

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIX  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXXVI

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA  
Letrado del M. de Justicia  
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO  
Catedrático de D. procesal y Abogado  
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL  
Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUNEZ LAGOS  
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS  
Letrado de la Dirección General de Registro  
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA  
Profesor A. de Derecho civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Estudios monográficos</b>	
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: <i>Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura</i> ... ..	281
JOSÉ BONET CORREA: <i>Los actos contrarios a las normas y sus sanciones.</i>	309
MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: <i>La jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1974</i> ... ..	337
<b>Vida Jurídica</b>	
<b>NOTICIAS:</b>	
<i>La nueva ley italiana sobre reforma del derecho de familia</i> , por G. T. M.	369

NOTAS CRITICAS:

JUAN VALLET DE GOYTSOLO: <i>Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer</i> , por José M. Bloch Rodríguez ... ..	424
GABRIEL GARCÍA CANTERO: <i>Una aportación fundamental sobre el derecho de la filiación ilegítima</i> ... ..	466

**Bibliografía**

Libros ... ..	483
CASTAN TOBEÑAS, J.: <i>Derecho civil español</i> , por Enrique Lalaguna. DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID: <i>La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español</i> , por María José Herrero García.—N. IRTI: <i>Introduzione allo studio del Diritto privato</i> , por Carlos Battier Fuensalida.—PAREJO GAMIR, ROBERTO: <i>Protección registral y dominio público</i> , por Tomás Aguilera.—VALLET DE GOYTSOLO, JUAN: <i>Ideología praxis y mito de la tecnocracia</i> , por José Bonet Correa.—VELEZ TORRES, J.: <i>Derecho de sucesiones</i> , por José Bonet Correa.	

**Revista de revistas**

A cargo de José Antón Riesco ... ..	498
-------------------------------------	-----

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

por José María Chico Ortiz ... ..	507
-----------------------------------	-----

**Jurisprudencia**

**I Sentencias Comentadas**

<i>Desheredación.—Declaración unilateral de voluntad.—Repudiación del desheredado</i> , por C. B. ... ..	557
--	-----

**II Sentencias Anotadas**

<i>Cláusula de estabilización de la renta de un local de negocio considerada como ineficaz por falta de una operación aritmética básica</i> , por José Bonet Correa ... ..	579
--	-----

<b>III Sentencias</b> .. ..	581
-----------------------------	-----

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIX  
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO  
MCMLXXVI



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura<sup>(\*)</sup>

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid

*A mi hijo Carlos*

SUMARIO: I. Introducción: el ordenamiento jurídico forestal y la tradición histórica del colectivismo agrario.—II. El colectivismo agrario construido sobre el dato básico de una titularidad en mano común de los vecinos. El Concejo rural como expresión originaria de la comunidad dominical vecinal. La interposición de la *universitas* municipal como personalidad separada entre la comunidad vecinal y sus propiedades colectivas y la consagración en el siglo XIX de la distinción entre bienes comunales, o de los vecinos, y de propios, o del municipio; crítica de esta distinción; la separación diárquica entre órganos municipales politizados y “común de vecinos”.—III. La Desamortización civil. La Ley Madoz de 1855 y sus criterios aplicativos. La cuantificación de las propiedades de los pueblos afectadas.—IV. Los bienes comunales exceptuados y su cuantía. El proceso de conversión de los bienes comunales en bienes de propios y sus factores determinantes. a) La Hacienda Pública y su interés en “arbitrar” los montes. b) Los Ayuntamientos, su crisis financiera y el interés económico en apropiarse los bienes vecinales. c) El interés de los vecinos: repartos y adquisiciones de los bienes en venta. d) La legislación de montes y la prevalencia del arbolado sobre su destino. e) La transformación de la agricultura y la congelación de las formas de aprovechamiento comunal en la agricultura de subsistencia.—V. El gigantesco proceso de privación de los patrimonios colectivos: la atribución de titularidad

---

(\*) Texto de la conferencia pronunciada en el *Curso sobre Derecho y Propiedad Forestal*, organizado por la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Montes en octubre de 1974 y posteriormente, con alguna pequeña variante, en las *Jornadas Nacionales de Derecho Agrario*, diciembre de 1974.

a los municipios tanto de los bienes de propios como de los comunales. VI. La primera excepción al proceso de desapoderamiento vecinal: Los montes vecinales o parroquiales de Galicia, su singularidad y su régimen. La Ley de 27 de julio de 1968 y sus principios institucionales.—VII. La oportunidad de una generalización a toda España del sistema de la Ley de Montes vecinales. Algún ejemplo concreto: Liébana, Santander, Asturias, León. La contradicción entre el fomento legal de la “agricultura de grupo” y la liquidación de los grupos vecinales con patrimonios colectivos. Una de las claves del futuro de nuestra agricultura; una “reforma agraria” imaginativa y humana.

## I

Con mucho gusto participo, desde la perspectiva jurídica que me es propia, en este Curso, que constituye una feliz idea de contribución de técnicas interdisciplinarias para estudiar en sus diversos aspectos un tema de tanto interés como el de la propiedad forestal.

Yo voy a hacerlo en una perspectiva un tanto convencional, suscitando un tema que es para mí desde hace algún tiempo motivo de reflexión y de inquietud. Más que la exposición de un aspecto concreto del régimen jurídico, mi conferencia, como podrán verlo ustedes con su amable atención, está orientada a hacer una crítica de las situaciones actuales y hacia un intento de apertura de perspectivas futuras, no, pues, a un problema expositivo o interpretativo de cualquier punto concreto del régimen jurídico positivo.

El ordenamiento jurídico forestal, que se asienta sobre el pivote de la Ley de Montes, se sobrepone, como es notorio, a otros ordenamientos sustantivos. Matiza y unifica todos esos ordenamientos de base con un criterio de protección exterior, que es básico al ordenamiento forestal, pero no los hace desaparecer. Esos otros ordenamientos de base son, sobre todo, dos: la regulación civil de la propiedad y la regulación jurídico-administrativa, especialmente por lo que hace a las entidades locales, teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los titulares de montes públicos son precisamente entidades de esta naturaleza; la importante masa patrimonial que constituyen los montes públicos y que están unificados en el gran instrumento que es el Catálogo de Montes, se nutre, en efecto, mayoritariamente, de montes de los pueblos, de montes locales.

Estos patrimonios locales son el fruto de la Historia. En ellos desemboca una viva tradición de colectivismo agrario que se pierde, literalmente, en la noche histórica, y que con unos y otros avatares ha llegado inesperadamente como un resto del mundo antiguo todavía presente, como un fósil aún con vida, hasta nuestros mismos días.

Lo que me interesa perseguir hoy, justamente, es el tema de este colectivismo desde su origen hasta hoy e intentar proyectar sobre él algunas perspectivas posibles de su futuro.

## II

No me corresponde, naturalmente, ni es mi intención, pretender trazar aquí la historia de ese colectivismo agrario; ni tenemos tiempo, ni tampoco tiene un interés decidido para nuestros propósitos, ni yo soy capaz siquiera, y esto es aún más obvio, de intentar resumir una historia tan compleja.

No trataremos, pues, más que de retener algunos datos de esta historia, los datos más relevantes para la comprensión actual del tema. La historia, viva todavía, de nuestro colectivismo agrario, después del gran libro de Joaquín Costa que sentó sus bases, dista todavía de ser clara, pero realmente hay unos cuantos elementos que desde este momento podemos aceptar como establecidos. Hoy, en este momento, todos los montes locales, los montes de los pueblos, se nos aparecen con una condición formal: la de ser propiedad de entidades locales, bien de municipios, bien de entidades locales menores. Así resulta tanto de la legislación de Montes como, especialmente, de la legislación local, hoy Ley de Régimen Local y Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955. Pero esta formalidad (los montes son propiedad de las entidades locales) constituye claramente un convencionalismo dogmático; históricamente, socialmente, económicamente, siempre estos montes han sido bienes de los vecinos agrupados en unas u otras formas.

Hay aquí un equívoco capital que importa mucho despejar.

Originariamente, en efecto, se trata de propiedades colectivas de los vecinos. Estos vecinos son, a la vez, los titulares de la propiedad de los bienes en cuanto *communitas civium* (comunidad de ciudadanos) y los que se benefician de su aprovechamiento concreto. El ente local, cuando existe (y sobre esto tendremos algo que decir), se nos aparece originariamente como un simple órgano de actuación de esa comunidad de vecinos. Más aún, las entidades locales inicialmente se nos aparecen como un resultado y un instrumento de estas situaciones de propiedades colectivas. El municipio rural es una organización esencialmente montada con vistas a la gestión de estas propiedades comunitarias. Los entes locales son esencialmente asociaciones vecinales, son la cabeza visible, la organización externa, de lo que en realidad constituye una comunidad (germánica) de propietarios.

Así lo demuestra toda la capital investigación de Gierke sobre las fórmulas comunitarias, sobre el derecho comunitario, propias del mundo germánico (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868-1913, cuatro volúmenes; reproducción fotostática actual por "Akademische Druck- und Verlagsanstalt", Graz, 1954), aunque su fabulosa erudición se extiende también a todo el mundo romanizado. Así, por citar una única autoridad española, la del leonés (no en vano leonés, luego hablaré de esto) profesor Díaz Canseco, gran historiador del Derecho, en el número 1 del "Anuario de Historia del Derecho Español", 1924, en su, creo, único trabajo publicado (fue un gran "ágrafa", como han no-

tado en magníficas semblanzas Blas Ramos y Ramón Carande; escribió muy poco y parece que este único artículo sobre los Fueros de León fue obligado a hacerlo por la fuerza, encerrándole sus discípulos durante más de una semana para que materialmente lo escribiese, puesto que tenía fama de gran sabiduría, como, en efecto, en este magistral artículo demuestra). Dice Díez Canseco:

“El Concejo rural nace naturalmente, como exigencia de la organización de la vida económica, que no entra en la Edad Media dentro de la competencia del Estado, y por tanto goza de una gran autonomía y especialmente de la existencia en los distintos distritos rurales de una parte del término (montes, praderas, dehesas) sin apropiación privada y cuya posesión y aprovechamiento es de la comunidad. *Mantener y ordenar en común la utilización por todos de los bienes que se consideran como del pueblo y reglamentar comunalmente la misma economía privada*, la explotación agraria y pecuaria de la propiedad de cada vecino, ha sido entonces, y es todavía [dice, trazando el puente que precisamente intentamos nosotros seguir en la exposición de esta tarde], en el ángulo visual de la conciencia de nuestros aldeanos, *el fin fundamental y la razón de la existencia del Concejo*”.

Aquí habla, sin duda, el leonés; una cosa análoga difícilmente podría decirlo un andaluz, o por lo menos uno de ciertas regiones de Andalucía.

Ocurre que estamos aquí ante la idea germánica del municipio como una comunidad o conjunto de vecinos, como un *pueblo*, que es expresión que todavía, por cierto, luce en algunos textos básicos de nuestra legislación, empezando por el Código civil, que sólo excepcionalmente habla de municipios (arts. 345, 601, 1.924) y que normalmente se refiere a los “pueblos” (arts. 343, 344, 515, 602, 1.875); el pueblo es, precisamente, la comunidad de los vecinos, la “universalidad de individuos”, como precisa técnicamente el artículo 600 del mismo Código. (Llamo la atención de que en Norteamérica se están enfatizando ahora mismo los llamados *pueblos “rights”*, en los Estados de tradición hispánica, como una técnica colectivizadora, por ejemplo, en el derecho de aguas; desde fuera hemos de descubrir nuestros tesoros aquí perdidos).

Mas a partir de la recepción de los dogmas del Derecho romano va a ocurrir, por obra de los juristas, una trasmutación de esta realidad sustancial y de base. Concretamente, a partir del siglo xv se va a interponer una titularidad artificial entre la comunidad de los vecinos y sus propiedades colectivas.

Esta titularidad artificial es, justamente, la *universitas* municipal, el municipio considerado ya como entidad separada y sustantiva y no como simple expresión u órgano de la comunidad vecinal, construc-

ción típicamente romanizada. Como se ha observado muy bien en el importante libro del profesor Nieto sobre *Los bienes comunales*, 1964, aquí, justamente, con la interposición de esta *universitas* entre la realidad de los vecinos y sus propiedades, es cuando va a comenzar el gran equívoco en el que todavía hoy nos movemos de la calificación de las propiedades colectivas. Pero, a pesar de que esta intermediación de una instancia extraña y artificiosa que es el municipio perturba la elementalidad de la construcción que sobre el dogma del Derecho germánico (y aun sobre el fondo prerromano) se venía sustentando pacíficamente en esta inmensa realidad de las propiedades colectivas en España, sin embargo, la perturbación no se convierte en un obstáculo definitivo. Realmente, va a tardar muchos siglos este nuevo dogma en hacer todo su largo camino, y alrededor del mismo intentar una subversión completa de los datos relevantes del problema, lo cual no ocurrirá hasta el siglo XIX, con ocasión de la magna operación desamortizadora.

Hay un precedente importante, en el orden tanto dogmático como económico, que debe precisarse, la curiosa reforma de la Hacienda municipal impuesta en 1760 sobre la base de un retorno casi absoluto a la Hacienda patrimonial: Novísima Recopilación, Leyes 12 y siguientes del Título XVI, Libro VII. Incomprensiblemente habla Costa de que esta reforma constituyó (aunque lo concreta en los Reglamentos dictados en esta ocasión para cada pueblo, por cierto un fondo histórico documental aún no explotado que Costa da por conservado en el Ministerio de la Gobernación) una “verdadera constitución colectivista”; me permito opinar que parece más bien el comienzo de su ruína, aun sin meter en cuenta los poderes centralizadores atribuidos en la gestión de los propios de los pueblos al Consejo de Castilla. Luego volveremos sobre esta reforma y su trascendencia en el tema que nos ocupa.

Es en el siglo XIX, en efecto, cuando se sustantiva y se hace absoluta una distinción que es cierto que existía en el antiguo Derecho, la distinción entre bienes de propios y bienes comunales, pero que era una distinción puramente funcional, y, además, completamente relativa, y que va a ser, sin embargo, a partir de este momento, una distinción capital, una distinción sustancial y de base, que separa en términos absolutos a dos instituciones del todo diversas.

Como es bien sabido, esta distinción entre bienes de propios y bienes comunales se articula sobre la consideración de los primeros como una propiedad del Ayuntamiento como ente independiente, con lo que se volatiliza, por consiguiente, la vieja titularidad colectiva de los vecinos. Se trata de bienes que éstos, los vecinos, no utilizan en propio beneficio, aunque, como Costa observó, era normal que la explotación de los propios la hiciesen los mismos vecinos (“concejadas”, “señaras concejiles”), si bien revirtiendo las rentas, en todo o en parte, al Ayuntamiento. Del hecho de esa afectación de las rentas a la caja común se va a trasladar abusivamente el dato hasta la conclusión, ya

arbitraria, de una privación total de titularidad de los vecinos sobre la propiedad de los bienes. Los vecinos no obtienen, en efecto, las rentas inmediatas de este tipo de bienes o, al menos, no todas las rentas, pues es también frecuente la coparticipación en las mismas entre el común y sus miembros. Sencillamente, son bienes afectados a producir una renta destinada a ser un ingreso del Ayuntamiento para sufragar sus necesidades, las cuales sólo convencionalmente pueden concebirse como transpersonales de la comunidad de vecinos, puesto que, por una parte, los servicios que con tal dotación se sufragan son servicios prestados inmediatamente a esta comunidad, y, por otra parte, es esta misma la que administra y gestiona esta prestación en su propio beneficio y utilidad, aunque sea en la forma de servicios colectivos. La intermediación municipal es, pues, una mera técnica de autodisposición por los vecinos, que más bien subraya, en lugar de excluir, la titularidad primaria de los mismos sobre esta clase de bienes así afectados.

Que la conclusión anterior es cierta se confirma por la propia reforma de 1760, cuando los ministros ilustrados fuerzan la capitalización en bienes de Propios y Arbitrios de todas las cargas y obligaciones fiscales de los pueblos. Cuando los pueblos carecen de patrimonios capaces de sostener una capitalización tan importante (y, dicho sea incidentalmente, tan contradictoria con los dogmas económicos liberales de que los ilustrados aparecen como portadores y, más concretamente aún, del de la desamortización, que ellos ponen en marcha), la Instrucción regia contenida en la Ley 13 (título y libro citados de la Novísima) precisa que tales pueblos han de adquirir los bienes necesarios para ello, y añade:

*“de modo que no se vean precisados a valerse de otros medios que perjudiquen la libertad y disfrute de los comunes o los vasallos”.*

Más claro, y puesta la frase en forma positiva y no negativa: si los Ayuntamientos sin Propios no contasen con dinero para adquirirlos en la proporción necesaria para capitalizar sus cargas, se verán precisados a valerse para ese fin de los bienes comunales, cambiando, sencillamente, la afectación de sus rentas, que de ser “la libertad y disfrute” de los vecinos pasarán a nutrir la caja comunal.

Nada sorprendente en esa intercambiabilidad: con la capitalización en bienes de propios de las cargas fiscales municipales se busca descargar al último destinatario de éstas, al vecino, al que en otro caso los “repartimientos” canalizarán directamente su importe. La capitalización que se efectúa es, pues, “rasgando el velo” de la personalidad municipal, una capitalización efectuada por los propios vecinos, para redimir una carga que a ellos solos terminaría afectando.

Frente al caso de los bienes de propios, en los bienes comunales se sustantiva el dato del directo aprovechamiento colectivo o comunal por parte de los vecinos, en su individualidad, afectante a sus personales economías y no a la de los servicios colectivos o comunes gestionados:



por el Ayuntamiento. Sobre este solo dato, elevado a quicio de la institución, se mantiene respecto de estos bienes la calificación como propiedad del común de vecinos, de la vieja *communitas civium*, que es la comunidad germánica en mano común, no enturbiada aún por la interferencia de la entidad municipal como persona distinta y sustantiva, la cual mantiene a lo sumo sobre los bienes comunales, antes de que la legislación municipal moderna complique aún más las cosas, meras facultades de administración y protección. Se establece así una correlación absoluta entre destino de las rentas obtenidas por estos patrimonios (que seguiremos llamando colectivos) y la titularidad dominical última, de modo que sólo cuando ese destino es el individual de cada vecino, aunque sea de todos ellos, se mantendrá en la comunidad vecinal la titularidad propia y, en cambio, ésta se situará en los Ayuntamientos cuando las rentas, total o parcialmente, nutran sus cajas y no la de sus miembros. Así se sustantiva, de manera completamente convencional, la distinción entre bienes de propios y comunales, sobre la cual va a apoyarse la desamortización civil del XIX, que condena a desaparecer a los bienes de propios como bienes de "manos muertas" y, en cambio, exime de dicha liquidación a los comunales, como próximos a bienes de comunidades civiles, aunque sean aquí de comunidades germánicas y no romanas. No cabe mayor trascendencia en la diferenciación de los regímenes respectivos, de donde la legislación municipal del siglo XX, al derogar para los municipios la legislación desamortizadora, obtendrá el dogma absoluto de la separación entre dos regímenes completamente separados.

Hay que decir rotundamente que esta *summa divisio rerum* que separa a los bienes de propios y a los comunales como expresión de una distinción absoluta y neta, nada menos que en cuanto que implica una distinción titularidad, es una distinción históricamente falsa. Es el fruto de un lamentable equívoco. Todas las propiedades de los pueblos son propiedades colectivas de los vecinos, que a su simple utilidad ellos mismos explotan, o bien, por resultar más susceptibles de una puesta en renta o de la obtención de frutos separables que de la simple explotación en uso común, afectaban, según su sola conveniencia, a nutrir la caja común con la que sufragar sus propios servicios colectivos, ordenados a su beneficio exclusivo como comunidad, o a liberarlos de las cargas que, de otro modo, hubiesen recaído directamente sobre ellos. Esta distinción de explotación es, además, perfectamente ocasional, circunstancial, según la conveniencia de la comunidad vecinal en cada momento, de manera que unos bienes que han venido siendo poseídos y aprovechados directamente por el común de vecinos podían pasar durante uno, veinte, cincuenta años a ser explotados bajo el sistema de renta, afecta a la caja común, y, sin embargo, no por eso los vecinos perdían su titularidad; desde esta titularidad, que es lo sustancial, podían decidir cambiar el sistema de explotación y pasarlos de nuevo a su disfrute diverso. Ya he dicho que el Ayuntamiento era un simple órgano gestor de la entidad local, que no tenía su actividad frente a

los vecinos; era, más bien, la propia comunidad vecinal organizada y por ellos regida y esto es, a mi juicio, además de elemental, básico para comprender rectamente el fenómeno.

Por otra parte, es también importante notar que las comunidades patrimoniales colectivistas, que son sobre todo los pueblos (sólo excepcionalmente grupos de pueblos, y este es el origen de las comunidades o universidades de villa y tierra, que la actual Ley de Régimen Local, art. 40, respeta), mantienen íntegra toda su autonomía bajo los regímenes municipales que coexisten en el Antiguo Régimen: los Municipios de realengo organizados bajo el régimen de Fueros o Cartas reales (privilegios de "villazgo" al final del Antiguo Régimen), que suelen ser comarcas extensas, con Alfoz o distritos subordinados, y la organización municipal señorial, en las tierras de señorío real o eclesiástico.

Dentro del régimen señorial, el señor tiene la regalía municipal y nombra los cargos concejiles, no obstante lo cual allí donde hay pueblos que tienen patrimonios colectivos estos pueblos subsisten en su plena autonomía como comunidades patrimoniales, que rigen y administran lo que todos consideran que es una propiedad de los vecinos. El señor podrá o no tener una exacción sobre las tierras colectivas, un privilegio venatorio con más frecuencia, derechos señoriales económicos de mayor o menor intensidad, pero estos privilegios dejan intacta, y antes bien la suponen, la plena titularidad dominical de las colectividades vecinales sobre sus patrimonios históricos, cuando no concedidos por los propios señores.

En el sistema municipal ordinario, las comunidades vecinales con patrimonios propios no se identifican necesariamente en el plano material con toda la comunidad municipal; el fenómeno, antes aludido, de las llamadas "comunidades de tierra", del que aún subsisten algunos especímenes ejemplares, lo acredita en cuanto esa falta de correspondencia refleja una mayor extensión de las comunidades patrimoniales sobre los límites del Municipio, pero pienso que era más frecuente aún el fenómeno contrario, de comunidades vecinales con patrimonios propios que se mantienen bajo un ámbito municipal que las excede. Aún en los casos en que hay una correspondencia territorial y personal completa entre la comunidad vecinal patrimonial y el Municipio, la no identificación entre una y otro se hace también visible, especialmente una vez que en el gobierno de este último se pierde el principio de autogobierno colectivo por los vecinos y sus órganos son ocupados compartidamente por funcionarios regios designados por el centro y a él sometidos (Corregidores) y por determinados grupos estamentalizados que han comprado o heredado los oficios concejiles y que los transmiten a sus sucesores. Esta pérdida del principio representativo del autogobierno, que se consume y se generaliza en la Edad Moderna (hablar de una pervivencia del municipalismo histórico en el momento del fin del Antiguo Régimen es, por ello, una falsificación histórica completa), no acarrea, sin embargo, y esto me pa-

rece fundamental, la pérdida del mismo principio de la participación vecinal común en la gestión y en la disposición de los viejos patrimonios colectivos, participación que se nutre de la vivencia del principio comunitario germánico.

Es entonces, y por esta razón, cuando al lado de los Corregidores y de los oficios concejiles aparecen los "diputados del común de vecinos" como un órgano que personifica esa vieja titularidad dominical germánica por debajo de los órganos municipales ordinarios. Se forma así, como se manifiesta, sobre todo, en los actos patrimoniales de disposición y administración sobre esos patrimonios colectivos, una curiosa diarquía entre el municipio y "el común de vecinos", que se ha mantenido en el régimen municipal foral navarro ("juntas de veintena"), como más próximo al modelo histórico. Esta diarquía, especialmente relevante, aunque no exclusiva, en el supuesto de la gestión de los bienes comunales, es verdad que reserva una intervención al Municipio, como organización sustantivada, independientemente de la propia de la comunidad vecinal directa, lo cual puede fácilmente explicarse porque todos los municipios llegaron a estar, o señorializados o estamentalizados (oficios concejiles hereditarios) o corregimentados por el comisario real que es el Corregidor, y por la necesidad, justamente, de que ese desplazamiento de la representación de la comunidad vecinal en la organización municipal no desplazase correlativamente la titularidad dominical de los vecinos sobre sus viejos patrimonios colectivos; pero, sin embargo, el municipio es, dentro de esa diarquía, una pura y simple instancia de tutela, de vigilancia de la colectividad patrimonial local, sostenida sobre la base directa de los vecinos.

Es sobre este equívoco sobre el que se edifica, primero, la tesis escolar de la coparticipación dominical del municipio y de los vecinos sobre los bienes comunales (tesis que ha rehabilitado modernamente el libro de Nieto y, tras él, alguna sentencia reciente, como la de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1962), y en un segundo momento, la absorción definitiva por el municipio de toda la titularidad sobre dichos bienes, que ha pasado dogmáticamente a la legislación municipal (hoy artículo 187 Ley de Régimen Local).

Pero es esencial retener que ese misterioso "común de vecinos" que dobla y condiciona a la organización municipal es la marca, perfectamente reconocible, de que la colectividad vecinal subsiste como titular último del dominio patrimonial.

Sobre esta base, podemos decir que hasta el momento mismo de la Desamortización, ha vivido en una gran parte nuestro mundo rural; aquí ha estado uno de los quicios del régimen económico, por lo menos, en media España, y es precisamente de esa realidad de la que se ha nutrido, y se sigue nutriendo, el actual Catálogo de Montes, heredero directo de la vieja situación de colectivismo agrario.

## III

En esta situación adviene, como un verdadero terremoto, como una operación trascendental de influencia inmediata y profunda, como pocas veces se encuentra en la Historia del Derecho, la gran, la vasta operación desamortizadora.

La legislación desamortizadora, en efecto, y me refiero sobre todo a la Ley Madoz, de 1 de mayo de 1855, que es la que pone en estado de venta los patrimonios de las corporaciones civiles (ya que hasta entonces la desamortización se refiere, sobre todo, a los bienes eclesiásticos, supuesto que apenas si han tenido efecto las fórmulas reformistas de Cádiz readaptadas en 1820), es la que tuvo una más trascendental influencia en el problema que nos ocupa. Su criterio básico, como ya hemos avanzado, fue exceptuar de la desamortización a “los terrenos que son hoy de aprovechamiento común” (art. 2.º, apartado noveno), concepto que precisamente subraya la ocasionalidad y la completa relatividad de la distinción de bienes de propios y bienes comunales, que ni es expresión de ninguna diferencia de titularidad, ni siquiera de una costumbre definitivamente establecida e inmutable en cuanto a las formas de explotación y a la afectación de sus rendimientos, que podrían ser alternativamente, para los mismos bienes, unas y otras (incidentalmente notemos que esta alternancia y relatividad demuestra también que la afección rígida a los fines fiscales que había dispuesto para los propios la reforma de 1760 no había supuesto un cambio definitivo de la titularidad vecinal, pues es desde ésta desde donde se efectúan tales cambios).

Por cierto que el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo, con un extraordinario rigor, sostuvieron, fallando recursos contencioso-administrativos, que no se admitía la prueba de que con anterioridad al momento en que la Ley desamortizadora se dictó, incluso inmediatamente antes, los bienes pudieran haber sido explotados como bienes comunales. Se congeló así por la Ley la situación concreta y totalmente ocasional que en el momento en que fue promulgada existía, exceptuándose sólo a los bienes que en aquel preciso instante (“hoy”, decía la Ley, según notamos) estuviesen siendo aprovechados por el común de vecinos de forma indistinta y simultánea (no ya, con muy pocas excepciones, los que se cultivaban o labraban, aun por suertes periódicas y transitorias) y ordenándose la puesta en venta masiva del resto de los bienes colectivos, calificados convencional y rígidamente como bienes *municipales* de propios.

Es verdad que también en esta Ley de 1855 se autorizó al Gobierno a exceptuar determinados “montes y bosques” en la situación del estado de venta (art. 2, apartado 6.º), y es aquí justamente donde comienza la legislación del Catálogo de Montes, pero esta facultad era puramente abstracta en la Ley Madoz y no se concretó, como es bien sabido, a través del Real Decreto de 22 de enero de 1860, hasta la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863. Esta Ley de Montes tampoco

exceptuó de la venta a todos los montes, sino únicamente a los montes que tuviesen más de 100 hectáreas y que estuviesen poblados de alguna de estas tres especies arbóreas: roble, pino y haya (no se tiene entonces el amplio concepto de monte que hoy ofrece el art. 1.º de la Ley vigente, de 1957; monte es, estrictamente, la finca arbolada; por eso se liquidan las “dehesas boyales”, que estaban generalizadas en toda Castilla, como ha estudiado en el siglo xvi, sobre las *Relaciones topográficas* de Castilla la Nueva, N. Salomón en 1964). En todo caso, en aquel momento, ocho años después de la Ley Madoz, el estrago era ya irreparable.

Recientemente, el profesor Simón Segura —que está publicando una serie de investigaciones importantes sobre lo que supuso para la economía española la desamortización— ha puesto de relieve que existe una fuente (ya utilizada por Costa) que permite, en cierta manera, valorar en su magnitud lo que supuso esa inmensa y vasta liquidación patrimonial sin precedente ninguno en la historia, fuera de las técnicas de socialización masiva que han presentado en los tiempos modernos las revoluciones socialistas.

Simón Segura ha destacado, en efecto, los datos de un libro publicado precisamente por el Cuerpo de Ingenieros de Montes, organizador de este acto, libro que destaca sus capacidades y sus merecimientos. En el libro se hace una estimación global referida a 1859, de todo lo que se vendió, lo que se estaba vendiendo y se iba a vender en adelante. En todo caso, quizá Simón Segura otorga una fe excesiva a esta fuente, que es, desde luego, una fuente sumamente importante, pero que me parece (yo no la he consultado, ni he consultado tampoco los archivos y respeto mucho la especialización y la competencia de este autor) que a través de su mismo título está revelando una cierta relatividad en la seguridad de los datos que ofrece. El título del libro es “Clasificación general de los montes públicos hecha por el Cuerpo de Ingenieros del ramo en cumplimiento de lo prescrito por el Real Decreto de 16 de febrero de 1859 y Real Orden de 17 del mismo mes y aprobado por Real Orden de 30 de septiembre siguiente” (Publicada en Madrid por la Imprenta Nacional).

Los datos de esta clasificación son realmente importantes, puesto que ofrece una estadística general referente a todo el país. Sin embargo, si el Decreto que ordena esta clasificación es del 16 de febrero y la clasificación está aprobada el 30 de septiembre del mismo año, hay ahí un plazo minúsculo para efectuar una labor de censo tan extraordinaria, de donde sospecho que no puede dársele un valor absoluto y mucho más cuando sabemos que todavía hoy, más de cien años más tarde, los datos estadísticos del Catálogo de Montes, distan de dar un reflejo fiel de la realidad. Se trata, pues, de una estimación alzada, aunque hecha no desde Madrid, globalmente, sino a través de las observaciones directas efectuadas por los servicios provinciales, que hay que tener en cuenta que estaban establecidos desde bastantes años antes. Pues

bien, hechas estas reservas, los datos de esta publicación son impresionantes.

Existían a la sazón, según esta clasificación, más de 10 millones de hectáreas de montes públicos (concretamente, 10.186.044,8 hectáreas), de los cuales la inmensa mayoría, unos 9.500.000 son de los pueblos. Los otros 500.000 son del Estado y de las llamadas corporaciones civiles, los famosos Establecimientos Públicos que siguen apareciendo en la Ley de Montes actualmente vigente como entidades benéficas y sanitarias, hospitales, etc. De estos 10 millones de hectáreas (¡casi una quinta parte del territorio nacional!) se declaran entonces enajenables 3.427.561 (un 7 por 100 del territorio nacional) y, prácticamente, todo lo que se declara enajenable, menos 200.000 hectáreas, es de los pueblos.

En algunas provincias, ha observado Simón, el porcentaje de montes de los pueblos puesto en venta se aproxima al 50 por 100 de la superficie de la provincia entera (el 42,68 por 100 en Zaragoza) y es importante observar que ésta es una de las más claras vías, como muchas veces se ha notado y corrobora ahora la investigación de Simón Segura, de la formación de los latifundios en España, como basta para probarlo con notar que donde más superficie de montes públicos se puso en venta fue en las provincias de Badajoz, Cáceres y Ciudad Real.

A quien estos datos resulten aparentemente excesivos recuerde que en su famoso informe de 1768 sobre la Ley Agraria Olavide afirmó que las tierras de aprovechamiento común o baldíos ocupaban en Andalucía las dos terceras partes, y acaso más, del territorio, proporción que, en términos aún superiores (casi un 70 por 100), extienden a todo el territorio nacional, sobre la base de unos documentos de principios del siglo XIX, Canga Argüelles, Flórez Estrada y Escriche, como recuerda Costa.

Es más que probable que estos datos no sean muy precisos y acaso no fiables, pero su significación procede de que son formulados o aceptados por quienes, como verdaderos expertos, convivían con la situación que intentan reflejar.

Posteriormente a 1859 se hicieron nuevas (y en realidad constantes, caso por caso) clasificaciones de bienes enajenables, procedentes, sobre todo, de dos causas diversas: por una parte, la aparición y desarrollo del Catálogo de montes exceptuados de la desamortización, y aquí está uno de los grandes méritos históricos de la Administración Forestal española y de su Cuerpo de Ingenieros de Montes; por otra parte, por trasvase paulatino, que luego examinaremos, de los bienes comunales (como tales, exceptuados) a la categoría de bienes de propios (como tales, enajenables). Es importante notar que la situación en estado de venta permaneció sin un solo momento de respiro, con ventas constantes, desde 1855 hasta el Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924, que es el que deroga para los pueblos (art. 5) el principio desamortizador. Durante esos setenta y cinco años, en efecto, han es-

tado saliendo constantemente nuevas fincas a estado de venta, lo que ha tenido una decisiva trascendencia para configurar la situación hoy existente.

#### IV

Esa masa inicialmente exceptuada de la desamortización (9.500.000 hectáreas, un 13 por 100 de la superficie entera del país) era, por la obvia razón de que así lo imponía la Ley Madoz de 1855, una masa de montes comunales, precisamente. Obsérvese, en efecto, que la clasificación de 1859 se efectúa antes de que esté operando el Catálogo de Montes, que realmente salta sobre la clasificación comunales de propios; el Catálogo comienza ya antes de la Ley de Montes de 1863, que lo consagra mediante unos precedentes reglamentarios que se remontan a 1860, después, por tanto, de la clasificación referida. Por consiguiente, está claro que casi dos terceras partes de esta inmensa masa de bienes que constituían en el momento de la desamortización los patrimonios vecinales, en el sentido histórico e inespecífico de la expresión, es de aprovechamiento directo por los propios vecinos, patrimonios comunales, pues, en el sentido ya del siglo XIX. Sin embargo, basta un conocimiento somero de la situación del Catálogo de Montes actualmente existente para comprobar que la inmensa mayoría de los montes inscritos en el Catálogo están calificados hoy como bienes de propios; para el Catálogo, los montes comunales son hoy rigurosamente excepcionales. Un simple dato, que resalta Costa: cuando el Ministro Camacho publica en 1883 su meritoria *Memoria sobre la Hacienda Pública de España*, cifraba como vendibles (aparte, pues, las fincas ya enajenadas en aquel momento, que habían sido muchísimas, como ha precisado Simón Segura) en 7.131.000 hectáreas, en su mayor parte propiedad de los municipios, cifra que basta para justificar que la enorme mayoría de las fincas declaradas exceptuadas de la venta en la clasificación de 1859, por conceptuarse comunales, han pasado en poco más de veinte años a la condición de bienes de propios y, sólo por ello, a la de enajenables.

¿Cómo se ha producido esa gigantesca mutación, bastante más grave, en términos absolutos, que el mismo principio desamortizador inicial, que había afectado sólo, como ya notamos, a 3.500.000 hectáreas? Ocurre, en efecto, que contra los bienes comunales se ha concitado desde su sustantivación institucional, hace más de un siglo, un complejo de fuerzas impresionantes, realmente tan impresionante que la realidad de dichos bienes no ha podido resistir a su asedio. Esquematzaremos esos factores lanzados a la liquidación de los viejos patrimonios concejiles.

a) Por una parte, está la Hacienda Pública, enemigo temible. Es sabido que durante todo el siglo XIX y hasta que se deroga para los montes de los pueblos la puesta en estado de venta, el gran criterio para determinar cuándo estamos en presencia de un bien comunal o



un bien de propios es el llamado de la "arbitración". La finca "arbitrada", es decir, la finca que paga impuestos, arbitrios, es la cifra misma de la finca de propios, precisó una jurisprudencia nutrida y, a mi juicio, difícilmente defendible, con lo cual es evidente que la Hacienda no sólo no arriesga nada tratando de incluir en sus listas cobratorias bienes comunales, sino que, prácticamente, de esta simple iniciativa se deriva la consecuencia capital de que dejan de ser comunales, si no se recurría en los cortísimos días de plazo impugnatorio evitando que el acto de alta fiscal o liquidatorio llegase a ganar firmeza. En una palabra, una simple iniciativa de este tipo de la Administración financiera, dado lo fugaz de los plazos económico-administrativos de impugnación, y, además, dada la falta de medios técnicos de ilustración jurídica de la mayor parte de las comunidades vecinales del país para reaccionar mediante un recurso oportuno frente a una iniciativa de este carácter, ha sido normalmente suficiente para arrastrar ingentes cantidades de bienes comunales hacia su descalificación, *con la consecuencia de que su titularidad quedaba trasladada desde los vecinos al Ayuntamiento*, como luego veremos. Las constantes necesidades recaudatorias de la Administración han encontrado aquí un campo fértil, aunque ello haya ocasionado un ingente despojo de las titularidades vecinales (más extenso aún, ya lo notamos, que el consumado por la propia desamortización inicial).

b) En segundo término, el propio Ayuntamiento tiene con frecuencia un interés resuelto en convertir los bienes comunales en bienes de propios, porque los Ayuntamientos arrastran penosamente una crisis crónica de su Hacienda y realmente con la conversión de los comunales en bienes de propios se aseguran un importante, muy importante, ingreso, bien en capital, si el bien de propios se enajenaba, bien en renta, si esta enajenación no se consumaba, a través de la tabla de salvamento del Catálogo de Montes, o una vez que el Estatuto municipal de 1924 derogó en la esfera local el principio desamortizador. Hoy podemos decir, desde la perspectiva del régimen local, que prácticamente los únicos municipios rurales que no están en situación de ruina financiera pura y simple, ruina en el sentido más literal de la expresión, son aquellos que disponen de bienes de propios.

Esa ruina de los Ayuntamientos rurales es tal que no pueden sostener, por ejemplo, su secretario, por lo que ha habido que arbitrar unas Agrupaciones de Municipios para sostener a un secretario y funcionarios comunes (Ley de 23 de julio de 1966). Por otra parte, la absolutamente injusta congelación de los sueldos de los funcionarios municipales ha estado determinada porque los municipios rurales no pueden pagar a sus funcionarios materialmente, y ha habido que habilitar una asistencia económica del Estado a los entes locales para que pudiesen hacer frente al pago de estas retribuciones, que no son, por lo demás, como ya se comprenderá, nada mollaras (Decreto-Ley de 27 de julio de 1973). Está claro, pues, que por debajo del énfasis retórico del municipio como supuesta "estructura básica de la comuni-

dad nacional” (art. 45 de la Ley Orgánica del Estado), en su expresión rural el municipio ha llegado al punto quizá más crítico de su existencia histórica; un municipio en quiebra, incapaz de pagar un solo funcionario, es una simple fuente de frustración y no de servicios, utilidades o prestaciones al público.

La Administración municipal en España es, pues, en muy buena parte, una ficción, y podemos decir que los únicos municipios rurales que no están en esta situación son justamente aquellos que hicieron a tiempo el cambio de las titularidades de los montes comunales a propios, y hoy cuentan con la importante renta de las cortas de madera. Así queda explicada la enorme presión que los propios Ayuntamientos han realizado para que esa conversión se consumase.

c) En tercer lugar, los propios vecinos se concitan también contra los montes comunales, por una parte, porque está presente a lo largo de toda la legislación del XIX el criterio de que los vecinos tienen derecho a que se reparta la propiedad de los bienes comunales mediante distribución de lotes en propiedades individuales, cosa que se ha hecho con alguna frecuencia, la última bajo la fórmula de los famosos Leyes y Decretos de “roturaciones arbitrarias” en tiempo de la Dictadura; y, por otra parte, porque hay vecinos, no todos, sino algunos, los caciques o los vecinos prepotentes, que a través de la declaración de enajenables de los viejos patrimonios concejiles tuvieron la oportunidad de quedarse con enormes extensiones de montes de propios una vez que salían a subasta, con unas técnicas muy sencillas que estaban dentro de la corrupción de la época, de subastas sin publicidad, obstáculos a eventuales concurrentes, etc. Había, pues, vecinos que no sólo no tenían interés en mantener la fórmula del aprovechamiento comunal, sino que impulsaban también a la desaparición de estas viejas comunidades vecinales y a su conversión en bienes municipales de propios.

d) En cuarto término, la legislación de Montes, y esto no es difícil de comprender, porque esta legislación se coloca en una perspectiva de rentabilidad económica abstracta, más, quizá, que en la social de la integración de las comunidades vecinales. La Ley de Montes de 1863, en sus artículos 9 y 10, artículos que por cierto han pasado íntegros a la Ley de Montes vigente, dicen literalmente “...subsistirán los aprovechamientos vecinales que existan legítimamente *cuando no sean incompatibles con la conservación del arbolado*”.

Observen ustedes dos cosas: primero, que aquí se ha desplazado ya la titularidad; ya se habla de montes de los pueblos en su acepción de entidades locales, respecto de los cuales los vecinos tienen unos eventuales derechos de aprovechamiento; es decir, se ha convertido la titularidad dominical vecinal en un simple derecho de goce sobre cosa ajena; y, en segundo término, que se admite la posibilidad de que esos aprovechamientos vecinales puedan ser extinguidos por la Administración Forestal sin más que declarar su incompatibilidad con la me-

jor conservación o explotación del monte en un sentido de técnica económica abstracta y no social, y de técnica económica no global y permanente, sino sectorial (forestal) y ocasional.

e) Finalmente, no obstante la entidad de los enemigos de los montes comunales a que vengo refiriéndome, el más eficaz de todos, posiblemente, o el que ha permitido a esos enemigos una fácil y espectacular victoria, ha sido el paso de la agricultura de un sistema de subsistencia o autoconsumo a un régimen de economía de mercado, de economía de intercambio. En efecto, la técnica de los aprovechamientos comunales está especialmente montada sobre el autoconsumo. Las comunidades que viven sobre los usos comunales producen normalmente sólo para sostenerse, y producen prácticamente todo lo que necesitan, con unas necesidades de intercambio externo muy limitadas, integrando a dichos aprovechamientos en este régimen. Como los aprovechamientos comunales típicos quedan congelados en el momento de la desamortización (aún hoy, los arts. 192 de la Ley de Régimen Local y 77 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955 priman sobre todas a las formas consuetudinarias y sólo muy excepcionalmente permiten otros aprovechamientos que los simultáneos y comunes), su imagen queda vinculada a esa etapa histórica de la agricultura. Los aprovechamientos comunales, entendidos como libres, colectivos y sumultáneos (porque ya notamos que la jurisprudencia hizo un dogma del principio de que cualquier apropiación privativa, aun temporal, por los vecinos “destituía a los bienes del carácter comunal”: Reales Decretos Sentencias de 6 de agosto de 1866, 4 de mayo de 1868, etc.), son aprovechamientos que pierden interés cuando se impone la explotación técnica de las empresas agrarias. Por ejemplo: en el ámbito forestal, el derecho de leñas como un derecho vecinal tenía interés en el momento en que realmente no había otra fuente de energía doméstica, pero deja de tener interés virtual cuando la energía de que puede disponerse en los hogares es otra, y es, además, mucho más cómoda de utilizar (electricidad, carbón, butano, etc.). En la práctica, puede decirse que, salvo quizá el derecho de pastos —y aun este sólo en la forma de pastos de verano, que no requieren cultivo o tratamiento especial—, las demás formas históricas de los aprovechamientos comunales se hunden con la agricultura y la economía tradicionales. Los vecinos pierden interés en los mismos y dejan el campo libre a todas las fuerzas que, por unas u otras causas, buscan obstinadamente su liquidación.

## V

El resultado a que conduce esta impresionante conjura de fuerzas y factores coincidentes en postular la desaparición de los patrimonios comunales, es una ingente reducción de los mismos y su sistemática conversión en bienes de propios, ya sea con fines de enajenación (mien-

tras subsistió la legislación desamortizadora), ya a través de la legislación de montes, que cooperó lúcidamente a la salvación de una enorme masa de patrimonios forestales, con fines económicos de explotación y a la vez de refuerzo de las aniquiladas economías municipales. El resultado, repito, es la desaparición en su mayor parte de los aún ingentes patrimonios comunales que acertaron a subsistir tras el brutal embate de la desamortización.

Podemos decir, sin exageración ninguna, que a la ingente usurpación que supuso la desamortización (usurpación visible en la entrega de los precios de venta a las cajas municipales y no a los vecinos; recuérdese que con el sistema de capitalización de las cargas fiscales vecinales que supuso la reforma de 1760 los vecinos habían en rigor redimido dichas cargas por la constitución de un capital soportada por su ya pobre economía; ahora se ven privados de este capital que eran los propios y reaparecen íntegramente las cargas sobre ellos), se ha adicionado otra que cuantitativamente es mucho mayor, como ya notamos, la usurpación que ha operado por vía de desplazamiento de titularidad al efectuarse la conversión de bienes comunales en bienes de propios. De ser una titularidad de los vecinos, los bienes pasan a atribuirse a la titularidad del Ayuntamiento como ente sustantivo, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento, con la legalización completa del régimen local que se opera en el siglo XIX, ha dejado de ser ya la simple expresión de una comunidad de vecinos, para pasar a ser una organización político-administrativa, rígidamente ordenada con funciones prescritas por la ley, entre las cuales, incluso, por supuesto, y muy importantes, las de cooperación a los servicios del Estado.

Por otra parte, es una pura casualidad, e incluso podemos decir que es excepcional en toda la España verde, que cuenta con una gran tradición de comunales (a ello me referiré inmediatamente), la correlación entre el municipio y la vieja comunidad vecinal titular de los bienes, puesto que estas comunidades son, sobre todo, pequeñas comunidades de población, aldeas, parroquias, pequeños pueblos. Allí donde la población está dispersa en este tipo de asentamientos, los municipios, los términos municipales, se han diseñado con ámbitos comarcales, de tal manera que la traslación de titularidades desde estas comunidades hasta el Ayuntamiento implica también una disolución de sus indirectos beneficiarios, que ya no son los antiguos titulares de estas propiedades colectivas, sino una colectividad mucho más amplia.

Hoy se puede decir que la herencia de esta vieja tradición de colectivismo agrario ha desembocado en términos generales en la fórmula de los bienes de propios (o liquidados en los tres cuartos de siglo en que perduró el "estado de venta", o salvados únicamente a través del Catálogo de Montes, lo cual sólo beneficia inicialmente a los bosques o monte alto *stricto sensu*, tan poco corrientes en la España seca, como es notorio), acaso con dos únicas excepciones: allí donde hay pastos colectivos, es decir, prácticamente en los municipios de montaña, especialmente en los de la España verde; y el supuesto muy específico

(limitado a unos cuantos pueblos de Soria y de Burgos, no sé si más) del artículo 192/4 de la Ley de Régimen Local, que recordarán ustedes que es el supuesto de asignación a los vecinos, no ya del derecho al aprovechamiento común, sino de las suertes o cortas de madera, o sus precios, supuesto que se congela también por la Ley, según dispone un Decreto-Ley de 1925, que corrobora luego una Ley de 1948 y que pasa a la Ley de Régimen Local, por lo que sólo los pueblos que tradicionalmente tuviesen esta fórmula de aprovechamiento la mantendrán, aprobando unas Ordenanzas especiales en las que, sobre todo, se cuestiona, como saben ustedes, el tema de que no basta la simple vecindad para tener derecho a estos aprovechamientos, sino que se imponen las llamadas "condiciones especiales de arraigo o vinculación".

El carácter paulatino de esa privación, a lo largo de más de un siglo, el hecho de que se ha operado sobre la ola del cambio de las circunstancias de la vida, de que ha implicado la atribución formal de estas propiedades a un ente público (aunque con frecuencia en forma puramente transitoria, como paso para la liquidación definitiva), del gran complejo dogmático de doctrinas jurídicas que se ha volcado, insatisfactoriamente en general, sobre este tema de los bienes de esta naturaleza, ha dulcificado este proceso y lo ha difuminado, no obstante su ingente magnitud. Nuestra desasistida masa campesina ha sufrido una usurpación sistemática y prolongada, de la que apenas hay conciencia. Podemos decir que ha sido una verdadera eutanasia, que se ha prolongado a lo largo de 150 años y que por eso ha sido apenas dolorosa, lo cual no deja de ser sorprendente cuando tan agudo ha sido históricamente, y sigue siendo, en nuestra patria todo el problema de la tierra.

Aún habría que añadir a esa privación directa la que ha supuesto también el dogma jurídico, totalmente convencional, que consume la evolución iniciada el siglo XIX, de la atribución de la titularidad dominical de los mismos bienes comunales (no ya, como hasta ahora, sólo los de propios) a los municipios, concibiendo la posición de los vecinos como la de unos simples beneficiarios de la afectación de tales bienes, de que el Ayuntamiento como organización política puede disponer libremente, incluso para privarles de ese último resto de su posición (cfr. arts. 183, 187 y 194 de la Ley de Régimen Local y art. 8 de su Reglamento de Bienes). Repito que, si históricamente pudo verse en los Ayuntamientos, según los conceptos de Díez Canseco que más atrás transcribimos, la expresión orgánica de una comunidad vecinal caracterizada como comunidad patrimonial, esto ya no es así sino excepcionalmente en el mundo actual, tanto por las alteraciones de las formas de vida como por la inserción de los municipios en una estructura política que trasciende el puro interés de los vecinos. De este modo, la asignación final de la titularidad dominical de los mismos bienes comunales a los municipios como entidades políticas que hoy son, supone la consumación pura y simple del proceso usurpador de la histórica

titularidad vecinal, que en este momento ha desaparecido, pura y simplemente, en su totalidad.

El proceso histórico arroja un resultado impresionante. ¿Puede considerarse fatal, definitivo e irreversible?

## VI

Ese vasto y continuado proceso de desapoderamiento de los viejos y extensísimos patrimonios colectivos, al que coadyuvan intereses de muy diversa índole junto a dogmas jurídicos perfectamente convencionales, parece haber tenido su primera excepción, aunque ya muy parcial y limitada, con motivo de la regulación de los llamados “montes vecinales” o “parroquiales” de Galicia.

