de hechos que el recurrente afirma, pero desestimados los dos motivos anteriores cae por su base la tesis de este motivo, que habría de sustentarse en el error de hecho denunciado en aquéllos.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de las dos sentencias de instancia y el fundarse la impugnación de sus afirmaciones de hecho, basadas en prueba documental auténtica, en hipótesis arbitraria por indocumentada, exigen que se estime temeraria la conducta del recurrente.

SENTENCIA 2 ABRIL 1951

Confesión judicial.

No puede presumirse que por la confesión aceptada de la parte recurrente se eluda el cumplimiento de la ley, puesto que su postura en el pleito no sólo no trata de eludirla, sino de exigir su cumplimiento.

Duración del contrato de finca cuya principal explotación es pecuaria—naturaleza del error en su determinación—régimen legal de la finca.

La apreciación de la duración del contrato no determina error de hecho, sino de interpretación de la ley que le rige.

La apreciación de la duración del contrato no infringe el párrafo segundo del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, puesto que no afirma que el contrato no debe someterse a la legislación de arrendamientos rústicos.

No se infringe el artículo 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942, cuando expresamente se excluyeron del arrendamiento de la finca cuya principal explotación es pecuaria los aprovechamientos de montanera y raneoneo y otros cuyo conjunto tiene mayor valor que los arrendados.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Véanse en los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que es un hecho cierto, reconocido por las partes y declarado en la sentencia de instancia, que por contrato de 29 de septiembre de 1945, la parte actora en el juicio origen de este recurso dió en arrendamiento al demandado hoy recurrente, la finca descrita en la demanda por el tiempo, precio y condiciones que constan en el documento que obra en el folio 51 de los autos del Juzgado; llegando el término convenido, 1.º de octubre de 1948, suscribieron, al pie del documento citado, nota por la que tuvieron por "cancelado el anterior contrato, con expresa conformidad de ambas partes como plazo resolutorio del terminado contrato, sin que pueda a ningún efecto legal considerarse como novación del mismo, sino como simple pacto de liquidación del fenecido arriendo"; por virtud de este pacto la propietaria autoriza la siembra de barbechos del año anterior y consiguiente recogida de las cosechas; el arrendatario se obliga a devolver la finca el 31 de agosto de 1949, sin que se fijara precio alguno por el autorizado aprovechamiento agrario. En la misma fecha, 1.º de octubre de 1949, concertaron otro arrendamiento (documento del folio 54 de los autos de primera instancia) que se tendrá en cuenta más adelante.

CONSIDERANDO: Que la parte demandada mantuvo en la instancia que la nota resolutoria antes transcrita, a pesar de su texto literal, no era tal, sino que constituía novación del contrato" y era "inoperante por constituir una renuncia de derechos del arrendatario", y, al mismo tiempo, se opuso al desahucio porque esa nota comprende un nuevo arrendamiento al que ha de otorgarse la protección de la ley en cuanto al mínimo de vigencia; rechazada la tesis en la sentencia de instancia, se combate ésta en los tres motivos articulados en el recurso, en el que se acusan las infracciones que se examinarán, cuyo conjunto, más que a mantener la hipótesis de la rechazada novación, y a lo que la citada nota supone, que serían contrarios a la supervivencia del contrato que el recurrente supone novado, parece dirigirse a sostener que el nuevo contrato, que consta en el documento del folio 54, está legalmente sometido a un tiempo mínimo de vigencia, que no se observó en el contrato ni había vencido cuando se instó el desahucio

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero se descubre un vestigio de la tesis de la novación en cuanto alega la infracción del artículo 1.232 del Código civil por fundar la sentencia, según supone erróneamente el recurrente, la ausencia de novación en la confesión judicial del demandado, mas aunque ello fuera cierto, *no se descubre la posibilidad de que por ello resultase infringido el precepto citado ni aun en el supuesto de que por la confesión aceptada se elude el cumplimiento de la ley, lo que no puede presumirse en la parte que no sólo no trata de eludir la ley, sino que su posición en el proceso tiende a exigir su cumplimiento.*