Quizá por el mayor arcaísmo de esta región, la vida social y económica ha seguido volcada en las zonas rurales sobre la pequeña unidad vecinal que es la parroquia, de las que existen vivas unas tres mil quinientas, sin que la organización municipal montada en el siglo XIX de forma artificiosa sobre áreas comarcales más extensas haya alcanzado a penetrar, no ya a sustituir, esa vieja estructura. El municipio ha sido una simple unidad política, centro del caciquismo de todas las épocas, pero no ha alcanzado a constituirse en un centro administrativo eficaz, de prestación de servicios efectivos, o de ordenación de la vida social. Esta sigue montada sobre la arcaica y efectiva unidad parroquial, una de cuyas bases sustanciales es, justamente, la existencia de propiedades colectivas, los llamados montes parroquiales o vecinales, a la vez sustrato de la ganadería local y fuente de explotaciones y de renta que pasan directamente a los patrimonios familiares. La pervivencia de estas formas de explotación se manifestó en el seno del propio fenómeno desamortizador, que acertó a liquidar muchos de estos patrimonios colectivos, pero que fue contrarrestado con bastante frecuencia con medios *iure privato*, concretamente con la recompra en las subastas de estos montes realizada por los propios vecinos constituidos en comunidades civiles.

Personalmente, y arriesgando un juicio sin demasiadas razones que puedan ahora explicarse, yo no creo que el caso de los montes parroquiales gallegos sea excepcional respecto de los patrimonios colectivos de otras regiones, y concretamente de las demás provincias alrededor de la Cordillera Cantábrica y Pirenaica, que conozco personalmente algo, como luego diré, y donde tales patrimonios subsisten como realidad operante. Lo que es excepcional ha sido sólo la vivacidad del mantenimiento de la situación antigua y de su pervivencia sobre la organización municipal del XIX, especialmente artificiosa, la vivacidad también, y por ello mismo, de la conciencia de los campesinos gallegos de que los montes, sobre los que se asienta su vida, son de ellos y no de cualquier entidad abstracta sobre la que ellos tienen escaso poder y que es, en rigor, por eso mismo, “ajena”. La exten-

sión actual de estos montes vecinales está calculada entre 600.000 y 1.000.000 de hectáreas.

Fue la jurisdicción civil, inicialmente, unificada en una "jurisprudencia regional" de la Audiencia de La Coruña, la que destacó lúcida-mente la calificación de la titularidad en una comunidad germánica o en mano común, jurisprudencia confirmada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> de 5 de junio de 1918, 22 de diciembre de 1926, 28 de diciembre de 1957, 22 de enero de 1963, 1 de febrero y 5 de junio de 1965, 17 de enero de 1967; Sentencia contencioso-administrativa de 27 de abril de 1963); luego viene una mención, no feliz, por cierto, pero al menos llamando la atención sobre la singularidad del problema, en la Ley de Montes de 1957 (art. 4.º, apartado 3: "la presente Ley reconoce y reglamentará la existencia en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra de montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que serán vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán el disfrute de sus aprovechamientos de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada Municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos"); la Compilación Foral del Derecho civil de Galicia de 1963, a continuación, repite la misma fórmula de la Ley de Montes, a la verdad no muy explícita salvo en cuanto a la titularidad, intentando tipificar la figura como una supuesta institución foral; finalmente, y, al parecer como reacción a algunos incidentes de orden público que incluso ocasionaron pérdidas de vidas humanas (emocionante título de la conciencia de la lucha por el propio derecho), se dictó la Ley hoy vigente de "Montes Vecinales en mano común", de 27 de julio de 1968. Ley importante (su Reglamento es de 26 de febrero de 1960), la primera en dos siglos que restituye, aunque no al cien por cien, como vamos a ver, a las viejas comunidades campesinas sus históricos patrimonios sobre los que han vivido siglos —y aun milenios.

El esquema básico de esta Ley podemos sintentizarlo rápidamente en el poco tiempo de que ya disponemos:

En primer término, tenemos que decir que por vez primera se efectúa un enérgico retorno de la titularidad de los bienes a los vecinos ("montes pertenecientes a los vecinos agrupados en parroquias, aldeas, lugares, caseríos...": art. 1.º; también art. 2, a: "su titularidad y aprovechamiento corresponde, sin asignación de cuotas específicas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate"), liquidando así toda la vieja polémica sobre la situación de las corporaciones locales, y toda la dogmática enormemente confusa que alrededor de ello se ha movido. Considero un acierto que no se haya intentado asignar una personalidad jurídica a la parroquia (no obstante lo cual, se reconoce a ésta la posibilidad de actuar mediante órganos, en especial una "Junta de Comunidad", art. 4); tal personificación hubiese difuminado, y en definitiva separado, la titu-



laridad directa (y no un simple derecho de aprovechamiento) de los vecinos, como ha ocurrido en el régimen ordinario de los comunales.

Sin embargo, en segundo lugar, entiendo que es completamente convencional e injustificable el requisito de que estos montes vecinales sólo sean reconocibles en aquellas parroquias, barrios, caseríos, o aldeas, etc., “no constituidos formalmente en Entidades Municipales”, como continúa el art. 1.º antes transcrito, especialmente si entre las Entidades Municipales hay que incluir, según el artículo 10 de la Ley de Régimen Local, además de los Municipios estrictamente tales, las llamadas “Entidades locales menores”, que en la mayor parte de los casos se han formado justamente para administrar sus patrimonios colectivos (arts. 23 y 107, d, de la misma Ley).

Aquí reaparece el gran tema dogmático que ha estado en la base, según hemos visto, del vasto proceso de privación de los patrimonios vecinales, el dogma de la personalidad jurídica del ente local y su cesura radical con la de los vecinos que son sus miembros. Y esta insólita reaparición basta para mostrarnos la artificiosidad absoluta de las graves consecuencias que del dogma se extraen con una sorprendente tranquilidad de conciencia —la imagen más reprobable de una “jurisprudencia de conceptos” en estricto sentido. ¿Por qué si se ha constituido una entidad municipal —según dice la Ley—, por qué si se ha constituido una entidad local menor, o un municipio, sobre el soporte físico de una aldea determinada, porqué los vecinos de la misma han perdido la titularidad? Se comprende fácilmente que ese hecho, hoy además determinado por razones administrativas de ordenación política y no civiles o patrimoniales, no tiene nada que ver con el tema de la titularidad de los bienes, es algo absolutamente casual y marginal, y en modo alguno puede constituir causa de privación patrimonial en sentido jurídico el que realmente los límites de las entidades locales se hayan ajustado o no a los de las parroquias o aldeas, de modo que cuando así haya sido haya que entender que se haya operado un tránsito dominical de estos patrimonios hasta el ente administrativo. La exigencia por la Ley de 1968 de este requisito de que el pueblo o parroquial no estén constituidos en entidades municipales es una corroboración espectacular del proceso histórico de desapoderamiento de los patrimonios vecinales que hemos descrito más atrás y con ello, entiendo, una condena definitiva del mismo ante el Derecho.

Recordemos que ya al final del antiguo derecho, cuando la organización municipal había trascendido su sentido patrimonial originario para desembocar en fórmulas políticas corregimentadas con el Rey, señorializadas o estamentalizadas, se había disociado sabiamente la titularidad política municipal con la titularidad dominical de los viejos patrimonios colectivos, para reconocer la pervivencia de esta última en un centro diverso, “el común de vecinos”. ¿Por qué ahora otra cosa, cuando la instancia municipal está ya virtualmente separada del todo del fondo patrimonial comunitario que comenzó siendo? ¿Qué razón mínimamente sería desde la perspectiva jurídico-patrimonial po-

dría darse para justificar un cambio de atribución de titularidad tan decisivo desde el punto de vista social y económico?

En tercer lugar, la Ley consagra una participación del Ayuntamiento en las rentas de estos montes (art. 8), lo cual ya hemos apuntado que carece realmente de título sustancial, no obstante lo cual, se ha impuesto por razones políticas y especialmente por la gravísima crisis de las Haciendas municipales (ya notamos que los únicos municipios no en quiebra en España, aparte de los que tienen montes, son los municipios urbanos), aun sin una justificación jurídica profunda que dé razón de la medida; incluso con puros criterios de Derecho financiero esa participación municipal (cifrada en un 30 por 100 para obras y servicios que beneficien directamente a la parroquia y un 20 por 100 en concepto de premio de gestión y participación, un 50 por 100 en total) no está, evidentemente, justificada, puesto que supone desplazar hacia las comunidades campesinas una carga tributaria no justificada, al menos *a priori* (más bien la presunción inicial parece que ha de ser la contraria), en una real capacidad económica (art. 9 del Fuero de los Españoles).

En cuarto lugar, entiendo que es un verdadero error de la Ley, que ha acertado en cosas más difíciles, el haber dispuesto la exclusión de los montes vecinales del Catálogo de Montes de utilidad pública (artículo 13). Es verdad que el Catálogo es primariamente un registro de montes que pertenecen a las entidades públicas, pero la presencia en el Catálogo supone para la propiedad forestal una serie de ventajas jurídicas y, además de beneficios materiales de protección, asistencia técnica, ordenación, vigilancia, tutela, etc., que realmente no habría por qué haber sacrificado para los montes vecinales a un dogmatismo de esta naturaleza. Se podría, probablemente, haber formado un catálogo "B", o un Segundo Catálogo, aunque efectos parciales análogos (no, por supuesto, en el aspecto jurídico) pueden lograrse quizá con la inclusión de estos montes en la relación de "protectores", análoga a estos efectos a la "Relación de Montes Vecinales" aludida en el artículo 12. La rectificación legal en este punto parece aconsejable.

Y finalmente, sin intentar agotar el análisis de este nuevo régimen legal, merece también un juicio favorable la extensión eventual de esta Ley a otras provincias distintas de las cuatro gallegas (art. 10; la Orden de 6 de mayo de 1975 la declara aplicable ya a las provincias de Oviedo, Santander, León y Zamora), porque, en efecto, la situación, como antes he apuntado, no es en absoluto diferente en el resto de España, frente al intento de justificar el régimen de los montes vecinales gallegos como una supuesta peculiaridad foral, que es lo que ha pretendido la Compilación Foral de Galicia.

## VII

Realmente, la generalización a toda España de la técnica de los montes vecinales la entiendo vivamente aconsejable, y no por un simple prurito de restitución histórica.

Es verdad, como hemos intentado exponer más atrás, que todo el vasto sistema de lo que venimos llamando, para evitar caer en calificaciones convencionales, patrimonios colectivos, han sido siempre una titularidad vecinal en el más estricto sentido del término, y que la aplicación sistemática de la Ley de Montes Vecinales a los restos que de esos patrimonios han perdurado del gigantesco naufragio histórico que hemos descrito, supondría una restitución pura y simple, una devolución de algo de que las comunidades vecinales no debieron haber sido despojadas jamás. Pero los afanes de justicia histórica al cabo de los siglos suelen ser puro romanticismo, rara vez justificable en criterios políticos efectivos. Parece innecesario advertir que todo romanticismo está en este momento ausente de mi ánimo. Creo, más bien, que por elementales razones pragmáticas que voy a intentar esquematizar ya muy rápidamente, para concluir, debe impulsarse una extensión resulta del régimen de los Montes Vecinales a todo el país. Y para iniciar esta última argumentación, precisaré una alusión personal que hice antes, la de que yo he tenido algún contacto real, y no sólo libresco, con este problema apasionante.

Yo procedo familiarmente de una región de la provincia de Santander, el Valle de Liébana, que presenta estos datos dignos de relieve. El Valle de Liébana tiene 60.000 hectáreas de extensión, de las cuales casi 50.000 son propiedades comunales (aunque, por cierto, el Catálogo de Montes apenas refleje esta calificación, por las razones que en parte ya nos constan) y sólo 10.000 son propiedades privadas. Y de esas 10.000 debo decir que tengo un recuerdo personal directo de que muchas de ellas se han consolidado a través de los usos consuetudinarios de las "rozas" en el monte común, sancionados por la legislación de roturaciones arbitrarias, como, por lo demás, la simple disposición física de las parcelas individuales, presentes como islotes en el terreno del común, normalmente alrededor de los caseríos, basta a corroborar. Es decir, que en origen, no hace, incluso, mucho más de cien años, esa impresionante proporción de cinco a uno entre propiedades colectivas y privadas, probablemente habría que multiplicarla por bastantes enteros.

Pues bien, expuesto ese dato de hecho, hay que añadir ahora que en mi tierra la gente emigra y la gente es pobre. La riqueza pública, muchas veces impresionante (hayedos de miles de hectáreas, "puertos" de montaña con pastos excelentes, capaces de sostener a miles de cabezas), coexiste con una grave situación de pobreza privada, sencillamente porque esos patrimonios concejiles se han atribuido formalmente a entidades abstractas, las Juntas Administrativas de los pueblos, forzados a entrar en el molde arbitrario de las Entidades Locales me-

nores (por cierto, que sin ninguno de los requisitos que la Ley de Régimen Local, art. 24, exige para ello, pero aunque otra cosa hubiese sido, la situación sería idéntica); entidades cuya sustantivación ha roto todo lazo patrimonial con la comunidad de los vecinos. Se dan así Juntas Administrativas enormemente ricas como supuestos órganos de grupos de vecinos cada vez más reducidos, en extinción paulatina incluso (pueblos, por ejemplo, con cinco, con siete vecinos, abandonados virtualmente) y, sin embargo, completamente pobres. Galbraith habló en su libro *The affluent society* del absurdo de una coexistencia de la riqueza privada con la menesterosidad de los servicios colectivos (conceptos, por cierto, que utilizó Kennedy en su campaña electoral y en su programa), pero entiendo que es aún más grave la combinación contraria, la de una situación de riqueza pública con la pobreza y la miseria privadas de los miembros del ente que tiene atribuidos tan grandes patrimonios, por lo demás casi siempre inactivos. Esta situación de pueblos abandonados y aun yermos, que conservan la titularidad puramente formal de antiguos patrimonios colectivos de cuyo disfrute directo se ha excluido a sus vecinos, que han tenido por ello que emigrar a los suburbios urbanos, me parece una verdadera reducción final al absurdo del sistema y de todo el complejo concurso de causas y de dogmas jurídicos que lo han ido formando sin apenas conciencia abierta de nadie.

Decía que esos patrimonios colectivos, tan calificados (tocan en el Valle de Liébana a más de ocho hectáreas por habitante), están virtualmente inactivos. Bien saben ustedes, Ingenieros de montes que me escuchan, que normalmente las cortas de los montes se autorizan en función, no tanto del rendimiento óptimo del monte, como por la capacidad de gasto de la entidad propietaria, y un pequeño pueblo, un caserío que agrupa a unas cuantas familias, tiene realmente poquísima capacidad de gasto de sus servicios públicos (el Ministerio de la Gobernación limita cada vez más a los entes locales la posibilidad de socializar necesidades individuales: el médico, por ejemplo, o la enseñanza, al margen del sistema común). De hecho, la gran mayoría de la enorme riqueza forestal, y hablo de la tierra que yo conozco, se está pudriendo, cuando no se está quemando, ante la indiferencia de los vecinos, que en efecto, no tienen ningún interés ya en la conservación o mejora de lo que han dejado de considerar, forzosamente, como cosa propia.

Aclararé que me consta también que la situación que he descrito en el Valle de Liébana no es, ni mucho menos, excepcional y única. Conozco situaciones perfectamente comparables en otros lugares de Santander y de Asturias, algunos también por haberlos vivido, e incluso al otro lado de la Cordillera, ya en León. Por haber tenido la ocasión de intervenir profesionalmente en las expropiaciones determinadas por el Embalse de Riaño, aún en curso (por cierto, que ha sido el mayor fenómeno conocido hasta ahora de un traslado de población determinado por una obra pública en España: nueve pueblos

enteros, entre los cuales Riaño, cabeza de partido judicial), he palpado también una situación de idéntica magnitud y proporción en la relación propiedad colectiva-propiedad privada de los mismos, cinco a uno exactamente, lo que a cualquiera puede sorprender. Todo esto es un legado sagrado de la Historia, por supuesto, pero es sobre todo, y antes que nada, la oportunidad de una redención social de poblaciones deprimidas, a las que no sólo se trata de devolver lo suyo, sino, y especialmente, de que vuelvan rentables patrimonios hoy virtualmente improductivos, y que, en cualquier caso y con seguridad lo serán mañana.

Resulta realmente absurdo que se esté manteniendo rigidamente, por virtud de dogmatismos jurídicos perfectamente convencionales, esa separación rigurosa entre entes locales y vecinos, con la cual se ha consumado en contra de éstos la más grave de las usurpaciones patrimoniales, y, por otro lado, se esté estimulando por la legislación agraria toda la política llamada de agricultura de grupo. Me refiero a dos leyes capitales: la Ley de Ordenación Rural de 1968, recogida ahora en el texto refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 (arts. 128 y siguientes; el Estado presta una asistencia técnica sumamente generosa, incluso en subvenciones a fondo perdido del 20 por 100 del capital para apoyar la formación de agrupaciones de agricultores, como cooperativas, grupos sindicales de colonización, agrupaciones sindicales e incluso sociedades civiles y mercantiles), y, en segundo lugar, la Ley de Agrupaciones de Productores Agrarios de 22 de julio de 1972, también con técnicas de estímulo de tales grupos. La contradicción entre ambas políticas salta a la vista si observamos que, entre las formas de apoyo a las agrupaciones de agricultores figura en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario la de adscribir a las mismas el aprovechamiento "de los bienes patrimoniales municipales, ya sea de propios o comunales" (arts. 134 y siguientes), aunque en este último supuesto sigue pesando la tradición de la legislación municipal moderna de la congelación de usos (art. 138). Con todos los respetos, entendemos que esa exigencia de la previa constitución de una Entidad de grupo (lo que, además, sólo será posible allí donde un decreto declare la zona "de ordenación de explotaciones" y al lado de una serie de actuaciones que no tienen nada que ver con el tema de los patrimonios colectivos) para devolver a los vecinos, al menos a los integrados en la entidad, la posibilidad de un aprovechamiento de esos patrimonios, no está justificado en el caso característico de pequeñas unidades de población con una tradición colectivista, como la Ley de Montes Vecinales de 1968 justifica por sí misma, dispensándonos de hacerlo a nosotros. La Agrupación es el propio pueblo, parroquia o caserío, que tiene a su favor la tradición de la titularidad patrimonial, el hábito (aun no perdido normalmente) de su explotación en común, de una organización de autogobierno, que en la zona cantábrica de montaña que yo conozco es el concejo abierto; mantenido, por cierto, contra el viento y marea de las autoridades es-

tatales, que, no se entiende bien porqué, prefieren a esta forma histórica y perfectamente rodada de administrarse, la de las Juntas vecinales, que rompen la representatividad más elemental del grupo —art. 76 de la Ley de Régimen Local: el grupo no participa en nada en su designación— y, con ello, la conciencia misma del autogobierno.

Estos grupos existen ya, sus formas orgánicas están acreditadas y, finalmente, y por si fuera poco, los patrimonios con los que únicamente pueden subsistir, a los que únicamente ellos pueden movilizar y proteger, son suyos, son y han sido siempre patrimonios propios, ordenados a su subsistencia. Entiendo que la Ley de Montes vecinales es una fórmula técnicamente bastante superior de poner en pie a esa agricultura de grupo, especialmente en la fórmula precisa de ganadería de grupo en las zonas de montaña, que la técnica artificiosa y costosa ideada por esas dos leyes agrarias. Ello resulta especialmente fácil una vez que la legislación de montes, superando su versión inicial puramente forestal, ha integrado ya bajo su ámbito a los pastizales. La posibilidad misma de una agricultura de grupo está así conectada a la restauración de la vieja técnica del patrimonio vecinal o concejil, que la Ley de Montes Vecinales hace ahora posible.

El gran libro de Alejandro Nieto sobre los *Bienes comunales* se cierra, tras el recorrido histórico desolador que concluye en el “ocaso”, aparentemente definitivo, de esta clase de bienes, con una llamada final a la esperanza. Tras recorrer los ejemplos comparados que estimulan las explotaciones de grupo y la colectivización, bajo unas u otras fórmulas de la agricultura moderna, observa penetrantemente que, apoyados en nuestra propia tradición comunitaria, “los bienes comunales encierran la fórmula de la renovación agraria del presente y del futuro”, de modo que —y son sus palabras finales— estos bienes, “en vez de una figura inútil y anacrónica, se nos presentan como la clave de la futura economía agraria española”.

Quizá sea mucho decir “la clave”, pero sí pienso que una de las claves. Está aquí, en toda nuestra tradición de colectivismo agrario (me atrevo a decir, pues, que no sólo en la de los bienes comunales *stricto sensu*), en los restos vivos que de esta tradición han llegado milagrosamente a nuestros días, en la pieza básica de los patrimonios forestales, que son hoy su última y nada desdeñable manifestación, la posibilidad más clara de una verdadera “reforma agraria” de primera importancia —reforma en la que, por cierto, no se requiere más que imaginación y fórmulas jurídicas y económicas, puesto que la propiedad de la tierra es ya inmediatamente disponible, sin expropiaciones o inversiones previas.

En esta reforma, que resueltamente propugno y en la que me he permitido insinuar (ustedes, con su mayor conocimiento de la materia, sabrán disculpar mi fervor de hijo de una región comunalista) alguna de sus líneas directivas, ha de evitarse a toda costa el tratamiento arqueológico de estas formas históricas de propiedad y de aprovechamiento de la tierra, ha de hacerse posible su resuelta movilización y

dinamización, ha de guiarse, en fin, en estos momentos en que el riesgo de desertización de nuestros campos no es precisamente teórico, por la vieja enseñanza de que el sábado está hecho por causa del hombre y no el hombre por la del sábado —lo que aquí es decir que la tierra está ordenada a los campesinos, que tienen de la historia, antes y por encima de cualquier organización, la sabiduría de amarla y de hacerla que nos entregue sus mejores frutos.





# Los actos contrarios a las normas y sus sanciones

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El alcance de la reforma del artículo 6, apartado 3 frente al derogado artículo 4, párrafo primero del Código civil.—2. El rango y el ámbito de aplicación del artículo 6 del Código civil.—3. El alcance de la obligatoriedad de las normas jurídicas.—4. La nulidad de los actos contra ley como sanción general.—5. La naturaleza imperativa y prohibitiva de las normas y sus sanciones.—6. Los actos contrarios a las normas de Derecho común y de Derecho especial.—7. Los actos contrarios a la legislación de tasas y de disciplina del mercado.—8. Los actos contrarios a la legislación sobre el control de cambios.—9. Los actos contrarios a la legislación sobre inversiones extranjeras en España.—10. La cuestión de fondo: los márgenes de la autonomía de la voluntad y el imperio de la ley.

1. *El alcance de la reforma del artículo 6, apartado 3 frente al derogado artículo 4, párrafo primero del Código civil.*

La reforma del «Título preliminar» del Código civil llevada a cabo por la Ley 3, de 17 de marzo de 1973 y el Decreto 1.836, de 31 de mayo de 1974, también alcanza el importante aspecto de los actos realizados en contra de lo dispuesto en las leyes y a su correspondiente sanción de nulidad.

En una época, como la que estamos viviendo, en la que se produce una progresión multitudinaria de normas positivas de la más diversa índole, con carácter general y especial, que alcanzan tanto los aspectos fundamentales de las relaciones jurídicas, como a aquellos otros más accesorios, donde su complejidad cuantitativa y material abarca la regulación minimizada de las situaciones de las personas y de sus negocios jurídicos, se hace todavía más necesario mostrar el alcance de esta reforma legislativa, de las implicaciones que comporta a la totalidad del ordenamiento jurídico español, contrastándolas con la normativa anterior, la cual, por su época y formulación respondió a otros criterios y expresiones que, con el tiempo y ante su tono generalizado, fueron planteando las necesarias correcciones, tal como puso de relieve la in-

interpretación doctrinal (1) y jurisprudencial (2) al derogado artículo 4, párrafo primero del Código civil, que había proclamado: «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez».

La nueva redacción del artículo 6, apartado 3, manifiesta: «Los actos contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Es indudable que, entre el anterior párrafo primero del artículo 4 y el apartado 3 del artículo 6, según ha puesto de relieve González Botella (3), se observan diferencias que revelan un mayor perfeccionamiento en este último. Efectivamente, las mejoras que se aprecian no sólo son de carácter terminológico de acuerdo con unas precisiones más al uso de la dogmática actual, sino fundamentalmente por lo que atañe a la diferente naturaleza de las normas en el ordenamiento y a sus diversos efectos sancionadores, según los diversos intereses públicos y privados que tratan de tutelar.

Con la reforma, por una parte, el legislador viene a concretar con

---

(1) Cfr. TRAVIESAS, *Sobre la nulidad jurídica*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 124-125 (1914), p. 491 ss. y 60 ss.; LABANDERA, *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1 (1913-1914), p. 171 ss.; LOUZAÑO, *De la nulidad de los actos*, en «Gaceta de Registradores y Notarios», 92 (1915), p. 361 ss.; SILVA MELERO, *Contribución al estudio del negocio jurídico ilícito en Derecho civil*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 159 (1931), p. 15 ss.; SIERRA POMARES, *Nulidad*, en «Enciclopedia Jurídica Española Seix», XXIII (Madrid, s. a.), p. 519; NAVARRO, *Limitaciones al principio de autonomía de la voluntad*, en «Revista General de Derecho» (1946), p. 482 ss.; BORRELL y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*. Barcelona, 1947; PUIG BRUTAU, *Actos nulos*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», II (Barcelona, 1950), p. 331 ss.; MALLOL, *Nulidad del acto jurídico civil y del administrativo*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 60 (1951), p. 014 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. I. Introducción y parte general*, 9.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1955, página 391 ss.; CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España. I. Parte general*, Madrid, 1955, p. 596 ss., y *El negocio jurídico*. Madrid, 1967; ALBALADEJO, *Ineficacia e invalidez del negocio jurídico*, en «Revista de Derecho Privado» (julio-agosto, 1958), p. 606; BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XIII-1 (1960), p. 268 ss.; SILVA MELERO, *Nulidad jurídica civil y responsabilidad penal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (enero, 1962), p. 3 ss.; SANTOS BRIZ, *La contratación privada*. Madrid, 1966; MARTÍN OVIEDO, *El acto en fraude de la Ley como especie del acto contrario a la Ley*, en «Revista de Derecho Privado» (abril, 1967), p. 304 ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid, 1972; GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XXVIII-1 (1975), p. 101 y 165 ss.

(2) Entre las sentencias más importantes que constituyen doctrina legal, v. SS. 29 enero 1915, 1 abril 1931, 19 octubre 1944, 5 julio 1945, 26 junio 1946, 17 mayo 1949, 2 julio 1951, 27 octubre, 1956, 28 enero y 8 abril 1958, 24 octubre 1959, 27 febrero 1964, 23 febrero 1965, 2 noviembre 1965, 8 marzo 1966, 27 abril y 23 junio 1966, 25 febrero 1967, 13 y 20 abril 1967, 31 mayo 1968, 25 junio 1968, 26 noviembre 1968, 25 febrero 1969, 27 abril 1970, 20 marzo 1972, 29 abril y 17 mayo 1974 y 17 abril 1975.

(3) GONZÁLEZ BOTELLA, *El nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Documentación Jurídica», 4 (octubre-diciembre, 1974), p. 59.

mayor precisión la naturaleza de las normas jurídicas respecto a la obligatoriedad que implican para sus destinatarios y, por otra, también especifica y matiza el distinto efecto y consecuencias que pueden derivarse de su contravención.

Antes de entrar en el examen detallado de ambas precisiones hay que comenzar por ver el rango y el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 6 del Código civil.

## 2. El rango y el ámbito de aplicación del artículo 6 del Código civil.

El ámbito de aplicación del artículo 6 del Código civil viene perfectamente delimitado al quedar encuadrado dentro del «Título preliminar», el cual, según indicaba la Ley reguladora de 17 de marzo de 1973, «es un sector del ordenamiento jurídico de indudable carácter general», por lo que la doctrina (4) la atribuirá una naturaleza de precepto «constitucional», predicando para las materias objeto de su regulación el supremo rango legislativo.

La misma titulación que encabeza el capítulo III del «Título preliminar» del Código civil, bajo el que queda encuadrado el artículo 6, es bien explícita en su enunciado, al referirse a «la eficacia general de las normas», queriendo establecer, así, el grado de obligatoriedad y las sanciones correspondientes, como también su alcance general, ratificado expresamente por el apartado 1 del artículo 13 del propio Código civil, cuando dispone que las normas de este Título preliminar «tendrán aplicación general y directa en toda España».

El anterior artículo 4 del Código civil contaba ya con igual predicamento, según puso de relieve la doctrina más autorizada (5), cuando señalaba el alcance general que implicaba, al extenderse tanto a las normas del Derecho privado como a las del Derecho público, refiriéndose a toda clase de leyes; dicho criterio, también fue compartido y aplicado por la jurisprudencia civil y administrativa (6).

Dentro de este aspecto del alcance general del actual artículo 6 del Código civil, hay que señalar el cambio terminológico que opera el legislador con objeto de que se haga más evidente la inclusión total de las leyes de diverso rango, para lo cual, sustituye la expresión «ley»

(4) Cfr. HERRERO DE MIÑÓN, *Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Revista de Estudios Políticos», 198 (noviembre-diciembre, 1974), p. 89; CASTÁN VÁZQUEZ, *Notas para la historia de la reforma del Título preliminar del Código civil*, en «Documentación Jurídica», 4 (octubre-diciembre, 1974), p. 1140; VACAS MEDINA, *Presentación*, en «Documentación Jurídica», 4 (octubre-diciembre, 1974), p. 1131; PLA, *Presentación del curso*, en «Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil». Valencia, 1975, p. 8.

(5) Cfr. TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 78; BORRELL y SOLER, *op. cit.*, p. 5; CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, p. 598; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 391.

(6) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 1946, manifestó que el artículo 4 del Código civil era aplicable a toda materia, cfr. PÉREZ OLEA, *Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas*, en «Revista de Administración Pública, 34 (1961), pág. 311 ss.

por la de «normas». Desde que se produce el fenómeno, que la doctrina francesa (7) denominó «motorización» de la ley, y de que la Administración pública del Estado entra a regular las relaciones privadas mediante una amplia gama de normas delegadas y reglamentarias —del que los civilistas sí que somos conscientes, aunque así no lo crea algún ilustre administrativista (8)—, se va a adjetivar de «publicación del Derecho privado», por lo que es realmente prudente, por parte del legislador, el que se decidiese a cambiar de terminología y sustituirla con carácter más apropiado, si bien la doctrina (9), la jurisprudencia (10) y la propia legislación (11), ya habían precisado que el término «ley» abarcaba, además, los reglamentos, decretos, instrucciones, circulares y órdenes dictadas de conformidad con las mismas por el Gobierno en virtud de sus atribuciones.

Este cambio de terminología, queriendo abarcar un mayor ámbito normativo y una más amplia generalización, además de haber perfeccionado el alcance del artículo 6, en cuanto a todos los posibles rangos legales, también reclama para sí el tener que precisar que dichas «normas» son las exclusivamente jurídicas, es decir, las que integran el Derecho positivo español vigente. Por tanto, ni los tratados o instrumentos internacionales, mientras no hayan sido publicados en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 1.º, apartado 5 del Código civil), ni las normas jurídicas extranjeras, pueden considerarse como objeto de aplicación del apartado 3 del artículo 6 del Código civil; quedan, pues, excluidas de su ámbito de aplicación cualquier tipo de normas que no procedan del poder del Estado español.

Por último, en la nueva redacción del apartado 3 del art. 6, el legislador ha mantenido el término «actos» para abarcar, según se entendía, todo el conjunto de actividades humanas con consecuencias jurídicas (12), sean de naturaleza personal o patrimonial, unilaterales y bilaterales, como también positivas o negativas, es decir, tanto lo manda-

(7) Cfr. JOSSEAND, *La publicisation du contrat*, en «Recueil d'études en honneur d'E. Lambert». París, 1938, p. 157 ss.; RIPERT, *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, 2.<sup>a</sup> ed. París, 1948 y «Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine». París, 149 y «Les forces créatrices du droit». París, 1955; SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*. París, 1945 y «Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui». París, 1948. Para la doctrina alemana cf. VON HIPPEL, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrecht*. Tübingen, 1957; FORSTH OFF, *Rechtsstaat im Wandel*. Stuttgart, 1964; BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*. Stuttgart-Berlin, 1968.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, 1970, p. 7.

(9) Cfr. CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, cit., p. 598.

(10) SS. 22 junio 1910, 28 febrero 1918 y 19 diciembre 1958.

(11) La «Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», de 20 diciembre 1957, estableció una jerarquización de las normas con arreglo al siguiente orden: ley, decretos, órdenes de las comisiones delegadas, órdenes ministeriales, disposiciones de autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva categoría.

(12) Cfr. CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, cit., p. 598, que entiende por «acto ejecutado» toda clase de actos, sea cualquiera su forma o naturaleza

do como lo prohibido, o sea, aquellas actitudes que las personas adopten «por omisión». En cambio, los actos contrarios a las normas facultativas o permisivas, por su propia esencia optativa quedan excluidos de este precepto.

### 3. El alcance de la obligatoriedad de las normas jurídicas.

Las normas jurídicas son legisladas para que se cumplan; son la guía, o el «deber ser», para las personas en sus relaciones de convivencia social en el ámbito del Derecho, es decir en su alcance personal y patrimonial. Pero, no toda norma pública o privada tiene el mismo alcance en cuanto a su finalidad y modo de obligar, ya que su mandato puede ir dirigido en diversos sentidos, tal como la jurisprudencia romana puso de relieve a través de Modestino: «*Leges virtus haec est: imperare, vetare, permitere, punire*».

Cuando el mandato contenido en las leyes es total y absoluto, entonces, tenemos las llamadas normas imperativas, preceptivas o prohibitivas, también conocidas por normas de derecho necesario, porque sus mandatos y abstenciones han de cumplirse inexorablemente y, al no hacerlo así las personas, incurrirán en la sanción civil más grave, como es la nulidad radical o de pleno derecho, es decir, que sus actuaciones resultarán sin ningún efecto jurídico, que sus actos serán ineficaces y que se tendrán por no nacidas las relaciones jurídicas. En definitiva, son actos ilícitos privados de eficacia en Derecho. Estas normas, con su más amplia sanción, son las que Ulpiano denominaba «*leges perfectae*».

Existen otro tipo de normas cuya obligatoriedad es tan inexcusable e imperativa como las anteriores, no obstante, por la materia que abordan y por su finalidad respecto a la conducta de las personas, su incumplimiento no acarrea la máxima sanción, sino que les impone otra menor, considerada como pena, porque el castigo no era aquel máximo de eliminar el acto realizado, sino tan solo el amonestar la conducta rebelde del sujeto imponiéndole una sanción más benigna y no tan radical. Esta sanción en lo civil requiere diversas modalidades que pueden ir desde la restitución de lo dado, hasta la indemnización de daños y perjuicios o la supresión de algún derecho personal o patrimonial. Estas normas son las que en Roma se conocieron por «*leges minus quam perfectae*».

Todavía existen otras normas que sin imponer ni la sanción máxima de nulidad, tratan de evitar de otra manera el acto o contrato y sus consecuencias, para lo que cabe que se impugne su virtualidad y eficacia mediante la declaración de anulabilidad o rescisión. Son las denominadas «*leges imperfectae*».

Otras, son «*leges plus quam perfectae*», las normas que al ser vulneradas sancionan con el efecto de la nulidad del acto y, además, imponen una pena a los infractores.

Por último, existen normas imperativas y prohibitivas que no han

previsto sanción alguna. Estas normas, que cierto sector doctrinal italiano (13) las incluye como «*leges imperfectae*», son las que, realmente, plantearon el problema de su sanción en la vieja redacción del Código civil (art. 4), actualmente delucidado por el artículo 6.º, 3, puesto que en otro tipo de normas, como las dispositivas, facultativas o voluntarias, su carácter permisivo u optativo, su obligatoriedad viene dejada a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, a las modalidades, condiciones y pactos que por ellas se establezcan. La cuestión de este tipo de normas está en que las partes, al ejercitar su autonomía no rebasen los límites que impone el propio ordenamiento (art. 1.255 del Código civil).

Las normas imperativas o prohibitivas, que no han determinado sanción alguna a sus contraventores, en la interpretación del artículo 4.º, 1 de la derogada redacción, al integrarlas genéricamente sin mencionarlas, se imponía una tarea previa de deslindarlas en su naturaleza para declarar su nulidad radical. Por eso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 manifestaba que «los actos que contrarían o falten a algún precepto legal sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez... el juzgador ha de extremar su prudencia, en uso de una facultad, hasta cierto punto discrecional, analizando por ello: la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles y circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código califica «causa torpe».

La cuestión, después de la reforma, con la nueva redacción del apartado 3 del artículo 6 del Código civil, está resuelta, pues, es suficiente que una norma sea de carácter imperativo o prohibitivo para que los actos contrarios a ella, o a su finalidad, queden fulminados con el efecto de la nulidad de pleno derecho, salvo si en esas normas no se dispuso otra sanción concreta, según se va a examinar.

Además de la distinción de las normas atendiendo a su perfección o imperfección, para determinar qué actos de los contrarios a la ley eran nulos en la redacción generalizada del viejo artículo 4.º, se hizo necesario examinar si también eran normas de naturaleza sustantiva, y no de eficacia secundaria o de carácter circunstancial. A este respecto, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina española (14), han mantenido que lo dispuesto en el artículo 4.º, párrafo primero del Código civil, se refiere a preceptos o normas de verdadera

(13) Cfr. MESSINERO, *Manuale di diritto civile*, I (Milano, 1947), p. 12.

(14) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 392; CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, p. 598 y «*El negocio jurídico*», *cit.*, p. 471; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, ed. revisada por COSSÍO Y GULLÓN, I (Madrid, 1959), p. 157, donde se dice que, según la importancia del acto, a veces, la sanción de la nulidad es demasiado fuerte para una diminuta infracción legal, por lo que será más justo y menos perturbador reconocer su validez.

eficacia sustantiva, constitutivas de derechos (15) y no a normas secundarias (16), o de índole marcadamente circunstancial (17).

Ahora, la nueva reforma del «Título preliminar» del Código civil, en el apartado 3 del artículo 6, tan sólo se ha referido a los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, sin que haya hecho mención y distinción con otras normas de distinta naturaleza, si bien se haya referido a «un efecto distinto» —muy importante, según se va a examinar— que las normas imperativas y prohibitivas establezcan concretamente.

#### 4. *La nulidad de los actos contra ley como sanción general.*

Desde la publicación del Código civil, los autores (18) y la jurisprudencia (19) han venido afirmando que lo dispuesto en el párrafo primero del viejo artículo 4.º, contiene «un principio de gran generalidad, por lo que no ha de interpretarse con criterio rígido, sino con criterio flexible, como sugiere la doctrina científica».

Efectivamente, para el profesor Traviesas (20), lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil no tiene parangón en los códigos civiles europeos de su época, los cuales, como el B. G. B. alemán, se habían limitado a señalar la nulidad de los negocios jurídicos, pero no de todos los actos, lo que le llevaba a concluir que, el artículo 4.º, en su relación con la vida jurídica, «es una mentira en forma de ley».

El notario Labandera (21), después de hacer ver cómo el art. 4.º del Código civil está tomado de un texto atribuido a los emperadores Valentiniano y Teodosio (22), estima que dicho artículo está concebido en términos demasiado absolutos, por lo que, la dificultad consiste en marcar con exactitud las respectivas esferas de acción de la voluntad y de la ley.

Para Borrell (23) el artículo 4.º contiene una regla general acerca

(15) S. 2 noviembre 1965.

(16) S. 29 enero 1915.

(17) S. 2 julio 1951.

(18) Cfr. TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 78; LABANDERA, *op. cit.*, p. 173; BORRELL Y SOLER, *op. cit.*, p. 5; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 384; CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, p. 599; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 330.

(19) SS. 19 octubre 1944, 17 octubre 1955, 28 enero 1958, 8 abril 1958, 27 febrero 1964, 2 noviembre 1965, 23 febrero 1965, 8 marzo 1966, 27 abril 1966, 25 febrero 1967, 13 abril 1967, 20 abril 1967, 31 mayo 1968, 25 junio 1968, 26 noviembre 1968, 25 febrero 1969 y 27 abril 1970.

(20) TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 78 y 87.

(21) LABANDERA, *op. cit.*, p. 173. El mismo criterio se refleja en el artículo «Actos nulos», en «Enciclopedia Jurídica Española Seix», I (Barcelona, s. a.), p. 562.

(22) Codex 1,14,5; también ULPIANO (Dig. 2,14,7,7), recogido por el profesor CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, p. 596, quien hace ver cómo era el Pretor quien señalaba la ineficacia de los pactos contra ley; doctrina que, usando ya la palabra nulidad, el emperador Antonino califica de indudable y que Teodosio interpreta como toda ley.

(23) BORRELL, *op. cit.*, p. 5 y 343.



de la nulidad de los actos jurídicos, pero no la desarrolló; en cambio, el Código civil da reglas precisas para la nulidad de los contratos (artículo 1.261 ss.) y para la anulabilidad de los mismos (art. 1.300 ss.). De aquí que, este autor, sólo dedique su estudio a los actos contra ley referidos exclusivamente a los que se ejecutan contra lo dispuesto en el Código civil.

Otro ilustre jurista, Puig Brutau (24), además de advertir que este precepto contenido en el artículo 4.º del Código civil tiene un sentido general con un alcance muy amplio y con sus concreciones en otros artículos del mismo Código o de otros cuerpos legales, observa como es complejo el problema de señalar los actos que son susceptibles de quedar afectados por la nulidad. Con criterio certero, advierte cómo la lucha contra los actos que se derivan de las precisiones legales no siempre consiste en una declaración de nulidad; en la práctica, el artículo 4.º actúa como si estuviese formulado de manera inversa; se entiende que un acto es válido por regla general y la nulidad sólo se produce por excepción, cuando esta sanción resulta de la misma ley, de una manera explícita o implícita.

Destaca el estudio del profesor Castro y Bravo (25) sobre la nulidad de los actos contra ley del derogado art. 4.º del Código civil, donde afirma que, si bien es claro su texto legal, no obstante, para aplicarlo debidamente es necesario tener en cuenta que la nulidad no se origina por cualquier disparidad o disconformidad del acto respecto de la ley, por lo que para saber cuándo existe tal contradicción ha de considerarse el mandato contenido en la ley y el carácter del acto. De aquí que el ilustre profesor concluya que sería erróneo deducir la nulidad automáticamente del hecho que un acto no reúna los requisitos señalados en la ley o de que esté, en parte o en su conjunto, prohibido por una ley, puesto que el Derecho puede reaccionar de modos muy distintos frente a un acto contrario a sus preceptos, bien de una manera tácita o expresa, al señalarse otro tipo de sanción que no es la nulidad. También advierte que por el carácter del acto cabe se admita la validez o convalidación de actos no conformes a los preceptos legales, como es el caso de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, de los actos incompletos, del acto preparatorio y su resultado y de los actos complejos.

Ultimamente han aparecido dos estudios relacionados con la interpretación del derogado artículo 4.º, párrafo primero, del Código civil y de su nueva reforma por el apartado 3 del artículo 6.º del vigente «Título preliminar» del Código civil, a propósito, uno, de los actos contrarios al régimen de control de cambios (25 bis) y, otro, respecto a los actos contrarios a la legislación de tasas y de precios en el comercio interior (26), sosteniéndose por los autores la nulidad radical o la nuli-

(24) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 330 ss.

(25) CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 596 y «El negocio jurídico», *cit.*, p. 471.

(25 bis) ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, p. 63 ss.

(26) GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XXVIII-1 (1975), p. 165 ss.

dad parcial de los actos que contradicen aquellas normativas especiales.

A mi entender, estas últimas posiciones interpretativas son erróneas, no sólo por lo que se refiere a la aplicación del derogado párrafo primero del artículo 4.º, tal como expuse en otros escritos (27), sino mucho más en cuanto a lo dispuesto en el vigente apartado 3 del artículo 6 del Código civil, el cual, precisa claramente cuándo los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho y cuándo no lo son, sí en ellas se establece un efecto distinto del de aquella nulidad de pleno derecho, tal como disponen con sus sanciones concretas las normas de los ámbitos especiales que las reglamentan, según se va a examinar más adelante.

Anteriormente, si la tarea interpretativa del artículo 4.º era más compleja, dado el tono de su generalidad, actualmente la cuestión ha quedado reducida al examen de la validez o nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas para los que se señala una sanción concreta, que son los excepcionados por la propia ley respecto a la sanción más fuerte de la nulidad de pleno derecho, según vamos a ver.

##### 5. *La naturaleza imperativa y prohibitiva de las normas y sus sanciones.*

El apartado 3 del artículo 6.º del Código civil, según queda constatado en su propia expresión, no aplica siempre la sanción de nulidad de pleno derecho a cualquier acto contrario a sus normas imperativas o prohibitivas realizado por una persona, sino que atribuye este efecto tan radical y absoluto, únicamente, si no se han impuesto otras sanciones menores. Es que la naturaleza imperativa de las normas, todavía, en cuanto a su aplicación, admite grados y modalidades cuando son vulneradas.

Son normas imperativas, o de «*ius cogens*», aquellas cuyo mandato es de inexcusable cumplimiento, debiéndose ajustar la conducta de la persona, su comportamiento, a lo establecido por la norma para que sus actos tengan validez y eficacia jurídica. De esta exigencia, precisamente, surge la penalización sancionadora máxima que el ordenamiento público y privado deduce por la actuación en contra de lo allí preceptuado, cual es la nulidad de pleno derecho. Mientras que las normas facultativas o dispositivas conceden a la autonomía de la voluntad privada un margen de facultades distinto del preceptuado en las propias normas, en las imperativas y prohibitivas ese margen de autonomía queda eliminado, teniéndose que acomodar la actuación de las personas a lo preceptuado concretamente en el mandato normativo.

El efecto de la nulidad de pleno derecho, en cuanto sanción a los

---

(27) BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, cit.; «El control de cambios y las obligaciones monetarias». Roma-Madrid, 1967, p. 114 ss.; «Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa», en «ANUARIO DE DERECHO CIVIL», XXIV-1 (1971), p. 149 ss.

actos contrarios a lo dispuesto en las normas imperativas y los actos realizados en contra de lo prohibido, se refiere a las relaciones jurídicas, actos y negocios que tienen una naturaleza sustantiva o una importancia decisiva para los intereses personales y patrimoniales de las personas, de la familia o del Estado (28). De aquí la sanción de nulidad de pleno derecho a aquellos actos que implican tales intereses, lleve aparejada su inexistencia o supresión, siendo la sanción más fuerte que se les puede imponer, al resultar sin eficacia alguna. Por eso se destina a vulneraciones muy importantes y fundamentales en la vida de relación de las personas, de modo que los contraventores no obtenga algún resultado jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a propósito de la interpretación del artículo 4.º antiguo, en los actos contrarios a la ley, ya distingue las normas de naturaleza imperativa o prohibitiva (29) con verdadera eficacia sustantiva (30) de las secundarias (31) o accidentales (32), refiriéndose, aunque impropiaemente, a una «ley cualquiera» (33) y en el caso de haberse omitido formalidades legales meramente accidentales (34).

Con la nueva redacción, el artículo 6.º, apartado 3, si bien no hace la distinción entre normas imperativas o prohibitivas que tengan o no carácter sustantivo (35), indirectamente las comprende cuando se refiere al efecto distinto a la nulidad que las normas imperativas y prohibitivas hayan considerado al aplicar una sanción no tan severa; será el legislador, quien con su sanción, más o menos fuerte, marcará la importancia o sustantividad de la norma imperativa o prohibitiva. Cuando dichas normas establecen «un efecto distinto» del de la nulidad de pleno derecho, es que el legislador se ha referido a otras sanciones menores, de un efecto menos radical.

Sin embargo, la doctrina trata de matizar la interpretación de las palabras del legislador cuando se ha referido a «un efecto distinto», advirtiéndose ciertas discrepancias. Mientras que González Botella (36) y Díez-Picazo (37) creen que «la validez del acto contrario a la norma puede resultar también del hecho de que la norma infringida establezca

(28) La Sentencia 2 noviembre 1965 habla de actos y contratos constitutivos de un estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos o falte alguno esencial.

(29) SS. 1 abril 1931, 17 octubre 1955, 28 junio 1956, 25 febrero 1969, 27 abril 1970, 17 mayo 1974.

(30) S. 29 enero 1915.

(31) S. 29 enero 1915.

(32) S. 8 abril 1958.

(33) SS. 19 octubre 1944, 8 abril 1958, 27 febrero 1964, 23 febrero y 2 noviembre 1965, 8 marzo y 31 mayo 1966, 31 mayo y 26 noviembre 1968.

(34) SS. 19 octubre 1944, 28 enero 1958, 8 abril 1958, 2 noviembre 1965, 8 marzo 1966, 27 abril 1966, 31 mayo y 26 noviembre 1968.

(35) Según LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. I. Parte general*. Barcelona, 1974, p. 45, no siempre es fácil discriminar, incluso entre normas imperativas y las normas de Derecho dispositivo.

(36) GONZÁLEZ BOTELLA, *El nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Documentación Jurídica», 4 (octubre-diciembre, 1974), p. 59.

(37) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 220.

un tipo de sanción distinta de la nulidad y más acorde con la finalidad perseguida con ella, como dice el actual artículo 6.º», otros, como Lacruz Berdejo (38) y Alvarez Pastor y Eguidazu (39) disienten; el primero, cree que «la sanción de nulidad parece imponerse, en la actual redacción del Código civil, si el cuadro de efectos de la infracción predispuesto por la ley no implica la sustitución de la nulidad por la validez»; los segundos, se interrogan: «¿Se está refiriendo el nuevo texto, al emplear la expresión *efecto distinto*, a la eficacia de la norma, de tal modo que sólo se aplicaría esta salvedad, cuando la norma contravenida señale la validez del acto infractor (según establecía el desaparecido artículo 4.º del texto derogado)?», «o ¿está pensando el legislador no en que la ley infringida especifique expresamente la eficacia de los actos contrarios a la misma, sino en el supuesto de que la norma señale *efectos distintos* no referidos a la eficacia?». «Sin embargo —concluyen estos autores— no creemos que el legislador esté pensando en la interpretación última, ya que, si así fuera llegaríamos al absurdo de que los actos y contratos, que contravengan las leyes penales, serían válidos».

A mi juicio, la postura interpretativa de este último grupo de autores está un tanto desquiciada por desligarse del propio contexto del artículo 6.º apartado 3. La inadvertencia de estos autores se acusa cuando olvidan la posibilidad que tienen las normas imperativas y prohibitivas de imponer sanciones que no sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma; así ocurre con la mayor parte de las normas de la Administración económica del Estado que regulan ámbitos diversos (tasas y precios en el mercado interior, viviendas protegidas, control de cambios, etc.) y donde las sanciones van desde la pérdida de algún derecho (como el de nacionalidad) hasta las sanciones pecuniarias. Lo erróneo de la argumentación está en entender que un juez o tribunal pueda imponer una penalidad o sanción mayor que aquéllas señaladas específicamente por la propia ley; si la ley es penal, rige el principio *nulla pena nullum crimen sine lege* y, si es civil, tampoco puede excederse de las concretamente impuestas, ya que quedarían violados los principios de legalidad y seguridad de las normas en el tráfico jurídico: sancionar más allá de lo prescrito en las leyes sería injusticia y grave iniquidad (39 bis).

Además, estos autores, al interpretar el último párrafo del apartado 3 del artículo 6.º, lo desligan de su anterior contexto, que está, única y exclusivamente, referido a las sanciones, bien de la nulidad de pleno derecho u otras distintas a ella, pues, de lo contrario, carecería de sentido la expresión «salvo», indicativa de la excepción que supone frente a la regla general establecida. Regla general y excepción están lógicas y efectivamente consideradas en función de las sanciones: imponiendo la máxima de la nulidad de pleno derecho allí donde el legislador no haya especificado con otras concretas de menor efecto.

(38) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 46.

(39) ALVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, *op. cit.*, p. 71.

(39 bis) El principio de legalidad viene enunciado en el artículo 17 del Fuero de los Españoles.

Por lo demás, esta fue la interpretación del propio Tribunal Supremo para el antiguo artículo 4.º del Código civil, al no aplicar la sanción de nulidad por cualquier disconformidad u omisión de formas legales, «sobre todo —dice la Sentencia de 28 de enero de 1958— cuando existe una legislación especial que regula la materia» (40), o, como dicen otras, «aquellos casos en que el problema que se suscita recae en realidad sobre una materia que reviste gran complejidad y no puede quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo» (41) y, además, «es preciso que se citen los preceptos legales vulnerados» (42), o que, dada la índole genérica de los preceptos del C. c., que se dan por vulnerados (art. 4.º, 1) no cabe apoyar la supuesta infracción de normas de carácter administrativo» (42 bis), aplicándose el artículo en concordancia con las normas que regulan cada institución (43).

Dado que, desde hace varias décadas, la Administración económica del Estado viene conformando con sus normas imperativas y prohibitivas una serie de sectores de la actividad patrimonial de los privados, es de interés examinar las modalidades de sanción que se han previsto para el caso de su vulneración y las cuestiones que plantean aquellos casos en el supuesto de que el legislador no las haya determinado de una manera concreta.

En vista del ámbito de aplicación general del «Título preliminar» del Código civil y de sus normas sobre la contratación, conviene que se examinen los efectos y resultados de una contravención, tanto en el ámbito del Derecho común, como en el del Derecho especial, concretamente en ciertas materias que alcanzan sectores e intereses públicos y del bien común, como son la legislación de tasas o de precios del comercio interior, o del control de cambios para el comercio exterior, donde fue, y sigue siendo, un tanto polémico el criterio interpretativo en cuanto a las sanciones aplicables a quienes contravengan sus normas imperativas y prohibitivas.

#### 6. *Los actos contrarios a las normas de Derecho común y de Derecho especial.*

Con la nueva reforma del «Título preliminar» del Código civil ha quedado deslindado que la contravención de cualquier norma de Derecho positivo español no implica la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho, por lo que ésta se reserva sólo para las normas de

(40) Legislación especial en relación con la aplicación del viejo art. 4.º, tenemos para el ámbito hipotecario, S. 17 octubre 1955; para el control de cambios, S. 8 abril 1958; para el ámbito laboral, S. 24 octubre 1959; para el de tasas y comercio interior, S. 2 noviembre 1965; para el de las sociedades mercantiles, S. 8 marzo 1966; para el de los arrendamientos urbanos, S. 31 mayo 1968.

(41) SS. 19 octubre 1944, 28 enero y 8 abril 1958, 31 mayo 1968.

(42) SS. 5 junio 1955, 25 febrero 1967, 13 abril 1967, 25 junio 1968 y 27 abril 1970.

(42 bis) S. 29 abril 1974.

(43) S. 20 abril 1967.

naturaleza imperativa y prohibitiva y, dentro de ellas, para las que no hayan concretado otro efecto sancionador.

No se puede decir, según han expresado algunos autores, que ciertos actos contrarios a las normas puedan quedar impunes y sin sanción: existen otras sanciones menores, más adecuadas al carácter y finalidad del acto con el que se pretende lograr una conducta de las personas, en cuanto al cumplimiento de las normas.

Actualmente, ya no cabe decir de una norma que sea sustantiva o adjetiva para que la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho pueda ser la consecuencia de su vulneración; basta con su carácter imperativo o prohibitivo; pero, no todas ellas tampoco alcanzan la máxima sanción. Es que, no debe de olvidarse que la nulidad radical o de pleno derecho es la sanción superior, la que deja sin algún efecto jurídico los actos de quien pretende obtener una eficacia en el ámbito del Derecho; se dice que se produce *ipso iure*, por la misma fuerza del Derecho, sin necesidad de que venga declarada, y de la que no cabe convalidación (44). La nulidad tiene su parangón en el orden penal con la pena de muerte, que también es la más radical y la que logra eliminar toda existencia.

Por todo esto, la doctrina (45) siempre ha usado de moderación a la hora de aplicar la sanción máxima de la nulidad y, ya para la interpretación del viejo artículo 4.º del Código civil, cualquier acto que se desviase de las previsiones legales no siempre suponía y conllevaba la nulidad.

Ahora, respecto a las normas imperativas y prohibitivas, habrá que examinar, primero, qué clase de sanción es la concretamente impuesta por el legislador en caso de su infracción, ya que será la pauta a seguir, sin desviarse, por ser la específicamente aplicable; otra sanción no podrá inferirse, ni por interpretación extensiva (46), ni tampoco por analogía (47). Únicamente cuando las normas imperativas y prohibitivas hayan dejado de señalar una sanción concreta es cuando la nulidad de pleno derecho tendrá su efecto sancionador más idóneo por la contravención.

Sí se trata de otro tipo de normas, como las permisivas, facultativas o voluntarias, en las que a las personas se les concede una opción en cuanto a los actos regulados por ellas, la nulidad de pleno derecho deberá ser expresamente sancionada, así como cualquier otra, puesto que la conducta no se opone a la propia naturaleza de las normas.

En el ámbito del Derecho común, como ocurre en nuestro Código civil, el efecto de nulidad de pleno derecho se deriva de sus normas imperativas y prohibitivas con carácter sustantivo (arts. 51, 141, 752,

---

(44) La doctrina aclara cómo esta nulidad radical se produce sin que nadie la pida, es absoluta para su autor y respecto de terceros, pudiendo decretarse de oficio, cfr. CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, cit.*, p. 600; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 220.

(45) Cfr. DE DIEGO, *op. cit.*, p. 157; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 332; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico, cit.*, p. 471.

(46) S. 4 febrero 1960.

(47) Cfr. CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico, cit.*, p. 471.

753, 856, 866, 1.261, 1.316 y 1.317); sin embargo, ciertos actos contrarios a estas normas no implican la nulidad (arts. 45, 50, 69, 132, 306, 1.318, 1.648) por expreso reconocimiento legal; en otros casos, la sanción de nulidad queda a cargo de las partes interesadas, como para la anulabilidad de los contratos (arts. 1.300 a 1.314) o para su rescisión (arts. 1.290 a 1.299). Los actos contrarios a las normas, o a lo pactado, también se sancionan con otras medidas restitutorias, como son la ejecución forzosa en el patrimonio del obligado (art. 1.098) y la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 y 1.911).

Mientras que en las normas del Código civil ha preponderado el carácter facultativo y permisivo, en la legislación especial se advierte la tendencia general de su imperatividad, concretamente en el ámbito de la Administración económica del Estado, donde las finalidades públicas o el bien común predominan sobre los intereses de los privados; así, en materias como las tasas y precios en el mercado interior, del control de cambios en el mercado exterior, al igual que en otros ámbitos (laboral, fiscal y de la vivienda), se imponen o prohíben una serie de actividades cuya contravención por los privados suponen actos contra ley. Sin embargo, los actos contrarios a las normas procedentes de este conjunto legislativo de la Administración, suelen ser sancionados por la propia norma que los regula, donde tampoco la máxima pena de la nulidad es la regla general, sino otras de diverso efecto y carácter patrimonial: se trata de mantener el principio de conservación de los negocios, pero de sancionar su efecto contrario contra lo dispuesto en las normas imperativas y prohibitivas, ya que eliminando el negocio también puede haber perjuicio para terceros.

La doctrina y la jurisprudencia han ido matizando una interpretación; ahora el art. 6.º, 3, nos confirma la más idónea, para esta categoría de normas imperativas o prohibitivas.

#### 7. *Los actos contrarios a la legislación de tasas y de disciplina del mercado.*

Desde la reforma del «Título preliminar» del Código civil, resulta claro que para considerar la nulidad de los actos contrarios a las normas, éstas deben ser de carácter imperativo y prohibitivo, tal como se dispone en el artículo 6.º, apartado 3; esta es su primera condición o presupuesto. La segunda es que las normas no hayan dispuesto otra sanción distinta, pues, si estas normas imperativas o prohibitivas sancionan concretamente con otro efecto el acto contrario a ellas, habrá que atenerse al establecido, ya que, de lo contrario, supondría ir más allá de lo dispuesto por la propia norma, con grave riesgo para la seguridad jurídica de las personas, del tráfico jurídico y del propio ordenamiento, según queda visto.

Estos matices han aclarado y precisado el tono y la amplitud genérica que el viejo artículo 4.º había sancionado a los actos contra ley; si bien la doctrina y la jurisprudencia, en su tarea interpretativa, trataron de delimitar su ámbito de aplicación, no obstante, en ciertos:

casos y materias, fue suficiente que el acto fuese contra un precepto legal para que los tribunales diesen paso a la sanción civil de la nulidad.

España, después de su guerra civil, cuando el encarecimiento y la falta de productos más vitales hizo necesaria la intervención conformadora de la Administración económica del Estado, al igual que otros países, tuvo que ir dictando una legislación reguladora que sancionaba el agio y la especulación, para lo que tuvo que tasar los precios, bloquear las rentas y tomar las medidas de protección en favor de las partes más débiles en el tráfico jurídico. El carácter imperativo de sus normas reguladoras y sus mandatos prohibitivos van dirigidos a que se logre un mejor orden de convivencia en la conducta de los individuos, para lo cual, se arbitran sanciones a los contraventores sin necesidad de que la nulidad sea su consecuencia más inmediata.

La Ley de 30 de septiembre de 1940 crea la «Fiscalía de Tasas», por la que se regula y tasan los productos y mercancías del mercado interior, sancionándose a los infractores en su artículo 10.º, tanto vendedores como compradores, cuando lo hacen a precios excesivos. Las sanciones que impone esta Ley, en su artículo 4.º, son las siguientes: A) Incautación de las existencias; B) Multa que oscila entre las mil y las quinientas mil pesetas; C) Prohibición de ejercer el comercio o clausura del establecimiento; D) Ser destinado a un batallón de trabajadores forzosos; E) Multa extraordinaria de cuantía superior a las quinientas mil pesetas, cese definitivo en el ejercicio del comercio, cierre de la industria e inhabilitación del ejercicio profesional.

Una legislación complementaria posterior (Ley 4 enero, 24 junio y 16 de octubre 1941) configura el delito de acaparamiento y ocultación de mercancías que lo castiga con las sanciones anteriores. La Ley de 27 de abril de 1946, en su artículo 2, añade el delito derivado de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas o cuando se perciban primas por arriendos y subarriendos, cuyo agio se reputará fraude y será de aplicación el art. 540 del Código penal (48).

No obstante, el haberse señalado por estas normas de un modo concreto las sanciones para los infractores, a nuestro Tribunal Supremo no le bastaron y, en base a una interpretación extensiva del artículo 4.º anterior del Código civil, e, incluso, sin que lo hubieran solicitado las partes (49), declara la nulidad del acto por ir contra lo dispuesto por la Fiscalía de Tasas, además de confiscar los bienes, que, en realidad, era la sanción señalada por la norma de manera concreta. Este injusto y excesivo celo de tan alto Tribunal no fue bien acogido por la doctrina, que criticó y puso de relieve su extralimitación (50). Con posterioridad, otros autores también abordan esta cuestión, si bien diversifi-

---

(48) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, *El agio arrendaticio. En torno a las primas por arrendamiento de vivienda*. Madrid, 1969.

(49) SS. 17 mayo 1949, 27 octubre 1956, 9 enero 1958, 18 noviembre 1959 y 21 junio 1963.

(50) Cfr. MORENO MOCHOLI, *La legislación de tasas y el contrato de compraventa*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 180 (146), pág. 456 ss.



cándose en tres posiciones: para negar la nulidad del contrato con precio sujeto a tasa (51), o bien para distinguir dicha nulidad (52), o ya para concluir la nulidad parcial del contrato infractor de la Ley de tasas (53).

Es curioso que esta última tesis, la de la nulidad parcial, se siga manteniendo una vez que la propia legislación haya aclarado las posiciones después de la modificación al «Título preliminar» del Código civil y de haber precisado concretamente el efecto sancionador de las normas sobre comercio interior. La Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, en su artículo 31, expresamente dice que: «No serán nulas las transacciones por el solo hecho de contener prescripciones que supongan la exigencia de un precio ilícito, pero en la resolución administrativa podrá reconocerse el derecho del perjudicado al reintegro de la diferencia entre el precio lícito y el realmente satisfecho, a no ser que se hubiera inducido o cooperado en forma directa a la infracción sancionada». Por tanto, las sanciones que han de aplicarse son las concretamente señaladas para estos casos: la sanción de multa o cierre del establecimiento y de la industria, que imponen el Decreto 3.052 de 17 de noviembre de 1966 (art. 5.º) y el Decreto-Ley 121 de 30 de noviembre de 1973 (art. 7.º, núm. 3) para la disciplina del mercado y ordenación económica.

Ahora bien, en el supuesto más grave de la cooperación directa a la infracción sancionada, es la intención dolosa de vulnerar la ley la que puede dar lugar a la nulidad, según deja ver el párrafo final de la Orden ministerial («a no ser que»), si bien, aquí, ya no se trata de un acto o contrato contra ley, sino de un fraude a la ley, es decir, no regido por el apartado 3 del artículo 6.º, sino por el apartado 4 de dicho artículo (53 bis).

Ultimamente, Gordillo (54), si bien examina esta legislación, y recoge ya lo establecido por el artículo 6.º, apartado 3 del Código civil, se limita a construir una nulidad parcial. A propósito del artículo 6.º, apartado 3, no saca las consecuencias concretas respecto de la imperatividad de las normas y de su sanción de nulidad, «salvo que» se haya dispuesto otro efecto que no sea el de la nulidad de pleno derecho, es decir, las sanciones concretamente dispuestas distintas a la nulidad. Desde ahora, no caben más opciones que la nulidad de pleno derecho u otras menores concretamente dispuestas por la ley específica; la

(51) Cfr. SANTOS BRIZ, *La contratación privada*. Madrid, 1966, p. 245.

(52) Cfr. Díez-PICAZO, *Estudio sobre la jurisprudencia civil*, I (Madrid, 1966), p. 541, si bien concluye la necesidad de examinar en cada caso la *ratio* de la ilicitud y comprobar en que medida la nulidad del negocio viene exigida por los principios generales del Derecho.

(53) Cfr. GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVIII-1 (1975), p. 171 ss.

(53 bis) El profesor GITRAMA, *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho*, en «Curso Monográfico sobre la Ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil». Valencia, 1975, también distingue ambos supuestos y saca las consecuencias.

(54) GORDILLO, *op. cit.*, p. 178.

nulidad parcial, hasta ahora es un producto del arbitrio judicial, es el efecto restaurador en base al fraude a la ley de modo que se cumpla lo dispuesto por ella.

En el ámbito de los arrendamientos conocemos perfectamente el criterio del arbitrio judicial respecto a sus normas imperativas. El Tribunal Supremo, refiriéndose a la Ley de Viviendas de Renta Limitada, consideraba cómo esta ley no establecía la sanción de extrema nulidad para los actos de infracción a la misma, por lo que no era de aplicación el artículo 4.º del Código civil (Sentencia 23 febrero 1965); también, en otra sentencia se nos dice que «cuando se respetan las cantidades fijadas como precio de alquiler o renta, no significa que el acto sea nulo de pleno derecho conforme al artículo 4.º del Código civil, sino que siendo perfectamente válido civilmente el acto realizado, conforme al principio de libertad de contratación sentado en el artículo 1.255 del Código civil, la violación del precepto administrativo, cometida precisamente por el acto civil válido, pondrá en marcha el mecanismo corrector que para el caso de la propia Ley de 23 de julio de 1963 prevé en su artículo 155 contra los infractores, pérdida de la condición de promotor, pérdida de las condiciones ventajosas del préstamo, descalificación de la vivienda, etc., medidas que tienen como punto de partida el contrato civil, que sin su eficacia carecería de razón de ser y que han de ser reguladas en el expediente administrativo y no por los tribunales civiles» (Sentencia 20 marzo 1972).

Resulta, pues, que la nulidad de pleno derecho es consecuencia sólo de haber vulnerado normas imperativas o prohibitivas que no han señalado otras sanciones menores (art. 6.º, apart. 3); en cambio, ante el fraude a la ley (art. 6.º, apart. 4) es el arbitrio judicial quien moderará la sanción ante la finalidad específica que la norma se proponga.

#### 8. *Los actos contrarios a la legislación sobre el control de cambios.*

Así como en el ámbito del comercio interior hemos examinado la tutela que ejerce la Administración económica del Estado a través de su legislación imperativa y prohibitiva de la ordenación del mercado, bienes y servicios, de sus tasas y sus precios, igualmente, para el comercio exterior va a prohibirse toda operación que implique transferencia de divisas, moneda de curso legal u otros bienes y servicios que las impliquen, si no se obtiene una previa autorización de los funcionarios competentes. De aquí que, al tenerse que celebrar cualquier negocio jurídico que suponga la obtención de aquella autorización, va a repercutir en cuanto a las posibilidades de su ejecución lícita o ilícita y, cuando esto último ocurra, de la sanción que proceda por la trasgresión.

La cuestión, que también fue llevada inicialmente ante los tribunales, tuvo un planteamiento igual que para el comercio interior, pretendiéndose que los actos contra las disposiciones de la «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», de 24 de noviembre de 1938, fuesen declarados nulos. Sin embargo, aquí desde un principio el Tribunal Supremo, con acierto, supo deslindar lo que podía cons-

tituir «la sanción extrema de la nulidad del acto o contrato básico» de la omisión o falsedad en las declaraciones exigidas por esta Ley de delitos monetarios. Así, la Sentencia de 8 de abril de 1958 (55), expresaba que «para sancionar con nulidad la compraventa, sería necesario precepto claro y terminante, que no aparece dentro de la legislación que regula esta materia, cuyo contenido revela que la autorización del Instituto de Moneda Extranjera, se ha exigido como medio de vigilancia, pero sin que se deduzca claramente que el propósito del legislador haya sido sancionarla con la nulidad de pleno derecho el negocio civil, provocando la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico, para que pueda apreciarse de oficio por los Tribunales ordinarios, en casos como el presente, que en ningún momento se ha afirmado en instancia que la compraventa careciese de eficacia por omisión del que ahora se pretende requisito esencial de la repetida autorización del Instituto de Moneda Extranjera».

Con anterioridad, la Sentencia de 3 de octubre de 1957, también considera la infracción del artículo 4.º del Código civil en relación con la Ley de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, si bien decide ante una imposibilidad procesal de apreciar la infracción.

No obstante, en la doctrina española se han tomado posiciones diversas ante esta jurisprudencia, ya para confirmar su postura, o bien para rechazarla.

Pérez Vitoria (56) comenzó por señalar el reflejo y trascendencia que tenía la legislación sobre delitos monetarios en la contratación civil y mercantil, concretamente en cuanto a su nuevo carácter delictivo y respecto a la amplitud concedida al arbitrio judicial, si bien, advirtiendo ya, con la sola limitación de no exceder de los máximos prefijados (art. 7.º) de la «Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios», o sea, que no caben más sanciones que las en ella señaladas.

Al ocurrir la Sentencia de 8 de abril de 1958, ya tuve ocasión de examinar el conflicto sobre la validez o nulidad del negocio patrimonial por el que se producía el manejo de divisas, o de pago en pesetas a residente en el extranjero (57), y llegaba a la conclusión de que las normas sobre el control de cambios no afectaban a la validez del contrato y, por tanto, no había una nulidad del negocio jurídico, puesto que la finalidad de aquellas normas de control tan solo tratan de regular y vigilar el desplazamiento de capitales o de las divisas necesarias para otros menesteres, por lo que su interpretación tiene que ser estricta y su alcance y sanciones no pueden ir más allá de lo dispuesto por sus propias

(55) Cfr. BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios (Comentario a la Sentencia del T. S. de 8 abril 1958)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-1 (1960), pp. 262 ss. En contra: ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, p. 76.

(56) PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, en «*Cuestiones actuales de Derecho mercantil, monetario y tributario*». Colegio Notarial de Barcelona. Conferencias. Barcelona, 1944, p. 147.

(57) BONET CORREA, *La validez de los contratos afectados por el control de cambios*, cit. p. 269 ss. y *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIV-1 (1971) pp. 149 ss.

normas; si esta legislación especial no ha pretendido ir contra la validez del negocio y si tan sólo castigar concretamente la conducta que se produce por el incumplimiento de lo dispuesto o prohibido, a dicha finalidad hay que atenerse para su sanción.

Para el ámbito hipotecario, Molina Ravello (58) hizo ver cómo la reforma del artículo 98.º del Reglamento Hipotecario permite la inscripción de un título del que las autoridades administrativas requieren una autorización, a menos que la ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.

El profesor Castro y Bravo (59) señala cómo el Tribunal Supremo atiende al criterio sobre el significado de las leyes para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad en los casos en que se decreta especialmente, sin tener dicho carácter, concluyendo el ilustre profesor que la sanción se limitará al ámbito estricto que exige la finalidad de la ley. Así, no dará lugar a la nulidad la infracción de las disposiciones administrativas sobre divisas.

Para Rodríguez Sastre (60) la falta de autorización exigida por una disposición administrativa no produce, en modo alguno, su nulidad, ya que es necesario precepto específico de la ley que la imponga «*per se*»; el régimen de control, como su mismo nombre indica, finaliza, examina y vigila los movimientos de divisas, para evitar el desplazamiento ilícito de capitales y corregir el déficit de la balanza de pagos, exigiendo determinadas formalidades, a la cabeza de las cuales figura la autorización y sancionando las infracciones; por lo que, concluye, la nulidad a que se refiere el art. 4 de nuestro Código civil no atañe al orden de las formalidades requeridas por el régimen de control de cambios.

Lorente Sanz (61), también advierte las influencias del intervencionismo administrativo en el Derecho privado a través del régimen de las autorizaciones. En el caso concreto que el autor contempla para las enajenaciones de inmuebles a, o de extranjeros, pone de relieve cómo el valor jurídico de la autorización, según la Ley de 24 de noviembre de 1938, es claro, al impedir que el acto pueda ser calificado de delito monetario y sancionado en concordancia, si se contraviene; pero, no es, en ningún caso, requisito de la validez del mismo; el que la autorización sea previa a la perfección de la venta o «*ex post facto*», como ocurre frecuentemente en la práctica notarial, tiene el mismo valor, ya que impide que el acto sea calificado de delictivo; resulta un defecto subsanable.

Por último, Lucas Fernández (62) mantiene este mismo criterio

---

(58) MOLINA RAVELLO, *La autorización administrativa en los contratos y el Reglamento Hipotecario reformado*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 338-339 (1960), pp. 699 ss.

(59) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, p. 471.

(60) RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina «clean hands»*. Madrid, 1968, pp. 93 ss.

(61) LORENTE SANZ, *El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas», IV (Pamplona, 1969), p. 461.

(62) LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 2.ª ed. Madrid, 1970, p. 324 y 4.ª ed. Madrid, 1974, pp. 301 ss.

de que la infracción de las normas sobre divisas, si bien da lugar a las sanciones correspondientes, en cambio, no produce la nulidad del negocio.

En cambio, una posición ambigua es la de Díez-Picazo (63), al manifestar que, en esta cuestión, conviene distinguir según que lo sometido a previa autorización o licencia administrativa sea el contrato, o sea solamente la transferencia de moneda para llevar a cabo el pago; en este último supuesto, si el contrato se ejecuta y el pago se realiza sin licencia, o no obstante la negativa de autorización, civilmente el pago es válido e irrepitable, aunque el acto sea sancionable en la vía penal. Sin embargo, cree que cuando lo sometido a autorización administrativa sea el contrato, parece necesario discernir, en punto a la aplicación del art. 4.º del Código civil, si debe ser considerado como un acto realizado en contra de lo dispuesto en la Ley y si es aplicable el régimen de nulidad de acuerdo con el alcance que se deba atribuir a las normas que imponen la autorización; si la conclusión en vía interpretativa fuera esta última —concluye— el contrato deberá ser considerado como un contrato nulo y la nulidad podrá ser alegada por cualquier interesado.

Insistiendo sobre estas mismas ideas, Alvarez Pastor y Eguidazu (64), para atribuir la nulidad de los actos y contratos realizados en contra de la legislación de control de cambios, también distinguen entre aquellos actos y contratos que la legislación monetaria prohíbe con carácter absoluto, sin posibilidad de que sean autorizados por la Administración y aquellos otros afectados de una prohibición relativa. Respecto a los primeros, entienden que se produce una nulidad absoluta, en virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 6.º del Código civil; respecto al segundo grupo de prohibiciones, nuestra normativa legal exige que los actos o contratos en ella contemplados obtengan una previa autorización administrativa, para no ser sancionados como infracciones monetarias. Por tanto, estos autores concluyen que la nulidad de pleno derecho debe aplicarse a cuantos actos supongan una infracción de las normas imperativas y prohibitivas de nuestras leyes de control de cambios.

En primer lugar, hay que observar que, ni la distinción hecha por el profesor Díez-Picazo, de si se trata sólo de una autorización o licencia para transferencia de moneda, o de si el contrato es el sometido a dicha autorización para recavar la validez o la nulidad, ni la distinción realizada por Alvarez Pastor y Eguidazu, están reflejadas en la legislación del control de cambios, ni son procedentes para diversificar la sanción por una infracción cometida contra ella.

Las razones en contra de esta opinión son: que, dentro del conjunto legislativo que compone el régimen vigente del control de cambios español, las dos únicas disposiciones, que establecen concretamente las sanciones correspondientes a una infracción, son la «Ley Penal y Pro-

(63) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid, 1970, p. 474.

(64) ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*. Madrid, 1975, pp. 67 ss.

cesal para Delitos Monetarios» de 1938 y la Ley y el Reglamento sobre inversiones de capitales extranjeros de 1974, si bien esta última merece un tratamiento aparte por razón de la materia y de su propia finalidad, según se va a examinar más adelante.

En la Ley de delitos monetarios no se establece ninguna sanción de carácter civil, ni directa, ni subsidiariamente. En cambio, según deja constatado la doctrina, se establecen unas nuevas figuras delictivas (delitos de contrabando monetario y el atesoramiento monetario y de plata), así como un mayor arbitrio judicial dentro de su nueva jurisdicción especial. Por tanto, lo que se castigan son las acciones u omisiones de los contraventores que carezcan de autorización, sin distinción de la actividad negocial que se realiza, sea unilateral o contractual y lo mismo engendra el delito monetario, el manejo de oro, divisas, billetes del Banco de España cedidos al extranjero, o títulos, que la cesión de créditos en pesetas a favor de extranjeros, la exportación de mercancías pactando el reembolso en pesetas, o la venta de inmuebles en España a favor de extranjeros mediante precio en pesetas (art. 1.º Ley de delitos monetarios). Es el acto u omisión de la declaración o petición de autorización lo que lo hará lícito o sancionable, sin que se tome en cuenta el negocio jurídico elegido, ni que la prestación sea sólo de divisas, o como consecuencia de un contrato.

Según se dispone en el artículo séptimo de esta Ley de delitos monetarios, «a los autores se les sancionará con multa, que podrá llegar hasta el décuplo del importe del contrabando o atesoramiento y, si el juez lo estimare justo, con la adición de prisión hasta el máximo de tres años»; también es posible el comiso de las cantidades y efectos que constituyan la materia del delito y, según el artículo noveno, «en casos de notoria importancia, en que por rebeldía voluntaria del inculgado no pudieran hacerse efectivas las sanciones impuestas, el Gobierno podrá acordar la privación de la nacionalidad española». O sea, que no caben más sanciones que estas; según advirtieron entonces Pérez Vitoria (65) y Ubierna (66), la aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes se confían a los dictados de la conciencia del Juez, en cuanto a la imposición de penas, con la única limitación de no exceder los máximos prefijados. No cabe, pues, sancionar la nulidad del negocio.

Es más, en la Ley de 4 de mayo de 1948, que establece nuevas normas para la cesión, depósito y disponibilidades de divisas, oro y valores de cotización internacional, en su art. 6, dice bien claramente que «las obligaciones prevenidas en los dos artículos no privan al titular del oro o valores de la facultad de disponer de los mismos», si bien «para la plena eficacia de toda transmisión o cambio de valores... se requerirá la previa autorización»; es decir, que existe una eficacia menos plena, sin la autorización, porque subsiste la facultad de disposición; naturalmente, habrá una sanción para los infractores,

---

(65) PÉREZ VITORIA, *Los delitos monetarios y su reflejo en la contratación civil y mercantil*, cit., p. 140.

(66) UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.ª ed. Madrid, 1949, p. 175.

pero ésta será, según concreta el propio art. 13.º de esta Ley, la siguiente: «La omisión y falsedad en las declaraciones exigidas por esta Ley, el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos o la realización de cualquier acto que tienda a eludirlos, quedan sujetos a la Ley de Delitos Monetarios». En definitiva, podrán ser tres, según queda visto, las sanciones a los infractores, pero no la nulidad del acto o contrato realizado, pues de hacerlo, supondría vulnerar el principio de legalidad y de seguridad del tráfico jurídico.

En cambio, lo que sí se debe distinguir dentro de los actos contrarios a las normas, bien sean en el ámbito del control de cambios, o de cualquier otro de las normas imperativas o prohibitivas, son aquellos actos o contratos realizados no por mero error, ignorancia o negligencia, sino con malicia, engaño o dolo. Mientras que en los primeros, el requisito de la previa autorización podrá ser subsanado y el acto o negocio cobrará su plena eficacia, en los segundos, el fraude a la ley cometido es el que provoca la ineficacia total o nulidad de pleno derecho del mismo.

Cuando Alvarez Pastor y Eguidazu (67) afirman que, aunque se considerara la validez de los contratos otorgados sin autorización administrativa y admitiéramos, por tanto, la exigibilidad del contenido contractual entre las partes, la mayoría de los mismos no podrían desplegar su eficacia en la vida de la realidad jurídica, ya que su ejecución exige necesariamente la actividad de un tercero que no ha intervenido en el contrato y que no es otro que la Administración, reconocen implícitamente que se trata de un requisito de cumplimiento o ejecución del negocio, sobre todo para aquellos que han calificado nulos de pleno derecho, donde intervienen bienes no fungibles (sean muebles e inmuebles) en que es necesario legalizar su situación jurídica ante el Registro de la Propiedad, puesto que si se trata de operaciones de simple manejo de divisas, debido a su naturaleza fungible, siempre se podrá realizar su ejecución, aunque ello implique las sanciones correspondientes de la Ley de delitos monetarios.

Se debe repetir que, ni la finalidad de la Ley de delitos monetarios, ni de las demás que han establecido el control de cambios, ha sido sancionar los negocios privados con su eliminación si no observan lo por ellas dispuesto. En cambio, estos autores no han tenido en cuenta lo que constituye la posible impugnación de los actos y contratos, en definitiva, de todo negocio jurídico, llevado a cabo por la vía del fraude a la ley, donde precisamente puede ocurrir la nulidad de pleno derecho, o la nulidad parcial.

En el fraude a la ley, si bien estamos dentro de una especie de actos contrarios a las normas —según ha señalado algún autor (68)—, tal como se dispone ahora en el art. 6.º, apartado 4 del Código civil, además, existe la consciencia e intencionalidad de perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, lo que implica viciar la causa

(67) ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *op. cit.*, p. 73.

(68) Cfr. MARTÍN OVIEDO, *El acto en fraude a la Ley como especie del acto contrario a la Ley*, en «Revista de Derecho Privado» (abril, 1967), pp. 304 ss.

del acto o contrato, que es uno de sus elementos esenciales (art. 1.261 del Código civil) y, por tanto, con el resultado de que se produzca la nulidad. Entonces, es la falta de causa lícita lo que provoca la nulidad del acto o contrato. Según advertía la Sentencia de 6 de abril de 1963 (69), una cosa es la validez del contrato que implica la disponibilidad de divisas sin que haya obtenido la previa autorización y otra que los hechos realizados, las actuaciones de las partes tuviesen por exclusiva finalidad el ir contra la forma prohibida, sustrayendo fraudulentamente disponibilidades monetarias con el consiguiente daño para la economía nacional.

Hay que concluir, pues, que es solamente con la prueba del fraude sobre la que el Juez o Tribunal podrán declarar la nulidad de pleno derecho o la nulidad parcial del acto o contrato que trate de violar una norma imperativa o prohibitiva, sea sustantiva o adjetiva, pública o privada. Así como para los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas sólo cabe el efecto de la nulidad absoluta, si no se ha establecido otro efecto distinto o sanción menor (art. 6.º, apartado 3 del C. c.), en cambio, se conseguirá siempre el efecto de la nulidad total o parcial, si se prueba el fraude a la ley cometido por el infractor (art. 6.º, apartado 4).

#### 9. *Los actos contrarios a la legislación sobre inversiones extranjeras en España.*

Un ejemplo bien claro de cómo las normas imperativas y prohibitivas de la Administración económica del Estado, cuando quieren que se produzca el efecto de la nulidad, respecto de los actos contrarios a ella, se establece concretamente, lo tenemos patentemente con la publicación del Decreto de 31 de octubre de 1974, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España.

En este ámbito fundamental, donde el control de cambios ha de ser más efectivo en cuanto a la realidad de la inversión, las normas imperativas y prohibitivas, acerca de los requisitos previos o posteriores, como las autorizaciones, licencias, comunicaciones o inscripciones, establecen su carácter sustantivo o constitutivo (arts. 18.º, apartado 2 y art. 23 de la Ley de inversiones extranjeras y art. 22, apartado 2 y arts. 29, 30 y 31 del Reglamento) y, su trasgresión, se sanciona con la nulidad.

En la «Segunda» de las «Disposiciones finales» del Decreto sobre inversiones extranjeras de 1974, se dispone: «De conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6.º del Título preliminar del Código civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a esta Ley y los actos realizados en fraude a la misma».

---

(69) Cfr. PECOURT, *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios* (Comentario a la Sentencia de 6 de abril de 1963), en «Revista Española de Derecho Internacional», XVII-4 (1964), pp. 589 y siguientes.



La reacción de los autores no se ha hecho esperar. Al referirme a este punto (70), no he querido decir que se haya dirimido la cuestión planteada con anterioridad para las autorizaciones dentro del control de cambios, en el sentido de que actualmente se ha de considerar siempre la sanción radical ahora impuesta, sino que, en este caso de las inversiones de capital extranjero, la autorización sí que se incorpora como una *conditio iuris* del negocio (acto o contrato) de inversión; se trata, pues, exclusivamente para este ámbito concreto y con eficacia tan sólo para la finalidad que contempla esta normativa especial sobre las inversiones de capitales extranjeros.

Sin embargo, no ha faltado quien diga (71) que esta sanción de nulidad destinada a los contraventores, pueda calificarse de «terrible medida» y no tendrá la eficacia prevista. En cambio, para Garcés (72), el tema de los actos contrarios a la ley resulta escasamente problemático. Una posición crítica, es la de Lucas Fernández (73), al entender que cabe mitigar el rigor de una interpretación meramente literal, ya que la nulidad sólo puede ser predicada respecto de los negocios jurídicos; además, el defecto de documento público no dará origen a nulidad alguna, pues si el negocio jurídico no formalizado en documento público fuese nulo, jamás se podría convalidar (art. 1.310 del Código civil) elevándolo a público; también considera que cuando el negocio constituya delito monetario no cabe hablar de nulidad.

No obstante, notarialmente habrá de cumplirse lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 29 del Reglamento de inversiones, donde se exige que dichas inversiones extranjeras se formalicen en documento autorizado por fedatario público español. Registralmente, este mismo precepto dispone, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente a los Registradores de la Propiedad, que deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España. Por esto, concluye Lucas Fernández (74) que, los Notarios también exigirán la exhibición de los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones legales pertinentes, ya que tal exigencia viene impuesta por los deberes de estos funcionarios de cumplir y coadyuvar en el cumplimiento de las normas. Sin embargo, cree que los interesados o inversores, pese al requerimiento, si no exhiben los documentos justificativos, por no contar con ellos en el momento de formalizar el negocio

(70) BONET CORREA, *El régimen jurídico español de las inversiones de capital extranjero*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVII-4 (1974), pp. 972 ss.

(71) Anónimo, *La nueva legislación sobre inversiones extranjeras. La puerta abierta a las multinacionales*, en «Contrapunto, Revista de Economía y Empresa», 1 (1974), p. 24.

(72) GARCÉS, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*. Barcelona, 1975, p. 275.

(73) LUCAS FERNÁNDEZ, *Algunos aspectos preliminares sobre la reciente normativa de inversiones extranjeras en España*, en «Las inversiones extranjeras en España». Banco Guipuzcoano. San Sebastián, 1975, p. 12.

(74) LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1975, página 25.

de que se trate y aseveran haber cumplido los requisitos legales y contar con la autorización, el Notario podrá autorizar la escritura; a juicio de este ilustre autor, una cosa es que exista autorización y otra que ésta se pueda presentar o no al fedatario al otorgar el negocio, tal como admite la propia Dirección General de Transacciones Exteriores en su Resolución de 25 de enero de 1975, norma tres, número 1, que dice: «Los fedatarios públicos requerirán de los particulares con carácter previo al ejercicio de sus funciones, los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones administrativas exigidas por la legislación de inversiones extranjeras. Si no los exhibieran, pero manifestaran contar con las correspondientes autorizaciones, el fedatario podrá intervenir en la operación haciendo constar la necesidad de justificar la posesión de aquellos documentos para la plena eficacia del acto. En estos casos, esta circunstancia deberá indicarse en el correspondiente impreso de declaración».

Resulta, pues, claro que, durante los trámites, respecto a esta exigencia previa de presentación de la autorización ante el Notario, exista un margen flexible de posposiciones y de credibilidad respecto a los interesados; la interpretación oficiosa así lo deja ver concretamente. Todavía, no se puede decir que en las partes exista una intención dolosa ni de fraude; podrá haber morosidad, negligencia o incluso, lentitud por parte de la oficina que tramita el expediente ya que, todavía no se ha concluido el negocio.

En cambio, las cosas son distintas en el ámbito registral, en cuanto a la exhibición de los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras, según se dispone por el artículo 29, número 1 de su Reglamento, la «Segunda» de las «Disposiciones finales» y el artículo 98 del Reglamento Hipotecario. Para practicar la inscripción de la inversión habrá de acreditarse ante el Registrador el haber cumplido el requisito previo de la autorización, ya que, el párrafo cuarto del artículo 98 del Reglamento Hipotecario dispone que «deberá denegarse la inscripción, cuando una Ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad». Y, este es el caso preceptuado por la «Segunda» de las «Disposiciones finales» de la Ley y del Reglamento sobre inversiones extranjeras, donde se proclama la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a este Reglamento y los realizados en fraude del mismo.

Aunque la finalidad de la Ley y de su Reglamento haya sido promover y atraer la inversión de capitales extranjeros, no obstante, la Administración económica del Estado llega a imponer la máxima sanción civil a los actos contrarios a sus normas debido a que se ha de cumplir el que sea una realidad la veracidad de sus aportaciones.

Resulta, pues, que las normas imperativas y prohibitivas dadas para este sector del comercio exterior, no sólo son coincidentes con lo expresado por el legislador del «Título preliminar» del Código civil, sino que, en base a su concreta enunciación, sancionan la nulidad de pleno derecho a los contraventores de estas normas.

10. *La cuestión de fondo: los márgenes de la autonomía de la voluntad y el imperio de la ley.*

La aparición de dos amplios movimientos ideológicos antagónicos, «capitalismo» y «marxismo», y el suceso de dos grandes guerras mundiales, han ido conduciendo a los juristas de nuestro siglo a que deban replantear el contenido de sus tradicionales cauces normativos y, sobre todo, a examinar el alcance necesario o voluntario con que vienen empujadas las normas respecto a las relaciones personales y patrimoniales.

A pesar de las críticas respectivas, de sus radicalismos, de sus antagonismos, ambos movimientos coinciden en su afán ordenancista y tecnocrático, instrumentando el ejercicio del poder bajo una estructura estatal y acogiéndose a unos mismos cánones normativos, donde se destaca el empleo intensivo de la ley, en cuanto medio ejecutivo, rápido y revolucionario de poder transformar las conductas dentro de un determinado orden de sometimiento político.

La ley, en cuanto instrumento normativo escrito con carácter de mandato general, impuesto a los súbditos del Estado para conformar su conducta, se dirige a sus voluntades para que se conformen dentro de «un deber ser», tal como se proclama e impone por ella, si bien atendiendo a su finalidad esencial, la realización del bien común para lograr la paz social. De este modo, la ley, al ordenar la conveniencia, necesita su grado máximo de obligatoriedad de modo que venga cumplida y observada conforme a los márgenes facultativos y permisivos en que enmarca la autonomía privada, o según las exigencias, mediante su mandato imperativo, que atañen a la comunidad.

Por su parte, el precepto legal trata de evitar la anarquía que pudiera producir nuestro incalculable caudal de autonomía individual frente a las relaciones con los demás, por lo que el legislador ha de poner los límites y concretar los derechos y las obligaciones (75), las pretensiones y deberes que se pueden ejercitar dentro de nuestra esfera más íntima, la familia, o en aquella más amplia de la vida de los negocios patrimoniales y de los quehaceres públicos.

La ley, como cualquier otra expresión normativa de carácter general, pretende ser la gran moderadora o el cauce más eficaz para ese cúmulo de fuerzas que espontáneamente crecen en toda sociedad a fin de que se logre un determinado orden de convivencia justo. La finalidad más idónea de una ley es que se reconozcan los derechos y deberes esenciales a la persona y que se mantenga el más amplio margen de autonomía de la voluntad individual dentro de la convivencia privada y pública. La realización de este cometido se puede decir que es la gran tarea o «faena» de la ley, la cuestión básica, en la que se inscriben y aspiran los más nobles ideales de la justicia humana dentro de sus ordenamientos legales.

Sin embargo, este cometido esencial de la ley, actualmente parece desbordado y conculcado; incluso, para quienes el empleo de la ley no

(75) Cfr. KOLLMAR, *Das Problem der staatliche Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*. Tübingen, 1961.

es el medio más apto para la regulación de la convivencia social, su desmesurado afán reglamentador ha caído en excesos y efectos contrarios. Ya con el mejor deseo de conseguir una seguridad colectiva o bien de lograr un ideal social, la inflación legislativa de nuestro tiempo está consiguiendo atenazamientos de la personalidad individual de los hombres hasta límites ínfimos respecto de su autonomía, de sus libertades más esenciales e irrenunciables.

Desde la creación del Estado de Derecho moderno parece como si la línea evolutiva de la preponderancia de la ley hubiese llegado hoy a sus máximas cotas, al lograr abarcar con su regulación todo el ámbito de actuación del individuo en sus relaciones públicas y privadas (76). Si bajo el liberalismo, las leyes tratan de ordenar tan solo los aspectos básicos y fundamentales de los derechos y deberes de los ciudadanos y en sus mandatos van a preponderar un carácter más facultativo que preceptivo, con el socialismo, la ley y sus modalidades normativas de rango inferior, irán ganando en vigor y contenido hasta llegar a contemplar, minimizando los actos más concretos, regulando todos los requisitos de las relaciones jurídicas e imponiéndolas con carácter imperativo (76 bis); también, el neocapitalismo social usará el imperio de la ley para ordenar su economía de Estado (77).

El hombre actual resulta así el actor de un espectáculo vital que nos lo muestra atenazado por unas ligaduras burocráticas de unos sistemas normativos con carácter imperativo y donde el límite de su autonomía va resultando cada vez más mínimo (78). Por este sistema, los fedatarios de la sociedad se van haciendo más innecesarios, ya que todo vendrá previamente impuesto, prohibido y reglamentado; bastarán los impresos de adhesión que el particular deberá de rellenar según lo prescrito o dictado, y para lo que será suficiente la burocracia de la administración del Estado. Lo peligroso de esta tendencia de burocratización y tecnocracia (79) es que se invoca el interés público o el bien común, como si para conseguirlos hubiera que anular o reducir la autonomía individual. El tremendo error de este mito socializador está en no saber comprender, como hicieron nuestros clásicos (80), que el bien común se realiza solo y únicamente a través

(76) Cfr. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Milano, 1969.

(76 bis) Cfr. MATRO, *Ware-, Geld, Beziehungen im neuen ökonomischen System der Planung und Leitung der Volkswirtschaft*. Berlín-Oeste, 1965.

(77) Cfr. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*. Stuttgart, 1964; ROTTLEUTHNER *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*. Frankfurt am Main, 1973; RITTNER, *Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. Karlsruhe, 1975.

(78) Cfr. MERZ, *Privatautonomie heute. Grundsatz und Rechtswirklichkeit*. Karlsruhe, 1972; ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti di atti amministrativi*. Milano, 1960.

(79) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Madrid, 1975.

(80) Cfr. SUÁREZ, *De legibus* (III 1-16) *De civili potestate*, en «Corpus Hispanorum de Pace», V (Madrid, 1975) y el estudio preliminar de PEREÑA, *Génesis suareciana de la democracia*, pp. XVII ss.

del bien personal de cada uno; si no se realiza de este modo concreto y efectivo, día a día, respecto a sus bienes y a sus responsabilidades, el invocar el bien común no es más que la panacea, el postulado dialéctico del socialismo para tener sometido al individuo a una tiranía más agobiante que la resultante del capitalismo. Si al hombre le suprimimos el estímulo y le sustituimos su imaginación por una reglamentación previa, esquemática y organizada hasta el paroxismo funcional, quedará sometido a ir de oficina en oficina, bajo control, eliminando así su protagonismo.

De aquí que las normas imperativas y prohibitivas han de contener un límite esencial. Cuando el legislador las aborda, como en el caso de nuestro apartado 3 del artículo 6.º del Código civil ha de contener sus propias limitaciones, tanto en su alcance como en su sanción de nulidad de pleno derecho, según finalidades concretas, justas y comedidas de las relaciones normadas.

Es cierto que la acentuación del sentido social del Derecho y sus normas imperativas y prohibitivas han corregido los excesos individualistas y de falta de responsabilidad de la pasada centuria; pero, no es menos cierto que actualmente asistimos a la enunciación de postulados que nos conducen a extremos opuestos y bajo su bandera se cometen los mayores atropellos y aniquilamientos de la persona humana. Es necesario recobrar la justa medida del individuo y de su quehacer social en relación con los demás, su responsabilidad, sin quedar sometido a grupos de precisión política o económica y dentro de un alcance en el quehacer común. De aquí que el empleo de las normas que regulen su convivencia tendrá que ser tan sólo el necesario para una ordenada y libre convivencia de las personas, sin que lleguen a abarcar o agotar su autonomía, su existencia y sus iniciativas más fecundas.

En la lucha frente a los actos contrarios a las normas, la justicia intrínseca y extrínseca que de ellas pueda lograrse, reside tanto en su propia autoridad como en la responsabilidad de quien ha de observarlas; de aquí que, no es necesario que toda norma imperativa o prohibitiva lleve aparejada la máxima sanción; es necesario establecer sanciones más flexibles y ejemplares, no tan absolutas y, sobre todo, adecuadas a las finalidades que se propugnan hacer observar, de modo que las personas sean sus propios juzgadores y los responsables de su propia actividad dentro de la convivencia social.

# La Jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1974

(Dec. 1.836/74 de 31 de mayo, que sanciona con fuerza de Ley  
el texto articulado del Título preliminar del C. c.)

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO

Abogado fiscal

**SUMARIO:** Introducción.—I. Breve ojeada histórica al tema de la creación judicial del Derecho: A) La situación en España desde 1850 a 1888; a) El Derecho sustantivo positivo; b) El Derecho sustantivo procesal. B) La situación en nuestro Derecho positivo a partir del Código civil.—II. Notas para una delimitación conceptual de la Jurisprudencia en nuestro Derecho positivo privado: A) Generalidades y posiciones doctrinales sobre el tema; B) ¿Qué se entiende o debe entenderse por Jurisprudencia en nuestro sistema jurídico positivo vigente?; C) ¿Es la Jurisprudencia fuente de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico privado?; D) A manera de conclusiones y ensayo de una definición de la Jurisprudencia.

## INTRODUCCION

El tema de las fuentes creadoras del Derecho, aun cuando tan antiguo como éste, sigue manteniendo interés. Y así, aun cuando pueda parecer que actualmente la Ley es manantial quasi inagotable en el que se genera si no de modo único sí quasi absoluto aquél, no podemos olvidar ni las no muy lejanas alegaciones de la escuela histórica que consideraba a la costumbre como la principal fuente del Derecho, ni la realidad de los diversos Códigos civiles que mantienen al lado de la Ley otras fuentes generadoras del "ius" (1), entre los que se en-

---

(1) Véase, por ejemplo, el austríaco, art. 7 —Ley y principios fundamentales del Derecho natural—; brasileño, art. 4.º —analogía, costumbre, principios generales del Derecho—; portugués, art. 3.º —usos— y artículo 4.º —equidad—; suizo, art. 1.º, II —costumbre, reglas judiciales.

cuenta el nuestro, cuya segunda edición (2) sancionó en el artículo 6.º como fuentes del Derecho —bien que sin emplear este nombre— la Ley, la Costumbre y los Principios generales del Derecho.

No se habla, por tanto, en dicho precepto de la Jurisprudencia como posible fuente del Derecho, tema que, siempre viejo y nuevo en el ámbito jurídico, ha cobrado interés en los últimos tiempos y por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil y el Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de ley el Texto articulado del citado Título Preliminar.

A la vista de dicho Cuerpo legal planteamos en el presente trabajo el tema de “La Jurisprudencia” en nuestro Derecho positivo con arreglo a la siguiente sistemática:

I) Breve ojeada histórica al tema de la creación judicial del Derecho.

II) La situación en nuestro Derecho a partir del Código civil.

III) La Jurisprudencia en el Código civil español:

A) ¿Qué se entiende o debe entenderse por Jurisprudencia en nuestro sistema jurídico privado?

B) ¿Es la Jurisprudencia fuente del Derecho?

C) Nuestra opinión sobre el tema. Conclusiones.

## I) BREVE OJEADA HISTORICA AL TEMA DE LA CREACION JUDICIAL DEL DERECHO.

Dejando de lado todo lo relativo a la problemática de cuál pueda haber sido la primera fuente creadora del Derecho, interesantísimo sí más marginal a los efectos que perseguimos en el presente trabajo, el no muy extenso examen histórico que aquí vamos a llevar a cabo viene referido fundamentalmente a la contemplación histórica de la fuerza creadora de las decisiones judiciales.