CONSIDERANDO: Que los dos primeros motivos se fundan conjuntamente en las causas tercera y cuarta, y prescindiendo del defecto de unir fundamentos diversos en el mismo motivo, se ha de rechazar el supuesto de error de hecho, puesto que no se citan documentos o dictámenes periciales que pudieran demostrarlo y, antes bien, *se funda la impugnación de la sentencia en que ésta no acepta que el contrato debe tener el mínimo de vigencia que determina la ley, de lo que se sigue evidentemente que el error no será de hecho, sino de interpretación de la ley que rige el contrato.*

CONSIDERANDO: Que los dos primeros motivos se fundan conjuntamente rrafo segundo del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, sin el menor fundamento, puesto que, como del mismo motivo se deduce, *la sentencia no negó que la relación contractual que liga a las partes no está regida por la Ley de Arrendamientos, ni ello fué objeto de controversia en la instancia, sino que se discutió si el contrato de referencia tiene o no que someterse a una determinada duración, para que pueda motivar o no el desahucio en atención a no haber transcurrido el mínimo legal, a pesar del convenio limitativo.*

CONSIDERANDO: Que conforme al artículo 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942, cuya infracción acusa el motivo primero, la duración del arrendamiento de finca cuya principal explotación sea pecuaria, será de tres años como mínimo, comprendiéndose en esa prescripción el arrendamiento pecuario, aunque su aprovechamiento sea de temporada, mas este último requiere dos requisitos conjuntos: 1.º Que ese aprovechamiento tenga el carácter de principal, y 2.º Que se comprenda en el contrato la totalidad de los aprovechamientos ganaderos de que sea susceptible el predio.

CONSIDERANDO: Que arrendada la finca en su totalidad y terminado por mutuo disenso el arrendamiento, mediante la autorización del dueño para sembrar una parte de ella, *se estipuló el nuevo contrato antes aludido, en el que por término menor de un año y por el precio concertado, se arrendó el aprovechamiento de pastos de parte de la finca y se excluyeron los aprovechamientos de montanera y ramoneo, y siendo éstos pecuarios, y como, según el informe pericial, que acepta la sentencia recurrida, la principal explotación de la finca es pecuaria y de entre los distintos aprovechamientos de esta naturaleza de que es susceptible, se excluyen los expresados y otros que, según el mismo informe técnico, tienen mayor valor que lo arrendados, se concluirá con evidencia que el contrato no está regido, en atención a su merced, superior a 40 quintales métricos*

de trigo, por el precepto dicho, por lo que no puede resultar infringido al no aplicarlo.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de las dos sentencias de instancia y la claridad del problema debatido exigen que se considere temeraria la conducta del recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 ABRIL 1951

Ley aplicable—sumisión de las partes.

Se revela el consentimiento sumisorio a las normas de arrendamientos rústicos cuando los litigantes fundamentan sus peticiones en dichas leyes.

No se puede alegar la excepción de ser un contrato entre parientes cuando lo que se quiere sostener es la inexistencia de contrato alguno susceptible de causar retracto.

Retracto—vínculo jurídico para ejercitarlo.

Cuando entre la extinción de la aparcería y el comienzo del arrendamiento media un lapso de tiempo, durante él se carece de vínculo jurídico en relación con los bienes objeto del retracto y, por tanto, el propietario pudo durante él disponer libremente de aquéllos sin que la acción retractual prospere conforme al art. 16 de la Ley de 13 de marzo de 1935.

ANTECEDENTES.—En 28 de agosto de 1947, don P. A. demandó de conciliación a don F. R. para que diese por terminada la aparcería de unas tierras que venía disfrutando en tal condición desde su casamiento con la hija de don P. A. El entonces demandado, don F. R. se allanó a la demanda, y en 5 de abril de 1948 se presentó nueva demanda de desahucio para que, en virtud de su allanamiento, abandonase las tierras. En este juicio negó su condición de aparcerero y afirmó la de administrador de los bienes del propietario y terminó por transacción en 1.º de mayo de 1948, en la que se convino que don F. R. quedase como arrendatario. En nombre de don P. A. actuaba su nieto, don T. E., quien en 9 de marzo de 1948 adquirió por compra la propiedad de las tierras de su abuelo, pero que en la transacción de 1948 continuó apareciendo como mandante de éste. Don F. R. demanda ahora de retracto. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda, considerando la existencia de la mala fe en la compraventa. Se interpone recurso de revisión, que en lo que interesa para los pronunciamientos de la sentencia se articula en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del artículo 16 en relación con el 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, por considerar exceptuados de esta ley los contratos concertados entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad y adopción.