Así centrado el tema a tratar en este apartado, comenzaremos diciendo que la posibilidad de la creación judicial de la norma alcanza su más claro y preciso momento en Roma; concretamente con el llamado *Derecho honorario* o *pretorio* a través del cual los “magistrados” —pretoros— ayudan, suplen o corrigen el “*ius civile*” (3).

(2) Como es de todos sabido, la primera edición se publicó por R. Dec. de 11-II-1889, comenzando a regir el 1 de mayo de 1889. La segunda fue a su vez promulgada por R. Dec. de 24 de junio del mismo año.

(3) Ver D. I., 7 y 8. Por virtud de este derecho y de las facultades que el mismo otorgaba a los pretoros, cuando éstos se encontraban ante una situación no tutelada por la Ley —“*ius civile*”— y respecto de la cual, por tanto, el perjudicado no podía esgrimir la pertinente “*actio*” por no existir ésta, podían aquéllos otorgar a éste la posibilidad de ejercitar una “*actio*” hasta entonces inexistente, creándola a tales fines. Estas acciones recibieron el nombre de “*actiones honorariae*”, “*praetoriae*”, “*edilitiae*”.

Como consecuencia de ello las declaraciones de estos magistrados entran en el ámbito de las "fuentes creadoras del Derecho" (4), por cuanto no sólo aplican el "ius civile", sino que van creando más o menos paralelamente al mismo un nuevo, a la vez que más flexible Derecho, así como las oportunas "acciones" para su tutela.

Esta posibilidad de creación judicial de la norma no fue privativa del Derecho romano, bien que fuera en él donde acaso alcanzó su más alto y técnico nivel y así puede verse también en el Derecho germánico (5).

Mas la decisión judicial con fuerza creadora del Derecho de romanos y germanos no pasa a la España medieval (6), en cuanto si bien se aplica fundamentalmente el Derecho romano o romanizado (7), éste ha sido previamente recogido y plasmado en las pertinentes leyes (8) y lo mismo acontece con el llamado Derecho real o "patrio" que comienza a estructurarse, y así la creación judicial del "ius" o se limita a ser recogida en lo que pudiera llamarse Recopilaciones de carácter más bien privado (9), o tienen un carácter limitadísimo, más bien localista (10).

(4) Pueden verse sobre el tema, entre otros y por todos, ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, 12.<sup>a</sup> edic. revisada por ARIAS BONET Madrid 1969, I, págs. 34-35, núm. 12 y la bibliografía por él citada. También SALELLES, en prólogo a la ob. de GENY, *Método de interpretación...*, trad. de la 2.<sup>a</sup> edic., Madrid 1925, págs. XII y XIII, donde con ocasión de aludir a la Jurisprudencia en Roma y a la actuación del pretor nos dice que en dicho pueblo "...la fuente normal, verdaderamente científica y gubernamental a la vez, fue la jurisprudencia en el más amplio sentido de la frase".

(5) En relación con este aspecto, ver GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho Español*, T. I., Fasc. II, Madrid 1945, pág. 338; LALINDE ABADÍA, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, Barcelona 1970, págs. 139 y 187; etcétera.

(6) Ni en realidad a ninguno de los países de raíz latina, pese a la influencia que en ellos ha tenido el Derecho romano, dándose así la enorme e inexplicable paradoja de un Derecho continental de esencial rai-gambre latina en el cual la primordial fuente creadora del Derecho es la Ley, no admitiéndose con tal carácter, en términos generales, la Jurisprudencia y un Derecho anglosajón, originariamente desligado del romano, cuya principal fuente creadora del "ius" está representada por las decisiones de Jueces y Tribunales.

(7) Llamado "ius civile", término que posteriormente sirve para distinguirlo del "Real", sinónimo de la propia y peculiarmente patrio.

(8) Así, en los Códigos de Eurico, Forum Iudiciorum o Fuero Juzgo, Las Partidas, fundamentalmente romanizadas, etc.

(9) Tal acontece, por ejemplo, con las llamadas Leyes del Estilo y el Libro de los Fueros de Castilla o de "Las Fazañas", obra de indole privada, como dice GALO SÁNCHEZ en su *Libro de los Juysios de la Corte del Rey*, en "ADHE", XIII, 1936-41, págs. 284 y ss. y GARCÍA GALLO, *Historia...*, cit., T. I., Fasc. 3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup>, págs. 608-609.

(10) Lo indicado en el texto podemos verlo, por ejemplo, en Aragón, cuyo Derecho a partir del siglo XIII, especialmente, se manifiesta, como dice GARCÍA GALLO en ob. cit., pág. 611, en "...una doble dirección, que se complementa y acaba por yuxtaponerse, la marcada por la legislación



Lo mismo podemos decir que acontece con el Derecho codificado europeo continental, pese a la evidente e indicada raíz romana del que pudiéramos llamar grupo latino, al punto de que hasta el momento actual ninguno de los Códigos civiles vigentes que hemos tenido ocasión de manejar admite en su articulado a la Jurisprudencia como fuente creadora del Derecho.

A) *La situación en España desde 1850 a 1888.*

Examinado nuestro Derecho positivo del pasado siglo, extraemos la consecuencia de que en orden a la Jurisprudencia pueden distinguirse en él dos campos perfectamente diferenciados: el del Derecho positivo sustantivo y el del Derecho positivo procesal.

a) *El Derecho positivo sustantivo*, siguiendo la tónica europea que acabamos de indicar, se manifiesta contrario a la idea de la Jurisprudencia como fuente del Derecho siquiera sea a título de "fuente integradora".

Así, el Proyecto de 1851, de clara inspiración francesa, no se limita a silenciarla como tal fuente creadora del "ius", sino que incluso parece prohibirlo expresamente cuando en su artículo 13 declara que:

"Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria" (11).

Lo mismo acontece con el Proyecto de 1882 y el Anteproyecto de 1888, que ofrecen la particularidad de eliminar la costumbre como

de las Cortes y la que representa la redacción de las Costumbres y *decisiones judiciales*".

Algo parecido acontece, según dicho autor, en Mallorca —Vid ob. cit., pág. 615.

(11) Decimos "parece prohibirse", por cuanto si bien tal proscripción no aparece en principio, al menos de forma clara, en el precepto transcrito, sí resulta del comentario que al mismo hace GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T.I., Madrid 1852, cuando con ocasión de comentar este artículo nos dice: "A los Tribunales pertenece *exclusivamente* la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; ni las Cortes, ni el Rey pueden abrogársela sin manifiesta infracción de la Constitución; pero tampoco pueden los Tribunales abrogarse en todo o en parte el poder legislativo, y resultaría además el inconveniente de que en ciertos puntos vendría a haber tantas legislaciones como Tribunales".

"Por la misma razón tampoco les corresponde la interpretación por vía de autoridad o auténtica de las leyes, como que es atribución innata e inseparable del poder legislativo" (págs. 25-26).

En cuanto a la clara inspiración francesa de este Proyecto, basta para acreditarla transcribir el art. 5.º del "Code civile francés", que dice:

"Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition generale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

fuente del Derecho, limitando por tanto éstas a la Ley y los Principios generales del Derecho (12), (13).

b) *El Derecho positivo procesal*. La situación en este campo no coincide con la del anterior, por cuanto puede observarse en él una evidente inclinación a otorgar a la Jurisprudencia cierta eficacia, si no plena y directamente creadora, sí “integrativo-expresiva” del Derecho.

---

(12) Ver el interesantísimo trabajo de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, publicado en la Sec. 4.<sup>a</sup>, Vol. I, “Fuentes y Bibliografía del Centenario de la Ley del Notariado.

En ella podemos ver cómo, según el autor, el Proyecto de 1882 y el Anteproyecto de 1888 son coincidentes al menos en lo que se refiere a la primera parte (págs. 9 y 15, especialmente).

Igualmente, es curioso como indicábamos en el texto, observar la redacción del art. 12 de dicho Anteproyecto, que parece igual a su equivalente del Proyecto y en el cual se prescinde de la Costumbre como fuente del Derecho.

(13) Frente a esta generalizadísima omisión legal de la Jurisprudencia, COMAS (A) en su *Proyecto de Código civil, enmienda presentada al Senado por...*, Madrid 1885, muestra a la misma como fuente del Derecho después de la Ley y la Costumbre (pág. 53), hecho este que llama más la atención si se tiene en cuenta que dicho autor era miembro de la Comisión codificadora, interviniendo en muchas de las sesiones y otros actos de la misma (Vid. cit. ob. de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pág. 11, nota 15; pág. 16, nota 37; pág. 20, nota 52, principalmente).

Dicho autor —COMAS— llega en el discurso pronunciado en la Sesión del Senado de 10 de marzo de 1885 a decir lo siguiente: “Todo el mundo entiende y sabe que la doctrina legal establecida por los tribunales, que constituye una verdadera jurisprudencia, es otra de las fuentes del derecho. No me lo negaréis seguramente personas tan peritas en la ciencia jurídica como los señores individuos de la Comisión. Ahí está el art. 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ahí está el art. 1.692 de la misma ley, y ambos preceptos, como todos los señores senadores saben, establecen que el recurso de casación se puede interponer, o por infracción de ley, o por infracción de doctrina legal; y además encontramos el 1.782, si no recuerdo mal, en el cual, como única vez, se habla de jurisprudencia cuando se trata de los recursos de casación interpuestos por el fiscal en interés de la ley..., en cuyo caso, aun cuando no se altera en lo más mínimo el fallo que ha pronunciado la Sala sentenciadora, es preciso publicar la resolución que recaiga para que forme jurisprudencia”. Y sigue diciendo:

“Y yo os pregunto: ¿es o no es la jurisprudencia fuente de derecho en el orden de la vida privada? ¿Cómo negarlo, si una Sala sentenciadora que infrinja la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, da una sentencia casable y que por tanto ha de anularse? Pues yo os pregunto también: si verdaderamente la jurisprudencia es fuente del Derecho, como realmente lo es, porque taxativamente nos lo dice la ley adjetiva procesal en esos artículos que he citado, y que de sobra saben y conocen los señores individuos de la Comisión, ¿cómo es posible que nos dejéis también sin esa fuente de derecho, que la cegáis, que la destruíis, y si la admitís, no lo declaráis o no lo reglamentáis?...”.

A su vez, NAVARRO AMANDI, en su *Código civil de España*, Madrid 1880, contiene un art., el 5.<sup>o</sup>, que dice así: “Al poder legislativo corresponde interpretar las leyes cuando aparecen oscuras o dudosas. Los jueces, sin embargo, deben interpretarlas de la manera más recta y equita-

Así, ya la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1 de enero de 1856 (14) estableció en su artículo 1.012 que:

“El recurso de Casación puede fundarse:  
En que la sentencia sea contra Ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.”

Y son precisamente los Tribunales, concretamente el Tribunal Supremo, quien interpretando la frase “...doctrina admitida por la jurisprudencia...”, nos dice en las resoluciones de la época que:

a) *No constituyen jurisprudencia* ni, en consecuencia, deben ser citados como tales, los principios que los Tribunales reconocen como sancionados en leyes expresas (15).

b) *No es doctrina legal* la jurisprudencia de una cierta localidad o Tribunal (16).

A través de esta *doctrina* del T. S. del pasado siglo, parece traslucirse ya que la llamada “doctrina legal” es elaborada por el T. S. a través de sus resoluciones (17).

Posteriormente, la Ley Provisional sobre Reforma de la Casación Civil de 22 de junio de 1870, estableció en el artículo 4 del Título XXI que:

“El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes:

1.º Ser la sentencia contra ley o *doctrina legal*.”

---

tiva, juzgando cuando la ley sea deficiente por analogía y *teniendo en cuenta las prescripciones introducidas por la costumbre y la jurisprudencia*”.

(14) Mal llamada de 1855, por cuanto en dicho año, por Ley de 13 de mayo se acordó proceder a ordenar y compilar las leyes y reglas del Enjuiciamiento Civil, y posteriormente por Real Decreto de 5 de octubre se aprobó el Proyecto de Ley para el Enjuiciamiento Civil, estableciéndose en su artículo 2.º que la Ley principiaría a regir el 1 de enero de 1856.

(15) Concretamente, la S. T. S. de 6 de octubre 1865 nos dice que “No deben citarse como jurisprudencia de los Tribunales los principios que éstos reconocen como sancionados en leyes expresas”.

(16) Así, la S. T. S. de 30 de junio 1866 dictada, como la anterior, en conexión con el art. 1.012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856, establece que: “Ni las opiniones de los autores, por respetables que sean, ni la práctica o la *jurisprudencia de determinada localidad o Tribunal*, son bastante para *constituir doctrina legal*”, y agrega: “La jurisprudencia no la forma una sola resolución, sino que por su misma naturaleza supone reiteradas resoluciones de idéntica especie”.

(17) Por ejemplo, en Sentencias de 15 octubre 1859 y 14 noviembre 1860, se dice por el T. S. que: *No hay infracción de doctrina legal* cuando no está admitida por la jurisprudencia”.

A su vez, las SS. del mismo Alto Tribunal, de 13 abril 1863 y 5 febrero 1866, *negaban el carácter de doctrina legal* a la de “...los *expositores de derecho*...”, lo mismo que previamente había hecho la citada en nota anterior, bien que este criterio haya sido en cierto modo cambiado posteriormente, como tendremos ocasión de indicar, al estimarse que si bien dichas opiniones no constituyen “per se” *doctrina legal*, pueden llegar a serlo si son recogidas por el propio T. S.

Pudiera parecer a la vista de los preceptos transcritos que la Jurisprudencia, y a través de ella la "doctrina legal", fuese entre 1853 y 1870 una verdadera "fuente creadora del Derecho", máxime cuando la tajante prohibición contenida en el artículo 13 del Proyecto de 1850 no pasó de ser eso, un "Proyecto".

Nunca ello aconteció. Y por si la duda pudiera albergarse en la mente de alguno, la L. O. P. J. de 1870 en su artículo 2.º, estableció:

"La potestad de *aplicar las leyes* en los juicios civiles y criminales,  *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales."

Queda, pues, centrada funcionalmente la función que a los Tribunales de Justicia corresponde; y ésta no es precisamente la de "crear", sino la de "aplicar" las leyes y, en todo caso, "interpretarlas" para acomodar e integrar su contenido a las exigencias y necesidades de la siempre cambiante vida social.

Y por si ello no fuere suficientemente claro, el artículo 3.º de dicha L. O. remacha:

"Los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y las que esta Ley u otras les señalen expresamente."

Pues bien, ni en dicha Ley ni en ninguna otra de las españolas se autoriza a los Tribunales para *crear* Derecho, y la propia Jurisprudencia actual nos dice que "La vinculación de los Tribunales a la Ley es incondicional..." y que "...el juzgador es la boca de la Ley y no su arbitrario reformador y derogador..." (18).

#### B) *La situación en nuestro Derecho positivo a partir de 1889.*

El 24 de junio de 1889 se promulga, como es sabido, nuestro Código civil, cuyo artículo 6.º, siguiendo la tónica marcada por los Códigos civiles de la época, no alude a la Jurisprudencia entre las posibles fuentes a que pueden acudir los Tribunales para solventar los litigios que ante ellos se presenten, negándola, en consecuencia, el carácter de fuente creadora del "ius".

Nos creemos, sin embargo, en la necesidad de inquirir si es rigurosamente exacto que dicho Cuerpo legal haya prescindido de modo absoluto e indiscutible de la Jurisprudencia como posible fuente creadora del Derecho, pese a su evidente influencia francesa. Y decimos esto por cuanto de sus Disposiciones Adicionales parece deducirse otra cosa, como puede comprobarse a través de las mismas, que procedemos a reproducir (19). Dicen así:

(18) En el sentido indicado, ver SS. T. S. de 9 de mayo 1974 (Sala 5.ª), 29 marzo 1974 (Sala 2.ª) y argumentalmente 31 marzo 1975 (sala 4.ª). 5.ª).

(19) Llamamos la atención sobre el hecho de que estas Disposiciones, lo mismo que las Transitorias, no tienen equivalente en el "Code civile" francés.

“1.<sup>a</sup> El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.”

“2.<sup>a</sup> El Ministro de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año a la Comisión general de codificación.”

3.<sup>a</sup> En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.”

Comienza en estas Disposiciones a llamar nuestra atención la referencia que en la primera de ellas se hace al Presidente del T. S. y a los de las Audiencias Territoriales, en orden a la necesidad de informar al Ministro de Justicia mediante lo que denomina “una Memoria”, de “...*las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código...*” las Salas de lo civil, debiendo hacer “...*constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.*”

Entendemos que esta Disposición Adicional primera ha de entenderse íntimamente relacionada con el artículo 6.<sup>o</sup> que conmina con incidir en responsabilidad a los Tribunales que rehúsen fallar “...*a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes...*”, por cuanto son evidentes dos cosas:

1.<sup>a</sup> Que el Código civil como obra humana habría de tener —y de hecho tiene— imperfecciones;

2.<sup>a</sup> Que por encima de esas oscuridades o imperfecciones, los Tribunales nunca pueden abstenerse de fallar puesto que esa es su fundamental misión (20).

---

(20). Tales defectos fueron ya reconocidos en los discursos parlamentarios que sobre el C. c. tuvieron lugar en la legislatura de 1888-89.

Así, PISA PAJARES, con ocasión de tocar este tema nos decía: “Se ha indicado otra manera de corregir los defectos del Código: la jurisprudencia. Es verdad. Toda legislación necesita la jurisprudencia, y ésta cumple la noble misión de extender las disposiciones del Código, y en este sentido completarlas, y cumple también la misión de corregir de alguna manera los defectos...”. (Vid en *El Código civil. Discusión parlamentaria*. “Rev. de los Tribunales”, Madrid 1889, pág. 422).

Y a su vez, el señor ALDECOA, en la misma legislatura, consideraba, como miembro de la Comisión que era, de “...abrigar la ilusión y hasta la presunción de que los defectos de este Código han de ser sumamente

3.<sup>a</sup> Que dicha obligación “decisoria” la tienen incluso en los supuestos de “omisiones del Código”.

Ello supuesto, como era lógico pensar que en esa función de aplicar la Ley por los Tribunales, estos pudieran observar y comprobar sus defectos y lagunas, se consideró conveniente dar cuenta de esto al Ministro de Justicia para que él, a su vez, como representante del Poder Ejecutivo trasladara dichos datos a la Comisión de codificación, al objeto de que ésta propusiera cada diez años las pertinentes reformas del Código civil.

Y ya tenemos así dibujada la idea de la Jurisprudencia como un concepto limitado a la doctrina formulada por el T. S. (Disposición Adicional 3.<sup>a</sup>) (21) y dirigida a una creación no inmediata sino mediata —o “ad futurum”— del Derecho, sobre la base de corregir defectos; colmar lagunas y promover reformas legales, integrando a la vez que flexibilizando la norma para lograr tanto su más adecuada aplicación a cada concreto supuesto, como su mejor acomodación a la cambiante realidad social.

La Jurisprudencia, pues, como fuente inmediata de creación del Derecho, no se encuentra en el Código civil. Mas este Cuerpo legal tampoco ha prescindido de la misma de modo absoluto, como por muchos se ha venido manteniendo.

Por otra parte, y como por desgracia es frecuente en nuestra Patria, el hecho de que la Jurisprudencia no figure en el artículo 6.<sup>o</sup> entre las fuentes del Derecho no impide —y sobre esto suele haber bastante acuerdo entre la doctrina científica— que la misma haya gozado y goce de gran autoridad en nuestra Patria, no faltando incluso quienes la atribuyan al carácter o cualidad de “fuente del Derecho *de facto*” (22),

*pequeños y fácilmente corregibles por la jurisprudencia de los Tribunales, que es el procedimiento adecuado para acabar de limar y complementar obras de este género, obras como la del Código civil”* (id., pág. 470).

(21) En relación con esto, la S. T. S. de 14 enero 1927 dice: “Siendo indispensable a la vida y eficiencia jurídica de la Ley, como verbo perfecto del Derecho positivo, el desenvolvimiento progresivo del principio o principios en que se informa, adoptando armónica y ecuanimemente las características generales de su imperativo al acto jurídico mediante la rigurosa observancia de las normas de interpretación establecidas por la jurisprudencia, es obvio que los Tribunales de instancia no pueden invocar en contra de la doctrina sentada con reiteración por el Tribunal Supremo sus convicciones individuales sin incurrir en el motivo de casación del número 1.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin olvidar que el Código civil ordena en la tercera de sus disposiciones adicionales que se tenga presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las reformas periódicas del Código civil”.

Por su parte, SANTAMARÍA (J.), en sus *Comentarios al Código civil* T. II., Madrid 1958, pág. 1041, con ocasión de referirse a estas disposiciones adicionales estima que para lo que han servido en realidad es para defender el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

(22) Puede verse sobre ello DE CASTRO (F.), *Derecho civil de España*, Parte General, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid 1949, pág. 107, cuando nos dice: “El tono imperativo de alguna sentencia del T. S., al exigir la observancia de la jurisprudencia... hizo que también se creyera que, cuando se dictaban dos o más sentencias idénticas entre sí, lograban fuerza legal”.

circunstancia ésta que incluso ha sido recogida por el legislador a lo largo de las discusiones motivadas por la actual reforma (23).

Y llegamos a 1940. Concretamente al día 9 de octubre de dicho año, fecha en la que al parecer se inician las primeras tareas para la modificación del Título preliminar del Código civil que culmina con la Ley 3/1973, de 17 de marzo y el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo (24), que sancionó con fuerza de Ley el Texto articulado del Título preliminar del Código civil (25), en el que la determinación de las "Fuentes del Derecho" se lleva a cabo en su artículo primero, que ha quedado a tales efectos redactado así:

---

PUIG BRUTAU, a su vez, en *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, s/f., manifiesta en pág. 8: "Es necesario, pues, no confundir lo que las cosas son con lo que deberían ser. Cuando en este libro se afirma que los jueces crean derecho a pesar de que el legislador tiene dispuesto que no lo hagan, no expresamos la creencia de que ello sea conveniente, sino que llamamos la atención acerca del hecho de que tal cosa ocurre casi siempre, en gran medida, por encima de todas las preferencias"; y agrega inmediatamente: "Es decir, afirmamos una realidad que se impone con una rotundidad digna de una ley de la naturaleza y con la que es preciso contar precisamente para encauzarla".

A muy semejantes conclusiones llega ANGLADA VILADERBO, en *La Jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?*, "Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS, T. IV, Pamplona 1969, págs. 83, 85 especialmente, y GUASP, en *Comentarios...*, I, 2.<sup>a</sup> edic., pág. 48.

Por su parte, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus comentarios a la obra de ENNECERUS, T. I, Vol. I, trad. de la 39.<sup>a</sup> edic. alemana, si bien no se pronuncian directamente sobre el tema, recogen sin rebatirla la idea que según ellos propugna el propio T. S. de que la doctrina reiterada del mismo merece igual respeto que la Ley escrita (pág. 168), y el propio GENY, en su *Método de interpretación...*, trad. de la 2.<sup>a</sup> edic. al español, Madrid 1925, si bien rechaza que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho, no tiene más remedio que reconocer que la misma "...contribuye con frecuencia a la formación de semejantes fuentes o a lo menos se constituye de hecho en elemento esencial e indispensable" (página 495).

(23) Así, en el informe de la Ponencia de las Cortes Españolas al Proyecto de "Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil", de 4 noviembre de 1972, entre otras cosas y con referencia a la Base Primera se reconocía "...a la jurisprudencia una función específica de completar el ordenamiento jurídico...", sin olvidar el Proyecto de la Ley de Bases que para la modificación del citado Título preliminar se publicó en el "B. O. de las Cortes", núm. 1.215, de 22 de junio de 1972, en el cual se aludía a "aquellos criterios fundamentales para la interpretación de las normas que... han sido inducidos por la jurisprudencia...", frases que ponen de relieve cómo ésta ha venido a lo largo de los tiempos desempeñando una función integradora a la vez que interpretativa de la norma.

(24) Los datos histórico evolutivos que aquí citamos han sido tomados fundamentalmente del magnífico y documentadísimo trabajo que sobre el tema ha publicado CASTÁN VÁZQUEZ (J. M.<sup>a</sup>), *Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil*, en "Rev. D. J.", número 4, 1974, págs. 1139-1204.

(25) La Ley 3/1974 estableció las Bases a que debería acomodarse la modificación del referido Título Preliminar. El citado Dec. sancionó, como se dice, con fuerza de Ley, el referido "Texto articulado".

## CAPITULO PRIMERO

*Fuentes del Derecho*

“Artículo primero.—1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.”

“3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

“4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”

“6. La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”

## II) NOTAS PARA UNA DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA JURISPRUDENCIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO PRIVADO.

### A) *Generalidades y posiciones doctrinales sobre el tema.*

Cuando Ulpiano nos decía que la Jurisprudencia era “*Divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*” (26), lo que hacía en realidad, más que definir ésta, era perfilar el carácter y determinar las condiciones que en su opinión debían poseer los magistrados romanos encargados de administrar justicia, estimando como romano a la par que jurista, que para poder cumplir adecuadamente tan alta función no era suficiente tener lo que hoy pudiéramos llamar una “cultura general” amplia (27), sino que además debían poseer “la Ciencia de lo justo y de lo injusto”.

Más no se trata de hacer crítica alguna de esta mal llamada —en nuestro modo de ver— definición (28), sino de inquirir si puede o no servir para ayudarnos a fijar el concepto actual de la Jurisprudencia en nuestro Derecho positivo.

Y decimos esto, por cuanto si bien resulta evidente su generalidad no puede negarse que con esa “noticia” o “cultura general” y la “Ciencia de lo justo y de lo injusto” que Ulpiano exigía a los jurisconsultos, la interpretación que los mismos hiciesen de las leyes y su aplicación habría de ser eminentemente justa, como justa había de ser

(26) D. I, i, 10, pr. 2; e I. 1, 1, pr. 3, 1.

(27) Así lo indica ARIAS RAMOS, en ob. cit., I, núm. 12, págs. 34-35.

(28) Suele calificársela de poco feliz, así como de excesivamente general (ver ARIAS RAMOS, ob. cit., I, pág. 35 y nota 25).



también cuando a ello proveyeren, tanto la creación como la corrección de la norma, toda vez que esa combinación de "notitia" y "Scientia" llevan en sí una idea en nuestro modo de ver muy inmediata de fuerza creadora e integradora del "ius", que se transforma en auténtica realidad con el Derecho honorario o de los pretores, que tenía por objeto según el *Digesto* ayudar, suplir o corregir el "ius civile" (29).

Ello sentado, somos de la opinión que las condiciones que Ulpiano exigía al magistrado romano son perfectamente aplicables y exigibles a cualquier magistrado de cualquier país actual.

Mas, pese a lo que hemos indicado, lo cierto es que sigue indelimitada, o si se prefiere indeterminada, la Jurisprudencia en nuestro Derecho, por cuanto una cosa es señalar o fijar las condiciones que deben reunir los encargos de "hacerla" y otra expresar o explicar con claridad la naturaleza y caracteres esenciales de la misma.

Y decimos esto, porque la Jurisprudencia se dice y ha venido diciéndose por nuestra doctrina tanto jurisprudencial como científica:

a) Que es sinónima de "doctrina legal" (30).

(29) D. I, 1, 7 y 8. Así los pretores cuando se encontraban ante situaciones de incumplimiento, lesión, etc., no tuteladas por las oportunas acciones, podían, como hemos ya indicado anteriormente, otorgar al perjudicado una "actio" a fin de que éste, dirigiéndose contra el perturbador, pudiera defender su derecho.

(30) En dicho sentido, y por lo que a la llamada "doctrina jurisprudencial" se refiere, cabe citar, entre otras, la SS. T. S. de la Sala 1.<sup>a</sup>: 30 junio 1866; 15 octubre 1859 —argumentalmente—; 21 diciembre 1951; 28 diciembre 1957 —argumentalmente—; 17 abril 1952; 12 octubre 1958; 21 mayo y 28 noviembre 1960 —argumentalmente—; etc.

En el ámbito de la "doctrina científica" mantiene este criterio PRIETO-CASTRO (L.). *Derecho Procesal civil*, I Parte, Madrid 1964, pág. 617; DE LA PLAZA (M.), *Derecho Procesal civil español*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid 1945, T. II, pág. 793; así como GUASP, *Derecho Procesal civil*, 3.<sup>a</sup> ed., T. II, Madrid 1968, pág. 828, cuando nos dice: "hay una jurisprudencia restrictiva que restringe el avance del concepto de ley y del de *doctrina legal*, en éste como en los demás motivos de casación, y elimina leyes que no tienen el llamado carácter sustantivo, por ser procesales, o penales, o administrativas, las costumbres en general, y la jurisprudencia que no alcance determinado rigor de constancia, uniformidad y repetición...".

Interesante es, a su vez, el estudio que del tema hace DE LA PLAZA, en "La Casación civil", Madrid 1944, especialmente en págs. 170 y 197 y siguientes, donde mantiene esta misma posición.

A su vez SÁEZ JIMÉNEZ (J.) y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (E.) en *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, T. III, Vol. I, Madrid 1963, páginas 286 y ss., sostienen esta idea de "doctrina legal" y "jurisprudencia" como conceptos sinónimos.

Entre los civilistas, LA LAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona 1969, pág. 137, reconoce que "Frente a la doctrina del Código civil, que no tolera la consideración de la jurisprudencia como fuente de derecho, se destaca su consideración como fuente de naturaleza no formal en cuanto la Ley procesal reserva a la doctrina del Tribunal Supremo, identificada prácticamente con la 'doctrina legal', un papel decisivo en la casación", e incluso parece admitirlo, al menos en sentido argumental, en págs. 55 y ss. y 140.

- b) Que son conceptos distintos (31).  
 c) Que viene a ser una especie de "costumbre", más bien un "usus fori" (32).

ANGLADA VIIADERBÓ, por su parte, parece mantener la misma idea cuando en *La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*, en "Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS", T. IV, Pamplona 1969, página 79, dice: "Pero más tarde se fue estrechando la puerta y se exigió ya que la doctrina legal a que se refieren los arts. 1.688, 1.691, 1.692, 1.700, 1.720 y 1.729 venga respaldada en repetidas y uniformes decisiones. Así, en Sentencia de 10 de abril de 1943, de la cual fue ponente CASTÁN, se dijo que "una interpretación que puede considerarse como definitiva *consagrada por copiosa jurisprudencia de este Tribunal Supremo* ha dado a la noción de doctrina legal recogida de anteriores ordenamientos procesales por el art. 1.692, núm. 1 de la vigente LEC, *el sentido de doctrina o regla emanada de la propia y exclusiva jurisprudencia de este Tribunal establecida en repetidas y uniformes decisiones aplicables al caso del pleito de que se trate*". No obstante, la posición de este autor no se encuentra concreta y específicamente circunscrita a la equiparación de los conceptos "Jurisprudencia" y "doctrina legal", ya que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, no parece rechazar la idea de la "Jurisprudencia" como fuente que ocupa el lugar correspondiente a los principios generales del derecho".

CASTÁN TOBEÑAS, por su parte, en "Derecho...", 9.<sup>a</sup> edic., T. I, Vol. I, páginas 338/39, parece también equiparar Jurisprudencia del T. S. y "doctrina legal", lo mismo que acontece con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus Comentarios a la cit. ob. de ENNECERUS, T. I. Vol. I, § 39, pág. 167, por cuanto estos últimos recogen sin rechazarlo que "La Ley de Enj. Civ. de 1855 aclaró el concepto de doctrina legal considerándola como 'la doctrina admitida por los Tribunales'", así como la posición del T. S. que "...dio un concepto más restringido, reputando doctrina legal exclusivamente *la contenida en sus propias sentencias*..."

A su vez LACRUZ BERDEJO parece mantener, al menos argumentalmente, esta opinión en "Elementos de Derecho civil", I, Parte General, Barcelona 1974, por cuanto para él "La Jurisprudencia que *constituye doctrina legal es la que sirve de fundamento al fallo*..." (pág. 63).

También pueden incluirse aquí SANTAMARÍA (J.), ob. cit., T. I, págs. 31/32, al menos argumentalmente, y SÁNCHEZ ROMÁN (F.) "Estudios de Derecho civil", 2.<sup>a</sup> edic., Parte general, Madrid, 1911, págs. 79/80.

Y para concluir esta nota, dos breves indicaciones: 1.<sup>a</sup> Que como puede observarse a través de la transcripción de las opiniones de los autores en ella citados, su posición en orden a la equiparación de los conceptos "Jurisprudencia" y "doctrina legal" no es tan rotunda ni sólida como acaso pueda deducirse de una simple lectura de las mismas. Por ello volveremos a aludir a alguno de los aquí citados con ocasión de ir exponiendo las restantes posiciones e incluso la nuestra, respecto a tan interesante tema; 2.<sup>a</sup> La razón de ser de estas posiciones pueda acaso deberse al fuerte impacto histórico que suponen el art. 1.012 de la Ley de Enj. Civ. de 1856 y el 194 de la Real Cédula de 30 enero 1855 dando nueva organización a la Administración de Justicia en las Provincias de Ultramar, donde se aludía concretamente a la *doctrina admitida por la jurisprudencia en los Tribunales* (Ley Enj. civ.) y a la *doctrina legal recibida a falta de Ley por la jurisprudencia de los Tribunales* (R. C.), frases éstas que pudieron dar lugar a la en nuestra opinión errónea posición de equiparar "doctrina legal" y "Jurisprudencia".

(31) Mantienen esta posición fundamentalmente DE CASTRO (F.), ob. cit., págs. 503 y ss., considerando que mientras la *doctrina legal* es la que "...que surge de la misma Ley (interpretación colaboradora, más o

d) Que es una “fuente legitimadora” o “revalidadora” de los principios generales del derecho (33).

A través de lo que se acaba de indicar aparece que la posición de la doctrina científica en orden al tema no es precisamente pacífica. Mas-

menos desligada del sentido legal) y la de las mismas leyes de leyes y superleyes, como entonces se denominaban a los principios generales del derecho”, la *doctrina jurisprudencial*, es la constatada en las sentencias del T. S., estimando además que “La jurisprudencia *no crea* a la doctrina legal aunque tenga gran importancia para su fijación”, concluyendo en página 511 por decirnos que “La doctrina legal y la doctrina jurisprudencial *aparecen así unidas, pero no confundidas*, en el momento de la admisión del recurso”.

Sigue análoga posición DÍEZ PICAZO en sus “Lecciones de Derecho civil”, I, Parte General, Madrid 1967, pág. 405, en cuanto estima que la Jurisprudencia no debe confundirse “...con el concepto de ‘doctrina legal’ que la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 1.692 y 1.729) admite como causas de interposición del recurso de casación”, y ALBADALEJO, en “Derecho civil. Introducción y Parte General”, T. I, Vol. I, Barcelona 1975, pág. 123, nota 11, considera “...como más correcta la tesis mantenida fundamentalmente por DE CASTRO...”, lo que supone aceptación de la misma, al menos en principio.

(32) En este sentido se manifiestan, entre otros, CREHUET y FORCELLEDO, cits. por CLEMENTE DE DIEGO en su cit. ob., pág. 75 en España y los autores cits. por este mismo en dicha ob., pág. 79 y ss.

Igualmente, FALCÓN, “Código civil español”, T. I, Madrid 1888, página 33; incluso PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en Comentarios cits. en nota anterior, pág. 168, por cuanto sin perjuicio de equiparar argumentalmente —o por omisión si se prefiere— la Jurisprudencia y la “doctrina legal” como hemos indicado en nota anterior, nos dicen: “Entendemos con el texto que el *usus fori* se convierte en fuente del derecho, cuando por su reiteración la Jurisprudencia forma criterio que se impone a los tribunales en fuerza a su acatamiento a la doctrina del Tribunal Supremo”.

También GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (B.), “Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español”, T. I, Madrid 1862, al menos en forma argumental (pág. 120). Incluso el propio CASTÁN TOBEÑAS no deshecha esta posibilidad —ob. cit. T. I, Vol. I, pág. 338, al estimar que no cree “...haya diferencias profundas de naturaleza entre el Derecho consuetudinario popular y el Derecho judicial...”. A su vez, en pág. 342 y bajo el epígrafe “4. El *usus fori*”, nos dice: Puede hablarse del *usus fori* en los siguientes sentidos: ...; b) en el de reiterada y uniforme aplicación del Derecho por los Jueces y Tribunales (*usus fori* en sentido material, jurisprudencia); c) en el de reiterada y uniforme aplicación del Derecho por un Tribunal superior (jurisprudencia en sentido estricto); d) en el de jurisprudencia reiterada, que haya obtenido, a virtud de reconocimiento general, el valor legal de Derecho consuetudinario”.

A su vez, BOREL y SOLER (A. M.), en su “Derecho civil español”, T. I, Parte General, Barcelona 1955, si bien en pág. 53 comienza diciendo: “Aunque propiamente no es costumbre, porque no nace de la conciencia del pueblo, sino de una autoridad del orden judicial...”, posteriormente en pág. 54 nos dice que “La jurisprudencia es, en realidad, una ‘costumbre judicial’...”.

Para más detalles sobre esta posición, pueden consultarse las citadas obras de LA LAGUNA —págs. 126 y ss. especialmente— y CASTÁN TOBEÑAS —pág. 338 y notas 1 a 3).

(33) Ver por todos CLEMENTE DE DIEGO y LA LAGUNA, obs. cits. págs. 144 y ss. del primero y 128 y ss. de la del segundo. También, acaso, al menos argumentalmente GÓMEZ DE LA SERNA, en sus “Motivos...”.

¿cuál es el tema en realidad?: ¿el de la naturaleza jurídica de la Jurisprudencia?: ¿el de su caracterización?: ¿ninguno de ellos?: ¿se pretende en realidad explicar cuál puede ser esa naturaleza y caracterología, o lo que se intenta es justificar por qué si bien la Jurisprudencia no figuraba en el Código civil de 1889 entre las fuentes del Derecho, lo era realmente “de facto”?

Y nos formulamos estas interrogantes, porque lo cierto es que si nos fijamos en las posiciones que acabamos de exponer podemos observar cómo sus representantes, en términos generales, o procuran forzar su condición de fuente creadora del Derecho a través de la necesidad de que la costumbre o los principios generales del Derecho necesiten la “investidura” que supone su reconocimiento o legitimación por el T. S., o pretenden apoyar tal condición o cualidad en la un tanto bizantina, y desde luego no esencial, disquisición de si los términos “Jurisprudencia” y “doctrina legal” son o no sinónimos.

En nuestro modo de ver, la temática jurisprudencial en nuestro Derecho positivo podría esquematizarse así:

- a) ¿Qué es la Jurisprudencia?
- b) Jurisprudencia y “doctrina legal” ¿son conceptos sinónimos?
- c) ¿La Jurisprudencia es en nuestro Derecho positivo vigente fuente del mismo?

a) ¿Qué se entiende por Jurisprudencia en nuestro Derecho positivo? Si por Jurisprudencia entendemos la “prudentia iuris”, entendida ésta como el Derecho que cual norma de vida los “prudentes” (34) aconsejaban o estimaban aplicable para la solución de los problemas y cuestiones que a ellos o a los *Magistratus* (35) se sometían y trasladamos este significado al momento actual —salvando las naturales diferencias conceptuales y de organización— sustituyendo el calificativo “prudentes” por el de Magistrados del T. S., la “Jurisprudencia” podría entenderse en un muy amplio a la vez que abstracto sentido como “la aplicación que del Derecho se hace en el Tribunal Supremo con ocasión de juzgar los supuestos jurídicos que al mismo se someten” (36).

Puede acaso llamar la atención que centremos la esencia del concepto “Jurisprudencia” en “la aplicación del Derecho por el T. S.” en lugar de en la “doctrina” contenida en sus sentencias. La razón

(34) Refiriendo este término a los “jurisconsultos” o “jurisperitos” romanos que con estas denominaciones eran conocidos.

(35) Téngase en cuenta que el “Magistratus” romano no era un título equivalente al del “Magistrado” actual, puesto que aquel era lo que hoy pudiera decirse un cargo propio del Poder Ejecutivo o si se prefiere de la Administración, que no exigía la carrera de leyes ni, por tanto, poseer conocimientos en dicha materia, razón por la cual los “Magistratus” romanos debían asesorarse de los “prudentes”, “jurisperitos” o “jurisconsultos” en los asuntos que a ellos se sometían.

(36) Téngase en cuenta que la limitación del ámbito Jurisprudencia a las resoluciones del T. S., además de por la propia doctrina de este Tribunal, viene hoy establecida en el art. 2.º, 6 del C. c., además de en la Exp. M. de la Ley 3/1973 y Dec. 1.836/1974.

es muy sencilla. Si por “doctrina jurisprudencial” se entiende la desarrollada o sentada por cualquier Tribunal en los Considerandos de sus resoluciones motivadas, evidentemente la “Jurisprudencia como “aplicación del Derecho a los supuestos jurídicos que ante el T. S. se planteen” supone la existencia de una faceta doctrinaria a la vez que de otra práctica (37).

Mas como puede acontecer que se pretenda identificar aquí el término “Jurisprudencia” con el de “doctrina legal”, para evitar tal peligro rehuimos emplear la expresión “doctrina”, dando por supuesto que toda resolución del T. S. la contiene, sin que ello implique en modo alguno que dicha “doctrina” y la llamada “legal” sean una misma cosa (38).

b) *Jurisprudencia* y “doctrina legal” ¿son conceptos sinónimos? Comencemos por indicar que en nuestra opinión la cuestión de si “Jurisprudencia” y “doctrina legal” son o no conceptos sinónimos, no es tema que tenga que ver de modo muy directo e inmediato con la naturaleza y si acaso, en cierto modo al menos, como la caracterización de la “Jurisprudencia” (39).

No obstante, al objeto de perfilar mejor el ámbito conceptual de la “Jurisprudencia”, que quedaría un tanto incompleto si se prescindiera en absoluto de la “doctrina legal”, procederemos a realizar un breve examen de ambos conceptos.

Iniciaremos dicho estudio diciendo que si bien no coincidimos con la posición de quienes mantienen que “Jurisprudencia” y “doctrina legal” son conceptos distintos, tampoco estamos plenamente conformes con aquellos que equiparan los mismos.

Para nosotros, “doctrina legal” y “Jurisprudencia” son dos formas o manifestaciones conceptuales originariamente distintas, por cuanto mientras la primera viene a ser a manera de “concepto programático” la segunda constituye en nuestro modo de ver un “concepto investidor de legitimación”, posición que apoyamos en los siguientes argumentos:

a) Parece, si no unánime sí “quasi unánimemente” admitido por la doctrina científica, que la llamada “doctrina legal” es aquella que deriva o tiene su apoyo más o menos directo en la Ley o en las reglas de Derecho (40).

---

(37) La faceta doctrinal, se encuentra ínsita en la esencia de toda resolución que se dicte por los Tribunales, se trate de una cuestión de puro hecho o estrictamente jurídica, máxime cuando como en las del T. S. no se trata de una nueva instancia y sí de resolver en estricto derecho.

(38) Así, por vía de ejemplo, podría decirse, aun cuando ello no nos satisfaga en demasía, que toda sentencia del T. S. contiene “doctrina jurídica” y, en consecuencia, “doctrina legal”, dado que para esto son precisas al menos dos sentencias.

(39) Decimos esto por cuanto el hecho de que sean o no conceptos sinónimos no influye de modo directo, al menos, en el hecho de que por ello precisamente la Jurisprudencia sea o no a su vez fuente del Derecho.

(40) Vide sobre ello MANRESA Y NAVARRO y REUS Y GARCÍA, “Ley de

b) No podemos, sin embargo, aceptar que la “doctrina legal” sea aquella “que surge de la misma Ley y a la de las leyes de leyes o superleyes...” (41), por cuanto entenderlo así supondría otorgar a la Ley una triple cualidad: Ser “fuente primordial” del Derecho; ser “doctrina legal”; y constituir una forma de “interpretación”; la “auténtica”.

Y si bien es cierto que la Ley en cuanto tal puede no sólo fijar normas de conducta, sino también mostrar a quienes la aplican el significado de ciertos conceptos o el sentido en que deben entenderse algunos términos, éstos, aun cuando sean módulos de “interpretación” y, por tanto, “criterios para inquirir el sentido de la norma” (42), son sobre todo leyes y como tales disposiciones emanadas del Poder Soberano de un país, que tienen como característica primordial, además de la racionalidad y generalidad, su obligatoriedad, debiendo, en consecuencia, ser necesaria e ineludiblemente aplicadas por los Tribunales

---

Enjuiciamiento civil comentada y explicada”, T. IV, Madrid 1861, página 384; REUS, “Ley de Enjuiciamiento civil”, T. IV, Madrid 1882, página 33; NAVARRO AMANDI, “Código civil de España”, cit., pág. 8, al menos argumentalmente; DE CASTRO (F.), ob. cit., especialmente en página 504 cuando nos dice que la “doctrina legal” es aquella “...que surge de la misma Ley (interpretación colaboradora más o menos desligada del sentido literal)...”.

Incluso los mismos que equiparan ambos conceptos, cuando se refieren a la “doctrina legal” no dejan de reconocer la diferencia —sutil, más diferencia al fin y al cabo— que apuntamos.

Así, DE LA PLAZA, que se encuentra entre los que equiparan más o menos argumentalmente ambos conceptos, no puede evitar decirnos comentando un párrafo de la obra de GÓMEZ DE LA SERNA que “...con ese alcance había de entenderse la doctrina jurisprudencial...”, (PLAZA, “La casación...”, cit., pág. 170), lo que implica que para él la “doctrina legal” procede de la aplicación de la costumbre y los principios generales del derecho por los Tribunales, concretamente el del Supremo, que es quien da a aquélla y éstos el “espaldarazo” (por decirlo así), convirtiéndolos en “doctrina legal”.

Por su parte, CLEMENTE DE DIEGO, en “La Jurisprudencia...”, cit., página 144, al referirse a la “doctrina legal” en la Ley de Enj. civ. de 1855, nos dice: “Doctrina legal, en medio de la incertidumbre de su concepto, no podía ser otra que la emanada de la ley o en la ley lógicamente fundada; y al tenor de la ley del 55, esa doctrina era la admitida por los Tribunales...”, mas a continuación —misma pág.—, agrega: “Pero bien pronto el T. S. recabó para sí la privativa declarando que sólo sus fallos podían constituir doctrina legal...”. Por último, en página 145 declara que “La contradicción no es insoluble, ni mucho menos, porque esa doctrina legal, fundada en la ley de ella emanada, ¿puede ser otra que la que informen los principios generales de Derecho tal como los concebimos nosotros, de acuerdo con eminentes jurisconsultos?...”.

(41) DE CASTRO (F.) ob. cit. pág. 503.

(42) Así, por ejemplo, el actual art. 5.º, 1 y 2, que nos indica cómo deben contarse los plazos; el 9.1 donde se nos dice qué debe entenderse por Ley nacional, etc.

A su vez, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, las Exposiciones de motivos y los Preámbulos de las leyes, constituyen interpretación auténtica de sus preceptos (SS. T. S. 28 marzo 1972 (Sala 3.ª); 5 febrero y 7 marzo 1973 (Sala 4.ª)).

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.º, del Código civil y 2.º de la L. O. P. J. (43).

Pues bien, si la Ley es "fuente del Derecho" y en ocasiones también "fuente de interpretación auténtica", parece lógico pensar que no podrá ser además "doctrina legal" y sí únicamente *ley propiamente dicha*, bien que dotada de una finalidad primordial: marcar el sentido en que *necesaria e ineludiblemente han de entenderse* ciertos conceptos o términos; o de cómo debe realizarse, por ejemplo, la interpretación, habida cuenta que como tal Ley aun cuando interpretativa es obligatoria (44).

c) Por su parte, la doctrina jurisprudencial, si bien equipara ambos conceptos, no puede por menos que reconocer y declarar reiteradamente:

1.º "Que sólo debe entenderse como *doctrina legal*, cuya infracción pueda dar lugar al recurso de casación, *la que se derive directamente de la Ley o haya sido admitida como tal por la jurisprudencia* de los tribunales, y consignada, por tanto, en sentencias del T. S." (45), declaración ésta que ya de por sí lleva implícito el reconocimiento de que el citado Tribunal, al dictar sus sentencias, lo que hace en realidad es otorgar a *esa doctrina que recoge de la interpretación "ex lege" o que extrae de los principios generales del derecho e incluso de la costumbre, la legitimación* necesaria para que pueda constituir un motivo de casación y pueda alegarse en la práctica forense e incluso recogerse por los Tribunales españoles para apoyar sus resoluciones, especialmente en orden a la interpretación de las normas legales e in-

---

(43) A su vez, la Ley de Bases, Orgánica de la Justicia de 28 noviembre 1974 (Ley 4/74) en su Base Primera, Dos, alude también a "La potestad de *aplicar las leyes* en el ejercicio de la función jurisdiccional...".

Por su parte, la S. T. S. 9 mayo 1974 (Sala 2.ª) y la del mismo Tribunal de 29 marzo 1974 (Sala 5.ª), sancionan el principio de respeto de los Tribunales a la Ley.

(44) Fijémonos en que "doctrina" es concepto que generalmente sirve para significar "opinión sobre cualquier materia". Consiguientemente, si completamos dicho término con el adjetivo "legal" se entenderá o podrá entenderse por tal "la opinión que, bien los autores, bien los tribunales, tengan o se formen sobre la Ley y su aplicación".

Más como a la opinión formulada por los autores se la denomina por antonomasia "doctrina científica" y la Ley "per se" sólo puede darnos normas de conductas —positivas o negativas— y reglas de interpretación auténtica más no "opiniones", y dicha "interpretatio" no es, evidentemente, "doctrina legal" en fuer de no ser "opinión", nos encontramos con que de las tres posibles acepciones de dicho concepto únicamente la que patrocinamos es la posible.

(45) En relación con ello, la S. T. S. 22 febrero 1897 establece: "Que sólo debe entenderse como *doctrina legal* cuya infracción pueda dar lugar al recurso de casación, la que se derive directamente de la Ley o haya sido admitida como tal por la jurisprudencia de los Tribunales, y consignada, por tanto, en sentencias del Tribunal Supremo".

A su vez, la S. T. S. 20 diciembre 1952 declara que "...la opinión de los tratadistas, por respetable que sea, *no es por sí sola suficiente para constituir doctrina legal, por precisarse para que esto ocurra que sea aceptada por la jurisprudencia...*".

cluso a completar las imperfecciones del ordenamiento jurídico (46).

2.º Que, por tanto, la Jurisprudencia no es exactamente “doctrina legal”, sino, por así decirlo, el crisol que la elabora a través de un proceso en el que lo esencial es la repetición de lo que va a ser “doctrina” (47).

3.º Que el poder legitimador de la “Jurisprudencia” es tal, que no sólo la costumbre, sino también los principios generales del derecho, e incluso la doctrina científica, vienen sujetos a ese proceso formal y reiterativo que les convierte en “doctrina legal” (48).

(46) Sin entrar en el espinoso y nada pacífico tema de las lagunas del Derecho y optando por el término “imperfecciones” del mismo, hemos de indicar que para nosotros la misión de la Jurisprudencia es la de corregir o completar las imperfecciones que todo ordenamiento jurídico a fuer de humano tenga, comprendiendo bajo el ámbito del citado vocablo tanto los defectos que el mismo o sus normas puedan tener, como las propias omisiones o faltas no intrínsecas de contenido, e incluso hasta las intrínsecas siempre que no afecten a instituciones enteras y sí solamente a ciertos aspectos de las mismas, siempre que ello contribuya a su más perfecta y necesaria aplicación con vistas al cumplimiento de ese ineludible deber de “...aplicar las leyes juzgando...”, que tienen los Tribunales y se lleve a cabo extrayendo tales soluciones de la adecuada interpretación de la Ley y la aplicación en su defecto de la costumbre y principios generales del Derecho, pasados por el tamiz de la doctrina sentada por el T. S.

(47) Así, el propio T. S. viene declarando:

a) Que el contenido de una sola sentencia no constituye “doctrina legal” (SS. 7 febrero 1940; 31 marzo 1948; 14 noviembre 1951; 17 abril 1952; 14 marzo y 28 abril 1953; 11 diciembre 1954; 21 mayo 1960; 19 diciembre 1961; 24 abril 1970. Esta última sentencia nos dice: “Que esta Sala de Casación, en dos sentencias que ya constituyen doctrina legal...”, y agrega: “Que es rigurosamente exacto que una sentencia de este T. S. no basta para constituir doctrina legal...”.

El “...no basta...” aquí empleado, es en nuestro modo de ver claramente determinativo de lo que venimos diciendo, esto es, que la “Jurisprudencia” “legítima”, “inviste” y hasta “crea” la “doctrina legal” *pero no es en sí tal doctrina*.

b) Que “doctrina legal” es la que se establece en repetidas e idénticas resoluciones del T. S. (SS. T. S. 3 junio 1883; 10 febrero 1882; 1 junio 1892; 28 abril 1894; Auto 6 octubre 1899; 7 enero 1924; 4 julio 1928; 7 marzo 1933; 29 octubre 1934; 17 abril 1952; 11 octubre 1958; etc.).

Como puede observarse a través de lo que acabamos de indicar, la delimitación que el T. S. hace de lo que debe entenderse por “doctrina legal” se opera a través de una declaración de carácter negativo —no lo es el contenido de una sola sentencia— y de otra afirmativa —si lo es la establecida en dos o más sentencias—.

(48) Fijémonos, por ejemplo, en la S. T. S. de 24 abril 1970 a la que hemos hecho una especial alusión en nota anterior.

Però es que ese “poder legitimador” de la “Jurisprudencia” en orden a la creación de “doctrina legal” se manifiesta:

a) Por lo que respecta a la conversión de la costumbre y principios generales del derecho en tal “doctrina” más o menos directa o argumentalmente en SS. T. S. de 17 mayo y 24 noviembre 1918; 28 marzo y 5 agosto 1951; 30 abril 1953; 1 junio 1956; 10 noviembre 1958; 18 noviembre, 17 diciembre y 24 diciembre 1960; 23 noviembre 1961; etc.

A su vez, los Autos T. S. de 13 octubre 1897 y 13 febrero 1922, establecen que para que pueda admitirse un recurso de casación en el fondo,



d) Además de lo indicado, cabe citar como apoyo a esta tesis nuestro Derecho positivo histórico.

Así, la Real Cédula de 30 de enero de 1855, dando una nueva organización a la Administración de Justicia en las provincias de ultramar, establecía en su artículo 194 que:

“De las sentencias ejecutorias que las audiencias de Ultramar dictaren en los asuntos civiles, habrá lugar al recurso de casación por violación de ley expresa y vigente en Indias, ó por una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales, relativa al fondo o sustancia de la cuestión resuelta por el fallo que se pretende anular.”

A su vez, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1856 disponía en su artículo 1.012 que el recurso de casación podrá fundarse en el hecho de que la sentencia sea contra Ley “...o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales”, lo cual supone en nuestro modo de ver que fuere cual fuere dicha doctrina (49), sólo a través de su admisión por los Tribunales pasaba a adquirir virtualidad a los efectos de fundar el recurso de casación según dicha Ley.

Pero es que, como se ha ya indicado, el año 1870 la Ley Provisional sobre reforma de la casación civil, recogiendo la idea que había sancionado la de 1856, la perfila y dándola una más técnica a la vez que adecuada designación establece que el recurso de casación podrá fundarse en una de estas causas: “Ser la sentencia contra Ley o doctrina legal” (art. 4.º).

Ha cambiado, por tanto, la calificación que acompañaba en la Real Cédula de 1855 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856 al término “doctrina”, sustituyéndose las frases “...recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales...” (R. C. 1855) o “...doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales...” (Ley E. C.) por un

---

basado en un “principio general del Derecho”, es necesario que se dicte la Ley o doctrina legal que lo sancione, lo que claramente supone: 1.º Que los principios generales del derecho y la “doctrina legal” son conceptos distintos; y 2.º Que para que aquéllos puedan aplicarse han de estar previamente legitimados por el reconocimiento jurisprudencial.

En el mismo o parecido sentido se manifiestan las SS. de dicho Alto Tribunal de 24 noviembre 1916; 12 enero 1927; 7 febrero 1935; 24 diciembre 1960 y 29 enero 1962.

En cuanto a la llamada “doctrina científica”, o de “...los expositores de Derecho...”, como indican, por ejemplo, las SS T. S. 13 abril 1863; 5 febrero y 30 junio 1866, no constituyen “per se” fuente generadora de Derecho, más lo cierto es que la S. T. S. 20 diciembre 1952 si bien ratifica este criterio al agregar que puede convertirse en tal doctrina legal si es aceptada por la Jurisprudencia, confirma el criterio que venimos manteniendo. (Ver el párrafo que de esta resolución hemos transcrito en nota 45).

(49) Incluso, repetimos, y siempre que esté reconocida por los Tribunales —hoy sólo T. S.—, la misma doctrina de los juristas.

simple adjetivo calificativo: “legal”, con lo cual se logra en nuestro modo de ver—o cuando menos debía haberse logrado—distinguir entre “Jurisprudencia de los Tribunales” o “Jurisprudencia *stricto sensu*” y “doctrina legal” también en sentido estricto.

B) *¿Qué se entiende o debe entenderse por Jurisprudencia en nuestro sistema jurídico positivo vigente?*. Decíamos en el epígrafe precedente que “doctrina legal” y “Jurisprudencia” venían a ser a manera de dos manifestaciones conceptuales de “carácter programático” la primera e “investidora de legitimación creadora” la segunda, lo que autoriza a contemplarlas, en cierto modo al menos, cual proposiciones de un *entimema jurídico*.

Las razones en que nos apoyamos para llevar a cabo estas calificaciones de ambos conceptos han sido puestas de relieve, o cuando menos apuntadas, en el anterior epígrafe; mas creyendo necesaria una más completa explicación, procederemos a exponer las motivaciones que a tal solución nos han conducido, para concluir determinando a través de ellas lo que en nuestro modo de ver se entiende o debe entenderse por “Jurisprudencia” en el ordenamiento jurídico español.

1.<sup>a</sup> Entendemos, en principio y en un sentido amplio, que “doctrina legal” es “*un saber, enseñanza u opinión ínsito en lo que pudiéramos llamar con lenguaje aristotélico ‘núcleo óntico’ de la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, las opiniones de los juristas y la praxis jurídica*”.

Se trata, por tanto, de un concepto “*programático, contenedor de poderes jurídicos inconcretos y abstractos; de derechos en potencia*”.

2.<sup>a</sup> Hasta aquí tenemos únicamente una *idea*, o mejor dicho, un “concepto *idea*” de carácter paradigmático. Incluso podríamos decir con criterio maxscheleriano, que nos hallamos a presencia de un “valor” que, si bien sabemos existe y está ahí, en todo ordenamiento jurídico, es preciso captar para convertirlo en algo real y tangible.

3.<sup>a</sup> Para que estas abstracciones potenciales o posibilidades de ser puedan contribuir al fin esencial del Derecho (organizar y regular jurídica y eficazmente la vida social), se hace precisa una operación que nos atrevemos a calificar de “*investidura de eficacia*” que se realiza única y exclusivamente por el T. S. extrayendo de las leyes y cuando éstas no existan de los usos, costumbres, principios generales del Derecho, e incluso, cuando sea preciso, de la doctrina que los juristas van elaborando y de la propia práctica jurídica, las soluciones que la realidad social de cada momento histórico exija para tramitar y resolver los concretos supuestos litigiosos que a los Tribunales se presenten (50).

Esta operación, que Aristóteles explicaría diciendo que consiste en extraer el “*eidos*” del núcleo óntico en que se encuentra contenido convirtiendo así la mera posibilidad de ser o potencia —*hile*— en for-

---

(50) Nos permitimos llamar la atención en relación con lo que hemos indicado en el texto, sobre las Disposiciones adicionales del C. c., en especial sobre la 3.<sup>a</sup>, por su íntima conexión.

ma concreta y específica —*morfe*— y por tanto en “causa eficiente” para el mejor cumplimiento y solución de los problemas jurídico-sociales, traducida al objeto de nuestro estudio, diríamos es aquella actividad por virtud de la cual la “pura idea” o “potencialidad de ser” que es la “doctrina legal” se convierte, a través de la operación “Jurisprudencia” (51), en realidad tangible y por tanto en “fuente de integración e interpretación colaboradora del Derecho positivo”, a la vez que sirve de base y fundamento al recurso de casación regulado en el artículo 1.692 núm. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil.

4.ª “Doctrina legal” y “Jurisprudencia” se encuentran, por tanto, en relación de “idea” a “realidad”; de “valor puro” a “sustantividad concreta”.

Así, la “doctrina”, por su cualidad de concepto, que pudiéramos calificar, forzando un tanto los términos, de “apriorísticamente paradigmático” e incluso de “valor”, existe de siempre y está ahí, en el ámbito de todo ordenamiento jurídico escrito o no.

A su vez, la “Jurisprudencia” capta ese *valor* y lo *realiza*. Luego es en cierto modo un concepto “a posteriori” que trae a la realidad jurídica lo que en principio era sólo una *pura idea* “el saber ínsito en la norma, la costumbre, etc.”.

Por todo ello, decíamos también al comienzo de este epígrafe, que “doctrina legal” y “Jurisprudencia” eran a manera de proposiciones de un “entimema” jurídico que podría enunciarse así:

a) “La doctrina legal es *“un saber, enseñanza u opinión ínsito o que tiene su apoyo y fundamento en la Ley, costumbre, principios generales del Derecho, opiniones de los juristas o práctica jurídica”*.”

b). Para que esta “doctrina” adquiera virtualidad jurídica debe recibir la investidura de la “Jurisprudencia”.

5.ª La “Jurisprudencia”, por tanto, como “*concepto legitimador*” o “*investidor de legitimidad*” de la “doctrina legal”:

a) *No es fuente directa e inmediatamente creadora del Derecho ni de la norma jurídica.*

b) *Es fuente de integración a la vez que de interpretación colaboradora de ese ius y de esa norma.*

Estas conclusiones tienen su apoyo en la Exposición de motivos del Dec. 1.386/1974, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de Ley el Texto articulado del Título preliminar del Código civil, que entre otras cosas declara:

1. Reconocer a la Jurisprudencia “*...la misión de completar el ordenamiento jurídico*”.

2. Reconocer igualmente a la misma “*...la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses...*”.

3. Radicar la Jurisprudencia en el T. S., al decirnos que esa tarea de interpretación y aplicación de las normas en contacto con las

(51) Por tanto, aquí la Jurisprudencia vendría a ser el equivalente a lo que Aristóteles denominaba “*espíritu poético*” o “*creador*”.

realidades de la vida; etc.; "...da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo...".

C) *Es la Jurisprudencia fuente del Derecho en nuestro ordenamiento positivo privado?* Sin embargo, la exacta calificación del concepto "Jurisprudencia" en nuestro Derecho positivo vigente no es tan fácil como pueda parecer en principio, por cuanto si bien acabamos de decir que la misma no es fuente directa e inmediata del Derecho y sí fuente de integración del mismo, ni el tema de las "fuentes del Derecho" es tan sencillo, ni las declaraciones que hemos indicado de la Exposición de Motivos tan claras como pueda acaso estimarse.

Procederemos, pues, y sobre la base de lo que indicábamos en el epígrafe anterior, a desarrollar un poco más detenidamente ambos aspectos.

1.º *En orden a la calificación de la Jurisprudencia como fuente del Derecho* que hacíamos en el apartado anterior, hemos de indicar que para ello partimos de la clasificación manejada por un amplio grupo de civilistas que distingue entre fuentes directas e indirectas del Derecho positivo, incluyendo dentro de este segundo grupo las "que ayudan a la producción y a la comprensión de la regla jurídica, pero sin darle existencia por sí mismas" (52), fuentes éstas que como nos dice Sánchez Román "tienen un carácter secundario y complementario de las primeras", esto es, de las directas o inmediatas (53).

Por ello precisamente, insistíamos en que la Jurisprudencia era *fuente de integración a la vez que de interpretación del Derecho* y no fuente creadora del mismo (54).

De aquí que para nosotros deba incluirse dentro del grupo de las "fuentes indirectas o mediatas".

2.º *En lo que a la Exposición de Motivos del Texto articulado del Título preliminar del Código civil se refiere*, no podemos por menos que indicar que pese a lo que decíamos en el epígrafe B) al comentar ciertas declaraciones en dicha Exposición contenidas, en ésta se contienen también las siguientes manifestaciones que son, o cuando menos pueden ser objeto de duda y discusión:

a) *Su misión complementaria del ordenamiento jurídico*. Como

(52) CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil...", T. I, Vol. I, 11 edic. Madrid, 1975, pág. 393.

También alude dicho autor a la clasificación que se hace de las fuentes en "estatales" y "extralegales o extraestatales", las primeras de creación directa del *ius* y las segundas que o lo crean "...o lo reconocen a través de la conciencia jurídica general o de las fuerzas sociales", grupo éste en el que se incluye, además de la costumbre, principios generales del Derecho y equidad a la Jurisprudencia (pág. 395).

(53) "Estudios...", 2.ª edic., T. II, Madrid, 1911, pág. 18.

(54) Acaso implique una cierta redundancia decir "de integración" y "de interpretación", por cuanto al interpretar se integra, mas hemos preferido pecar de reiterativos en tan interesante como discutido tema a fin de fijar desde nuestro punto de vista lo más exactamente posible la naturaleza jurídica de la Jurisprudencia dentro del ámbito conceptual de las "fuentes del Derecho".

ha podido comprobarse a lo largo del presente trabajo, es ésta la finalidad y razón de ser que respecto de la Jurisprudencia cuenta con mayor número de partidarios.

Nada, por tanto, debe extrañar que recogiendo tan autorizada como general posición el legislador de 1974 la haya incorporado al Código civil, diciéndonos que a la Jurisprudencia "...se la reconoce la *misión de complementar el ordenamiento jurídico...*", sobre la base de atribuirle "...la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses...", lo que en nuestro modo de ver ofrece una muy estimable a la vez que aceptable dimensión conceptual de la Jurisprudencia.

Mas el legislador no se conformó con llevar a cabo esta determinación estimativa de la misma; quiso posiblemente completarla. Y como suele acontecer en tales casos, lo que en principio parecía iba a conseguirse: que el concepto "Jurisprudencia" quedara claro en nuestro Derecho positivo no pasó de ser un plausible *deseo*, al introducir el propio legislador los gérmenes de la duda y, por tanto, de la discusión con la siguiente frase:

"que si bien no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa."

Y decimos que con esta frase se siembra la duda por las siguientes consideraciones:

a) Hasta llegar a ella la Jurisprudencia se describe por el propio legislador en la Exp. de M. como simple "fuente complementaria del ordenamiento jurídico" encargada de su flexibilización a la que más adecuada aplicación a la vida real, que es precisamente lo que la Jurisprudencia es.

b) Mas si ello es así, ¿por qué indicar a continuación que la misma se encuentra integrada por "...criterios que si no entrañan la elaboración de normas *en sentido propio y pleno...*"?

Téngase en cuenta a estos efectos que si como se indica por el legislador, la Jurisprudencia *no crea normas* y ello era aceptado "de iuris" por todos aunque discutido "de facto" por algunos, ¿para qué hacer una declaración que permita suponer que es el propio legislador quien teme que la Jurisprudencia sea considerada como "fuente creadora" del Derecho positivo?

Porque seguimos preguntándonos: ¿qué ha querido decirse con eso de que los criterios del T. S., que al fin y al cabo son los que constituyen la Jurisprudencia no entrañan la elaboración de normas *en sentido propio y pleno...*? ¿Es que las leyes pueden elaborarse en sentido impropio o menos pleno? Y supuesto que por una "aberratio legislatoris" en un determinado momento pudiera elaborarse una ¿norma?

impropia o “minus plena”, ¿nos hallaríamos en verdad a presencia de una auténtica norma de obligatoria observancia? (55).

b) Por último, fijémonos en la frase que cierra el párrafo que estamos comentando, la cual, con referencia a los criterios de que acabamos de hablar, nos dice de los mismos que “...*contienen desarrollos... y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa*”.

Como puede observarse, este párrafo, que refuerza considerablemente el anterior, contiene en general el mismo germen de duda que antes apuntábamos en orden a la exacta calificación conceptual de la Jurisprudencia y además un término en extremo dubitativo y por tanto fuente de perplejidades; nos referimos al adjetivo “cierto”. ¿Qué ha pretendido decirse con él o que significado se le ha querido dar?; ¿el de seguridad indubitada o el más exacto y adecuado de “adjetivo indeterminado”? Nos inclinamos hacia este último habida cuenta el contexto del párrafo que estamos comentando. Mas aún así, seguimos preguntándonos qué es lo que habrá querido decirse con esa “cierta” o “indeterminada” *trascendencia normativa*:

1) ¿Qué dichos criterios, reiterados, tendrán rango de Ley aún existiendo ésta?

2) ¿Qué constituirán criterios de obligada estimación, bien que únicamente para la interpretación de las leyes?

3) ¿Qué podrán aplicarse en defecto de Ley con preferencia a la costumbre y principios generales del Derecho?

4) ¿Qué lo serán sólo en defecto de Ley, costumbre y principios generales?

Creemos que con lo indicado queda puesto de relieve lo desafortunado del párrafo que hemos comentado.

Y siguiendo con el examen de la Jurisprudencia en nuestro Derecho positivo actual, adentrémonos en el Código civil, cuyo Título Preliminar en su Capítulo primero, integrado por dos artículos, el 1.º y el 2.º, lleva como rúbrica “Fuentes del Derecho”.

En el citado artículo 1.º, compuesto de siete números, se dice en los números 1 y 6 lo siguiente:

“1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

“6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”

A su vez el Capítulo II (arts. 3.º a 5.º) y el III (arts. 6.º y 7.º)

---

(55) Llamamos a estos efectos y en relación con lo dicho la atención sobre el interesante problema de la obligatoriedad de estas en nuestro modo de ver mal llamadas normas, que en fuer de “impropias” carecerían de imperatividad y consiguientemente de obligatoriedad.

regulan lo relativo a la "aplicación de las leyes" (interpretación, equidad, etc.) y a su "eficacia".

Vaya por delante nuestra aprobación al sistema seguido por el legislador, tanto en el orden estrictamente gramatical como técnico-rídico, por cuanto creemos iba siendo hora de incorporar a nuestro criticado —las más de las veces sin motivo— Código civil ciertos términos y conceptos que aun cuando surgidos hace ya muchos años y siendo de normal manejo en el ámbito de la doctrina y la praxis jurídica, no figuraban en el mismo (56), así como introduciendo instituciones que si bien existentes desde Roma y reconocidas e incluso aplicadas más o menos directamente por la doctrina jurisprudencial y la práctica jurídica sustantiva y forense, no habían sido acogidas por el legislador de 1889 (57), sin olvidar otro aspecto muy interesante cual es el haber convertido el Título preliminar del Código civil en una auténtica "Parte General del Derecho positivo" patrio, siguiendo con ello las directrices marcadas por la doctrina científica española e incluso por el propio legislador regional (58).

Son, por tanto, bastantes, como puede observarse, las aportaciones de la reforma de 1974 que merecen pláceme. Pero la obra humana es, por su propia naturaleza, imperfecta. Y la citada reforma no podía ser una excepción a tan generalizadísima regla. Dejemos, sin embargo, a a un lado todo cuanto no afecte a la Jurisprudencia y limitémonos, por tanto, a examinar dicha figura en la citada reforma.

Teniendo a la vista la rúbrica del Capítulo I y los números 1.º y 6.º del artículo 1.º del Código civil que hemos transcrito, lo primero que llama nuestra atención es la repetición del criterio que se contiene en la Exposición de Motivos y hemos ya examinado y criticado.

Porque como puede fácilmente comprobarse, haya querido o no el legislador integrar a la Jurisprudencia entre las "fuentes del Derecho", es lo cierto que la misma se halla contenida en el artículo 1.º, número 6 de dicho Cuerpo legal, que a su vez, como hemos dicho, lleva por rúbrica "Fuentes del Derecho".

A la vista de todo ello tratamos de inquirir:

a) Por qué no se la ha incluido en el número 1.º de dicho precepto, juntamente con la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho?

---

(56) Tal acontece, por ejemplo, con el de "Fuentes del Derecho", no empleado por el legislador de 1889; o con el de "norma jurídica", que tampoco aparecía en el C. c. antes de esta reforma; o con el de "usos jurídicos", tampoco utilizado hasta ahora, bien que en ocasiones se empleen otros de semejante aunque no idéntico significado, cual es el de "uso de cada localidad" (art. 1.496); "el uso o la costumbre del país" (art. 1.287); "el uso y la costumbre del lugar" (art. 570-I); etc.

(57) Así, la Jurisprudencia, la equidad, la misma analogía, etc.

(58) Siguiendo con ello la doctrina científica alemana, principalmente.

Este camino había sido seguido, sin embargo, previamente, por las Compilaciones forales, principalmente la de Aragón e incluso la misma Navarra.

Es evidente que esta pregunta tiene como lógica, a la vez que primaria contestación, que la Jurisprudencia, precisamente, no es fuente del Derecho. Mas si ello es tan incuestionable, ¿por qué se la incluyó precisamente en este capítulo?

b) Y si la función del Tribunal Supremo es "...interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho", ¿por qué no se la ha incluido en el Capítulo II del Título preliminar?

Como puede observarse, la figura de la Jurisprudencia no ha quedado demasiado clara y sí más bien imprecisa y hasta un tanto equívoca en la reforma, por cuanto lo mismo aparece en ella cual "no fuente" (art. 1.º, 1), como parece otorgársela tal cualidad al menos en el aspecto *emunciativo-rotular* en el Capítulo Primero del indicado Título Preliminar (59), como, incluso con criterio un tanto ecléctico, se la atribuye el doble carácter de "Institución complementaria del ordenamiento jurídico" y de *elemento fundamental de "interpretación" de la norma, costumbre y principios generales del Derecho*.

No podemos, por tanto, calificar de feliz el criterio sentando por el legislador en la Ley 3/1973, de 17 de marzo, respecto de dicha Institución, por cuanto si bien es cierto que antes se criticaba en términos generales que hubiere sido erradicada la Jurisprudencia del Código civil, hoy puede decirse que tal como se la ha incluido en él, podrá ser fuente, sí, pero no del Derecho, sino de discusiones y discrepancias en orden a su adecuada calificación.

Y decimos esto, por cuanto en dicha reforma se hace aparecer a la Jurisprudencia como una especie de "tertius genus" al participar del carácter de "fuente cuasi inmediata y en cierto modo extrapositiva del Derecho" y de la "función interpretativa", conceptos ambos cuyo nexos o unión intenta operar el legislador a través del transitivo "complementar".

Y aquí es precisamente donde radica en nuestra opinión el mayor defecto de la reforma de 1974 en lo que a la Jurisprudencia se refiere, dado que con la posición sistemática dada a la misma en el Título preliminar, se autoriza a considerarla como fuente "cuasi inmediata" de creación del Derecho, lo cual, además de estimar es inexacto, creemos que el legislador, pese a todo, tampoco lo pretendió.

Cabe entonces preguntar, cómo si tal calificación es inexacta y además ajena a la "mens legislatoris" puede ello acontecer. Explicaremos lo que acabamos de indicar:

Decíamos que en el artículo 1.º, 6 del Código civil se hace aparecer a la Jurisprudencia con el carácter de "fuente cuasi inmediata y, en cierto modo, extrapositiva del Derecho", dando con ello a entender que como consecuencia de la reforma tal Institución:

a) No crea Derecho positivo de modo directo e inmediato sino a través de una actividad dirigida o encaminada a lograr en la mejor

---

(59) Y también, como hemos tenido ocasión de indicar, en la propia Exp. de M. de la Ley.



medida de lo posible el tránsito o paso desde la esfera de los abstractos conceptos jurídicos a la de las realidades sociales.

b) Dicha actividad se proyecta en general sobre la norma jurídica positiva y caso de no existir ésta sobre la costumbre, los usos jurídicos que no sean de mera interpretación de una declaración de voluntad y los principios generales del Derecho, para averiguar su sentido y lograr su mejor aplicación.

c) Mas en defecto de norma, costumbre o uso y principios generales del Derecho, el carácter de “fuente quasi inmediata y en cierto modo extrapositiva del Derecho” de la Jurisprudencia se pone claramente de relieve:

1.º Por cuanto en tales casos corresponde a la misma “complementar” *el ordenamiento jurídico*.

2.º Porque “complementar” supone una actividad de integrar o perfeccionar el ordenamiento jurídico imperfecto, *añadiéndole o agregándole lo necesario*.

3.º Porque dada la redacción del artículo 1.º, números 1, 3 y 4 del Código civil, la perfección del ordenamiento jurídico puede lograrse:

A través de la Ley; en su defecto:

A través de la costumbre o usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad; y en defecto de esto:

A través de los principios generales del Derecho.

4.º En consecuencia, resulta evidente que, aun no figurando la Jurisprudencia entre las fuentes inmediatas del Derecho que se describen en el número 1 del artículo 1.º, al corresponder a la misma, según el legislador, “*integrar y perfeccionar el ordenamiento jurídico*” imperfecto “*agregándole lo necesario*”, lo que ella “*agrega*” pasa, en cierto modo al menos y a través de la “doctrina reiterada del T. S.”, a formar parte integrante de aquél “ordenamiento jurídico” y, por tanto, a “complementar” éste (60).

5.º Ello hace que sin ser “fuente directa e inmediata” del Derecho positivo el legislador la haya convertido —queriendo o no— en fuente al menos “quasi inmediata” y, además, “*para positiva*”, por cuanto si bien no figura en el número 1 del artículo 1.º tampoco se encuentra, como antes de la reforma de 1974, fuera del ámbito sistemático de las “Fuentes del Derecho” (Capítulo I del Título preliminar).

Por otra parte, indicábamos que la Jurisprudencia desarrollaba, según el legislador de 1974, una función “interpretativa”, circunstancia que no podemos evidentemente, rechazar, pero sobre la que hemos de hacer las siguientes indicaciones:

a) Que la Jurisprudencia es elemento básico de *integración* del

---

(60) En espera de ser Ley en ulteriores reformas del ordenamiento. Téngase en cuenta a estos efectos lo dispuesto en las tantas veces citadas Disposiciones Adicionales.

Derecho positivo, bien que no figure como tal en el Capítulo II del Título preliminar (61).

b) Dicha actividad va dirigida a obtener una mejor y más precisa determinación del sentido de la norma aplicable, o de la costumbre, usos o principios generales del Derecho, procurando, en consecuencia, acomodar en la mejor medida posible los conceptos legales, consuetudinarios o del abstracto saber jurídico (principios generales del Derecho) a las necesidades y exigencias de la vida social.

c) Consiguientemente y en tanto “explica” o “determina” el sentido del “ius”, la Jurisprudencia es a lo sumo “fuente de integración”, más no “fuente de creación del mismo”.

Las consecuencias de lo que acabamos de indicar son claras. Dada la redacción del artículo 1.º del Código civil y su situación dentro del Capítulo I del Título preliminar, aun cuando pueda afirmarse que la Jurisprudencia tenga como fundamental “actividad” o “función” la *integración e interpretación* —o explicación— del Derecho positivo, es lo cierto que en los supuestos y a través del mecanismo que hemos descrito no puede negarse que en ocasiones pudiera convertirse en “fuente quasi inmediata y para-positiva” del Derecho español, o cuando menos proporciona el legislador argumentos jurídicos para mantenerlo, bien que no aceptemos tal condición o cualidad en la Jurisprudencia que, para nosotros, es además de actividad o función de interpretación del “ius”, fuente mediata —nunca inmediata— de creación del Derecho.

Por último, diremos que para cumplir la Jurisprudencia cualquiera de las dos funciones que en nuestra opinión puede y debe desempeñar, esto es, la interpretativa y la de fuente mediata, se hace preciso crear “doctrina”, labor creativa ésta que a su vez requiere la “reiteración”, frase que aun cuando no explicada deja entrever su sentido el legislador y supone el pronunciamiento de más de una resolución en el mismo o muy parecido sentido del T. S.

### III) A MANERA DE CONCLUSIONES Y ENSAYO DE UNA DEFINICION DE LA JURISPRUDENCIA.

A la vista de todo lo expuesto y sobre la base de las críticas, tanto favorables como adversas, que de la Ley 3/1973 y el Dec. 1.836/1974 realizamos, concluiremos el presente trabajo sentando las conclusiones que de dicha reforma hemos extraído en orden a la consideración y calificación de la Jurisprudencia.

I) El criterio seguido por el legislador en orden a la Jurispruden-

(61) Así lo declara el legislador en el art. 1.º, que extiende la actividad interpretativa no sólo a la Ley, sino también a la costumbre y principios generales del Derecho, a diferencia de lo que acontecía en dicho Cuerpo legal antes de la reforma de 1974 que contenía únicamente una referencia en orden a la interpretación del uso y costumbre del país en el art. 1.287, faltando por tanto en él una disposición de carácter general, que hoy ya tiene.

cia nos parece un tanto impreciso y ambiguo desde el punto de vista técnico y sistemático.

II) Consecuencia de ello es la, en nuestra opinión criticable, idea de situarla en el Capítulo I del Título preliminar, relativo a las "Fuentes del Derecho".

III) Tampoco estimamos hubiere sido muy adecuado incluirla sin más en el Capítulo II, que trata de la "Aplicación de las normas jurídicas".

IV.) Consiguientemente, y sobre la base de mantener en términos generales la idea que de la Jurisprudencia ha dado el legislador de 1974 nos permitimos ofrecer alguna de las soluciones que en nuestro modo de ver podrían haberse dado al tema:

a) Dedicar a la Jurisprudencia un capítulo especial. Nos inclinamos, ello supuesto, a que el capítulo a la misma dedicado fuere el III, ya que el actual II viene referido a la "Aplicación de las normas jurídicas".

En consecuencia, como la verdad es que la Jurisprudencia cumple en la actualidad la doble función de "fuente mediata o integrativa del Derecho" y "elemento fundamental de interpretación", aspectos ambos que se desarrollan legalmente en los dos primeros capítulos del Título preliminar, nada mejor que dedicar el tercero a esta Institución ambifuncional.

b) Mantener el número 6 del artículo 1.º, pero haciendo alguna referencia a la Jurisprudencia en alguno de los preceptos del Capítulo II, a la vez que coordinando mejor y más precisamente su doble función.

V) Para que esta doble actividad funcional adquiera efectividad tanto "normativo-mediata" como "interpretativa" a la vez que "integrativa" es preciso que la Jurisprudencia cree "doctrina".

VI) Ello a su vez necesita de la "reiteración", concepto que supone la repetición de resoluciones en un mismo o muy parecido sentido (62).

VII) Únicamente crean "doctrina", y por tanto constituyen Jurisprudencia, las resoluciones del T. S.

VIII) Y siguiendo lo indicado en la rúbrica de este último apartado, terminamos el presente estudio con un ensayo de definición, o mejor dicho, de delimitación conceptual de la Jurisprudencia en nuestro Código civil actual, diciendo de la misma que en nuestra opinión y tal como aparece en dicho Cuerpo legal es una:

"Actividad desarrollada por el T. S. para formar a través de reiteradas resoluciones un cuerpo de doctrina que contribuya tanto a la más exacta interpretación de la normatividad como a complementar en su caso el ordenamiento jurídico, con vistas a una más adecuada, a la vez que flexible, aplicación del Derecho en la solución de los problemas jurídicos".

---

(62) Con ello se da en la Ley carta de naturaleza a la posición que manteníamos en orden a ambos conceptos.

A la vista de dicha delimitación conceptual podemos decir que para nosotros la Jurisprudencia, tal como aparece regulada en el artículo 1.º, 6 del Código civil y se indica en la Exposición de Motivos del Dec. 1.836/74, ofrece como aspectos caracterizadores:

1.º Ser una *actividad judicial* de carácter (63) *formal*, habida cuenta que:

a) La Jurisprudencia, tal como aparece regulada en el citado artículo y número, supone un “*decidir*” o “*resolver*” por los “*peritos iuris*”, cualidad ésta que en nuestro Código civil tienen únicamente los Magistrados del T. S.

b) A su vez, para que ese “*decidir*” o “*resolver*” pueda ser Jurisprudencia ha de plasmarse en una determinada *fórmula rituarial*; la de Auto o la Sentencia (64).

c) Lo cual, a su vez, supone un “acto” o “actividad” procesal —y por tanto formal— de dicho órgano jurisdiccional.

2.º Como se ha indicado, esa *actividad* es peculiar del T. S. En consecuencia, las resoluciones de cualquier otro Tribunal no se encuentran comprendidas en el ámbito del artículo 1.º, 6 del Código civil.

3.º *En cuanto a la finalidad* de la Jurisprudencia, entendemos cabe distinguir entre la que pudiéramos llamar *inmediata* y la *mediata*, denominaciones que empleamos no para indicar una prevalencia cualitativa y sí solamente temporal.

Así, entendemos por *finalidad inmediata* la que tiende a formar o construir una “doctrina” a través de la cual se va a conseguir —o se puede lograr— la finalidad mediata.

A su vez, entendemos por *finalidad mediata* la dirigida a *complementar e integrar* en su caso el ordenamiento jurídico.

Por cierto, que en relación con el término “doctrina”, nos permitimos llamar la atención sobre un interesante extremo; el de que se haya prescindido en la reforma del Título preliminar por el legislador del calificativo “legal”, que tantas discusiones ha suscitado en la doctrina científica, eliminación que estimamos digna de elogio.

4.º La actividad *colaboradora* —o *complementaria*— a la que nos hemos referido, atribuyéndola la calificación de *mediata*, ofrece a su vez en la Jurisprudencia esta doble manifestación:

a) Interpretativa.

b) Quasi creadora —o mediatamente creadora—, dentro de la cual distinguimos a su vez entre:

b') *La actividad integradora de presente*, a través de la cual el Tribunal Supremo puede ir extendiendo y mejorando el ámbito de ciertos preceptos oscuros o incompletos; colmando lagunas, etc., *legiti-*

(63) Aun cuando no de contenido. Y decimos esto porque el contenido de las resoluciones judiciales participa del llamado “derecho sustantivo” y del denominado “formal” o “procesal”, por regla general.

(64) Así, Ley de Enj. civil, arts. 369, 371 y 372 en relación con los 1.689, 1.691 núm. 1 y 1.692.

*mando* con sentencias reiteradas una doctrina susceptible “de adquirir cierta trascendencia normativa” (65).

b”) *La actividad integradora de futuro*, que sobre la base de esa “doctrina” autorizará a la Comisión codificadora para formular y elevar al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir en el Código civil (Disp. Adic. 3.<sup>a</sup> C. c.).

5.º Para que esa “doctrina” se forme se precisa, como ya hemos indicado, de la “reiteración resolutive”. No es, por tanto, suficiente una Sentencia —o Auto— del T. S.

En cuanto al número de resoluciones precisas para crear esa “doctrina”, la Ley no precisa nada ni creemos debería haberlo hecho. Lo único exacto, por tanto, es que una sola no genera “doctrina”.

---

(65) Así la Exp. M. Interesante en relación con el tema son las siguientes frases contenidas en la obra de DE LA SALA VALDÉS (M.) “Sobre la Jurisprudencia nacida de los fallos de casación”, Rv. G. L. J. 1869, T. XXXIV, pág. 140, todavía de actualidad pese al tiempo transcurrido. Dice así: “...la ley no puede ser casuista, no puede descender a la interminable tarea de comprender los innumerables casos que puedan presentarse en la práctica... Sus preceptos deben ser generales, el aplicárseles a cada caso concreto es la elevada y noble misión de los encargados de administrar justicia, *observando estrictamente su tenor literal cuando es claro*, estudiando concienzudamente su espíritu, con sujeción a los principios y reglas de la recta interpretación, *cuando no lo es... Estas doctrinas, estas declaraciones de la ley reciben el nombre de jurisprudencia...*”. A su vez, en págs. 140, 144 y 145, limita a las Sentencias del T. S. la denominación de Jurisprudencia.

# VIDA JURIDICA

## NOTICIAS

### EXTRANJERO

#### La nueva Ley italiana sobre Reforma del Derecho de Familia

Recientemente, el Parlamento Italiano ha aprobado una Ley de Reforma del Derecho de Familia, que introduce muy amplias modificaciones en el texto del Código Civil de aquel país.

Como su interés para los estudiosos de estas materias es evidente, nos ha parecido útil publicar una versión del texto de esta nueva Ley (\*).

La Ley consta de 240 artículos, la mayor parte de los cuales se destinan a modificar textos anteriores vigentes; otros a derogar algunos artículos de la redacción anterior y, por último, los artículos finales modifican también las disposiciones transitorias.

Dice así el texto de la nueva Ley:

*Artículo 1.º* Se modifica el artículo 45 del C. C. dándole la siguiente redacción:

*Artículo 45 (Domicilio de los cónyuges, del menor y del incapacitado).* Cada uno de los cónyuge tiene su propio domicilio en el lugar en que ha establecido la sede principal de sus propios asuntos o intereses. Cada uno de los cónyuges puede establecer su propio domicilio personal en un lugar diferente, cuando sea necesario por exigencias de trabajo, de asuntos o de intereses o cuando se haya presentado demanda de separación, de anulación, de disolución del matrimonio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado con rito religioso.

El menor tiene su domicilio en el lugar de residencia de la familia o del tutor. Si los padres están separados, o su matrimonio ha sido anulado o disuelto o se ha declarado la cesación de sus efectos civiles y no tienen la misma residencia, el domicilio del menor será el de aquel de los padres con el que conviva.

El incapacitado tiene el mismo domicilio que el tutor (1).

*Artículo 2.º* El artículo 51 C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 51 (Pensión de alimentos en favor del cónyuge del ausente).* El cónyuge del ausente, además de lo que le corresponda en virtud del régimen económico conyugal y por título sucesorio, puede obtener del tribunal en caso

---

(\*) La versión se ha hecho sobre el texto denominado "La nuova legge sul Diritto di Famiglia", Giuffré, Milán, 1975.

(1) El anterior artículo 45, incluido en el título que trata del domicilio, decía lo siguiente: "La mujer que no esté legalmente separada tiene el domicilio del marido. Esta disposición no se aplica cuando el marido está incapacitado. Si el marido ha transferido su domicilio al extranjero, la mujer puede establecer en el territorio del Estado su propio domicilio. El menor no emancipado tiene el domicilio de la persona que ejercita sobre él la patria potestad o la tutela. El incapacitado tiene el domicilio del tutor."

de necesidad, una pensión de alimentos que se determinará según las condiciones de la familia y la entidad del patrimonio del ausente (2).

*Artículo 3.º* El párrafo primero del artículo 81 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 81 (*Resarcimiento de daños*). La promesa de matrimonio hecha en documento público o privado por una persona mayor de edad o por un menor que sea capaz de contraer matrimonio con arreglo al artículo 84 y la que resulte de la solicitud de publicación de proclamas, obligan al promitente que rehúse cumplirla sin justa causa, a resarcir los daños ocasionados a la otra parte por los gastos hechos y por las obligaciones contraídas como consecuencia de aquella promesa. Los daños se resarcirán dentro de los límites en que los gastos y las obligaciones correspondan a las condiciones de las partes (3).

*Artículo 4.º* El artículo 84 del C. C. queda sustituido por el siguiente:

Artículo 84 (*Edad*). Los menores de edad no pueden contraer matrimonio.

Sin embargo, el tribunal, a instancia del interesado, comprobada su madurez psicofísica y la justificación de las razones que aduzca y oídos el Ministerio Fiscal y los padres o el tutor, puede, mediante decreto emitido en Sala de Consejo, autorizar por graves motivos el matrimonio de quien haya cumplido los dieciséis años.

El decreto se comunica al Ministerio Público, a los esposos y a los padres o al tutor.

Contra este decreto se puede interponer recurso ante el Tribunal de Apelación en el término perentorio de diez días, contados desde la comunicación. El Tribunal de Apelación decide mediante una ordenanza no impugnabile emitida en Sala de Consejo.

El decreto adquiere eficacia cuando ha transcurrido el término previsto en el párrafo cuarto sin que haya sido interpuesto recurso (4).

*Artículo 5.º* El Artículo 87 del C. C. queda sustituido por el siguiente:

Artículo 87 (*Parentesco, afinidad, adopción y prohijamiento*). No pueden contraer matrimonio entre sí:

1) Los ascendientes y descendientes en línea recta, tanto legítimos como naturales.

(2) La modificación introducida en el artículo 51, que forma parte del título relativo a la ausencia, consiste únicamente en haber sustituido la expresión que "le corresponda en virtud de las convenciones matrimoniales por la expresión "que le corresponda en virtud del régimen económico conyugal".

(3) Las modificaciones introducidas en el artículo 81 son fundamentalmente dos. La primera es la sustitución de la frase "menor autorizado por quien deba dar el consentimiento para la celebración del matrimonio" por la de "menor que sea capaz de contraer matrimonio con arreglo al artículo 84". La segunda consiste en la supresión de los dos últimos párrafos del antiguo artículo 81 en los que se decía: "El mismo resarcimiento debe el prominente que por su culpa haya dado justo motivo a la rehusa del otro. La demanda no puede proponerse después de un año desde el día de la rehusa de la celebración del matrimonio."

(4) Según el antiguo artículo 84, no podían contraer matrimonio el varón que no hubiera cumplido dieciséis años y la mujer que no hubiera cumplido catorce. La dispensa correspondía otorgarla al Jefe del Estado o a la autoridad en quien éste delegara en razón de graves motivos.

- 2) Los hermanos o hermanas de doble vínculo, consanguíneos o uterinos.
- 3) El tío y la sobrina y la tía y el sobrino.
- 4) Los afines en línea recta; la prohibición subsiste aun en el caso de que el matrimonio que determinó la afinidad sea declarado nulo o disuelto o se haya pronunciado la cesación de sus efectos civiles.
- 5) Los afines en línea colateral dentro del segundo grado.
- 6) Los adoptantes, los adoptados y sus descendientes.
- 7) Los hijos adoptivos de la misma persona.
- 8) Los adoptados y los hijos del adoptante.
- 9) El adoptado y el cónyuge del adoptante: el adoptante y el cónyuge del adoptado.

Las prohibiciones contenidas en los números 6, 7, 8 y 9 son aplicables en el caso de prohijamiento.

Las prohibiciones contenidas en los números 2 y 3 se aplican también cuando la relación deriva de filiación natural.

El tribunal, a instancia de los interesados, mediante decreto emitido en Sala de Consejo y oído el Ministerio Público, puede autorizar el matrimonio en los casos indicados en los números 3, 5, 6, 7, 8 y 9, aun cuando se trate de prohijamiento o de filiación natural.

La autorización puede ser concedida también en el caso indicado en el número 4 cuando la afinidad derivara de matrimonio declarado nulo.

El decreto se notifica a los interesados y al Ministerio Público.

Se aplican las disposiciones de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del artículo 84 (5).

*Artículo 6.º* El artículo 89 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 89 (Prohibición temporal de nuevas nupcias).* No puede contraer matrimonio la mujer sino después de 300 días de la disolución, de la anulación o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio precedente, con excepción de los casos en que el matrimonio haya sido declarado nulo, conforme al artículo 122, por impotencia de uno de los cónyuges, aunque sea sólo para la generación.

El tribunal, mediante decreto emitido en Sala de Consejo y oído el Ministerio Público, puede autorizar el matrimonio cuando aparezca inequívocamente excluido el estado de embarazo o resulte de una sentencia con fuerza de cosa juzgada que el marido no había cohabitado con la mujer en los 300 días precedentes a la disolución, a la anulación o a la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Se aplican las disposiciones de los párrafos 4.º, 5.º y 6.º del artículo 84 y el párrafo 5.º del artículo 87.

La prohibición termina el día en que termina el embarazo (6).

(5) En el artículo 87 se introducen dos modificaciones. En primer lugar, en el apartado 4, al hablar con los parientes por afinidad en línea recta, antes se hacía referencia sólo a los casos de nulidad de matrimonio, mientras que ahora se incluye la disolución y la declaración de cesación de los efectos civiles. En segundo lugar, la dispensa de los impedimentos correspondía al Jefe del Estado o autoridad delegada y pasa a ser competencia ahora de los tribunales.

(6) La reforma del artículo 89, además de su rúbrica que antes era "luto vidual", consiste también en la transferencia de competencias del Jefe del Estado o autoridad delegada a los tribunales.



*Artículo 7.º* El artículo 90 del C. C. queda sustituido por los siguientes:

*Artículo 90 (Asistencia al menor).* En el decreto de que habla el artículo 84, el Tribunal o, en su caso, la Corte de Apelación, si las circunstancias lo exigen, nombrarán un curador especial que asista al menor en la estipulación de las capitulaciones matrimoniales (7).

*Artículo 8.º* Los párrafos primero y segundo del artículo 97 del C. C. se sustituyen por los siguientes:

*Artículo 97 (Documentos para la publicación).* El solicitante de las proclamas debe presentar al funcionario encargado del Registro Civil un extracto del acta de nacimiento de ambos esposos, así como cualquier otro documento necesario para probar la libertad de los mismos.

El que ejerza o haya ejercido la potestad debe declarar al funcionario del Registro Civil a quien se dirija el requerimiento de publicación, bajo su propia personal responsabilidad, que los esposos no se encuentran en ninguna de las condiciones que impiden el matrimonio conforme a las reglas del artículo 87, del cual debe dársele conocimiento por medio de una lectura clara y completa, hecha por el funcionario del Registro Civil, con apercibimiento de las consecuencias penales derivadas de las declaraciones falsas (8).

*Artículo 9.º* El artículo 100 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 100 (Reducción de los plazos y omisión de las proclamas).* El tribunal, a instancia de los interesados, mediante decreto no impugnado emitido en Sala de Consejo y oído el Ministerio Público, puede reducir, por motivos graves, los plazos de las proclamas. En este caso, la reducción del plazo debe mencionarse en la propia proclama.

Puede también autorizar, con las mismas modalidades y por causas muy graves, la omisión de las proclamas, cuando se presente un acta de notoriedad, en la cual cuatro personas, aunque sean parientes de los esposos, declaren bajo juramento, ante el Juez de paz, de uno de los esposos, conocerles bien a éstos, indicando exactamente el nombre y apellidos, profesión y residencia de los mismos y de sus padres, y asegurar en conciencia que ninguno de los impedimentos establecidos por los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 se oponen al matrimonio.

El Juez debe hacer preceder al acto de notoriedad la lectura de dichos artículos y advertir a los declarantes sobre la importancia de su testimonio y sobre la gravedad de las posibles consecuencias.

Cuando haya sido autorizada la omisión de las proclamas, los esposos para ser admitidos a la celebración del matrimonio, deben presentar al funcionario

---

(7) El antiguo artículo 90 establecía la imposibilidad del matrimonio del menor sin el consentimiento de la persona que ejerciera sobre él la patria potestad o la tutela, la forma de prestar dicho consentimiento y la posibilidad de una autorización supletoria del Procurador General.

En la nueva regulación se suprime completamente el consentimiento respecto del matrimonio de los menores.

(8) En el antiguo artículo 97 se exigía, además del acta de nacimiento (que ahora se sustituye por un extracto) y de la prueba de la libertad, la prueba del consentimiento de otras personas para el matrimonio cuando tal consentimiento estuviera prescrito.

del Registro Civil, junto con el decreto de autorización, el acta prevista en el artículo 97 (9).

*Artículo 10.º* El artículo 107 del C. C. se sustituye por los siguientes:

*Artículo 107 (Forma de la celebración).* En el día indicado por las partes, el funcionario encargado del Registro Civil, en presencia de dos testigos, que pueden ser parientes, lee a los contrayentes los artículos 143, 144 y 147; recibe de cada una de las partes personalmente la declaración de que quieren tomarse respectivamente como marido y mujer y a continuación declara que están unidos en matrimonio.

El acta del matrimonio debe redactarse inmediatamente después de la celebración (10).

*Artículo 11.* El artículo 111 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 111 (Celebración por poder).* Los militares y las personas que por razón de servicio se encuentren acompañando a las fuerzas armadas pueden en tiempo de guerra celebrar matrimonio por poder.

La celebración del matrimonio por poder puede hacerse también si uno de los contrayentes reside en el extranjero y concurren motivos graves que habrá de valorar el tribunal en cuya circunscripción resida el otro contrayente. La autorización se concede mediante decreto no impugnabile emitido en la Sala de Consejo y oído el Ministerio Público.

El poder ha de contener la indicación de la persona con la cual se debe contraer el matrimonio.

El poder debe ser hecho por documento público; los militares y las personas que sigan a las fuerzas armadas en tiempo de guerra pueden hacerlo con las formas especiales a ellos autorizadas.

El matrimonio no puede celebrarse cuando han transcurrido ciento ochenta días desde aquel en que el poder ha sido entregado.

La cohabitación, aunque sea temporal, después de la celebración del matrimonio, elimina los efectos de la revocación del poder, ignorada por el otro cónyuge en el momento de la celebración (11).

*Artículo 12.* El artículo 117 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 117 (Matrimonio contraído con violación de los artículos 84, 86, 87 y 88).* El matrimonio contraído con violación de los artículos 86, 87 y 88 puede ser impugnado por el cónyuge, por los ascendientes próximos, por el Ministerio Público y por todos aquellos que tengan para impugnarlo un interés legítimo y actual.

El matrimonio contraído con violación del artículo 84 puede ser impugnado por los cónyuges, por cada uno de los padres y por el Ministerio Público. La correspondiente acción de anulación puede ser ejercitada personalmente por el menor, antes de un año de alcanzar la mayor edad. La demanda presentada

(9) La reducción de los términos y la dispensa de proclama eran competencia del Jefe del Estado o autoridad delegada y pasan a serlo de los tribunales.

(10) La reforma del artículo 107 no parece tener más alcance que la remisión que en el mismo se hace a otros artículos, que han sido modificados.

(11) En el artículo 111 la expresión "fuera del reino" se sustituye por "el extranjero" y la valoración de los motivos, que era competencia del Procurador General, pasa a serlo de los tribunales.

por los padres o por el Ministerio Público, debe ser rechazada si, aunque sea durante la tramitación del juicio, el menor ha alcanzado la mayor edad o ha existido concepción o procreación y en todo caso se ha comprobado la voluntad del menor de mantener con vida el vínculo matrimonial.

El matrimonio contraído por el cónyuge del ausente no puede ser impugnado mientras dure la ausencia.