Segundo. Infracción del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 en relación con los artículos 24, párrafo 4.º, 44, párrafo 3.º y 49 de la misma Ley, con los 1.204, 1.091, 1.254 y 1.809 del Código civil.

Tercero. Manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la resultancia de la documental obrante en autos.

CONSIDERANDO: Que ambos litigantes, no sólo dejaron de invocar en ambas instancias la excepción que por primera vez se alega en el primer

motivo del recurso, sino que uno y otro tomaron como guía de sus aspiraciones y de sus peticiones a la autoridad judicial las leyes reguladoras de los arrendamientos de fincas rústicas, para que conforme a ellas fueran resueltas sus diferencias. Tal conducta revela el consentimiento sumisorio a dichas normas, cuya aplicación incumbe en todo momento a esta jurisdicción, y en este grado del proceso a esta Sala. Debe, pues, desestimarse el primer motivo de revisión en cuanto en él se pretende excepción contra actos propios de la parte que extemporáneamente la propone, y con más razón tal desestimación se impone si se observa que la tesis fundamental del pleito es la de "inexistencia" de contrato susceptible de causar retracto en la fecha en que tal derecho podía actuar.

CONSIDERANDO: Que a pesar de que cuando don F. R. contestó la demanda de desahucio de las mismas fincas objeto del pleito actual que contra él instó don P. A. en 5 de abril de 1948, para que mediante ella se cumpliera el allanamiento que R. prestara a la demanda conciliatoria de 28 de agosto de 1947, dijo que "no había sido nunca ni arrendatario ni aparcerero de don P. A.", tal negativa consta totalmente desvirtuada por la siguiente información documental: 1.º La certificación del acto conciliatorio aludido de 28 de agosto de 1947, en el cual, habiendo sido demandado R., como medianero de las fincas del litigio, y como ilegal cumplidor de sus deberes, se le pidió que diera por terminada la aparcería, contestó "que siendo ciertos los hechos de la demanda se allanaba a la misma", haciendo entrega en el acto de la mitad del importe que se reclama en dicha demanda. 2.º Cuando en el pleito actual pide retracto de las mismas cosas materia del acto conciliatorio de que queda hecho mérito, dice en el hecho primero que "venía desde el año 1920, en el mes de junio, o seáse desde que se casó con doña J. A., hija de don P. A., siendo medianero de las fincas que pretende traer", que son las mismas que han sido materia del acto conciliatorio de que queda hecho mérito.

CONSIDERANDO: Que siguiendo el historial que traza la información documental del pleito, se ve que por incumplimiento del aludido allanamiento, es demandado una vez más—ésta en juicio de desahucio, don F. R., con fecha 5 de abril de 1948—para que se le lance de aquellos fundos que en virtud del antedicho allanamiento convino en dejar a disposición de don P. A., juicio en el cual el demandado don F. R. opuso a la pretensión del autor la negativa contraria a su manifestación y actos anteriores, de los que queda hecha relación, esto es "que él no ha sido nunca ni arrendatario ni aparcerero del demandante don P. A., sino administrador de ellos, como pertenecientes a herencia familiar", pleito que terminó por transacción, sin expresión de los términos de la fórmula transaccional en 3 de mayo de 1948, pero que tienen su manifestación documental en el contrato de fecha 1.º de tal mes, a medio del cual y tomando como base dicho propósito de transacción, don P. A.—o en su nombre don T. E.—arrienda a don F. R. las cosas materia de sus diferencias, con la expresa cláusula de que tal arrendamiento comienza a regir en el mismo día 1.º de mayo de 1948.

CONSIDERANDO: Que la comprobada medianería se extinguió poroue en tal extinción convino don F. R. en el acto conciliatorio de 28 de agosto

de 1947, hecho que es necesario tener como cierto porque lo comprueba la certificación expedida por el Secretario del Juzgado Comarcal de I., en la misma fecha, y habida consideración a que aquel convenio tiene valor y eficacia como consignado en documento público y solemne conforme a lo dispuesto en el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por otra parte, obsérvese que en la hipótesis de que don F. R. *tuviera* las cosas como *administrador* de herencia, tal tenencia no originaba derecho a re- traer.