En aquellos casos en que se hubiera podido conceder la autorización del párrafo cuarto del artículo 87, el matrimonio no puede impugnarse si ha transcurrido un año desde su celebración.

La disposición del párrafo 1.º del presente artículo se aplica también en el caso de nulidad de matrimonio previsto por el artículo 68 (12).

*Artículo 13.* Se deroga el artículo 118 del C. C. (13).

*Artículo 14.* El artículo 119 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 119 (Incapacitación).* El matrimonio del incapacitado por enfermedad mental puede ser impugnado por el tutor, por el Ministerio Público y por todos los que tengan un interés legítimo en ello si, al tiempo del matrimonio, existía sentencia de incapacitación con fuerza de cosa juzgada o si la incapacitación hubiera sido pronunciada posteriormente, pero la enfermedad existía al tiempo del matrimonio.

Puede ser impugnado también por la persona incapacitada después de la revocación de la incapacitación.

No puede ejercitarse la acción si, después de revocada la incapacitación, ha existido cohabitación durante un año (14).

*Artículo 15.* El artículo 120 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 120 (Incapacidad de entender o de querer).* El matrimonio puede ser impugnado por aquel de los cónyuges que, aunque no haya sido incapacitado, pruebe haber sido incapaz de entender o de querer, por cualquier causa aunque fuera transitoria, en el momento de la celebración del matrimonio.

La acción no puede ejercitarse si ha existido cohabitación durante un año, contado desde que el cónyuge incapaz hubiera recuperado sus facultades mentales (15).

*Artículo 16.* Se deroga el artículo 121 del C. C. (16).

(12) En el artículo 117 es nuevo el párrafo segundo, cuya hipótesis se encontraba con anterioridad en el artículo 118, según el cual el matrimonio contraído por personas de las cuales una por lo menos no hubiera llegado a la edad fijada en el artículo 84, no podía ser impugnado, cuando hubiera transcurrido un mes desde el momento en que se había alcanzado tal edad y no podía tampoco ser impugnado en ningún caso por defecto de edad cuando la mujer hubiera quedado encinta.

(13) Vid nota anterior.

(14) El artículo 119 introduce dos modificaciones. La primera es la ampliación de la legitimación para impugnar el matrimonio que se extiende a todos los que tengan interés legítimo; la segunda es la ampliación del plazo de la cohabitación que pasa de un mes a un año.

(15) En el artículo 120 se ha sustituido la rúbrica que antes era "enfermedad mental", y se ha ampliado también el plazo de la cohabitación de un mes a un año.

(16) Se deroga el artículo 121 a consecuencia de la nueva regulación del matrimonio de los menores. En la anterior redacción se permitía la impugnación de este matrimonio por las personas cuyo consentimiento era requisito del matrimonio y por aquel de los cónyuges que lo necesitara.

*Artículo 17.* El artículo 122 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 122 (Violencia y error).* El matrimonio puede ser impugnado por aquel de los cónyuges cuyo consentimiento hubiera sido arrancado con violencia u obtenido en virtud de miedo de excepcional gravedad que derive de causas externas al contrayente.

El matrimonio puede ser impugnado también por aquel de los contrayentes cuyo consentimiento haya sido emitido como consecuencia de un error sobre la identidad de la persona o de error esencial sobre las cualidades personales del otro cónyuge.

El error sobre las cualidades personales es esencial siempre que, teniendo presentes las condiciones del otro cónyuge, se compruebe que no habría prestado su consentimiento si las hubiese conocido exactamente y siempre que el error se refiera a:

1) La existencia de una enfermedad física o psíquica o de una anomalía o desviación sexual de tal naturaleza que impida el desenvolvimiento de la vida conyugal.

2) La existencia de una sentencia de condena por delito no culposo a reclusión no inferior a cinco años, salvo en el caso de que intervenga rehabilitación antes de la celebración del matrimonio. La acción de anulación no puede promoverse antes de que la sentencia sea irrevocable.

3) La declaración de delincuencia habitual o profesional.

4) La circunstancia de que el otro cónyuge haya sido condenado por delito concerniente a la prostitución a pena no inferior a dos años. La acción de anulación no puede promoverse antes de que la condena sea irrevocable.

5) El estado de embarazo causado por persona diversa del sujeto que ha incidido en error, siempre que haya existido desconocimiento en el sentido del artículo 233 y que el embarazo ha llegado a término.

La acción no puede promoverse si ha existido cohabitación durante un año después de que haya cesado la violencia o la causa que haya determinado el miedo o que se haya descubierto el error (17).

*Artículo 18.* El artículo 123 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 123 (Simulación).* El matrimonio puede ser impugnado por cualquiera de los cónyuges, cuando los contrayentes hubieran convenido no cumplir las obligaciones y no ejercitar los derechos que de él se derivan.

La acción no puede promoverse transcurridos un año de la celebración del matrimonio o en el caso en que los contrayentes hayan convivido como cónyuges sucesivamente a la celebración del mismo (18).

*Artículo 19.* El artículo 128 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 128 (Matrimonio putativo).* Si el matrimonio se declara nulo se producen los efectos del matrimonio válido en favor del cónyuge hasta la sentencia que pronuncie la nulidad, cuando los cónyuges lo hayan contraído de

---

(17) En el artículo 122 es nueva la referencia al miedo y, sobre todo, al error sobre las cualidades personales. Según la redacción anterior, el error sobre las cualidades sólo era causa de nulidad si se resolvía en error sobre la identidad de la persona.

(18) La regulación del matrimonio simulado es nueva. El texto sustituye a las viejas reglas sobre la impotencia, que en la actualidad pasan a quedar englobadas en el error sobre las cualidades esenciales.

buena fe o cuando su consentimiento haya sido obtenido con violencia o determinado por miedo de excepcional gravedad derivado de causas exteriores a los contrayentes.

Los efectos del matrimonio válido se producen también respecto de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio declarado nulo, así como respecto de los hijos nacidos antes del matrimonio y reconocidos con anterioridad a la sentencia que declare la nulidad.

Si las condiciones indicadas en el párrafo anterior se dan únicamente respecto de uno de los cónyuges, los efectos se producen solamente en favor de este y de los hijos.

El matrimonio declarado nulo, contraído de mala fe por ambos cónyuges, produce los efectos del matrimonio válido respecto de los hijos nacidos o concebidos durante el mismo, salvo que la nulidad dependa de bigamia o incesto.

En la hipótesis del párrafo anterior, los hijos respecto de los cuales no se producen los efectos del matrimonio válido, tienen el estado de hijos naturales reconocidos, en el caso en que se permita su reconocimiento (19).

*Artículo 20.* El artículo 129 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 129 (Derechos de los cónyuges de buena fe).* Cuando las condiciones del matrimonio putativo se verifican respecto de ambos cónyuges, el Juez puede disponer, a cargo de uno de ellos y por un período no superior a tres años, la obligación de entregar sumas periódicas de dinero, en proporción a su fortuna, en favor del otro, si este último no tiene adecuados réditos propios v si no ha pasado a nuevas nupcias.

En orden a las medidas que el Juez deba adoptar respecto de los hijos, se aplica el artículo 155 (20).

*Artículo 21.* Después del artículo 129 del C. C. se inserta el siguiente:

*Artículo 129 bis (Responsabilidad del cónyuge de mala fe y del tercero).* El cónyuge a quien le sea imputable la nulidad del matrimonio está obligado a satisfacer al otro cónyuge de buena fe, cuando el matrimonio sea anulado, una congrua indemnización, aunque no exista prueba del daño sufrido. La indemnización debe en todo caso comprender la suma que corresponde a la manutención durante los tres años. Está obligado también a prestar alimentos al cónyuge de buena fe siempre que no haya otros obligados a ello.

El tercero a quien sea imputable la nulidad del matrimonio, está obligado a satisfacer al cónyuge de buena fe, si el matrimonio es anulado, la indemnización prevista en el párrafo anterior.

---

(19) El antiguo artículo 128 decía lo siguiente: "El matrimonio declarado nulo, cuando ha sido contraído de buena fe, produce respecto del cónyuge, hasta la sentencia que pronuncia la nulidad, los efectos del matrimonio válido. Los efectos del matrimonio válido se producen también respecto a los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio declarado nulo, así como de los hijos nacidos antes del matrimonio que hubieran sido reconocidos con anterioridad a la sentencia declarativa de nulidad. Si uno sólo de los cónyuges hubiera sido de buena fe, los efectos valen sólo en favor de él y de los hijos. Si ambos padres son de mala fe, los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio tienen el estado de hijos naturales reconocidos, en el caso de que se permita el reconocimiento."

(20) El antiguo artículo 129 preveía los efectos del matrimonio anulado por violencia, recogidos ahora en el párrafo primero del artículo 128.

En todo caso, el tercero que haya concurrido con uno de los cónyuges a determinar la nulidad del matrimonio, es solidariamente responsable con aquél del pago de la indemnización.

*Artículo 22.* El artículo 139 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 139 (*Causas de nulidad conocidas de uno de los cónyuges*). El conyuge que conociendo antes de la celebración del matrimonio una causa de nulidad, haya permitido que el otro lo ignore, será castigado, si el matrimonio se anula, con una multa de 40.000 a 200.000 liras (21).

*Artículo 23.* El artículo 140 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 140 (*Inobservancia de la prohibición temporal de nuevas nupcias*). la mujer que contraiga matrimonio en contra de la prohibición del artículo 89, el funcionario que lo celebre y el otro cónyuge serán castigados con multa de 20.000 a 80.000 liras (22).

*Artículo 24.* El artículo 143 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 143 (*Derechos y deberes recíprocos de los cónyuges*). En virtud del matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes.

Del matrimonio deriva la obligación recíproca de fidelidad, asistencia moral y material, colaboración en interés de la familia y cohabitación.

Ambos cónyuges están obligados, en proporción con su propia fortuna y su propia capacidad de trabajo profesional o doméstico, a contribuir a las necesidades de la familia (23).

*Artículo 25.* Después del artículo 143 del C. C. se insertan los siguientes:

Artículo 143 bis. (*Apellido de la mujer*). La mujer añade a su propio apellido el del marido y lo conserva durante la viudez mientras no pase a nuevas nupcias.

Artículo 143 ter. (*Nacionalidad de la mujer*). La mujer conserva la nacionalidad italiana, salvo expresa renuncia, aunque por efecto del matrimonio o de la mutación de nacionalidad por parte del marido adquiriera una nacionalidad extranjera.

*Artículo 26.* El artículo 144 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 144 (*Dirección de la vida familiar y residencia de la familia*). Los cónyuges convienen entre sí la dirección de la vida familiar y fijan la residencia de la familia según las exigencias de ambos y las preminentes de la familia misma.

Corresponde a cada uno de los cónyuges el poder de actuar o ejecutar las decisiones acordadas (24).

*Artículo 27.* El artículo 145 del C. C. se sustituye por el siguiente:

---

(21) El antiguo artículo 139 se reforma para aumentar la cuantía de las multas. Se establecían en él también para los casos de conocimiento de la nulidad por uno de los cónyuges, los derechos del otro a la congrua indemnización, que ahora han pasado a estar en el artículo 129 bis.

(22) En el artículo 140 se suprime la expresión "luto vidual" y se aumenta la cuantía de las multas.

(23) El antiguo artículo 143 decía: "El matrimonio impone a los cónyuges la obligación recíproca de cohabitación, de fidelidad y de asistencia."

(24) El artículo 144 decía: "Potesta marital. El marido es el jefe de la familia y la mujer sigue la condición del marido, toma su apellido y está obligada a acompañarle donde aquel crea oportuno fijar su residencia."

Artículo 145 (*Intervención del Juez*). En caso de desacuerdo, cualquiera de los cónyuges puede reclamar sin formalidad alguna la intervención del Juez, el cual, oída la opinión expresada por los cónyuges y, en cuanto sea oportuno, la de los hijos que conviven con ellos y hayan cumplido dieciséis años, intentará llegar a una solución concordada.

Cuando esto no sea posible y el desacuerdo concierna a la fijación de residencia o a otros asuntos esenciales, el Juez, siempre que sea requerido expresa y conjuntamente para ello por los cónyuges, adopta, con una providencia no impugnabile, la solución que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida de la familia (25).

Artículo 28. El artículo 146 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 146 (*Alejamiento de la residencia familiar*). El derecho de asistencia moral y material, previsto por el artículo 143, queda en suspenso respecto de los cónyuges que, alejándose sin justa causa de la residencia familiar, rehúsen tornar a ella.

La presentación de demanda de separación, de anulación, de disolución o de cesación de los efectos civiles del matrimonio, constituyen justa causa para alejarse de la residencia de familia.

El Juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo de bienes del cónyuge que se ha alejado, en medida idónea para garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 143 párrafo tercero y en el artículo 147 (26).

Artículo 29. El artículo 147 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 147 (*Deberes hacia los hijos*). El matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, instruir y educar la prole, teniendo en cuenta la capacidad, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos (27).

Artículo 30. El artículo 148 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 148 (*Concurso en las cargas*). Los cónyuges deben cumplir la obligación prevista en el artículo anterior en proporción a su fortuna y según su capacidad de trabajo profesional o doméstico. Cuando los padres no tengan medios suficientes para ello, los demás ascendientes legítimos o naturales, por orden de proximidad, están obligados a suministrar a los padres los medios necesarios a fin de que éstos puedan cumplir sus deberes en relación con los hijos.

En caso de incumplimiento, el presidente del Tribunal, a instancia de cualquiera que tenga interés en ello, oído el incumplidor y recibida la información

---

(25) Bajo la rúbrica "deberes del marido", el antiguo artículo 145 decía: "El marido tiene el deber de proteger a la mujer, tenerla consigo y suministrarla todo lo que sea necesario para las necesidades de la vida en proporción a su fortuna. La mujer debe contribuir al mantenimiento del marido si éste no tiene medios suficientes."

(26) Bajo el título de "abandono del domicilio conyugal", el antiguo artículo 146 decía: "la obligación del marido de proveer al mantenimiento de la mujer queda en suspenso cuando ésta, alejada sin justa causa del domicilio conyugal, rehúsa retornar a él. Además, la autoridad judicial puede ordenar, según las circunstancias, en provecho del marido y de la prole el embargo temporal de parte de los frutos de los bienes parafernales."

(27) El antiguo artículo 147 decía: "El matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, educar e instruir la prole. La educación y la instrucción deben ser conformes con los principios de la moral."

necesaria, puede ordenar mediante decreto que una cuota de los réditos de los obligados, en proporción con éstos, sea transferida directamente al otro cónyuge o a quien soporte los gastos de mantenimiento, instrucción y educación de la prole.

El decreto, notificado a los interesados y al tercero deudor, constituye título ejecutivo, pero las partes y el tercero deudor pueden formular oposición dentro del término de veinte días contados desde la notificación.

La oposición se rige por las normas relativas al juicio ejecutivo en cuanto sea posible.

Las partes y el tercero deudor pueden en todo momento pedir, mediante los trámites de procedimiento ordinarios, la modificación y la revocación de las medidas (28).

*Artículo 31.* El artículo 149 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 149 (Disolución del matrimonio).* El matrimonio se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges y en los demás casos previstos por la ley.

Los efectos civiles del matrimonio celebrado con rito religioso en el sentido del artículo 82 o del artículo 83 y regularmente inscrito, cesan a la muerte de uno de los cónyuges y en los demás casos previstos por la ley (29).

*Artículo 32.* El artículo 150 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 150 (Separación personal).* Se admite la separación personal de los cónyuges.

La separación puede ser judicial o consensual.

El derecho de pedir la separación judicial o la homologación de la consensual corresponde exclusivamente a los cónyuges (30).

*Artículo 33.* El artículo 151 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 151 (Separación judicial).* Se puede pedir la separación cuando se hubieren producido, aunque fueran independientes de la voluntad de uno o de ambos cónyuges, hechos tales que hagan intolerable la prosecución de la convivencia o causen graves perjuicios a la educación de la prole.

El Juez, al pronunciar la separación, declara, si concurren las circunstancias necesarias para ello y es a tal efecto requerido, a cuál de los cónyuges le es imputable la separación, en consideración al comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio (31).

---

(28) El antiguo artículo 148 decía: "La obligación de mantener, educar e instruir a la prole corresponde al padre y a la madre en proporción a sus posibilidades, computándose en la contribución de la madre los frutos de la dote. Cuando los progenitores no tengan medios suficientes, la obligación corresponde a los demás ascendientes por orden de proximidad."

(29) El antiguo artículo 149 decía: "El matrimonio no se disuelve más que con la muerte de uno de los cónyuges. La mujer, durante el estado vidual, conserva el apellido del marido."

(30) El antiguo artículo 150 decía: "Se admite la separación personal de los cónyuges. El derecho de pedirla corresponde a los cónyuges y sólo en los casos determinados por la ley."

(31) El anterior artículo 151 establecía: "Puede pedirse la separación por adulterio, abandono voluntario, excesos, sevicias, amenazas e injurias graves. No se admite la acción de separación por adulterio del marido, sino cuando concurren circunstancias, tales que el hecho constituya una injuria grave para la mujer."



*Artículo 34.* Se derogan los artículos 152 y 153 del C. C. (32).

*Artículo 35.* El artículo 154 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 154 (*Reconciliación*). La reconciliación entre los cónyuges comporta el abandono de la demanda de separación personal ya propuesta (33).

*Artículo 36.* El artículo 155 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 155 (*Medidas relativas a los hijos*). El Juez que pronuncie la separación, declarará a cuál de los cónyuges han de confiarse los hijos y adoptará cualquier otra medida relativa a la prole, con exclusiva referencia al interés moral y material de ésta.

En particular, el Juez establecerá la medida y el modo con que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a la instrucción y a la educación de los hijos, así como las modalidades del ejercicio de sus derechos en relación con éstos.

Salvo diversa disposición del Juez, el cónyuge a quien hayan sido confiados tiene el ejercicio exclusivo de la potestad sobre ellos y debe atenerse a las condiciones determinadas por el Juez. Salvo que otra cosa haya sido establecida, las decisiones de mayor interés para los hijos deben ser adoptadas por ambos cónyuges. El cónyuge, al cual no hayan sido confiados los hijos, tiene el derecho y el deber de vigilar su instrucción y educación y puede recurrir al Juez cuando considere que se han tomado decisiones perjudiciales para el interés de aquéllos.

La habitación en la casa familiar corresponde preferentemente y siempre que sea posible al cónyuge a quien se le confíen los hijos.

El Juez dictará también las disposiciones que sean necesarias acerca de la administración de los bienes de los hijos y, en el caso de que el ejercicio de la potestad haya sido confiado a ambos padres, el concurso de los mismos en el goce del usufructo legal.

Por graves motivos, puede el Juez en todo caso ordenar que la prole se confíe a una tercera persona o, en caso de que esto sea imposible, a un instituto de educación.

Al adoptar las medidas relativas a la guarda de los hijos y a la contribución a su mantenimiento, el Juez debe tener en cuenta el acuerdo entre las partes. Las medidas pueden ser diferentes de las pretensiones de las partes y de sus acuerdos, pero han de ser dictadas después de practicarse los medios de prueba solicitados por las partes y los dispuestos por el Juez.

Los cónyuges tienen derecho a reclamar en cualquier momento la revisión de las medidas concernientes a la situación de los hijos, a la atribución del ejercicio de la potestad sobre los mismos y las disposiciones relativas al alcance y modalidad de sus contribuciones (34).

---

(32) Los artículos 152 y 153 que ahora se derogan recogían como causa de separación la condena penal y el hecho de que el marido sin justo motivo no fijara una residencia, que ahora no parecen necesitar regulación detallada para incluirse en la fórmula genérica del artículo 151.

(33) El antiguo artículo 154 decía que la reconciliación extinguía el derecho de pedir la separación y comportaba además abandono de la demanda que hubiera sido ya presentada.

(34) El antiguo artículo 155 se limitaba a ordenar que el tribunal, al pronunciar la separación, declarara cuál de los cónyuges debía tener consigo a

*Artículo 37.* El artículo 156 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 156 (Efectos de la separación sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges).* Al pronunciar la separación, el Juez establecerá en beneficio del cónyuge a quien no sea imputable la separación el derecho de recibir del otro cónyuge todo lo necesario para su mantenimiento cuando aquél no tenga adecuados réditos propios.

La entidad de tales suministros se determina en virtud de las circunstancias y de los ingresos del obligado.

Subsiste la obligación de prestar alimentos de que tratan los artículos 433 y siguientes.

El Juez que pronuncia la separación puede imponer a los cónyuges la prestación de una idónea garantía real o personal si existe el peligro de que pueda sustraerse al cumplimiento de las obligaciones previstas en los párrafos precedentes y en el artículo 155.

La sentencia constituye título suficiente para la inscripción de la hipoteca judicial en el sentido del artículo 2.818.

En caso de incumplimiento, a demanda del derechohabiente, el Juez puede disponer el embargo de parte de los bienes del cónyuge obligado y ordenar a los terceros que están obligados a entregar sumas de dinero a aquél, aunque sea periódicamente, que una parte de las mismas se la entregue directamente el derechohabiente.

Si sobrevienen motivos justificados, el Juez, a instancia de las partes, puede disponer la revocación o la modificación de las medidas de que tratan los párrafos precedentes (35).

*Artículo 38.* Después del artículo 156 del C. C. se añade el siguiente:

*Artículo 156 bis (Apellidos de la mujer).* El Juez puede prohibir a la mujer el uso del apellido del marido cuando tal uso sea para este gravemente perjudicial y pueda igualmente autorizar a la mujer a no usar dicho apellido siempre que de tal uso pueda derivarse grave perjuicio para ella.

*Artículo 39.* El artículo 157 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 157 (Cesación de los efectos de la separación).* Los cónyuges, de común acuerdo, pueden hacer cesar los efectos de la sentencia de separación, sin que sea necesaria la intervención del Juez, con una declaración expresa

---

los hijos y proveer a su mantenimiento, educación e instrucción. Por graves motivos podía el tribunal adoptar la decisión que ahora contempla el párrafo 6.º del actual artículo.

(35) El texto del antiguo artículo 156 era el siguiente: "El cónyuge que no tenga culpa en la separación personal conserva los derechos inherentes a su calidad de cónyuge que no sean incompatibles con el estado de separación. El cónyuge por cuya culpa haya sido pronunciada la separación no tiene más derecho que el de alimentos, perdiendo todos los beneficios que el otro cónyuge le haya concedido en el contrato de matrimonio, aunque hubieran sido estipulados con reciprocidad. El tribunal puede además privarle en todo o en parte el usufructo legal que le correspondiera sobre los bienes de los hijos menores. Si la sentencia de separación declarara la culpa de ambos cónyuges, cada uno de ellos incurre en las pérdidas indicadas en el párrafo segundo y el tribunal, según las circunstancias, establecerá las disposiciones oportunas respecto del usufructo legal. El tribunal, según las circunstancias, puede también prohibir a la mujer el uso del apellido del marido."

o con un comportamiento inequívoco que sea incompatible con el estado de separación.

La separación puede pronunciarse de nuevo, pero sólo en atención a hechos y comportamientos ocurridos después de la reconciliación (36).

*Artículo 40.* El artículo 158 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 158 (Separación consensual).* La separación por el solo consentimiento de los cónyuges no produce efectos sin la homologación del Juez.

Cuando el acuerdo de los cónyuges relativo a la situación y al mantenimiento de los hijos esté en contradicción con el interés de éstos, el Juez convocará a los cónyuges indicándoles las modificaciones a adoptar en interés de los hijos y en caso de solución inidónea puede denegar la homologación (37).

*Artículo 41.* El artículo 159 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 159 (Del régimen patrimonial legal entre los cónyuges).* El régimen patrimonial legal de la familia, a falta de una diversa convención estipulada con arreglo al artículo 162, está constituido por la comunidad de bienes regulada en la sección III del presente capítulo (38).

*Artículo 42.* El artículo 160 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 160 (Derechos inderogables).* Los esposos no pueden derogar ni los derechos ni los deberes previstos por la ley como efecto del matrimonio (39).

*Artículo 43.* El artículo 162 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 162 (Forma de las convenciones matrimoniales).* Las convenciones matrimoniales deben estipularse por documento público bajo pena de nulidad.

La elección del régimen de separación puede también declararse en el acta de celebración del matrimonio.

Las convenciones pueden estipularse en cualquier tiempo, quedando firmes las disposiciones del artículo 194. Después de la celebración del matrimonio sólo pueden modificarse previa autorización del Juez.

Las convenciones matrimoniales no pueden oponerse a terceros si al margen del acta matrimonial no se ha anotado la fecha del contrato, el notario autorizante y la generalidad de los contrayentes o la elección de que habla el párrafo segundo (40).

*Artículo 44.* El artículo 163 del C. C. se sustituye por el siguiente:

(36) El antiguo artículo 157 decía: "Los cónyuges pueden de común acuerdo hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una declaración expresa o con el hecho de la cohabitación sin que sea necesaria la intervención de la autoridad judicial."

(37) El antiguo artículo 158 contenía únicamente el párrafo 1.º del actual.

(38) El antiguo artículo 159 decía: "Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges están reguladas por las convenciones de las partes y por la ley."

(39) El antiguo artículo 160 decía: "Los esposos no pueden derogar ni los derechos que corresponden al jefe de la familia ni aquellos que la ley atribuye a uno u otro cónyuge."

(40) El artículo 162 decía: "Las convenciones matrimoniales deben ser estipuladas por documento público bajo pena de nulidad. No pueden ser modificadas después de la celebración del matrimonio. Pueden estipularse después de la celebración del matrimonio en los casos previstos en la ley, siempre que no alteren convenciones matrimoniales ya establecidas."

Artículo 163 (*Modificación de las convenciones*). La modificación de las convenciones matrimoniales anteriores o posteriores al matrimonio no produce efecto si el documento público no se ha estipulado con el consentimiento de todas las personas que hubiesen sido parte en la convención misma o de sus herederos.

Si uno de los cónyuges muere después de haber consentido en documento público la modificación de la convención, ésta produce sus efectos si las demás partes expresan su consentimiento sucesivamente, salvo la homologación del Juez. La homologación puede ser pedida por todas las personas que hubieren participado en la modificación de la convención y por sus herederos.

Las modificaciones convenidas y la sentencia de homologación sólo producen efecto respecto de terceros si se ha hecho la anotación de las mismas al margen del acta del matrimonio.

La anotación debe hacerse además al margen de la inscripción de las convenciones matrimoniales cuando ello sea necesario conforme a los artículos 2.643 y siguientes (41).

*Artículo 45.* El artículo 164 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 164 (*Simulación de las convenciones matrimoniales*). Los terceros pueden probar la simulación de las convenciones matrimoniales.

Las contradecларaciones escritas pueden producir efectos frente a aquellos entre quienes se hubieran hecho, sólo si han sido realizadas con la presencia y el simultáneo consentimiento de todas las personas que hubieran sido partes en las convenciones matrimoniales (42).

*Artículo 46.* El artículo 165 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 165 (*Capacidad del menor*). El menor capaz de contraer matrimonio es capaz también de prestar el consentimiento en las correspondientes convenciones matrimoniales, las cuales serán válidas si el menor se encontrara asistido por los padres que ejercen la patria potestad sobre él o por el tutor o por el curador especial nombrado conforme al artículo 90 (43).

---

(41) El antiguo artículo 163 decía: "Las mutaciones de las convenciones matrimoniales antes del matrimonio no producen efecto si no se hacen por documento público a la presencia y con el simultáneo consentimiento de todas las personas que hubieran sido partes en el contrato de matrimonio. Cualquier modificación carece de efecto respecto de terceros, si al margen o al pie del original del contrato de matrimonio no se ha hecho la anotación que indique el documento que contiene la mutación. La anotación debe además hacerse en la copia del contrato de matrimonio remitida al archivo público al cuidado del notario que lo ha autorizado y sobre la copia presentada para la transcripción si el contrato de matrimonio hubiera sido transcrito."

(42) El antiguo artículo 164 llevaba como rúbrica la de "Contradecларaciones" y decía: "No se admite prueba alguna de la simulación de las convenciones matrimoniales, aunque resulte de contradecларaciones escritas. Estas últimas pueden producir efecto limitadamente a aquellos entre los cuales hubieran intervenido, sólo si hubieran sido hechas con la presencia y el simultáneo consentimiento de todas las personas que hubieran sido parte en el contrato de matrimonio."

(43) El antiguo artículo 165 decía: "El menor capaz de contraer matrimonio es capaz también de prestar el consentimiento para todas las estipulaciones y las donaciones que puedan hacerse en el respectivo contrato, las cuales serán válidas si hubiere estado asistido por el padre que ejerce la patria potestad, por el tutor, por el curador, si se trata de un menor emancipado o por

*Artículo 47.* Después del artículo 166 del C. C. se inserta el siguiente:

Artículo 166 bis (*Prohibición de constitución de dote*). Es nula toda convención que de cualquier modo tienda a la constitución de bienes en dote.

*Artículo 48.* La rúbrica de la sección II del capítulo VI del título VI del libro I del Código Civil se sustituye por la siguiente: "Del fondo patrimonial" (44).

*Artículo 49.* El artículo 167 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 167 (*Constitución del fondo patrimonial*). Cualquiera de los cónyuges o ambos conjuntamente pueden por documento público constituir un fondo patrimonial, destinando determinados bienes, inmuebles o muebles inscritos en registros públicos o títulos de crédito, a hacer frente a las necesidades de la familia. También puede hacerlo un tercero por acto inter vivos o por testamento.

La constitución del fondo patrimonial efectuada por un tercero por acto entre vivos, se perfecciona con la aceptación de los cónyuges. La aceptación puede haerse mediante documento público posterior.

La constitución puede hacerse también durante el matrimonio.

Los títulos de crédito deben quedar vinculados haciéndolos nominativos mediante anotación del vínculo o de otro modo idóneo.

*Artículo 50.* El artículo 168 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 168 (*Empleo y administración del fondo*). La propiedad de los bienes que constituyen el fondo patrimonial corresponde a ambos cónyuges, salvo que otra cosa se haya establecido en el acto de constitución.

Los frutos de los bienes constitutivos del fondo patrimonial han de emplearse para las necesidades de la familia.

La administración de los bienes constitutivos del fondo patrimonial se rige por las normas relativas a la administración de la comunidad legal.

*Artículo 51.* El artículo 169 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 169 (*Enajenación de los bienes del fondo*). Si no hubiera sido expresamente permitido en el acto de constitución no se podrán enajenar, hipotecar, dar en prenda ni vincular de cualquier otro modo los bienes del fondo patrimonial, sino con consentimiento de ambos cónyuges y, si hay hijos menores, con autorización concedida por el Juez, mediante providencia emitida en Sala de Consejo, únicamente en el caso de necesidad o utilidad evidente.

*Artículo 52.* El artículo 170 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 170 (*Ejecución sobre los bienes y sus frutos*). La ejecución sobre los bienes del fondo y sobre los frutos de los mismos no puede tener lugar como consecuencia de deudas que el acreedor conocía que habían sido contraídas para finalidades extrañas a las necesidades de la familia.

---

el curador especial nombrado conforme al último párrafo del artículo 90. El menor emancipado debe encontrarse asistido por el curador aún en el caso de que no sea necesario el consentimiento de éste para la validez del matrimonio.

(44) La sección correspondiente (artículos 167-176) regulaba el llamado "Patrimonio familiar". Aunque entre lo que ahora se llama "Fondo patrimonial" y el antiguo "Patrimonio familiar" existen claras relaciones, la nueva redacción de los artículos 167-171 es de nueva planta. Los artículos 172-176 se derogan.

*Artículo 53.* El artículo 171 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 171 (Cesación del fondo).* El destino del fondo termina con la anulación, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio.

Si hay hijos menores, el fondo dura hasta que cumpla la mayor edad el último de los hijos. En tal caso, el Juez, a instancia de parte interesada, puede dictar normas para la administración del fondo.

Atendidas las condiciones económicas de los padres y de los hijos y cualquier otra circunstancia el Juez puede también atribuir a los hijos, en goce o en propiedad, una cuota de los bienes del fondo.

*Artículo 54.* Se derogan los artículos 172, 173, 174, 175 y 176 del C. C.

*Artículo 55.* La rúbrica de la sección III del capítulo VI del título VI del libro I del Código Civil se sustituye por el siguiente: "De la comunidad legal". Se suprime la subdivisión en párrafos de la sección III del capítulo VI del título VI del libro I del Código Civil (45).

*Artículo 56.* El artículo 177 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 177 (Objeto de la comunidad).* Constituyen objeto de la comunidad:

- a) Las adquisiciones realizadas por los dos cónyuges conjunta o separadamente durante el matrimonio, con exclusión de las relativas a bienes personales.
- b) Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, percibidos y no consumidos a la disolución de la comunidad.
- c) Los productos de la actividad separada de cada uno de los cónyuges si a la disolución de la comunidad no hubieran sido consumidos.
- d) Los establecimientos comerciales constituidos después del matrimonio y explotados por ambos cónyuges.

Cuando se trate de establecimientos comerciales pertenecientes a uno solo de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, pero explotado por ambos la comunidad recaerá únicamente sobre las utilidades y los incrementos.

*Artículo 57.* El artículo 178 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 179 (Bienes personales).* No constituyen objeto de la comunidad y son bienes personales de cada cónyuge:

- a) Los bienes de que el cónyuge era propietario antes del matrimonio o respecto de los cuales era titular de un derecho de goce.
- b) Los bienes adquiridos después del matrimonio por donación o por sucesión cuando el acto de liberalidad o en el testamento no se hubiera especificado que se atribuirían a la comunidad.
- c) Los bienes de uso estrictamente personal de los cónyuges y sus accesorios.
- d) Los bienes que sirvan para el ejercicio de la profesión del cónyuge, excepto los destinados a explotación del establecimiento mercantil que forme parte de la comunidad.
- e) Los bienes obtenidos a título de resarcimiento de un daño y las pensiones correspondientes a la pérdida parcial o total de la capacidad de trabajo.
- f) Los bienes adquiridos con el precio de la transmisión de los bienes

---

(45) La sección correspondiente (artículos 177-209) regulaba el régimen jurídico de la dote que desaparece por completo y que se sustituye por una normativa de la "Comunidad legal", que es también enteramente nueva.

personales antes mencionados o con el cambio de los mismos, siempre que ello haya sido expresamente declarado en el acto de adquisición.

La adquisición de bienes inmuebles o de los muebles mencionados en el artículo 2.683, efectuada después del matrimonio, queda excluida de la comunidad en el sentido de las letras c, d y f del presente artículo, cuando tal exclusión resulte del acto de adquisición si en él ha sido parte también el otro cónyuge.

*Artículo 59.* El artículo 180 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 180 (*Administración de los bienes de la comunidad*). La administración de los bienes de la comunidad y la representación en juicio para los actos relativos a ella corresponde indistintamente a ambos cónyuges.

La realización de los actos que exceden de la ordinaria administración, así como la estipulación de contratos, en que se concedan o se adquieran derechos personales de goce, y la representación en juicio para las correspondientes acciones, compete conjuntamente a ambos cónyuges.

*Artículo 60.* El artículo 181 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 181 (*Denegación del consentimiento*). Si uno de los cónyuges rehusare prestar su consentimiento para un acto de extraordinaria administración o para los demás actos para los que el consentimiento se requiera, el otro cónyuge puede dirigirse al Juez para obtener la autorización, en el caso de que la estipulación del acto sea necesaria para el interés de la familia o del establecimiento comercial que, conforme a la letra d) del artículo 177, forme parte de la comunidad.

*Artículo 61.* El artículo 182 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 182 (*Administración confiada a uno solo de los cónyuges*). En caso de ausencia o de cualquier otro impedimento de uno de los cónyuges, el otro, si no existe poder de representación del primero, que obre en documento público o en documento privado autenticado, puede realizar, previa autorización del Juez y con las cautelas eventualmente por éste establecidas, los actos necesarios para los cuales se requiere, conforme el artículo 180, el consentimiento de ambos cónyuges.

En el caso de explotación en común de un establecimiento mercantil uno de los cónyuges puede delegar en el otro la realización de todos los actos necesarios para la actividad de la empresa.

*Artículo 62.* El artículo 183 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 183 (*Exclusión de la administración*). Si uno de los cónyuges es menor o no puede administrar o ha administrado mal, el otro cónyuge puede pedirle al Juez que le excluya de la administración.

El cónyuge privado de la administración puede pedir al Juez ser reintegrado en ella si han desaparecido los motivos que determinaron la exclusión.

La exclusión opera de derecho respecto del cónyuge incapacitado y subsiste hasta que haya cesado el estado de incapacitación.

*Artículo 63.* El artículo 184 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 184 (*Actos realizados sin el necesario consentimiento*). Los actos realizados por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables si recaen sobre bienes inmuebles o sobre bienes muebles comprendidos en el artículo 2.683.

La acción puede ser intentada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario, dentro de un año a contar desde la fecha en que tuvo conocimiento del acto y, en todo caso, dentro de un año desde la fecha de la transcripción.

Si el acto no ha sido transcrito o el cónyuge no ha tenido conocimiento de él antes de la disolución de la comunidad, la acción no puede ser intentada después de un año de la referida disolución.

Si el acto se refiere a bienes muebles diferentes de los indicados en el párrafo primero, el cónyuge que lo hubiera realizado sin el consentimiento del otro, está obligado a instancia de este último a reconstituir la comunidad en el estado en que tenía antes de la realización del acto o, cuando esto último no sea posible, al pago del equivalente según los valores corrientes en la época de la reconstitución de la comunidad.

*Artículo 64.* El artículo 185 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 185 (Administración de los bienes personales de los cónyuges).* A la administración de los bienes que no forman parte de la comunidad ni del fondo patrimonial se le aplican las disposiciones de los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 217.

*Artículo 65.* El artículo 186 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 186 (Obligaciones que gravan los bienes de la comunidad).* Los bienes de la comunidad responden:

- a) De todas las cargas con que se encontraran gravados en el momento de la adquisición.
- b) De todas las cargas de la administración.
- c) De los gastos para el mantenimiento de la familia y para la instrucción y educación de los hijos y de todas las obligaciones contraídas por los cónyuges en interés de la familia, aunque lo hayan sido separadamente.
- d) De todas las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges.

*Artículo 66.* El artículo 187 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 187 (Obligaciones contraídas por los cónyuges antes del matrimonio).* Salvo lo dispuesto en el artículo 189, los bienes de la comunidad no responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio.

*Artículo 67.* El artículo 188 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 188 (Obligaciones derivadas de donación o de sucesión).* Salvo lo dispuesto en el artículo 189, los bienes de la comunidad no responden de las obligaciones con que estuvieran gravadas las donaciones y las sucesiones adquiridas por los cónyuges durante el matrimonio y no atribuidas a la comunidad.

*Artículo 68.* El artículo 189 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 189 (Obligaciones contraídas separadamente por los cónyuges).* Los bienes de la comunidad, hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado, responden, cuando los acreedores no pueden satisfacerse sobre los bienes personales, de las obligaciones contraídas después del matrimonio por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro como consecuencia de la realización de actos que exceden de la ordinaria administración.

Los acreedores particulares de uno de los cónyuges, aunque su crédito



hubiera nacido con anterioridad al matrimonio, puede satisfacerse de modo subsidiario sobre los bienes de la comunidad, hasta el valor correspondiente de la cuota del cónyuge obligado. A tales acreedores, si fueran quirografarios, son preferidos los acreedores de la comunidad.

*Artículo 69.* El artículo 190 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 190 (Responsabilidad subsidiaria de los bienes personales).* Los acreedores pueden actuar de modo subsidiario sobre los bienes personales de cada uno de los cónyuges, en la medida de la mitad del crédito, cuando los bienes de la comunidad no sean suficientes para satisfacer las deudas que graven sobre ella.

*Artículo 70.* El artículo 191 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 191 (Disolución de la comunidad).* La comunidad se disuelve por declaración de ausencia o de muerte presunta de uno de los cónyuges, por la anulación, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, por la separación personal, por la separación judicial de bienes, por la modificación convencional del régimen patrimonial y por la quiebra de uno de los cónyuges.

En los casos de establecimiento comercial de que trata el apartado d) del artículo 177, la disolución de la comunidad puede ser decidida por acuerdo de los cónyuges, observando la forma prevista en el artículo 162.

*Artículo 71.* El artículo 192 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 192 (Reembolso y restituciones).* Cada uno de los cónyuges está obligado a reembolsar a la comunidad las sumas que hubiere retirado del patrimonio común para fines distintos del cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 186.

Está obligado también a reembolsar el valor de los bienes de que trata el artículo 189, a menos que, tratándose de un acto de extraordinaria administración realizado por él, demuestre que el acto ha sido ventajoso para la comunidad o que ha satisfecho una necesidad de la familia.

Cada uno de los cónyuges puede reclamar la restitución de las sumas retiradas del patrimonio personal y empleadas en gastos e inversiones del patrimonio común.

Los reembolsos y las restituciones se efectuarán en el momento de la disolución de la comunidad; sin embargo, el Juez puede autorizarla en un momento anterior si el interés de la familia lo exige o lo consiente.

El cónyuge que resulte acreedor puede pedir que se le adjudiquen bienes comunes hasta la concurrencia de su crédito. En caso de desacuerdo, se aplica el párrafo 4.º de este artículo. La adjudicación se efectuará primero con dinero, después con muebles y por último con inmuebles.

*Artículo 72.* El artículo 193 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 193 (Separación judicial de bienes).* La separación judicial de bienes puede pronunciarse en los casos de incapacitación o inhabilitación de uno de los cónyuges y en los de mala administración de la comunidad.

Puede pronunciarse también cuando el desorden de los asuntos de uno de los cónyuges o la conducta observada por éste en la administración de los bienes ponga en peligro los intereses del otro, de la comunidad o de la familia, o cuando uno de los cónyuges no contribuya a las necesidades de la

familia en medida proporcional a su propia fortuna o capacidad de trabajo.

La separación puede ser pedida por uno de los cónyuges o por su representante legal.

La sentencia que pronuncie la separación tendría efecto retroactivo desde el día de presentación de la demanda y tiene como consecuencia instaurar el régimen de separación de bienes regulado en la sección V del presente capítulo, quedando a salvo los derechos de los terceros.

La sentencia se anotará al margen del acta de matrimonio y en el original de la convención matrimonial.

*Artículo 73.* El artículo 194 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 194 (División de los bienes de la comunidad).* La división de los bienes de la comunidad legal se efectúa repartiendo por partes iguales el activo y el pasivo.

El Juez, teniendo en cuenta las necesidades de la prole y la persona a quien ésta se haya confiado, puede constituir a favor de uno de los cónyuges un usufructo sobre una parte de los bienes que corresponden al otro.

*Artículo 74.* El artículo 195 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 195 (Adjudicación de bienes muebles).* En la división los cónyuges o sus herederos tienen derecho a que se les adjudiquen los bienes muebles que pertenecían a dicho cónyuge antes de la comunidad y los que hubiera adquirido durante la misma por sucesión o donación. A falta de prueba en contrario se presume que los bienes muebles forman parte de la comunidad.

*Artículo 75.* El artículo 196 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 196 (Repetición del valor en caso de falta de cosas que adjudicar).* Si no se encuentran los bienes muebles que el cónyuge o sus herederos tienen derecho a que se les adjudiquen conforme al artículo precedente, pueden repetir el valor de los mismos, probando su importe incluso por notoriedad, salvo si la falta de tales bienes se debiera a consumición, uso o percibimiento o a otra causa que no sea imputable al otro cónyuge.

*Artículo 76.* El artículo 197 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 197 (Límites de derechos de adjudicación en relación con los terceros).* La adjudicación autorizada en los artículos precedentes no puede hacerse en perjuicio de terceros si la propiedad individual de los bienes no resulta de un documento que tenga fecha cierta, quedando a salvo al cónyuge y a sus herederos el derecho de regreso sobre los bienes de la comunidad que corresponden al otro cónyuge y sobre los demás bienes de éste.

*Artículo 77.* Se derogan los artículos 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208 y 209 del C. C. (46).

*Artículo 78.* La rúbrica de la sección IV del capítulo VI del título VI del libro I del C. C. se sustituye por la siguiente: "De la comunidad convencional" (47).

---

(46) Los artículos derogados son los últimos relativos al régimen jurídico de la dote, que no han sido sustituidos por los correspondientes de la comunidad legal.

(47) Las normas sobre la llamada "Comunidad convencional" sustituyen a los artículos que en la regulación anterior dedicaba el Código a los bienes parafernales, que ahora desaparecen por completo (artículos 210-214). La comunidad convencional se regulaba antes extensamente como comunidad de ganancias y adquisiciones en los artículos 215-230. La actual regulación com-

*Artículo 79.* El artículo 210 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 210 (Modificaciones convencionales de la comunidad legal de bienes).* Los cónyuges pueden, mediante convención estipulada con arreglo al artículo 162, modificar el régimen de la comunidad legal de bienes, siempre que los pactos no estén en contradicción con las disposiciones del artículo 161.

Los bienes mencionados en los apartados c), d), y e) del artículo 179 no puede comprenderse en la comunidad convencional.

No son derogables las normas de la comunidad legal relativas a la administración de bienes de la comunidad y a la igualdad de las cuotas limitadamente a los bienes que formarían objeto de la comunidad legal.

*Artículo 80.* El artículo 211 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 211 (Obligaciones de los cónyuges contraídas antes del matrimonio).* Los bienes de la comunidad responden de las obligaciones contraídas antes del matrimonio por uno de los cónyuges que, en base a las convenciones estipuladas conforme al artículo 162, haya entrado a formar parte de la comunidad de bienes.

*Artículo 81.* Se derogan los artículos 212, 213 y 214 del C. C.

*Artículo 82.* La rúbrica de la sección V del capítulo VI del título VI del libro primero del C. C. se sustituye por la siguiente: "Del régimen de separación de bienes".

*Artículo 83.* El artículo 215 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 215 (Separación de bienes).* Los cónyuges pueden convenir que cada uno de ellos conserve la titularidad exclusiva de los bienes adquiridos durante el matrimonio (48).

*Artículo 84.* Se deroga el artículo 216 del C. C.

*Artículo 85.* El artículo 217 se sustituye por el siguiente:

*Artículo 217 (Administración y goce de los bienes).* Cada uno de los cónyuges tiene la guarda y la administración de los bienes de que es titular exclusivo.

Si se le ha conferido a uno de los cónyuges poder para administrar los bienes del otro con obligación de rendir cuentas de los frutos, aquél está obligado hacia éste de acuerdo con las reglas del mandato.

Si uno de los cónyuges ha administrado los bienes del otro con poder, pero sin obligación de rendir cuentas de los frutos, dicho cónyuge y sus hijos, a requerimiento del otro cónyuge o a la disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio, está obligado a entregar los frutos existentes, pero no responde de los que hayan sido consumidos.

Si uno de los cónyuges, no obstante la oposición del otro, suministra los

---

prende sólo las normas relativas a posibles modificaciones convencionales de la comunidad legal.

(48) Aunque solía entenderse que el régimen legal supletorio en el Derecho italiano era el de separación de bienes, tal régimen carecía de una específica regulación legal y resultaba únicamente de la imposibilidad de aplicar las reglas del régimen dotal por falta de constitución de dote. Por ello, sin régimen dotal, ni otro de carácter convencional, había que aplicarle a la mujer la regulación relativa a los bienes parafernales, resultando de ello un régimen legal de separación. En la actualidad, el régimen de separación de bienes se configura como un régimen de carácter convencional, cuya regulación, por lo demás, es enteramente nueva.

bienes de éste o realiza cualquier otro tipo de actos relativos a los mismos, responde de los daños y de la falta de percepción de los frutos.

*Artículo 86.* El artículo 218 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 218 (Obligaciones del cónyuge que disfruta de los bienes del otro).* El cónyuge que disfruta de los bienes del otro está sometido a todas las obligaciones del usufructuario.

*Artículo 87.* El artículo 219 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 219 (Prueba de la propiedad de los bienes).* Cada cónyuge puede probar por todos los medios de prueba frente al otro la propiedad exclusiva de un bien.

Los bienes cuya propiedad exclusiva no pueda demostrar ninguno de los cónyuges, son de propiedad indivisa por iguales cuotas de ambos cónyuges.

*Artículo 88.* Se derogan los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229 y 230 del C. C.

*Artículo 89.* Después de la sección V del capítulo VI del título VI del libro I del C. C. se inserta lo siguiente; sección VI: "De la empresa familiar".

*Artículo 230 bis (Empresa familiar).* Salvo que se pueda configurar una relación familiar diferente, quien presta de modo continuado su actividad de trabajo en la familia o en la empresa familiar, tiene derecho a ser mantenido según las condiciones económicas de la familia y a participar en las ganancias de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ella, así como en los incrementos del establecimiento mercantil, incluidos los que se refieran al aviamiento, todo ello en proporción a la cantidad y a la calidad del trabajo prestado. Las decisiones relativas al empleo de las ganancias y de los incrementos, así como las inherentes a las gestiones extraordinarias, a las directrices que haya de darse a la producción y a la cesación de la empresa, se adoptan por mayoría por los familiares que participan de la empresa misma. A los familiares que participan de la empresa sin tener la plena capacidad de obrar les representa en el voto quien ejerce la potestad sobre ellos.

El trabajo de la mujer se considera equivalente al del hombre.

A los fines de la disposición contenida en el párrafo primero, se consideran como familiares los cónyuges, los parientes dentro del tercer grado y los afines dentro del segundo y por empresa familiar aquella en la que colaboren tales personas.

El derecho de participación establecido en el párrafo primero es intransferible, salvo que la transferencia se haga en favor de los familiares indicados en el párrafo anterior y con el consentimiento de todos los partícipes. El citado derecho puede liquidarse en dinero en el momento de la cesación por cualquier causa de la prestación del trabajo o en caso de enajenación del establecimiento. El pago puede hacerse en varias anualidades, que en caso de falta de acuerdo determinará el Juez.

En el caso de división hereditaria o de transmisión del establecimiento, los partícipes de que trata el apartado primero tienen derecho de adquisición preferente sobre el establecimiento y se aplican en los límites en que sean compatibles las disposiciones del artículo 732.

Las comunidades tácitas familiares en el ejercicio de la agricultura se regulan por los usos que no contradigan las normas precedentes.

*Artículo 90.* El artículo 232 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 232 (Presunción de concepción durante el matrimonio).* Se presume concebido durante el matrimonio el hijo que nazca cuando hayan transcurrido 180 días desde la disolución del matrimonio y no hayan transcurrido todavía 300 días desde la fecha de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La presunción no opera pasados 300 días desde que se haya declarado la separación judicial o la homologación de la separación consensual o desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el Juez cuando hayan sido autorizados a vivir separadamente en el curso del juicio de separación o de cualquiera otro de los juicios previstos en el apartado anterior (49).

*Artículo 91.* El artículo 233 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 233 (Nacimiento del hijo antes de los 180 días).* El hijo nacido antes de que hayan transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio se reputa legítimo si uno de los cónyuges o el hijo mismo no desconocen la paternidad (50).

*Artículo 92.* El artículo 234 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 234 (Nacimiento del hijo después de los 300 días).* Cada uno de los cónyuges y sus herederos pueden probar que el hijo nacido después de 300 días siguientes a la anulación, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, ha sido concebido durante el matrimonio.

Pueden análogamente probar la concepción durante la fase de convivencia cuando el hijo haya nacido después de los 300 días siguientes al pronunciamiento de la separación judicial o de la homologación de la separación consensual o bien desde la fecha de comparecencia de los cónyuges ante el Juez cuando hayan sido autorizados a vivir separadamente en el curso del juicio de separación o de cualquiera de los juicios previstos en el párrafo precedente.

En todo caso, el hijo puede ejercitar la acción para reclamar el estado de legítimo (51).

*Artículo 93.* El artículo 235 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 235 (Desconocimiento de la paternidad).* La acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio sólo se admite en los casos siguientes:

1.º Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los 300 y los 180 días antes del nacimiento.

2.º Si durante el tiempo citado el marido adolece de impotencia, aunque fuera solamente para la generación.

---

(49) En el artículo 232 se introducen dos novedades. La primera consiste en mencionar al final del párrafo primero no sólo la anulación y la disolución del matrimonio, sino también la cesación de los efectos civiles del mismo. La segunda novedad la constituye el párrafo segundo que es enteramente nuevo.

(50) El anterior artículo 233 decía: "Los hijos nacidos antes de que hayan transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio, se reputan legítimos si el marido no desconoce la paternidad. Este desconocimiento no puede tener lugar en los casos siguientes: 1) cuando el marido conocía el embarazo antes del matrimonio; 2) cuando resulte del acta de nacimiento que la declaración fue hecha por el marido o por un procurador especial."

(51) El anterior artículo 234 decía: "La legitimidad del hijo nacido después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio puede ser impugnada siempre."

3.º Si en el referido período la mujer ha cometido adulterio o ha ocultado al marido su propio embarazo y el nacimiento del hijo. En estos casos el marido puede probar que el hijo presenta características genéticas o de grupo sanguíneo incompatibles con las del presunto padre o cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad.

La acción de desconocimiento puede ejercitarse también por la madre o por el hijo que haya alcanzado la mayoría de edad en todos los casos en que pueda ser ejercitada por el padre (52).

*Artículo 94.* El artículo 238 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 238 (Acta de nacimiento conforme a la posesión de estado).* Salvo lo dispuesto en los artículos 128, 233, 234, 235 y 239 nadie puede reclamar un estado contrario al que le atribuyen el acta de nacimiento de hijo legítimo y la posesión de estado conforme con el acta misma.

Del mismo modo no se puede discutir la legitimidad de quien tiene una posesión de estado conforme con el acta de nacimiento (53).

*Artículo 95.* El artículo 244 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 244 (Término de la acción de desconocimiento).* La acción de desconocimiento de la paternidad por parte de la madre debe ejercitarse en el término de seis meses desde el nacimiento del hijo.

El marido puede desconocer al hijo en el término de un año, que se cuenta desde el día del nacimiento cuando él se encontrara al tiempo de éste en el lugar en que el hijo nació, y desde el día de su retorno al lugar en que el hijo haya nacido o en que se encuentra la residencia familiar si hubiere estado ausente.

En todo caso, si prueba no haber tenido noticia del nacimiento en el tiempo mencionado, el término corre desde el día en que haya tenido noticia.

La acción de desconocimiento de la paternidad puede ser ejercitada por el hijo dentro del año del cumplimiento de la mayor edad o del momento en que posteriormente haya tenido conocimiento del hecho que hace admisible el desconocimiento.

La acción puede ser ejercitada también por un curador especial nombrado por el Juez a instancia del hijo menor que haya cumplido dieciséis años (54).

(52) El anterior artículo 235 decía así: "El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio sólo en los casos siguientes: 1) si en el tiempo transcurrido entre los 300 y los 180 días anteriores al nacimiento, se encontraba en situación de imposibilidad de cohabitar con la mujer por causa de alejamiento o por otro hecho; 2) si durante el tiempo mencionado adolecía de impotencia, aunque ésta fuese sólo impotencia para la generación, 3) si durante el mismo período vivía legalmente separado de la mujer, aunque fuera por efecto de un mandamiento temporal del Magistrado, salvo que hubiere existido entre los cónyuges reunión incluso sólo temporal; 4) si en el dicho período la mujer hubiera cometido adulterio o hubiera ocultado al marido su propio embarazo y el nacimiento del hijo. En estos casos el marido puede probar cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad. La sólo declaración de la madre no excluye la paternidad."

(53) El artículo 238 se modifica únicamente en la referencia que hace a otros artículos. En la redacción anterior, la remisión o excepción era sólo con referencia al artículo 239 (suposición de parto o sustitución de un neonato). La salvedad ahora es más amplia.

(54) El antiguo artículo 244 decía: "La acción de desconocimiento, tanto en el caso del artículo 233 como en el caso del artículo 235, debe ser propuesta

*Artículo 96.* El artículo 245 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 245 (Suspensión del término).* Si la parte interesada en promover la acción de desconocimiento de la paternidad se encuentra en estado de incapacidad por enfermedad mental, el transcurso del término indicado en el artículo anterior queda en suspenso respecto de ella mientras dure el estado de incapacidad. La acción puede, sin embargo, ser ejercitada por el tutor (55).

*Artículo 97.* El artículo 246 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 246 (Transmisibilidad de la acción).* Si el titular de la acción de desconocimiento de la paternidad muere sin haberla ejercitado, pero antes de que haya transcurrido el término, pueden ejercitarla en su lugar:

1.º En el caso de muerte del presunto padre o de la madre, los descendientes y los ascendientes; el nuevo término corre desde la muerte del presunto padre o de la madre o desde el nacimiento del hijo si se tratara de hijo póstumo.

2.º En el caso de muerte del hijo, el cónyuge o los descendientes; el nuevo término corre desde la muerte del hijo o desde el momento en que alcancen la mayor edad cada uno de los descendientes (56).

*Artículo 98.* El artículo 247 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 247 (Legitimación pasiva).* El presunto padre, la madre y los hijos son litisconsortes necesarios en el juicio de desconocimiento.

Si una de las partes es menor o está incapacitado, la acción ha de ejercitarse contradictoriamente con un curador nombrado por el Juez ante el cual el juicio deba sustanciarse.

Si una de las partes es un menor emancipado o un mayor inhabilitado, la acción se propone contra dicha persona asistida de un curador igualmente nombrado por el Juez.

Si el presunto padre o la madre o el hijo han muerto, la acción se propone frente a la persona indicada en el artículo anterior o a falta de ella frente a un curador igualmente nombrado por el Juez (57).

*Artículo 99.* El artículo 248 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 248 (Legitimación en la acción de contestación de la legitimidad.*

---

por el marido en el término de tres meses, que transcurren: desde el día del nacimiento cuando se encontraba al tiempo de éste en el lugar en que hubiera nacido el hijo, y desde el día de su retorno al lugar en que hubiera nacido el hijo o al del domicilio conyugal si hubiera estado ausente de él. En todo caso, si probare no haber tenido noticia del nacimiento en dichos días, el término corre desde el día en que hubiere tenido noticia de él”.

(55) En el antiguo artículo 245, supuesto que la legitimación para la impugnación correspondía sólo al marido, se prevenía únicamente la suspensión del término en virtud de incapacidad por enfermedad mental de éste. No se decía nada sobre la posibilidad de ejercicio de la acción por el tutor.

(56) El antiguo artículo 246 decía: “Si el marido muere antes de haber promovido la acción, pero antes de que haya transcurrido el término, pueden ejercitarla los descendientes, pero deben hacerlo dentro de los tres meses de la muerte del marido o del nacimiento del hijo si se trata de un hijo póstumo”.

(57) El antiguo artículo 247 decía: “La acción se ejercita contra el hijo si es mayor de edad y si es menor o incapacitado frente a un tutor nombrado por el tribunal ante el cual el juicio se hubiere promovido. En el caso de menor emancipado o de mayor inhabilitado, la acción se ejercita contra el hijo asistido por un curador igualmente nombrado por el tribunal. En el juicio debe en todo caso ser emplazada la madre”.

*Imprescriptibilidad*). La acción para contestar la legitimidad corresponde a quien en el acta de nacimiento del hijo aparezca como su padre y a cualquiera que tenga interés en ello.

La acción es imprescriptible.

Cuando la acción se propone frente a persona premuerta, menor o incapacitada, se observan las disposiciones del artículo anterior. En el juicio deben ser citados ambos padres (58).

*Artículo 100.* La rúbrica del Capítulo II del título VII del libro I del Código Civil se sustituye por la siguiente: "De la filiación natural y de la legitimación" (59).

*Artículo 101.* La rúbrica de la sección I del capítulo II del título VII del libro I del C. C. se sustituye por la siguiente: "De la filiación natural" (60).

*Artículo 102.* El artículo 250 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 250 (Reconocimiento).* El hijo natural puede ser reconocido del modo previsto en el artículo 254 por el padre y por la madre, aunque se encontraran unidos en matrimonio con otra persona en la época de la concepción. El reconocimiento puede hacerse tanto conjuntamente como separadamente.

El reconocimiento del hijo que ha cumplido dieciséis años no produce efecto sin su consentimiento.

El reconocimiento del hijo que no ha cumplido todavía los dieciséis años no puede realizarse sin el consentimiento de aquel de los progenitores que haya efectuado ya el reconocimiento.

El consentimiento no puede rehusarse si el reconocimiento responde al interés del hijo. Si existiera oposición sobre este punto, a instancia del progenitor que quiera efectuar el reconocimiento y oído el menor, en forma contradictoria, con aquel de los padres que se oponga y con la intervención del Ministerio Público, decide el Tribunal con una sentencia que, en el caso de que acoja la demanda, sustituirá al consentimiento que falta.

El reconocimiento no puede hacerse por el padre que no haya cumplido los dieciséis años (61).

*Artículo 103.* El artículo 251 del C. C. se sustituye por el siguiente:

---

(58) El antiguo artículo 248 decía: "La acción para impugnar la legitimación, ya se funde sobre la nulidad del matrimonio, sobre la suposición de parto, sobre la sustitución de neonato o sobre nacimiento del hijo después de trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, corresponde a quien en el acta de nacimiento del hijo resultare ser progenitor del mismo y a quien tenga interés en ello. La acción es imprescriptible. En los casos en que la acción se proponga contra el hijo menor o incapaz por otra causa, se observarán las disposiciones del artículo precedente. En el juicio deben ser emplazados ambos progenitores".

(59) La rúbrica anterior era "Filiación ilegítima y legitimación". Como se ve en la rúbrica "filiación ilegítima" se sustituye totalmente por la de "filiación natural".

(60) Vid nota anterior.

(61) El anterior artículo 250 decía: "El hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre tanto conjunta como separadamente. El reconocimiento no puede ser hecho por el padre que no haya alcanzado dieciocho años y por la madre que no haya cumplido catorce, a menos que se produzca con ocasión de su matrimonio".



Artículo 251 (*Reconocimiento de hijos incestuosos*). Los hijos nacidos de personas entre las cuales exista un vínculo de parentesco, aunque sólo sea natural en línea recta hasta el infinito o en línea colateral hasta el segundo grado, o un vínculo de afinidad en línea recta, no pueden ser reconocidos por sus padres, salvo cuando éstos, al tiempo de la concepción, ignorasen el vínculo existente entre ellos o cuando haya sido declarado nulo el matrimonio del que derivaba la afinidad. Cuando sólo uno de los padres era de buena fe, el reconocimiento del hijo sólo puede ser hecho por él.

El reconocimiento lo autoriza el Juez teniendo en cuenta el interés del hijo y la necesidad de evitar al mismo cualquier perjuicio (62).

*Artículo 104.* El artículo 252 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 252 (*Guarda del hijo natural y su inserción en la familia legítima*). Cuando el hijo natural de uno de los cónyuges sea reconocido durante el matrimonio, el Juez, atendidas las circunstancias, decidirá en orden al confinamiento del menor y adoptará cualesquiera otras providencias necesarias para la tutela de sus intereses morales y materiales.

La eventual inserción del hijo natural en la familia legítima de uno de los padres puede ser autorizada por el Juez siempre que ello no sea contrario al interés del menor y se obtenga el consentimiento del otro cónyuge y del hijo legítimo que haya cumplido dieciséis años y conviva con la familia, así como el del otro padre natural que hubiera realizado el reconocimiento. En este caso, el Juez establecerá las condiciones que debe observar el padre a quien el hijo le sea confiado y aquellas a las que debe atenerse el otro padre.

Cuando el hijo natural haya sido reconocido con anterioridad al matrimonio, su inserción en la familia legítima se subordinará al consentimiento del otro cónyuge, a menos que el hijo conviviese ya con el padre en el momento del matrimonio o que el otro cónyuge conociese la existencia del hijo natural.

Se requiere también el consentimiento del otro padre natural que hubiera efectuado el reconocimiento (63).

*Artículo 105.* El artículo 253 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 253 (*Inadmisibilidad del reconocimiento*). En ningún caso se admite un reconocimiento en contradicción con el estado de hijo legítimo o legitimado en que la persona se encuentra (64).

*Artículo 106.* El artículo 254 del C. C. se sustituye por el siguiente:

---

(62) En el artículo 251 es nuevo el inciso "o que haya sido declarado nulo el matrimonio del que derivaba la afinidad" y el párrafo final sobre autorización del reconocimiento por el Juez.

(63) El anterior artículo 252 se refería al reconocimiento de hijos aulterinos, que se admitía si lo hacía el padre que al tiempo de la concepción no estaba unido en matrimonio y por el padre reunido en matrimonio al tiempo de la concepción, siempre que lo hiciera después de la disolución de tal matrimonio producida por efecto de la muerte del otro cónyuge, con la salvedad de que si del matrimonio disuelto hubiera hijos legítimos o legitimados o descendientes legítimos de éstos, el reconocimiento sólo podría surtir efecto mediante Decreto Real oído el Consejo de Estado. Las normas especiales sobre reconocimiento de los hijos adúlteros se suprimen ahora completamente, puesto que ahora nada parece limitar tal reconocimiento. De este modo, el antiguo texto se sustituye por el actual artículo que es de nueva planta.

(64) En la redacción anterior se decía únicamente "hijo legítimo" y ahora se dice "hijo legítimo o legitimado".

Artículo 254 (*Forma del reconocimiento*). El reconocimiento del hijo natural se hace en el acta de nacimiento o mediante una declaración posterior al nacimiento o a la concepción ante un funcionario del estado civil o ante el Juez tutelar, o en documento público, o en testamento, cualquiera que sea la forma de éste.

La demanda de legitimación de un hijo natural presentada ante el Juez y la declaración de la voluntad de legitimarlo expresada por el padre en un documento público o en testamento comporta reconocimiento aunque la legitimación no tenga lugar (65).

*Artículo 107.* El artículo 256 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 256 (*Irrevocabilidad del reconocimiento*). El reconocimiento es irrevocable. Si estuviera contenido en testamento, producirá sus efectos desde el día de la muerte del testador, aunque el testamento haya sido revocado (66).

*Artículo 108.* El artículo 258 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 258. (*Efectos del reconocimiento*). El reconocimiento no produce efectos más que respecto de aquél de los padres por quien fue hecho, salvo los casos previstos por la ley.

El acto de reconocimiento por uno de los padres no pueden contener indicaciones relativas al otro padre. Cuando esas indicaciones hayan sido hechas, no tienen ningún efecto.

El funcionario público que las recibe y el funcionario del estado civil que las reproduzca en el Registro serán castigados con multa de 20.000 a 80.000 liras y las indicaciones deberán ser canceladas (67).

*Artículo 109.* Se derogan los artículos 259 y 260 del C. C. (68).

*Artículo 110.* El artículo 261 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 261 (*Derechos y deberes que derivan para el padre del reconocimiento*). El reconocimiento comporta para el padre que lo realiza la asunción de todos los deberes y de todos los derechos que el padre tiene respecto de los hijos legítimos (69).

*Artículo 111.* El artículo 262 del C. C. se sustituye por el siguiente:

---

(65) La única modificación del artículo 254 se encuentra en su párrafo segundo, pues donde ahora se dice "juez", antes se decía "Corte de apelación".

(66) El texto actual es idéntico al párrafo primero del anterior artículo 256, el cual tenía un párrafo segundo, que ahora se suprime por estar referido al reconocimiento de los hijos adulterinos. Decía así: "En la hipótesis prevista en el segundo párrafo del artículo 252, el reconocimiento contenido hubiere ya ocurrido en tiempo en que el testamento se hizo".

(67) En el artículo 258 actual es nueva la cláusula de reserva del final del párrafo primero ("salvo los casos previstos por la ley"), que no existía en la redacción anterior. Se aumenta la cuantía de las multas.

(68) El artículo 259 versaba sobre la introducción del hijo natural en la casa conyugal, exigiendo el consentimiento del otro cónyuge, salvo que éste hubiera dado su asentimiento al hecho mismo del reconocimiento, que ahora se sustituye por el artículo 252.

El artículo 260 trataba sobre la patria potestad, que ahora aparece refundida con el tratamiento general de esta materia y pasa el artículo 317 bis.

(69) En el antiguo artículo 261 se decía: "El progenitor natural está obligado a mantener a los hijos reconocidos, educarlos e instruirles conforme a lo prescrito en el artículo 147. Si el reconocimiento ha sido hecho por ambos padres ambos deben contribuir a los gastos en proporción a sus respectivas fortunas".

Artículo 262 (*Apellido del hijo*). El hijo natural tomará el apellido del padre que primero le hubiera reconocido. Si el reconocimiento ha sido efectuado contemporáneamente por ambos padres, el hijo natural tomará el apellido del padre.

Si la filiación respecto del padre ha sido establecida o reconocida con posterioridad al reconocimiento por parte de la madre, el hijo natural puede tomar el apellido del padre añadiéndole o sustituyendo al de la madre.

En el caso de menor edad del hijo, decidirá el Juez acerca de la asunción del apellido del padre (70).

*Artículo 112.* El artículo 264 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 264 (*Impugnación por parte del reconocido*). El que ha sido reconocido no puede durante la menor edad o el estado de incapacidad por enfermedad mental, impugnar el reconocimiento.

Sin embargo, el Juez, mediante providencia adoptada en Sala de Consejo y a instancia del Ministerio Público, del tutor o del otro padre que haya válidamente reconocido al hijo, o del hijo mismo cuando éste haya cumplido dieciséis años de edad, puede dar autorización para impugnar el reconocimiento, nombrando para ello un curador especial (71).

*Artículo 113.* El artículo 269 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 269 (*Declaración judicial de paternidad y maternidad*). La paternidad y la maternidad naturales pueden ser judicialmente declaradas en los casos en que se admite el reconocimiento.

La prueba de la paternidad y de la maternidad puede hacerse por todos los medios.

La maternidad se demuestra probando la identidad del que pretende ser hijo y del que fue objeto del parto de la mujer que se pretende que es la madre.

La sola declaración de la madre y la sola existencia de relaciones entre la madre y el pretendido padre en la época de la concepción no constituyen prueba de la paternidad natural (72).

*Artículo 114.* El artículo 270 del C. C. se sustituye por el siguiente:

(70) El artículo 262 decía: "Los hijos naturales toman el apellido del padre que les ha reconocido o el de los padres si conjunta o separadamente hubieran sido reconocidos por ambos".

(71) En el artículo 264 hay únicamente una sustitución de competencias y donde decía "el tribunal" ahora dice "el juez".

(72) El antiguo artículo 269 se refería únicamente a la declaración judicial de paternidad. La de maternidad se encontraba en el artículo 272 que ahora se deroga.

El artículo 269 permitía la declaración judicial de paternidad en los casos siguientes: 1.º cuando la madre y el presunto padre hubieran convivido notoriamente como cónyuges en el tiempo de la concepción; 2) cuando la paternidad resultara indirectamente de una sentencia civil o penal o de una inequívoca declaración escrita de aquel a quien se atribuyere; 3) cuando hubiese existido raptó o violación en el tiempo correspondiente a la concepción; 4) cuando hubiere existido posesión del estado de hijo natural. Los hechos constitutivos de la posesión de estado se encontraban regulados en el artículo 270, que también desaparece.

La declaración judicial de maternidad regulaba en el artículo 272 que la permitía probando la identidad del hijo y el hecho del parto.

Artículo 270 (*Legitimación activa y pasiva*). La acción para obtener la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad naturales es imprescriptible en relación con los hijos.

Si el hijo muere antes de haber ejercitado la acción, ésta puede ser promovida por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos, dentro de dos años contados desde la muerte.

La acción promovida por el hijo puede ser proseguida, si éste muere, por los descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos (73).

Artículo 115. Se derogan los artículos 271 y 272 del C. C.

Artículo 116. El artículo 273 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 273 (*Acción en interés del menor o del incapacitado*). La acción para obtener la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad naturales puede ser ejercitada en interés del menor por el padre que ejercita la potestad prevista en el artículo 316 o por el tutor. El tutor debe pedir la autorización del Juez, quien puede a su vez nombrar un curador especial.

Es necesario el consentimiento del hijo para promover o proseguir la acción si el hijo ha cumplido la edad de dieciséis años.

En caso de incapacitación, la acción puede ser promovida por el tutor previa autorización del Juez (74).

Artículo 117. El párrafo primero del artículo 274 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 274 (*Admisibilidad de la acción*). La acción para la declaración judicial de la paternidad o de la maternidad naturales sólo es admisible cuando concurren específicas circunstancias tales que la hacen aparecer como justificada (75).

---

(73) Se corresponde este artículo con el antiguo artículo 271 y con la parte final de 272, que son profundamente modificados. En el caso de declaración judicial de paternidad se decía que la acción podía ser promovida por el hijo dentro de los dos años contados desde el momento de alcanzar la mayor edad; en el caso del párrafo segundo del artículo 252 (reconocimiento de hijos adulterinos), en los dos años siguientes a la fecha de disolución del matrimonio por efecto de la muerte del cónyuge, siempre que ésta ocurriera después de haber alcanzado la mayor edad; y en el caso del número 2.º del artículo 269 (sentencia y documentos) dos años después de alcanzar firmeza la sentencia o de descubrirse los documentos. En cambio la acción de declaración de la maternidad era imprescriptible.

En la declaración de paternidad, la acción debía ser promovida por el hijo y sólo si éste muriera después de haberla interpuesto, podía ser proseguida por sus descendientes. En cambio, en materia de declaración de maternidad se permitía la posibilidad de ejercicio de la acción por los descendientes.

(74) Las variaciones introducidas en el artículo 273 son muy pequeñas. Por una parte, como en casi toda la reforma, la vieja terminología de "patría potestad" se sustituye simplemente por la de "potestad". De otra parte, donde antes se decía el "juez tutelar" ahora se dice simplemente el "juez".

(75) En el artículo 274 se mantiene lo que antes era el párrafo primero. Se han suprimido en cambio los restantes párrafos, en los que se decía: "Sobre la admisibilidad, decide el tribunal en sala de consejo, mediante decreto, a instancia de quien pretende promover la acción, oído el Ministerio Público y las partes personalmente, siempre que hayan comparecido y después de recibir las informaciones que sean del caso. El decreto no está sujeto a ninguna reclamación. La investigación sumaria llevada a cabo por el tribunal, se realiza sin publicidad alguna y debe ser mantenida secreta. El tribunal, antes de

*Artículo 118.* Se deroga el artículo 275 del C. C. (76).

*Artículo 119.* El párrafo segundo del artículo 277 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 277.* El Juez puede también dictar las providencias que estime convenientes para el mantenimiento, la instrucción y la educación de los hijos y para la tutela de sus intereses patrimoniales (77).

*Artículo 120.* El artículo 278 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 278 (Investigación de la paternidad o de la maternidad).* La investigación sobre la paternidad o sobre la maternidad no se admite en aquellos casos en que, conforme al artículo 251, está prohibido el reconocimiento de los hijos incestuosos.

Puede, sin embargo, ser admitida por el Juez cuando ha existido delito de raptó o de violación en el tiempo correspondiente a la concepción (78).

*Artículo 121.* El artículo 279 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 279 (Responsabilidad por el mantenimiento y la educación).* En todos aquellos casos en que no es posible ejercitar la acción de declaración judicial de paternidad o de maternidad, el hijo natural puede actuar para obtener el mantenimiento, la instrucción y la educación. Si el hijo natural es mayor de edad y se encuentra en estado de necesidad, puede actuar para obtener alimentos.

La acción se admite previa autorización del Juez otorgada conforme al artículo 274.

La acción puede ser promovida en interés del hijo menor por un curador especial nombrado por el Juez a instancia del Ministerio Público o del padre que ejercita la potestad (79).

*Artículo 122.* El artículo 280 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 280 (Legitimación).* La legitimación atribuye al que ha nacido fuera matrimonio la cualidad de hijo legítimo.

La legitimación se produce por subsiguiente matrimonio de los padres del hijo natural o por mandato judicial (80).

---

admitir la acción, puede, si se trata de menor o de otra persona incapaz, nombrarle un curador especial que le represente en el juicio.

(76) El artículo 275 contenía el establecimiento de una pena pecuniaria para los casos de inadmisibilidad de la acción.

(77) La modificación es puramente lingüística y consiste en sustituir la palabra "allevamiento" por "mantenimiento".

(78) El antiguo artículo 278 decía "Prohibición de investigación sobre la paternidad o maternidad. No se admite la investigación sobre la paternidad y sobre la maternidad en los casos en que está prohibido el reconocimiento. La investigación se excluye también en aquellos casos en que, por virtud del artículo 251 y del párrafo tercero del artículo 252, es inadmisibile el reconocimiento".

(79) En el antiguo artículo 279 se establecía un derecho de alimentos en el caso de hijos que no pudieran ejercitar la acción de declaración de la filiación, siempre que concurriera alguno de estos hechos: que la paternidad o la maternidad resultaran indirectamente de sentencia civil o penal, dependieran de matrimonio declarado nulo o estuvieran contenidas en una no equívoca declaración escrita de los padres.

(80) En el artículo 280 se sustituye únicamente la segunda de las causas o de los cauces de la legitimación del hijo, que en lugar de ser el decreto real pasa a ser el mandamiento (provedimento) del juez.

*Artículo 123.* El artículo 281 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 281 (Prohibición de legitimación).* No puede ser legitimado el hijo que no puede ser reconocido (81).

*Artículo 124.* El artículo 283 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 283 (Efectos y momento de producción de los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio).* El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio adquiere los derechos de los hijos legítimos desde el día del matrimonio si había sido reconocido por ambos padres en el acta del matrimonio o con anterioridad a él o desde el día del reconocimiento si éste se ha producido después del matrimonio (82).

*Artículo 125.* El artículo 284 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 284 (Legitimación por mandato judicial).* La legitimación puede concederse por mandato del Juez sólo si se corresponde con los intereses del hijo y además si concurren las siguientes condiciones:

1.º Que haya sido pedida por el padre o por uno de ellos y que el padre haya cumplido la edad indicada en el párrafo 5.º del artículo 250.

2.º Que para el padre exista imposibilidad o gravísimo obstáculo para legitimar al hijo por subsiguiente matrimonio.

3.º Que exista consentimiento del otro cónyuge si el demandante está unido en matrimonio y no está legalmente separado.

4.º Que dé su consentimiento el hijo que se desea legitimar si ha cumplido dieciséis años o el otro padre o el curador especial, si el hijo es menor de dieciséis años, salvo que haya sido reconocido.

La legitimación puede pedirse aunque existan hijos legítimos o legitimados.

En tal caso el Presidente del Tribunal debe oír a los hijos legítimos o legitimados si su edad es superior a los dieciséis años (83).

*Artículo 126.* El artículo 285 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 285 (Condiciones para la legitimación después de la muerte de los padres).* Si uno de los padres ha expresado en testamento o en documento público su voluntad de legitimar al hijo natural, éste puede, después de la muerte de aquél, demandar la legitimación si en dicho momento subsistía la condición prevista en el número 2.º del artículo anterior.

---

(81) El artículo se simplifica, pues antes decía: "Ni por subsiguiente matrimonio ni por decreto real puede ser legitimado el hijo que no pueda ser reconocido".

(82) El artículo 283 es en su texto idéntico al anterior, aunque se suprime la reserva que en él se hacía respecto a la aplicación del artículo 252 acerca de la fecha de producción de los efectos del reconocimiento de los hijos adulterinos cuando éste se llevaba a cabo mediante decreto real. Vid. supra, nota 63.

(83) El antiguo artículo 284 decía: "La legitimación puede concederse mediante decreto real cuando concurren las siguientes condiciones: 1) que sea pedida por los progenitores o por uno de ellos y que el solicitante haya alcanzado la edad indicada en el párrafo segundo del artículo 250 (que era de dieciocho años y ahora pasa a ser de dieciséis); 2) que el progenitor que la pida no tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de éstos; 3) que el progenitor se encuentre en la imposibilidad, o al menos ante un gravísimo obstáculo, para legitimar al hijo por subsiguiente matrimonio; 4) que concorra el asentimiento del otro cónyuge si el solicitante está unido en matrimonio.

En este caso debe darse traslado de la demanda a los ascendientes, descendientes y al cónyuge o, a falta de ellos, a dos de los más próximos parientes del padre que se encuentren dentro del cuarto grado (84).

*Artículo 127.* El artículo 287 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 287 (Legitimación con base en el poder para contraer matrimonio).* En aquellos casos en que se admite la celebración del matrimonio por poder, cuando concurren las condiciones de la legitimación por subsiguiente matrimonio, se puede pedir la legitimación del hijo natural por mandamiento judicial con base en el poder para contraer matrimonio siempre que éste no hubiera podido celebrarse por la sobrevenida muerte del mandante.

Cuando los hijos no habían sido reconocidos, para demandar la legitimación es necesario que resulte del poder la voluntad de reconocerlos o de legitimarlos (85).

*Artículo 128.* El artículo 288 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 288 (Procedimiento).* La demanda de legitimación, acompañada con los documentos justificativos, debe dirigirse al Presidente del Tribunal en cuya circunscripción tenga su residencia el demandante.

El Tribunal, oído el Ministerio Público, tras comprobar la subsistencia de las condiciones establecidas en los artículos anteriores, debiera en Sala de Consejo sobre la demanda de legitimación.

El Ministerio Público y las partes pueden, dentro del plazo de veinte días contados desde la notificación, presentar recurso ante la Corte de apelación, la cual, después de reclamados los autos del tribunal, deliberará en Sala de Consejo oyendo al Ministerio Público.

En todo caso, la sentencia que acoge la demanda se anota al pie del acta de nacimiento del hijo (86).

*Artículo 129.* El artículo 289 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 289 (Acciones ejercitables después de la legitimación).* La legitimación por mandamiento judicial no impide la acción ordinaria para la contestación del estado de hijo legitimado por falta de las condiciones indicadas en el número primero del artículo 284 y en los artículos 285, 286 y 287, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 263.

Si falta la condición indicada en el número 3.º del artículo 284 la contestación sólo puede ser intentada por el cónyuge cuyo consentimiento haya faltado (87).

*Artículo 130.* El artículo 290 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 290 (Efectos y momento de producción de la legitimación por mandato del Juez).* La legitimación por mandato del Juez produce los mis-

(84) En el antiguo artículo 285 se exigía la subsistencia de las condiciones establecidas con los números 2 y 3 del artículo 284. La notificación de la demanda se hacía genéricamente a los parientes dentro del cuarto grado.

(85) Fuera de alguna levisima modificación gramatical, la reforma consiste únicamente en sustituir el decreto real por el mandamiento judicial.

(86) Las modificaciones en el procedimiento son consecuencia de las modificaciones de la competencia para pronunciar la legitimación.

(87) El antiguo artículo 289 establecía un recurso ante el Consejo de Estado contra el decreto real que, naturalmente, ahora desaparece y permitía cómo ahora también se permite la posibilidad de impugnar la legitimación en sede judicial.

mos efectos que la legitimación por subsiguiente matrimonio, pero sólo desde la fecha del mandato y frente al padre respecto del cual la legitimación se ha concedido.

Si el mandato se produce después de la muerte del padre, los efectos se retrotraen a la fecha de la muerte, siempre que la demanda de legitimación no se presente después de un año de tal fecha (88).

*Artículo 131.* El artículo 293 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 293 (Prohibición de adopción de los hijos nacidos fuera de matrimonio).* Los hijos nacidos fuera de matrimonio no pueden ser adoptados por sus padres.

Sin embargo, no puede declararse la nulidad de adopción si en el momento en que ésta se produjo la cualidad del hijo natural del adoptado no resultaba de reconocimiento o de declaración judicial.

Si el adoptado es un hijo natural no reconocible, la nulidad de la adopción puede ser declarada siempre (89).

*Artículo 132.* El artículo 297 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 297 (Consentimiento de los cónyuges y del padre).* Para la adopción es necesario el consentimiento del padre del adoptado y el consentimiento del cónyuge del adoptante y del adoptado, si están casados y no separados legalmente.

Cuando se negare el consentimiento previsto en el párrafo anterior, el tribunal, oídos los interesados y a instancia del adoptante, si considera que la negativa es injustificada o contraria al interés del adoptando, puede pronunciar igualmente la adopción, salvo que se trate del consentimiento del padre que ejerce la potestad o del cónyuge del adoptante o del adoptando que conviva con ellos. Del mismo modo el tribunal puede pronunciar la adopción cuando sea imposible obtener el consentimiento por incapacidad o imposibilidad de encontrar a la persona llamada a expresarlo (90).

*Artículo 133.* El artículo 301 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 301 (Potestad y administración de los bienes del adoptado).* La potestad sobre el adoptado y su correspondiente ejercicio competen al adoptante.

El adoptante tiene la obligación de mantener al adoptado, de instruirle y de educarle, conforme a lo prescrito en el artículo 147.

Si el adoptado tiene bienes propios, la administración de los mismos durante la menor edad del adoptado corresponde al adoptante, quien no tendrá usufructo legal sobre ellos, pero podrá emplear las rentas para los gastos de

---

(88) Se sustituye únicamente el viejo decreto real por el mandamiento judicial.

(89) El párrafo primero y segundo son idénticos a los de la redacción anterior. En ésta existía un párrafo tercero que ahora se suprime. Decía así: "El reconocimiento posterior a la adopción no produce efecto, sino a los fines de la legitimación." Por último, hay que señalar que en el antiguo párrafo cuarto, similar al actual tercero, se decía que "si el adoptado es un hijo natural no reconocible, cuya filiación resulte de uno de los modos indicados en el artículo 279, la nulidad de la adopción puede ser declarada siempre".

(90) El antiguo artículo 297 decía: "Si el adoptando o el adoptante están casados, es necesario siempre el consentimiento del cónyuge. Es necesario además el consentimiento de los progenitores del adoptando".



mantenimiento, instrucción y educación del menor con la obligación de invertir el excedente de modo fructífero.

Se aplican las disposiciones del artículo 382 (91).

*Artículo 134.* El artículo 303 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 303 (Cesación de la potestad del adoptante).* Si cesa el ejercicio de la potestad por parte del adoptante o adoptantes, el tribunal, a instancia del adoptado, de sus parientes o afines, del Ministerio Público o incluso de oficio, puede dictar las providencias oportunas en orden al cuidado de la persona del adoptado, su representación y la administración de sus bienes, ordenando si lo considera conveniente que el ejercicio de la potestad vuelva a ser asumido por los padres (92).

*Artículo 135.* El artículo 310 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 310 (Cesación de los efectos de la adopción).* Los efectos de la adopción cesan:

- 1) Por matrimonio entre las personas ligadas por el vínculo de adopción.
- 2) Por legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante.
- 3) Por reconocimiento del hijo adoptivo por parte del adoptante (93).

*Artículo 136.* La rúbrica del título IX del libro I del C. C. se sustituye por la siguiente: "De la potestad de los padres".

*Artículo 137.* El artículo 315 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 315 (Deberes de los hijos hacia los padres).* Los hijos deben respetar a los padres y contribuir, en proporción con su patrimonio y sus ingresos, al mantenimiento de la familia mientras convivan con ella (94).

*Artículo 138.* El artículo 316 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 316 (Ejercicio de la potestad de los padres).* Los hijos están sujetos a la potestad de los padres hasta la mayor edad o la emancipación.

La potestad se ejercita de común acuerdo por ambos padres.

En caso de contradicción sobre cuestiones de particular importancia, cada uno de los padres puede recurrir sin formalidad alguna al juez indicando cuáles son las medidas que considere más idóneas.

Si existe un peligro de grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar aquellas medidas que sean urgentes y no admitan demora.

El Juez, oídos los padres y el hijo si es mayor de catorce años, sugerirá las determinaciones que considere más útiles para el interés del hijo y la unidad familiar. Si la contradicción subsiste, el Juez atribuirá el poder de

(91) El texto es muy similar al anterior si se prescinde de la ya comentada sustitución de la expresión patria potestad por la más escueta de potestad. Además en el anterior artículo 301 había un párrafo tercero que ahora desaparece. Decía así: "Si la mujer adopta al hijo de su propio marido, el ejercicio de la patria potestad corresponde al marido."

(92) Se sustituye "patria potestad" por "potestad". Se sustituye también "juez tutelar" por el "tribunal". Se suprime el párrafo primero del antiguo artículo 303, que decía: "Cuando la adopción ha sido hecha por ambos cónyuges, el ejercicio de la patria potestad pasa a la mujer si cesa la patria potestad del marido."

(93) La causa tercera es nuevo.

(94) El artículo 315 decía: "El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar a los padres."

decisión a aquel de los padres a quien considere en el caso particular como el más idóneo para cuidar del interés del hijo (95).

*Artículo 139.* El artículo 317 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 317 (Impedimento de uno de los padres).* En caso de alejamiento, de incapacidad o de cualquier otro tipo de impedimento que haga imposible a uno de los cónyuges el ejercicio de la potestad, la ejercerá de modo exclusivo el otro.

La potestad común de los padres no cesa cuando los hijos son confiados a uno solo de ellos, como consecuencia de separación, de disolución, de anulación o de cesación de los efectos civiles del matrimonio. En tal caso, el ejercicio de la potestad se regula de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155 (96).

*Artículo 140.* Después del artículo 317 del C. C. se inserta el siguiente:

*Artículo 317 bis (Ejercicio de la potestad).* La potestad sobre el hijo natural corresponde al progenitor que le ha reconocido.

Si el reconocimiento ha sido hecho por ambos padres, el ejercicio de la potestad les corresponde conjuntamente si hubiera convivencia entre ellos, aplicándose en tal caso las disposiciones del artículo 316. Si los padres no conviven entre sí, el ejercicio de la potestad le corresponde a aquel de los padres con el cual convive el hijo y, si no convive con ninguno, al primero que hubiera hecho el reconocimiento. El Juez, en exclusivo interés del hijo, puede disponer diversamente y puede también excluir del ejercicio de la potestad a ambos padres y proceder al nombramiento de un tutor.

El progenitor que no ejercita la potestad tiene el poder de vigilar la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo menor.

*Artículo 141.* El artículo 318 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 318 (Abandono de la casa del progenitor).* El hijo no puede abandonar la casa del progenitor que ejercite sobre él la potestad o la morada que éste le haya asignado. Cuando se marche de ella sin permiso, el progenitor puede reclamarle recurriendo si fuera necesario al juez tutelar (97).

*Artículo 142.* Se deroga el artículo 319 del C. C. (98).

*Artículo 143.* El artículo 320 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 320 (Representación y administración).* Los padres conjuntamente o el que de ellos ejercite de modo exclusivo la potestad representan al hijo nacido y al concebido en todos los actos civiles y administran sus bienes. Los actos de ordinaria administración, con excepción de los contratos mediante los cuales se conceden o se adquieren derechos personales de goce, pueden ser realizados separadamente por cada progenitor.

(95) El artículo 316 decía: "El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayor edad o emancipación. Esta potestad se ejercita por el padre. Después de la muerte del padre, y en los demás casos establecidos por la ley, la ejercita la madre."

(96) El artículo 317 se refería sólo al "impedimento del padre" y decía que "en el caso de ausencia o de otro impedimento que haga imposible al padre el ejercicio de la patria potestad, ésta la ejercita la madre".

(97) El antiguo artículo 318 se refería a la casa paterna o aquella que el padre le hubiera destinado al hijo y la facultad de reclamación y de recurso ante el Juez era exclusivamente del padre.

(98) El derogado artículo 319 reconocía la facultad del padre de colocación del hijo en un instituto correccional con autorización del Presidente del Tribunal.

En los casos de desacuerdo o de ejercicio disconforme con las decisiones concordadas, se aplican las disposiciones del artículo 316.

Los padres no pueden enajenar, hipotecar o dar en prenda los bienes recibidos por el hijo, por cualquier título, incluso por causa de muerte, aceptar o renunciar herencias o legados, aceptar donaciones, preceder a la disolución de comunidades, contratar préstamos o arrendamientos de más de nueve años de duración, ejecutar cualquier acto que exceda de la ordinaria administración, ni promover, transigir o comprometer en arbitrios juicios relativos a tales actos, sino por necesidad o utilidad evidente del hijo y con autorización del Juez tutelar.

Los capitales no pueden ser cobrados sin autorización del Juez tutelar que determinará el empleo de los mismos.

El ejercicio de una empresa comercial no puede ser continuado, sino con autorización del tribunal, previo dictamen del Juez tutelar. Este último puede autorizar el ejercicio provisional de la empresa hasta que el tribunal haya deliberado sobre la solicitud.

Si surgiere conflicto de intereses patrimoniales entre los hijos sujetos a la misma potestad o entre ellos y los padres o el que de éstos ejercite la potestad de modo exclusivo, el Juez tutelar nombrará al hijo un curador especial.

Si el conflicto surgiere entre el hijo y uno solo de los padres que ejerza la potestad, la representación del hijo corresponderá exclusivamente al otro progenitor (99).

*Artículo 144.* El artículo 321 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 321 (Nombramiento de curador especial).* En todos aquellos casos en que los padres conjuntamente o el que de ellos que ejerza de modo exclusivo la potestad, no puedan o no quieran realizar uno o varios actos que sean de interés para el hijo y excedan de la ordinaria administración, el Juez, a requerimiento del hijo, del Ministerio Público o de alguno de los parientes que tenga interés en ello y oído el padre, puede nombrarle al hijo un curador especial, autorizándole para la realización de tales actos (100).

*Artículo 145.* El artículo 322 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 322 (Inobservancia de las anteriores disposiciones).* Los actos realizados, sin observar las normas de los artículos anteriores del presente título,

---

(99) El precepto mantiene la misma estructura que el antiguo texto, con la diferencia de que lo que antes estaba referido exclusivamente al padre, ahora pasa a estarlo a ambos progenitores. Son, por consiguiente, nuevas las facultades separadas de realización de actos de ordinaria administración, con excepción de los actos de otorgamiento de derechos personales de goce y la aplicación en caso de disconformidad del artículo 316. Se incluyen también dentro del marco de los actos que deben ser autorizados la aceptación o renuncia de herencia y legados y la aceptación de donaciones que antes se referían sólo a las de carácter modal u oneroso.

(100) El artículo 321 es enteramente nuevo, como se desprende de su supuesto de hecho. El anterior artículo 321, ahora refundido en el 320, se refería a la negativa del padre a aceptar herencias, legados o donaciones y a la posibilidad de que lo hiciera, mediante autorización del juez, la madre o cualquier otro ascendiente.

pueden ser anulados a instancia del padre que ejerza la potestad del hijo y de sus herederos o causahabientes (101).

*Artículo 146.* El artículo 323 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 323 (Actos prohibidos a los padres).* Los padres que ejerzan la potestad sobre el hijo no pueden, aunque sea en subasta pública, convertirse en adquirentes de modo directo o por persona interpuesta de los bienes y derechos del menor.

Los actos realizados en violación de las prohibiciones, previstas en el apartado anterior, podrán ser anulados a instancia del hijo y de sus herederos o causahabientes.

El progenitor que ejerce la potestad no puede convertirse en cesionario de ningún derecho o crédito contra el menor (102).

*Artículo 147.* El artículo 324 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 324 (Usufructo legal).* Los padres que ejercen la potestad tienen en común el usufructo de los bienes del hijo.

Los frutos percibidos se destinarán al mantenimiento de la familia y a la instrucción y educación de los hijos.

No están sometidos al usufructo legal:

- 1) Los bienes adquiridos por el hijo con el producto de su propio trabajo.
- 2) Los bienes dejados o donados al hijo para emprender una carrera, arte o profesión.
- 3) Los bienes legados o donados con la condición de que los padres que ejerzan la potestad, o uno cualquiera de ellos, no tengan el usufructo de los mismos, aunque tal condición no surtirá efecto respecto de los bienes que correspondan al hijo a título de legítima.
- 4) Los bienes que el hijo adquiera por herencia, legado o donación aceptada en interés del hijo contra la voluntad de los padres que ejerzan la potestad. Si uno sólo de estos hubiera sido favorable a la aceptación, el usufructo legal le corresponde exclusivamente a él (103).

*Artículo 148.* El artículo 325 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 325 (Obligaciones inherentes al usufructo legal).* El usufructo legal está gravado con las obligaciones propias del usufructuario (104).

*Artículo 149.* El artículo 326 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 326 (Inalienabilidad del usufructo legal. Ejecución sobre los frutos).* El usufructo legal no puede ser objeto de enajenación, de prenda o de hipoteca, ni de ejecución por parte de los acreedores.

La ejecución sobre los frutos de los bienes del hijo por parte de los acreedo-

(101) La única modificación es decir "padres" donde antes decía simplemente "padre".

(102) La diferencia entre el texto antiguo y el nuevo es la misma señalada en la nota anterior.

(103) Las diferencias son también las mismas señaladas en las notas anteriores. Fuera de ellas la novedad real consiste en la obligación de destino de los frutos al mantenimiento de la familia y a la instrucción y educación de los hijos.

(104) Como consecuencia del destino obligatorio, se suprime del artículo 325 el gravamen de los gastos de mantenimiento, educación e instrucción que anteriormente se mencionaba en este artículo.

res de los padres o del que de ellos sea titular exclusivo no puede tener lugar por deudas que el acreedor supiera que habían sido contraídas para fines extraños a las necesidades de la familia (105).

*Artículo 150.* El artículo 327 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 327 (Usufructo legal de uno solo de los padres).* El padre que ejercita de un modo exclusivo la potestad es el único titular del usufructo legal (106).

*Artículo 151.* El artículo 328 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 328 (Nuevas nupcias).* El progenitor que pasa a nuevas nupcias conserva el usufructo legal, pero con la obligación de conservar en favor del hijo el excedente respecto de los gastos de mantenimiento, instrucción y educación de este último (107).

*Artículo 152.* El artículo 330 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 330 (Decadencia de la potestad sobre los hijos).* El Juez puede declarar la decadencia de la potestad cuando el padre viole o descuide los deberes inherentes a ella o abuse de los correlativos poderes con grave perjuicio del hijo.

En tal caso, por motivos graves, el Juez puede ordenar el apartamiento del hijo de la residencia familiar (108).

*Artículo 153.* Se deroga el artículo 331 del C. C. (109).

*Artículo 154.* El artículo 332 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 332 (Reintegración en la potestad).* El Juez puede reintegrar en la potestad al padre que hubiera decaído en ella, si una vez cesadas las razones por las cuales se pronunció, se excluye todo peligro de perjuicio para el hijo (110).

*Artículo 155.* El artículo 333 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 333 (Conducta de los padres perjudicial para los hijos).* Cuando la conducta de uno o de ambos padres no sea tal que dé lugar a la declaración de decadencia prevista en el artículo 330, pero aparezca como perjudicial para el hijo, el Juez, según las circunstancias, puede adoptar las medidas que estime convenientes y puede incluso disponer su apartamiento de la residencia familiar.

Tales medidas son revocables en cualquier momento (111).

(105) Como en los artículos anteriormente citados, no hay sustitución más que de la palabra "padre" por la palabra "padres".

(106) El antiguo artículo 327 se refería al usufructo legal de la madre, declarándolo aplicable lo dispuesto en los artículos anteriores cuando ella ejercitaba la patria potestad y declarando igualmente que el usufructo legal pasaba a ella en aquellos casos en que la potestad fuera ejercitada por el padre, si éste queda excluido del usufructo por causas especiales.

(107) En la redacción anterior el usufructo legal cesaba por causa de las nuevas nupcias.

(108) El antiguo artículo 330 decía: "El tribunal puede declarar la decadencia de la patria potestad cuando el progenitor viole o descuide con grave perjuicio de los hijos los deberes inherentes a aquélla."

(109) El artículo derogado se refería al paso de la patria potestad a la madre.

(110) La única diferencia entre el texto antiguo y el nuevo es que en el antiguo se hablaba de tribunal y en el nuevo se habla de Juez.

(111) La diferencia entre ambos textos consiste en que en el antiguo se hablaba de progenitor en singular y en el actual se habla de uno o ambos.

*Artículo 156.* El artículo 334 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 334 (Remoción de la Administración).* Cuando el patrimonio del menor sea mal administrado, el tribunal podrá establecer las condiciones a que los padres hayan de atenerse en la administración y podrá también remover a ambos padres o a uno solo de ellos de dicha administración y privarles en todo o en parte del usufructo legal.

Quando se disponga la remoción de ambos padres, la administración se confiará a un curador (112).

*Artículo 157.* El artículo 336 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 336 (Procedimiento).* Las medidas indicadas en los artículos anteriores se adoptarán a instancia del otro padre, de los parientes o del Ministerio Público y, cuando se trate de revocar deliberaciones anteriores, a instancia también del padre interesado.

El Tribunal decidirá en Sala de Consejo una vez recibidas las informaciones oportunas y oído el Ministerio Público. En aquellos casos en que las medidas se reclamen contra el padre, debe ser también oído este último.

En los casos de urgente necesidad el Tribunal podrá adoptar incluso de oficio medidas provisionales en interés del hijo (113).

*Artículo 158.* El artículo 337 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 337 (Vigilancia del Juez tutelar).* El Juez tutelar debe vigilar el cumplimiento de las condiciones que el tribunal haya establecido para el ejercicio de la potestad y para la administración de los bienes (114).

*Artículo 159.* Se derogan los artículos 338, 339, 340 y 341 del C. C. (115).

*Artículo 160.* El artículo 347 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 347 (Tutela de varios hermanos).* Cuando los hermanos o hermanas sean varios se nombrará un solo tutor, salvo que circunstancias especiales aconsejen el nombramiento de más de uno. Si existe conflicto de intereses entre menores sujetos a la misma tutela, el Juez tutelar nombrará a los menores un curador especial (116).

*Artículo 161.* Se deroga el número 3 del artículo 352 del C. C. (117).

*Artículo 162.* Se deroga el artículo 359 del C. C. (118).

*Artículo 163.* La rúbrica del título XI del libro I del C. C. se sustituye

padres. Como en el caso del artículo anterior, antes las facultades eran del tribunal y ahora son del Juez.

(112) Las diferencias son las mismas señaladas en las notas anteriores.

(113) La única diferencia es que en el texto anterior se decía la madre donde ahora se dice el otro progenitor.

(114) Se sustituye únicamente patria potestad por potestad.

(115) Los artículos derogados versaban, respectivamente, sobre: condiciones impuestas a la madre superstite por el padre en testamento (artículo 338) curador del nasciturus (artículo 339), notificación de las nuevas nupcias de la madre al tribunal y decisión de éste sobre la administración (artículo 340) y responsabilidad del nuevo marido (artículo 341).