CONSIDERANDO: Que *extinguida la aparcería medianera en 28 de agosto de 1947, desde esta fecha hasta 1.º de mayo de 1948, en la que aparece a la vida del derecho el contrato de arrendamiento, el hoy actor carecía absolutamente de vínculo jurídico en relación con los bienes rústicos objeto del retracto, de aquélla que según el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 lo autoriza, y, por tanto, en orden a la situación de hecho y de derecho de don F. R., durante ese lapso, pudo don P. A. disponer libremente de aquéllos, y como así lo hizo en escritura pública de 9 de marzo de 1948 y otras privadas de 6 de octubre de 1947, 27 y 29 de enero de 1948, elevadas a públicas en el primero de los citados instrumentos de transmisión, la acción retractual no puede prosperar, porque para ello era indispensable, conforme al citado artículo 16 de la Ley de Arrendamientos, que el retractante lo sea de finca rústica arrendada o de participación indivisa de la misma.*

CONSIDERANDO: Que la resultancia de la prueba documental de que queda hecha relación y crítica, demuestra que con evidente error originario de notoria injusticia, la Sala de instancia, contra lo que tales documentos patentizan, atribuye a don F. R. la tenencia arrendaticia de las cosas cuyo retracto se intentó en virtud de vínculo de derecho que no podía existir desde 28 de agosto de 1947 hasta 1.º de mayo de 1948, y para rectificar tal error causa de infracción por indebida aplicación del artículo 16 de la Ley de 13 de marzo de 1935, deben estimarse los motivos de revisión segundo y tercero en cuanto en ellos se sostiene la inexistencia de tal vínculo y la demostración de tal aserto.

CONSIDERANDO: Que cualquiera que sea el juicio que a esta Sala merezcan las contradicciones de don F. R. y la actuación de don T. E., éste en calidad de apoderado y representante de don P. A., como quiera que por razón de aquélla y de ésta no se formularon pretensiones especiales que pudieran afectar a la eficacia de los documentos que marcan la pauta de hechos ciertos y probados, ha de atenderse esta Sala para solucionar el litigio a lo que, con independencia de aquella observación, enseña lo actuado.

CONSIDERANDO: Que si en méritos a lo expuesto la acción retractual no puede prosperar, es inútil analizar los demás motivos de revisión, ya por eso ya porque sustancialmente todos ellos conducen a sostener la tesis de los articulados en segundo y tercer lugar.

FALLO.—Ha lugar. Se revisa la sentencia de instancia y se desestima la demanda.

SENTENCIA 12 ABRIL 1951

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—su admisibilidad—cuantía litigiosa—inoperancia de la cantidad consignada en cuanto a su fijación.

No cabe el recurso de revisión cuando la cuantía litigiosa no excede de cinco mil pesetas, aun cuando el recurrente de modo oficioso hubiese consignado cantidad superior basada en contribuciones que no eran a su cargo, al solo fin de rebasar el mínimo legal establecido.

SENTENCIA 14 ABRIL 1951

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión por injusticia notoria—admisibilidad del recurso—cuantía litigiosa.

Conforme reiterada Jurisprudencia de la Sala por exigencias de orden público y por imperativo de lo dispuesto en la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, no procede el recurso de revisión cuando la cuantía litigiosa sea inferior a cinco mil pesetas.

SENTENCIA 17 MAYO 1951

Arrendamientos rústicos—desahucio—diferencias entre subarriendo y cesión—¿procede el desahucio en el caso de cesión con asentimiento del propietario?

Dadas las especiales características de la cesión, no la afecta la prohibición del artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO: Que las diferencias características entre subarriendo y cesión, consisten en que en el subarriendo subsisten las tres personas o entidades contratantes, arrendador, arrendatario y subarrendatario, convirtiéndose el arrendatario en dueño de la cosa arrendada con respecto al subarrendatario, creando un nuevo contrato de arrendamiento, mientras que en el de cesión de arrendamiento, queda la persona del arrendatario fuera de la vida del contrato y el vínculo jurídico se establece entre el dueño y el cesionario; en el subarriendo se arriendan, pero no se enajenan los derechos nacidos del primer arrendamiento, con la completa subsistencia de éste, y continuando su intervención en todo el tracto de su desenvolvimiento el antiguo arrendatario y subarrendador, mientras que en la cesión se transmiten íntegramente los derechos y obligaciones del contrato de arriendo, con todas las acciones que le son anejas, por lo

que se ha dicho que la cesión es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo.

CONSIDERANDO: Que por la doctrina expuesta es manifiesto que el convenio convenido en el documento privado de 19 de julio de 1945 integra notoriamente una cesión de arrendamiento; 1.º, porque tal es la intención de las partes, literalmente expresada en su cláusula primera con las frases de —arrendatario— cede el *contrato de arrendamiento* constante en la escritura que precede, en las mismas condiciones que aparecen en la misma, y en la condición segunda como dueño de la finca arrendada autoriza la cesión del arrendamiento; 2.º, porque existe el expreso consentimiento del arrendador propietario, firmando el contrato; 3.º, porque no sólo aparece totalmente eliminado la personalidad jurídica del arrendatario, sino que éste queda convertido en fiador del cesionario, cualidad incompatible con la de arrendatario y “será el que en todo caso se entenderá con el dueño de la finca, si el cesionario no cumple las condiciones de la escritura”, y 4.º, porque una vez firmado el contrato, el propietario recibe del concesionario el pago de las sucesivas rentas, administrándole el oportuno recibo, y 5.º, porque, en este caso la cesión es gratuita en cuanto al propietario y arrendatario, ya que respecto a ellos, no aparece en el pleito lucro alguno.

CONSIDERANDO: Que tratándose de un contrato de cesión de arrendamiento por las especiales condiciones que reviste, no le afecta la prohibición del artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, no sólo porque conforme a sus estipulaciones, no se trata de un subarriendo, ni aún de una cesión, en el sentido usual corriente y casi gramatical que al verbo “ceder” concede el legislador en el artículo, limitándolo a los efectos de los aprovechamientos espontáneos o secundarios a que alude, sino porque la intención y espíritu de tal prohibición es principalmente amparar el derecho de los arrendadores evitando el lucro del intermediario o sea del arrendatario subarrendador, que sin riesgo, percibía la diferencia entre la renta que tenía que pagar al propietario y la que le cobraba el cultivador, y en el contrato en cuestión, ni se da el intermediario, ni existe perjuicio para el propietario, ya que la cesión se hace por el plazo, renta y demás condiciones del arrendamiento que se cede, con lo cual tampoco puede darse el peligro de que perdure la figura del cesionario.

CONSIDERANDO: Que examinando los cuatro motivos del recurso, basados todos en la causa tercera de la norma 7.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1946, se observa, que aparte de la confusión y mezcla de temas que contienen, en los dos primeros motivos se combaten los Considerandos de la sentencia recurrida, contra los cuales no se da el recurso de revisión, sino sólo contra el fallo, y que si bien aquéllos pueden combatirse, cuando son premisa obligada, única y decisiva del fallo, ello no autoriza para atacarlos aislada y fraccionariamente, aprovechando las frases y afirmaciones que interesan y prescindiendo de las restantes, que completan el razonamiento que sirvió de base a la parte dispositiva de la sentencia, como sucede en los dos primeros motivos, y que las únicas cuestiones que en los cuatro motivos esencialmente se

tratan, son dos: una la referente a la nulidad del contrato de 19 de julio de 1945 por imperativo del artículo 4.º y causa 4.ª del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935, y otra la relativa a la novación del contrato de arriendo de 12 de agosto de 1943 por el de 19 de julio de 1945, y como en cuanto a la nulidad quedó completamente examinado y desechado en el Considerando 4.º de esta resolución y la novación quedó virtualmente negada—como la niega el recurrente—desde el momento en que en tal Considerando 4.º se declara que el contrato de 1945 integra una cesión de arriendo, ello obliga a desestimar cuantas infracciones de preceptos legales se acusen en el recurso, así como estimar inaplicables al caso del presente litigio las sentencias de la Sala que en el mismo se mencionan, ya que todas se refieren a pleitos que si bien pudieran tener alguna analogía y afinidad con el presente, en ninguna de ellas se da el singular convenio, base de la acción ejercitada en el actual, y concertado en un solo acto por tres contratantes.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GUASP, Jaime: *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho sucesorio. Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil. Parte I.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Los sujetos en el reconocimiento de la filiación natural.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *Derecho mercantil hispanoalifiano.*

3. VIDA JURÍDICA

GREÑO VELASCO, José Enrique: *Discusiones doctrinales en torno a una nueva ley italiana sobre nacionalidad.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.