(116) La diferencia es gramatical, pues la facultad del Juez tutelar de nombrar curador especial se producía antes mediante remisión al artículo 320, que ahora no puede hacerse al haber sido aquél modificado.

(117) El número tercero del artículo 352 contenía la posible excusa de la mujer para asumir o continuar el ejercicio de la tutela.

(118) El artículo 359 se refería a los casos de posibilidad de internamiento del menor en instituto correccional a instancias del organismo tutelar.

por la siguiente: "Del prohijamiento y de la colocación de menores" (119).

*Artículo 164.* El artículo 405 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 405 (Asentimiento de los cónyuges para el prohijamiento).* Si el solicitante está casado, es necesario el consentimiento del cónyuge, salvo en los casos de separación personal.

Si el cónyuge se encuentra sin posibilidades para dar su consentimiento, el Juez puede autorizar por graves motivos el prohijamiento.

*Artículo 165.* El artículo 406 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 406 (Procedimiento para el prohijamiento).* Antes de proveer a la demanda de prohijamiento el Juez tutelar debe recoger las informaciones que sean oportunas sobre las condiciones familiares, morales y económicas del solicitante, sobre el modo con que ha cuidado del mantenimiento e instrucción del menor y sobre las condiciones físicas, morales e intelectuales de éste. Debe además oír al instituto en el cual el menor hubiere estado recogido o por el cual hubiese sido asistido, a sus más próximos parientes, al propio menor y al cónyuge del solicitante si estuviera separado.

El Juez puede estatuir reglas relativas al mantenimiento, instrucción y educación del menor. La resolución que estima la demanda del prohijamiento debe ser homologada por el tribunal con audiencia del ministerio público y anotada al margen del acta de nacimiento.

*Artículo 166.* El artículo 409 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 409 (Efectos del prohijamiento).* El prohijamiento atribuye los poderes inherentes a la potestad de los padres.

El autor del prohijamiento debe mantener al prohijado, así como instruirle y educarle de conformidad con lo prescrito en el artículo 147. Son también aplicables las disposiciones del artículo 301, párrafo tercero y del 302.

El cónyuge del que ha realizado el prohijamiento puede obtener en la forma ya indicada que tal cualidad se le atribuye también a él.

Si el menor ha sido prohijado por dos cónyuges, el ejercicio de los poderes inherentes a la patria potestad corresponde a ambos (121).

*Artículo 167.* El artículo 411 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 411 (Extinción del prohijamiento).* En los casos de reintegración del padre a la potestad y de legitimación o de reconocimiento del menor, el Juez tutelar deliberará sobre si el interés del menor consiste en que continúe el prohijamiento o en conferir a los padres el ejercicio de la potestad. En este último caso declara extinguido el prohijamiento.

Sin embargo, el prohijamiento no puede declararse extinguido sin el consentimiento del que lo realizó, en el caso de reconocimiento de un menor cuyo

(119) La rúbrica anterior era: "De los menores confiados a la asistencia pública o privada y del prohijamiento."

(120) El artículo 405 decía: "Si el solicitante es casado, es necesario el consentimiento del cónyuge. Si el cónyuge se encuentra en la imposibilidad de manifestar su voluntad o si, existiendo separación legal, rehusa darlo, el Juez tutelar puede, por graves motivos, autorizar el prohijamiento, aún a falta del consenso."

(121) La diferencia entre los textos consiste en que se sustituye patria potestad por potestad, en que la anterior referencia al artículo 301 pasa a ser el párrafo tercero en vez del párrafo cuarto y en que, según el párrafo final, la potestad corresponde a ambos cónyuges.

prohijamiento se hubiera hecho como consecuencia de haber sido confiado el menor a la mencionada persona por parte de una institución de asistencia pública, salvo que existan graves y fundados motivos.

Si el prohijamiento continúa, el prohijado a quien se hubiera sido atribuido el apellido de la persona que lo prohijó no toma el del padre.

El Juez tutelar puede en todo caso establecer reglas o condiciones para la ulterior educación del menor (122).

*Artículo 168.* El artículo 433 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 433 (*Personas obligadas*). Están obligadas a prestar alimentos por el mismo orden que se enumeran:

- 1) El cónyuge.
- 2) Los hijos legítimos o legitimados o naturales o adoptivos y, a falta de ellos, los descendientes próximos de los mismos, aunque sean naturales.
- 3) Los padres y, a falta de ellos, los ascendientes próximos, aunque sean naturales, así como el adoptante.
- 4) El yerno y la nuera.
- 5) El suegro y la suegra.
- 6) Los hermanos y las hermanas germanos o unilaterales con precedencia de los germanos sobre los unilaterales (123).

*Artículo 169.* Se deroga el artículo 435 del C. C. (124).

*Artículo 170.* El artículo 436 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 436 (*Obligaciones entre adoptantes y adoptado*). El adoptante debe alimentar al hijo adoptivo con precedencia sobre los padres legítimos o naturales de éste (125).

*Artículo 171.* El artículo 467 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 467 (*Noción*). La representación hace subentrar a los descendientes legítimos o naturales en el lugar y grado de su ascendiente, en todos aquellos casos en que este último no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado.

En la sucesión testamentaria existe la representación cuando el testador no hubiera previsto el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado y siempre que no se trate de un legado de usufructo o de otro de naturaleza personal (126).

(122) En la redacción anterior el prohijamiento se declaraba extinguido cuando el progenitor del prohijado, decaído de la patria potestad o impedido para ejercitarla, era reintegrado en ella y se permitía la deliberación del Juez tutelar sólo en los casos de legitimación o reconocimiento.

Es también nuevo todo el párrafo segundo.

(123) La única diferencia se encuentra en los números dos y tres. El número dos decía: "El hijo legítimo o legitimado y a falta de éste los descendientes próximos." El número tres decía: "El padre y a falta de éste los ascendientes próximos."

(124) En el artículo 435 se regulaba la obligación de alimentos entre los padres y los hijos naturales, subordinándolo en rango jurídico con una norma cuyo sentido ahora desaparece al haberse producido la equiparación en el 433.

(125) El texto es idéntico al párrafo primero del antiguo artículo 436.

Se suprime el párrafo segundo en el que se decía: "El hijo adoptivo debe alimentos al adoptante en concurrencia con los hijos legítimos."

(126) La única diferencia es que en el texto antiguo se concedía derecho



*Artículo 172.* El artículo 536 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 536. (Legitimarios).* Las personas a favor de las cuales reserva la ley una cuota de la herencia u otros derechos en la sucesión son: el cónyuge, los hijos legítimos, los hijos naturales y los ascendientes legítimos.

A los hijos legítimos se equiparan los legitimados y los adoptivos.

En favor de los descendientes de los hijos legítimos o naturales, que entren en la sucesión en lugar de estos últimos, la ley reserva los mismos derechos reservados a los hijos legítimos o naturales (127).

*Artículo 173.* El artículo 537 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 537 (Reserva en favor de los hijos legítimos y naturales).* Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 542, si el padre deja un sólo hijo legítimo o natural, se reserva éste la mitad del patrimonio.

Si los hijos son varios, se les reserva una cuota de dos tercios que se divide por parte iguales entre todos los hijos legítimos o naturales.

Los hijos legítimos pueden satisfacer en dinero o en bienes e inmuebles hereditarios la porción correspondiente a los hijos naturales que no se opongan a ello. En caso de oposición decidirá el Juez valorando las circunstancias personales y patrimoniales (128).

*Artículo 174.* El artículo 538 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 538 (Reserva en favor de los ascendientes legítimos).* Si quien muere no deja hijos legítimos ni naturales, pero sí ascendientes legítimos, se reserva en favor de éstos una tercera parte del patrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 544.

En caso de pluralidad de ascendientes, la reserva se repartirá entre los mismos según el criterio previsto en el artículo 569.

*Artículo 175.* Se deroga el artículo 539 del C. C. (129).

*Artículo 176.* El artículo 540 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 540 (Reserva en favor del cónyuge).* A favor del cónyuge se reserva la mitad del patrimonio del otro cónyuge, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 542 para el caso de concurso con los hijos.

Al cónyuge, aun en el caso de que concorra con otros llamados, se le reserva el derecho de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar y el derecho de uso sobre los muebles en ella existentes, si fueran de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan la porción disponible y cuando ésta no sea suficiente, respecto del remanente gravan la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente las cuotas reservadas a los hijos (130).

---

de representación sólo a los descendientes legítimos y ahora se incluye también a los hijos naturales.

(127) La única modificación que se introduce en el texto del artículo 536 consiste en el orden con que se mencionan los legitimarios. Antes eran: hijos legítimos, ascendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge.

(128) Se regula conjuntamente la legítima de los hijos legítimos y naturales que además se divide entre todos ellos por partes iguales. Como consecuencia de ello se introduce el párrafo final del artículo que antes estaba en el artículo 541 como facultad de los hijos legítimos.

(129) El derogado artículo 539 es el que establecía la legítima de los hijos naturales.

(130) La legítima del cónyuge deja de ser usufructuaria y pasa a ser en propiedad, aunque, como consecuencia de ello, experimenta una reducción,

*Artículo 177.* Se deroga el artículo 541 del C. C. (131).

*Artículo 178.* El artículo 542 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 542. (Concurso de cónyuge e hijos).* Si el difunto deja además de cónyuge un solo hijo legítimo o natural, a este último se le reserva un tercio del patrimonio, correspondiendo al cónyuge otro tercio.

Cuando los hijos legítimos o naturales sean más de uno se les reserva conjuntamente la mitad del patrimonio, y corresponde al cónyuge una cuarta parte del patrimonio del difunto. La división entre todos los hijos legítimos y naturales se efectúa por partes iguales.

Se aplica el párrafo tercero del artículo 537.

*Artículo 179.* Se deroga el artículo 543 del C. C. (132).

*Artículo 180.* El artículo 544 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 544. (Concurso de ascendientes legítimos y de cónyuge).*—Cuando el difunto no deja ni hijos legítimos ni hijos naturales, pero sí ascendientes legítimos y cónyuge, se reservará a este último la mitad del patrimonio y a los ascendientes una cuarta parte.

En los casos de pluralidad de ascendientes, la cuota de reserva atribuida a éstos, de acuerdo con el párrafo anterior, se reparte entre ellos conforme al criterio previsto por el artículo 569.

*Artículo 181.* Se derogan los artículos 545, 546 y 547 del C. C. (133).

*Artículo 182.* El artículo 548 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 548 (Reserva en favor del cónyuge separado).* El cónyuge al cual no haya sido declarada imputable la separación mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 151, tiene los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado.

El cónyuge a quien haya sido declarada imputable la separación con sentencia con fuerza de cosa juzgada tiene derecho únicamente a una pensión vitalicia si en el momento de la apertura de la sucesión recibía alimentos a cargo del cónyuge fallecido. La pensión se determinará de acuerdo con la importancia del caudal hereditario y con la cualidad y número de los herederos legítimos, sin que pueda ser superior a la prestación alimenticia que se recibía. La misma disposición se aplica en el caso en que la separación haya sido declarada imputable a ambos cónyuges (134).

*Artículo 183.* El artículo 565 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 565 (Categorías de herederos).* En la sucesión legítima la herencia se defiere al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, a los colaterales, a los demás parientes y al Estado, por el orden y según las reglas establecidas en el presente título (135).

---

pues pasa de los dos tercios a la mitad. Es nuevo también el derecho de habitación y de uso de los muebles.

(131) El derogado artículo 541 trataba del supuesto de concurrencia de hijos legítimos y naturales que ha quedado ahora refundido en el artículo 537.

(132) Vid. anterior nota 130.

(133) Se trataba una serie de hipótesis de concurrencia de legitimarios refundidas ahora en las reglas anteriores.

(134) La primera parte del nuevo artículo 548 desarrolla las reglas que resultaban antes del juego de este artículo con el 585. El segundo párrafo, en cambio, constituye una innovación.

(135) Se simplifica y al mismo tiempo se reordena la enumeración de los

*Artículo 184.* Los capítulos I y II del Título II del Libro II del C. C. se unifican con la siguiente titulación: "De la sucesión de los parientes".

En consecuencia, los capítulos III y IV de dicho Título II del Libro II se transforman, respectivamente en los capítulos II y III, quedando invariables las rúbricas (136).

*Artículo 185.* El artículo 586 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 586 (Sucesión de los hijos legítimos y naturales).* Al padre y a la madre les suceden los hijos legítimos y naturales por partes iguales.

Se aplica el párrafo tercero del artículo 537 (137).

*Artículo 186.* El artículo 571 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 571 (Concurso de padres o ascendientes con hermanos y hermanas).* Si con los padres o con un solo de ellos concurren hermanos o hermanas de doble vínculo del difunto, son admitidos todos a la sucesión por cabezas, si bien en ningún caso la cuota en que sucedan los padres o uno de ellos deba ser inferior a la mitad.

Si hay hermanos o hermanas de vínculo sencillo cada uno de estos debe recibir la mitad de la cuota que recibe cada uno de los hermanos de doble vínculo o los padres, dejando a salvo, en todo caso, la cuota de la mitad en favor de estos últimos.

Si ambos padres no pueden o no quieren suceder y hay ascendientes de ulterior grado, se defiere a estos últimos, del modo determinado por el artículo 569, la cuota que habría correspondido a uno de los padres por falta del otro (138).

*Artículo 187.* Se derogan los artículos 574, 575 y 576 del C. C. (139).

*Artículo 188.* El artículo 580 del C. C. se sustituye por el siguiente.

*Artículo 580 (Derechos de los hijos naturales no reconocibles).* A los hijos naturales que tengan derecho a la manutención, instrucción y educación con arreglo al artículo 279 les corresponde una pensión vitalicia igual al importe de la renta de la cuota de herencia a la que hubieran tenido derecho si su filiación hubiese sido declarada o reconocida.

Los hijos naturales tienen derecho a obtener, a su instancia, la capitalización de la pensión que les corresponde con arreglo al párrafo anterior, en dinero, o a elección de los herederos legítimos, en bienes hereditarios (140)

*Artículo 189.* El artículo 581 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 581 (Concurso del cónyuge con los hijos).* Cuando con el cónyuge

---

heredero abintestato. Antes era: descendientes legítimos, ascendientes legítimos, colaterales, parientes naturales, cónyuge y Estado.

(136) En la redacción anterior se regulaba separadamente la sucesión de los parientes legítimos (capítulo 1.º) y la sucesión de los hijos naturales y de sus parientes (capítulo 2.º) que ahora se refunden.

(137) Se establece el principio de igualdad sucesoria de los hijos legítimos y de los hijos naturales, aunque con la reserva de la aplicación del tercer párrafo del artículo 537.

(138) El artículo es sustancialmente idéntico al antiguo.

(139) Los artículos derogados trataban de supuestos de concurrencia de los hijos naturales con otros sucesores, innecesarios ahora en virtud de la equiparación.

(140) El derecho de los hijos naturales no reconocibles a la pensión vitalicia es sustancialmente igual a la que establecía el derecho anterior. Es en cambio nuevo el párrafo segundo.

concurren hijos legítimos o hijos naturales o hijos legítimos y naturales, el cónyuge tiene derecho a la mitad de la herencia si concurre a la sucesión con un solo hijo y a un tercera parte en los demás casos (141).

*Artículo 190.* El artículo 582 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 582 (Concurso del cónyuge con ascendientes legítimos, hermanos y hermanas).* Al cónyuge se le defieren los dos tercios de la herencia si concurre con ascendientes legítimos o con hermanos o hermanas, aunque éstos sean de vínculo sencillo o con unos y otros conjuntamente. En este último caso, la parte restante se defiere a los ascendientes y a los hermanos y hermanas, según las disposiciones del artículo 571, dejando a salvo en todo caso a los ascendientes el derecho a una cuarta parte de la herencia (142).

*Artículo 191.* El artículo 583 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 583 (Sucesión del cónyuge exclusivamente).* A falta de hijos legítimos o naturales y de ascendientes y hermanos o hermanas, se defiere al cónyuge toda la herencia (143).

*Artículo 192.* El artículo 584 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 584 (Sucesión del cónyuge putativo).* Cuando el matrimonio hubiera sido declarado nulo después de la muerte de uno de los cónyuges, al cónyuge superviviente de buena fe le corresponderá la cuota atribuida al cónyuge por las disposiciones anteriores. Se aplican además las disposiciones del párrafo segundo del artículo 540.

Ello, no obstante, quedará excluido de la sucesión cuando la persona de cuya herencia se trate estuviera ligada por matrimonio válido en el momento de la muerte (144).

*Artículo 193.—*El artículo 585 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 585 (Sucesión del cónyuge separado).* El cónyuge a quien no haya sido declarada imputable la separación con sentencia con fuerza de cosa juzgada tiene los mismos derechos sucesorios que el cónyuge no separado.

En el caso en que la separación haya sido declarada imputable al cónyuge, con sentencia con fuerza de cosa juzgada, se aplican las disposiciones del párrafo segundo del artículo 548 (145).

*Artículo 194.—*Se deroga el artículo 593 del C. C. (146).

*Artículo 195.—*El artículo 594 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 594 (Pensión de los hijos naturales no reconocibles).* Los herederos, los legatarios y los donatarios están obligados, en proporción a cuanto hayan recibido, a satisfacer a los hijos naturales de que trata el artículo 279 una pensión vitalicia dentro de los límites establecidos por el artículo 580, si

(141) El derecho sucesorio del cónyuge pasa a ser en propiedad en lugar de en usufructo.

(142) Se aumenta sustancialmente la cuota del cónyuge en estos casos.

(143) Anteriormente la herencia entera pasaba al cónyuge sólo a falta de parientes dentro del cuarto grado, mientras que, en concurrencia con ellos, recibía tres cuartas partes de la herencia.

(144) La norma es sustancialmente idéntica a la antigua, salvo la referencia al segundo párrafo del artículo 540.

(145) Vid. anterior nota 133.

(146) El antiguo artículo 593 que ahora se deroga contenía una limitación a la posibilidad de recibir por testamento impuesta al hijo natural no reconocido.

el padre no hubiera dispuesto nada por donación o testamento en favor de tales hijos. Si el padre hubiera realizado alguna disposición en favor de tales hijos, pueden éstos renunciar a la disposición y pedir la pensión vitalicia (147).

*Artículo 196.* Se deroga el artículo 595 del C. C. (148).

*Artículo 197.* El artículo 692 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 692 (*Sustitución fideicomisaria*). Cualquiera de los padres o de los demás ascendientes en línea recta y al cónyuge del incapacitado pueden instituir, respectivamente, al hijo, descendiente o cónyuge con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes, incluidos los que constituyan la legítima, en favor de las personas o de los entes que, bajo la vigilancia del tutor, hayan tenido cuidado del incapacitado.

Las mismas disposiciones se aplican en el caso del menor de edad, que se encontrara en condiciones de habitual enfermedad mental tales que hagan presumir que en el término indicado por el artículo 416 se producirá la declaración de incapacitación.

En el caso de que las personas o entes de que trata el párrafo primero sean varias, los bienes se atribuirán entre ellos proporcionalmente al tiempo durante el cual los mismos hayan tenido a su cuidado al incapacitado.

La sustitución queda privada de efecto en el caso de que la incapacitación se deniegue o el correspondiente procedimiento no se haya comenzado dentro de los dos años siguientes al cumplimiento de la mayor edad por el menor habitualmente enfermo mental. Queda también privada de efecto en el caso de revocación de la incapacitación o cuando las personas o los entes hayan violado los deberes de asistencia.

En cualquier otro caso la sustitución es nula (149).

*Artículo 198.* Se deroga el párrafo tercero del artículo 963 del C. C.

*Artículo 199.* El artículo 696 del C. C. se sustituye por el siguiente:

Artículo 696 (*Delación en favor del sustituto*). La herencia se defiere al sustituto en el momento de la muerte del instituido.

Si las personas o los entes que hubieran tenido a su cuidado al incapaz mueren o se extinguen antes de la muerte de éste, los bienes o las porciones de los mismos que les corresponderían se defieren a los sucesores legítimos del incapaz (150).

(147) Vid. artículo 580 y allí nota.

(148) El artículo 595 contenía una limitación de la capacidad del cónyuge del binubo para recibir por testamento de este último en la porción disponible. Consistía dicha limitación en no poder recibir más de lo que recibiera el menos favorecido de los hijos del anterior matrimonio.

(149) El nuevo artículo 692 convierte en sustitución fideicomisaria y además, según parece, en la única sustitución fideicomisaria ahora posible, la que en nuestro derecho llamamos sustitución pupilar. En cambio, el anterior artículo 692 permitía la sustitución fideicomisaria normal, siempre que ésta se impusiera al propio hijo, sobre la porción disponible y en favor de los descendientes de éste o en favor de un ente público. También podía imponerse a los hermanos o hermanas del testador en favor de sus descendientes o de un ente público.

(150) Tanto la reforma de este artículo como la del 693 son consecuencia de la nueva configuración que se da a la sustitución fideicomisaria.

*Artículo 200.* Se deroga el artículo 716 del C. C. (151).

*Artículo 201.* El artículo 737 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 737 (Sujetos obligados a la colación).* Los hijos legítimos y naturales y sus descendientes legítimos y naturales y el cónyuge que concurra a la sucesión, deben colacionar con sus coherederos todo aquello que hubieran recibido del difunto por donación directa o indirectamente, salvo que el difunto les hubiera dispensado de ello.

La dispensa de colación sólo produce efectos dentro de los límites de la cuota disponible (152).

*Artículo 202.* El artículo 738 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 738 (Límites de la colación por el cónyuge).* No están sometidas a colación las donaciones de valor módico hechas al cónyuge.

*Artículo 203.* El artículo 740 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 740 (Donaciones hechas a los ascendientes de los herederos).* Los descendientes que sucedan por representación deben colacionar lo que les hubiera sido donado a sus ascendientes incluso en el caso de que hayan renunciado a la herencia de éstos (153).

*Artículo 204.* El artículo 741 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 741 (Colación de atribuciones diversas).* Está sometido a colación lo que el difunto haya gastado a favor de sus descendientes como consecuencia de atribuciones hechas por causa de matrimonio, para ponerle en condiciones de ejercitar una actividad productiva o profesional, por satisfacción de primas relativas a seguros de vida a su favor o para pagar sus deudas (154).

*Artículo 205.* Se derogan los artículos 780 y 2.140 del C. C. (155).

*Artículo 206.* El artículo 2.647 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 2.647 (Constitución del fondo patrimonial y separación de bienes).* Deben ser transcritos, cuando tengan por objeto bienes inmuebles, la constitución del fondo patrimonial, las convenciones matrimoniales que excluyan bienes de la comunidad entre los cónyuges, los actos y resoluciones judiciales de disolución de la comunidad, los actos de adquisición de bienes privativos realizados con arreglo a las letras C, D, E y F del artículo 179, a cargo, respecti-

---

(151) El artículo 716 que se deroga, se refería a la división de los bienes constitutivos al patrimonio familiar.

(152) Aunque la redacción que se le da al artículo es nueva, se mantiene prácticamente el espíritu de la norma antigua donde existía también colación entre hijos legítimos y naturales. Lo más importante es la limitación de la dispensa de colación del párrafo segundo. La dispensa no tenía antes límite alguno en relación con los hijos legítimos. Respecto de los hijos naturales, el antiguo artículo 738 decía que éstos no podían conseguir en la sucesión más de lo indicado en el artículo 592, teniendo en cuenta para ello lo que hubieran recibido por donación. Tampoco podían retener la donación más allá de los límites del indicado artículo cuando por renuncia o por otra causa no concurrían a la sucesión.

(153) Desaparece el párrafo segundo del antiguo artículo 740, según el cual a los descendientes del hijo natural, si se sucedían por representación, se les aplicaba el párrafo tercero del artículo 738 (ver nota anterior).

(154) Desaparece la referencia al acto de constitución de la dote, mencionada antes en este artículo.

(155) El artículo 780 prohibía las donaciones hechas por el padre al hijo natural no reconocible.

vamente, del cónyuge titular del fondo patrimonial o del cónyuge titular del bien excluido o que deja de formar parte de la comunidad.

Las transcripciones previstas en el párrafo anterior deben hacerse también respecto de los bienes inmuebles que en momentos posteriores entren a formar parte del patrimonio familiar o resulten excluidos de la comunidad entre los cónyuges.

La transcripción de la vinculación derivada del fondo patrimonial constituido por testamento, deberá ser realizada de oficio por el registrador al mismo tiempo que la transcripción de la adquisición por causa de muerte (156).

*Artículo 207.* El artículo 2.685 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 2.685 (Otros actos sujetos a transcripción).* Se deben transcribir las divisiones y los demás actos mencionados en el artículo 2.646, la constitución del fondo patrimonial y los demás actos mencionados en el artículo 2.467, la aceptación de la herencia y la adquisición del legado que supongan adquisición de los derechos indicados en los números primero y segundo del artículo 2.684 o liberación de los mismos.

La transcripción produce los efectos establecidos para los inmuebles (157).

*Artículo 208.* El artículo 2.817 del C. C. se sustituye por el siguiente:

*Artículo 2.817 (Personas a quien compete).* Tienen hipoteca legal:

1) El enajenante sobre los inmuebles enajenados, respecto del cumplimiento de las obligaciones que derivan del acto de enajenación.

2) Los coherederos, consocios y demás personas que dividan entre sí bienes comunes, respecto del pago de las sumas de nivelación, sobre los inmuebles adjudicados al condividente al que tales obligaciones incumben.

3) El Estado sobre los bienes del imputado y de la persona civilmente responsable del delito según las disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal (158).

*Artículo 209.* Se derogan los artículos 2.833, 2.832 y 2.849 del C. C. (159).

*Artículo 210.* En el número 2 del artículo 2.941 del C. C. las palabras "patria potestad" se sustituyen por estas otras: "Potestad de que trata el artículo 316".

## NORMAS FINALES Y TRANSITORIAS

*Artículo 211.* El cónyuge a quien le hayan sido confiados los hijos tiene derecho en todo caso a percibir las pensiones familiares para los hijos tanto

---

(156) El artículo 2.647 trataba antes de la constitución del vínculo dotai, de la comunidad entre cónyuges y del patrimonio familiar en orden a su transcripción en el registro público inmobiliario.

(157) El artículo 2.685, en materia de bienes muebles susceptibles de publicidad formal, ordenaba la transcripción de la constitución del vínculo dotai y de la comunidad entre cónyuges.

(158) Se suprime la hipoteca legal de la mujer sobre los bienes del marido por la dote.

(159) Los artículos derogados regulaban la hipoteca legal mencionada en la nota anterior.

si tiene derecho a ellas en virtud de una relación de trabajo personal suya como si el titular de las mismas fuera el otro cónyuge.

*Artículo 212.* El término de siete años previsto por el artículo 3, número 2, letra B, párrafo 3.º, de la Ley de 1.º de diciembre de 1970, número 898, para demandar la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, se aplica frente al cónyuge a quien con sentencia con fuerza de cosa juzgada le haya sido declarada imputable exclusivamente la separación personal, en el sentido del artículo 151, párrafo segundo del C. C., cuando sobre ello exista oposición del otro cónyuge.

*Artículo 213.* El artículo 32 de las disposiciones para la actuación del C. C. y disposiciones transitorias aprobadas por Real Decreto de 30 de marzo de 1942, núm. 318, se sustituye por el siguiente:

“El ministerio Público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos al fondo patrimonial.”

*Artículo 214.* El artículo 33 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“En el caso previsto en el artículo 183 del C. C., el Tribunal, en sala de consejo, decide mediante decreto, a instancia del otro cónyuge y oído el Ministerio Público.”

*Artículo 215.* El artículo 34 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“Sobre la demanda del hijo natural para obtener la manutención, instrucción y educación de que trata el artículo 279, párrafo primero del C. C., conocerá el Tribunal de Menores”.

*Artículo 216.* Después del artículo 34 de las disposiciones de actuación del C. C. se inserta el siguiente:

Artículo 34 bis. El notario autorizante debe, en el término de treinta días, desde la fecha del matrimonio o desde la fecha del documento público de modificación de la convención o de la fecha de la homologación en los casos previstos en el párrafo segundo del artículo 163 del C. C., reclamar la anotación al margen del acta de matrimonio, de la convención matrimonial o del acto de modificación de ésta.

En el mismo término debe reclamar la anotación de que trata el último párrafo del artículo 163 del C. C.

*Artículo 217.* El artículo 35 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“El reconocimiento de que trata el párrafo segundo del artículo 259 del C. C. lo autorizará el Tribunal de Menores si el hijo a reconocer es menor.”

Sobre la demanda de legitimación, de adopción o de revocación de la adopción del menor de edad, resuelve el Tribunal de Menores.

*Artículo 218.* El artículo 36 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“La renuncia a la nacionalidad de que trata el artículo 143-ter del Código debe hacerse ante el funcionario del estado civil del lugar donde la renunciante resida y ser transcrita en el registro de nacionalidad.

Cuando el renunciante resida en el extranjero, la renuncia debe hacerse ante el agente diplomático o consular del lugar de residencia. El agente lo



transcribirá en el correspondiente registro e inmediatamente remitirá copia al Ministerio del Interior, que se ocupará por medio de la autoridad competente, de su transcripción en el registro de nacionalidad.”

*Artículo 219.* La mujer que por efecto de su matrimonio con extranjero o de la modificación de la nacionalidad por parte del marido haya perdido la ciudadanía italiana antes de entrar en vigor la presente Ley, la podrá recuperar mediante declaración hecha ante la autoridad competente conforme al artículo 36 de las disposiciones de actuación del C. C.

Se deroga cualquier norma de la Ley de 13 de junio de 1912, núm. 555, que sea incompatible con las disposiciones de la presente Ley.

*Artículo 220.* El artículo 37 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“La inscripción en el Registro previsto en el artículo 314 del C. C. se realiza sin gastos.

La inscripción de la sentencia que revoca la adopción debe anotarse además al margen de la inscripción del decreto de adopción.”

*Artículo 221.* El artículo 38 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“Son de competencia de los tribunales de menores las medidas contempladas por los artículos 84, 90, 171, 194, párrafo 2.º, 250, 252, 262, 264, 303, 316, 317 bis, 330, 332, 333 334, 335 y 371, párrafo último, del Código.

Se dictarán por los tribunales ordinarios las decisiones respecto de las cuales no está establecida la competencia de una autoridad judicial diferente.

En todo caso, el tribunal decide en sala de consejo y oído el Ministerio Público.

Cuando la medida la toma el Tribunal de Menores, la reclamación contra ella se propondrá ante la Sección del Tribunal de Apelación de Menores.”

*Artículo 222.* El artículo 41 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“Las medidas previstas en el artículo 145 del C. C. son de competencia del pretor del lugar en el que está establecida la residencia familiar o, cuando ésta falte, del lugar de domicilio de uno de los cónyuges.”

*Artículo 223.* El artículo 51 de las disposiciones de actuación del C. C. se sustituye por el siguiente:

“En el registro de tutelas se debe anotar, en secciones especiales para cada menor, las medidas emanadas del tribunal de menores conforme a los artículos 252, 262, 279, 316, 317 bis, 330, 332, 333, 334 y 335 del Código.

A tal fin, la Cancillería del Tribunal que haya dictado la medida debe transmitir copia de la misma en papel común, dentro de diez días, a la oficina del juez tutelar de la circunscripción en que el menor tenga su domicilio, para que se haga la prescrita anotación.”

*Artículo 224.* Las causas de invalidez de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley y las correspondientes acciones se regulan por las disposiciones anteriores.

*Artículo 225.* En el caso previsto en el penúltimo párrafo del artículo 128 del C. C. el hijo adquiere el estado de hijo legítimo, aunque el matrimonio

haya sido declarado nulo con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

*Artículo 226.* Las disposiciones sobre la separación personal, incluidas las de naturaleza patrimonial, se aplican a los matrimonios anteriores y a los juicios en trámite en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley.

Al proveer sobre las demandas de revisión de las disposiciones patrimoniales con arreglo a la presente Ley, el Juez debe tener en cuenta también los acuerdos existentes entre las partes como consecuencia de la separación consensual homologada con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

*Artículo 227.* Las dotes y los patrimonios familiares constituidos antes de la entrada en vigor de la presente ley continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

*Artículo 228.* Las familias que ya estuvieran constituidas en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, transcurrido el término de dos años desde dicha fecha, quedarán sometidas al régimen de la comunidad legal respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a tal fecha, a menos que dentro del referido plazo uno de los cónyuges manifieste su voluntad contraria mediante documento autorizado por Notario o ante el funcionario del Estado Civil del lugar en el que se hubiere celebrado el matrimonio.

Dentro del mismo término podrán los cónyuges convenir que los bienes adquiridos con anterioridad a la fecha indicada en el párrafo primero se sujeten al régimen de la comunidad, dejando a salvo los derechos de los terceros.

Los actos de que trata el presente artículo, incluidas las transferencias eventuales o consiguientes de derechos, quedan exentas de los impuestos y tasas y los honorarios profesionales relativos a ellos se reducirán a la mitad. Tales actos no podrán ser opuestos a los terceros si no han sido anotados al margen del acta de matrimonio.

*Artículo 229.* Las disposiciones sobre desconocimiento de la paternidad, comprendidas las relativas a la legitimación activa de la madre y del hijo, se aplican también a los hijos nacidos antes de la fecha de entrada en vigor de la presente ley.

La acción del padre podrá ejercitarse si en tal fecha no hubiera transcurrido el término establecido por la ley predicha, el cual queda prorrogado en la mitad si, en la referida fecha, restara menos de un mes para su total transcurso.

La acción de la madre debe referirse a los hijos menores de edad y ser propuesta dentro de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de la presente ley. Dentro del mismo término debe ser ejercitada la acción del hijo, si el término establecido por la ley respecto de él finalizara con anterioridad.

*Artículo 230.* Las disposiciones de la presente ley, relativas al reconocimiento de hijos naturales, se aplican también a los hijos nacidos o concebidos antes de su entrada en vigor.

El reconocimiento de hijos naturales, realizado antes de tal fecha, fuera de los casos en que se admitía según las leyes anteriores, no podrá ser anu-

lado, si en el momento en que se hizo concurrían las condiciones para que fuera admisible según las disposiciones de la presente ley.

Tal reconocimiento vale también a los efectos de la sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la presente ley, siempre que los derechos sucesorios de los hijos no hayan sido excluidos por sentencia con efecto de cosa juzgada o definidos mediante convención entre los interesados o no hayan transcurrido tres años desde la apertura de la sucesión sin que el hijo haya hecho valer algún derecho hereditario sobre los bienes de la sucesión.

*Artículo 231.* En el caso de reconocimiento de menores que en la fecha de entrada en vigor de la presente ley hubieran sido prohijados o confiados al cuidado de otras personas conforme a la ley número 431 de 5 de junio de 1967, el tribunal decidirá teniendo en cuenta el interés moral y material del menor.

*Artículo 232.* Las disposiciones de la presente ley, relativas a las acciones de declaración judicial de paternidad y maternidad, así como las acciones previstas en el artículo 279 del C. C., se aplican también a los hijos nacidos o concebidos antes de su entrada en vigor.

*Artículo 233.* La legitimación por mandato del Juez se aplica también a los hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley.

Desde dicha fecha no podrán proseguir los procedimientos para la legitimación por Decreto del Jefe del Estado, pero la presentación de la demanda de legitimación, hecha con arreglo a las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta a los efectos del párrafo segundo del artículo 290 del C. C.

*Artículo 234.* Las disposiciones del artículo 310 del C. C. se aplican también en los casos en que la adopción se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, con independencia del momento en que haya ocurrido el reconocimiento.

*Artículo 235.* Desde la entrada en vigor de la presente ley dejan de tener eficacia las condiciones establecidas por el padre, conforme al derogado artículo 338 del C. C., para la educación de los hijos y para la administración de los bienes y no podrán iniciarse o proseguirse acciones por la inobservancia de tales condiciones.

Desde la misma fecha cesará de derecho en su cargo el curador del concebido y no nacido.

*Artículo 236.* Desde la entrada en vigor de la presente ley dejan de tener eficacia los mandatos del tribunal dictados con arreglo al derogado artículo 340 del C. C. y no podrán iniciarse o proseguirse acciones por la inobservancia, anteriormente producida, de tales mandatos.

*Artículo 237.* Las disposiciones de los artículos 580 y 594 del C. C. se aplican también a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la presente ley si los derechos de los hijos naturales no reconocibles no hubieran sido definidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante convención.

*Artículo 238.* Las disposiciones del artículo 692 del C. C. se aplican también la sucesión abierta antes de la entrada en vigor de la presente ley, a menos que la nulidad de la sustitución hubiese sido pronunciada mediante sentencias con eficacia de cosa juzgada.

Con la excepción prevista en el párrafo anterior, las sustituciones fideicomisarias anteriores a la entrada en vigor de la presente ley, quedan reguladas por las disposiciones anteriores.

*Artículo 239.* Desde la entrada en vigor de la presente ley no puede pronunciarse la nulidad prevista por el derogado artículo 780 del C. C., respecto de los actos anteriores.

*Artículo 240.* La presente ley entrará en vigor 120 días después de su publicación en la "Gaceta Oficial".

G. T. M.

## NOTAS CRITICAS

1.—JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I: *Las legítimas. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Vol. LVIII. Instituto de Estudios Jurídicos. XXXII + 1324 páginas (de éstas 90 de índices y fe de erratas). Dividido en dos partes o subvolumenes. (La primera llega hasta la página 726).

La difícil materia de las legítimas es agotada por el ilustre notario don Juan Vallet de Goytisoló en una obra verdaderamente magistral. En ella se nos ofrece un panorama completo del Derecho español sobre esta materia, no sólo en el momento actual, sino también en la evolución histórica, no únicamente en el Código civil, sino en todas las legislaciones vigentes en España. La doctrina, la ley y la jurisprudencia son armoniosamente contempladas y nos presenta un interesante cuadro.

Consta de un principium y doce capítulos (agrupados en títulos), que por su extensión deben de ser considerados en realidad como verdaderos libros o partes.

El capítulo I trata del significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar y, en unión con el II, relativo al panorama y clasificación de los sistemas legitimarios integra el título I de la obra dedicado a consideraciones preliminares. En el primero de aquéllos (significado jurídico-social), después de contraponer los dos sistemas extremos de la acumulación hereditaria forzosa y de la división hereditaria obligatoria se ocupa del que se atiene a la libertad de testar, dentro del que incluye el de las legítimas que responden a un sistema de libertad relativa. Pasa seguidamente a estudiar el fundamento de las legítimas, tratando primeramente el aspecto histórico del problema, pues examina la discusión de los autores de Derecho común sobre la vinculación de las legítimas a un Derecho natural y la polémica mantenida sobre esta materia entre los autores castellanos de los siglos XVI y XVII. Gran interés ofrece el examen de la discusión que tuvo lugar en los momentos de la codificación nuestra. En favor de la libertad de testar considera los argumentos de carácter individualista (Derechos de personalidad y libertad, Derecho de propiedad), de carácter familiar (que se reducen al hecho de fortalecer esta institución), de carácter político (libertad de los pueblos) y de utilidad social (que tienen carácter práctico). En favor de las legítimas, estudia las razones de tipo individualista (basadas en un principio de igualdad), de tipo jurídico (copropiedad familiar, fideicomiso tácito y deberes de paternidad), de tipo político (democracia) y de orden económico práctico (favorece la movilización de la propiedad).

Para Vallet "lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto..., hay que valorar el clima social moral de la época y lugar, las costumbres y los usos

vividios e incluso el mismo objeto o contenido de la herencia en cuestión, netamente influido cuando se traduce en bienes raíces por la geografía física y económica en que se hallan ubicados". Desarrolla minuciosamente esta tesis y dedica una especial atención a la diferenciación de lo rústico y lo urbano (Roca) y a los patrimonios estáticos y dinámicos (Radbruch).

El capítulo II trata del panorama y clasificación de los sistemas legislativos de legítimas. Después de referirse a la influencia de los aspectos sociológico, geográfico, político, de ambiente moral y de mentalidad jurídica, y abordar otros problemas que pueden condicionar la clasificación, diversifica los susodichos sistemas:

1.º Bajo aspecto teleológico con visión sociológica (de concentración forzosa, de distribución igualitaria forzosa, de la conservación de los bienes en la familia y del aseguramiento de alimentos "post mortem").

2.º Por su regulación material o formal. (Puramente formales, materiales y formales a la vez, materiales con requisitos formales, meramente formales).

3.º Por el contenido. ("Pars valoris, pars valoris bonorum, pars valoris bonorum quia in specie heres solvere debet, pars bonorum, pars hereditatis", referida a bienes propios o troncales o sujetas a reversión o alimentos simbólicos).

4.º Por su aspecto cuantitativo (cortas, largas).

5.º Por sus destinatarios y la distribución entre ellos (individuales, colectivas o electivas).

6.º Por su aspecto funcional (de reglamentación negativa-freno, como porción forzosa de la sucesión "ab intestato", como "tertium genus", distinto de la sucesión testada o intestada y de carácter totalmente forzoso).

El título II, elementos personales de las legítimas, sólo comprende el capítulo III: Sujetos beneficiarios de las legítimas individuales y colectivas.

Se ocupa primeramente de los hijos y descendientes legítimos que estudia dentro del régimen del Código civil, en el Derecho aragonés, en el especial de Baleares y Cataluña, en el Derecho civil foral del infanzonado de Vizcaya, Llodio y Aramayona, en la legislación civil de la tierra de Ayala y en el Derecho foral de Navarra.

a) Código civil: Ofrecen especial interés las analogías con la sucesión intestada, las relaciones con la indignidad (Vallet aboga por la aplicación de todas las causas que la determinan a los legitimarios siempre que no hayan existido reconocimiento o remisión y se declaren en sentencia firme), la aplicación del Derecho de representación (para lo que debe distinguirse la porción de atribución testamentaria, la correspondiente "ab intestato", la pretendida distribución directa legal a los hijos del incapaz y del justamente desheredado y los derechos que confiere el "status" de legitimario) y la carencia de derechos por parte de los descendientes legítimos de los herederos que renunciaron.

b) Derecho civil aragonés: Destaca la existencia de una legítima colectiva forzosa distribuible individualmente de modo discrecional que se complementa con la facultad de pedir alimentos por parte de los que queden en esta situación legal.

c) Baleares: Complementa los textos legales sosteniendo que los nietos son legitimarios en caso de premoriencia o privación de legítima de los padres.

d) Cataluña: Destaca la extensión de la representación a los supuestos de indignidad y desheredación justa.

e) Vizcaya, Llodio y Aramayona: Hace resaltar el carácter efectivo de la legítima colectiva, aunque la individual se difumine con el apartamiento.

f) Tierra de Ayala: En donde, según Vallet, la legítima es sólo simbólica o formal.

g) Navarra: En la que considera existente una amplísima libertad de testar con legítimas formales o simbólicas.

Trata después de los derechos de los adoptados distinguiendo los regímenes:

Del Código civil en donde el adoptado es equiparado a los legítimos, pero sin poder percibir más que el menos favorecido de éstos y sin que los naturales reciban menos que el adoptivo. En cuanto a los padres y ascendientes naturales pierden sus derechos sobre los hijos adoptados, pero no éstos respecto de aquéllos.

De Mallorca y Menorca cuyas lagunas hay que llenar con el Código civil.

De Cataluña, con equiparación a los legítimos en la herencia del adoptante, pero sin que puedan representarles los descendientes, y conservando sus derechos en la familia natural.

En Navarra, donde les corresponde la legítima formal y simbólica.

En Aragón, en cuya legislación parece que carecen de derechos, aunque esta tesis sea dudosa después de 1970.

En Vizcaya, donde no se les atribuye derecho alguno.

Sigue el estudio de los derechos de los padres y ascendientes legítimos cuyas legítimas.

En el Código civil tienen carácter subsidiario y se atribuyen por grados y líneas sin admitirse la representación.

Gozan, en el mismo orden de éste, de la simbólica en la tierra de Ayala.

Es también subsidiaria en Mallorca y Menorca, en donde en defecto del padre premuerto heredan los ascendientes de grado más próximo.

Se inspira en antecedentes romanos en Cataluña, en cuya región aumentan los derechos de los ascendientes por la sucesión troncal de los impúberes, aún sustituidos pupilarmente.

Y se consagra igualmente en Vizcaya con carácter troncal en cuanto a los bienes raíces de la tierra llana y rigurosamente lineal en los otros casos.

No se admite en Aragón ni en Navarra.

Inmediatamente después trata de la legítima del padre o madre adoptante en el Código civil, Mallorca y Menorca y Cataluña, y la de los colaterales en los bienes troncales de Vizcaya y en la sucesión de los impúberes en Cataluña.

Al exponer la legítima de la familia ilegítima separa la de los hijos naturales y sus descendientes legítimos y los ilegítimos no naturales —distinguiendo entre el régimen del Código civil y el foral—. Un apartado especial se dedica a los derechos de los padres naturales respecto de sus hijos reconocidos o

legitimados por concesión con sendos estudios del régimen del Código, Mallorca y Menorca, y Cataluña.

Excepcional interés revisten las consideraciones sobre los derechos viduales. Se refiere primero a las regiones en que tienen carácter sucesorio. En el Código se ocupa por separado de la cuota usufructuaria, del lecho cotidiano y ropas y vestidos de uso ordinario, y de los alimentos. Refiriéndose a los territorios donde rige el Fuero del Baylio, hace suya la opinión de Arribas Portales que concede al viudo una facultad de elección entre el Fuero y la legítima del Código. Con relación a la Compilación catalana, trata de los vestidos, ropas, lecho, anillo nupcial y joya mitjana —any de plor— y quarta marital. La otra legítima de este grupo es la de Mallorca y Menorca.

Como sistemas jurídicos en los que los derechos viduales se hallan dentro o próximos a las relaciones económico-matrimoniales nos presenta el de Aragón —con su viudedad foral, ventajas forales y derecho a la preterente adjudicación de ciertos bienes—, el de Navarra —con la fealdad que puede incluir la facultad de disposición si resulta de la voluntad del disponente o por pacto— y el de Vizcaya, que cuando a la disolución existen hijos o descendientes legítimos actúa a través de la comunicación foral de bienes y que cuando no los hay sigue la vía del usufructo, que reúne caracteres especiales si se atribuye para permanecer año y día en la casería o hasta la devolución de las aportaciones.

El título III consta únicamente de los capítulos que versan respectivamente sobre el aspecto cualitativo y cuantitativo de las legítimas.

El primero de ellos (IV del libro) está dividido en dos grandes partes o subcapítulos al ocuparse el autor por separado del Código civil y de las legislaciones forales.

Código civil: Cuatro apartados agrupan las materias sobre él estudiadas. I. Legítima de los descendientes y ascendientes legítimos. II. Id. de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos. III. Id. del cónyuge viudo. IV. Id. en alimentos.

Comienza en el primero rechazando la tesis de los autores que consideran a esta legítima como “pars hereditatis” y afirma inmediatamente que una “pars bonorum” es el contenido normal de la legítima del Código civil. Tal conclusión la obtiene tras un concienzudo y agotador examen de los antecedentes históricos contenidos en el Derecho común, en sus comentaristas castellanos, en las fuentes legislativas y en los intérpretes del Derecho Real castellano. También examina las opiniones de los autores modernos dedicando un especial interés —plenamente merecido— a la de Manuel de la Cámara, insigne jurista cuyo trabajo no puede ser olvidado si se quiere estudiar a fondo esta materia. Tras esto se pregunta si la legítima del Código civil es una “pars valoris” o una “pars valoris bonorum”, así como si el testador puede ordenar de un modo general que se pague en dinero. Se trata de una expresión empleada por primera vez por Roca Sastre, cuya labor analiza finamente Vallet, lo mismo que las de Manuel de la Cámara y Guillermo García de Valdecasas. Quizá lo que más preocupe a nuestro autor sea la posibilidad de la conmutación en dinero a uno o varios legitimarios si los bienes quedan en su conjunto en manos de los demás del grupo preferente.



El caballo de batalla es la interpretación y alcance que, según la doctrina, debe de concederse al artículo 829, que no cree pueda considerarse como portador de una regla general favorable al pago en metálico de la legítima de uno o varios colegitimarios cuando resulte ser ésta la voluntad del testador y la sustancia hereditaria quede en otro u otros de los colegitimarios, sino que tiene un carácter excepcional, lo mismo que el 821, párrafo segundo, y el 1.056, también en su segundo párrafo. Tras de examinar las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951 y 28 de mayo de 1958, se pregunta si la autorización para pagar en dinero, total o parcialmente, transforma la legítima en "pars valoris bonorum" o en "pars valoris". Para contestarlo se refiere a los tres artículos anteriormente citados (829, 821 y 1.056) y examina las cuestiones que suscitan:

a) Consecuencias del impago de la compensación en dinero. Inversión de la opción pago en dinero en el supuesto del artículo 1.056, párrafo 2.º ¿Se pierde la mejora cuantitativa?

b) Momento a que debe de atenderse para cifrar en dinero las legítimas a compensar.

c) El supuesto del artículo 1.056, párrafo 2.º, y artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

d) Concepto en que se verifica la atribución de la explotación al legatario, mejorado o asignatario en cuanto al exceso de ésta que debe compensar en dinero.

e) Garantía de la efectividad del pago en dinero de la legítima a favor de los legitimarios a quienes compete.

f) Naturaleza y caracteres de las legítimas que, en los supuestos que examinamos, deben percibirse en metálico.

Para Vallet, en los supuestos de los artículos 821, 829 y 1.056, párrafo 2.º, la legítima es "pars valoris" en cuanto al contenido "que los legitimarios tienen derecho, pero su satisfacción está garantizada por la "reserva" de la "pars bonorum" que primigeniamente les estaba asignada, y de la cual aquélla es traducción dineraria. Tal vez a ese encaje se le pueda llamar "pars valoris bonorum", pero... la expresión se presta a confusión en cuanto a su significado.

La legítima de los hijos naturales en concurrencia con descendientes legítimos también es estudiada a fondo. Para determinar su naturaleza jurídica, nuestro autor, ante todo, trata de esclarecer las siguientes cuestiones: 1) Interpretación literal (en dinero o en otros bienes de la herencia). 2) Finalidad del precepto. 3) Mayor autonomía dispositiva del padre en la determinación del contenido cualitativo de éstas legítimas. 4) Opción para pago en metálico, a falta de disposición del testador, que corresponde sólo a los hijos legítimos. 5) Derecho de éstos a la elección de los bienes con que haya de pagarse a los naturales. 6) No responsabilidad del hijo natural por las deudas hereditarias. 7) Que la determinación cuantitativa debe de seguir las oscilaciones de valor debidas a causas extrínsecas o a las variaciones en el valor de la moneda. 8) La garantía de los hijos naturales como legitimarios.

"En resumen, dice, creemos que la situación del hijo natural... no puede considerarse que sea ni un solo instante la de quien se halla en comunidad

hereditaria. Por ello ni son herederos ni titulares de «pars bonorum», sino acreedores de valor hereditario, sin responsabilidad personal por su pasivo. Valor que ha de serles satisfecho por los hijos legítimos en la forma prevista por la opción que a éstos concede el artículo 840, párrafo 2.º, considerándose como gravamen de la herencia, insito en ella, la obligación legal «in rem scripta» de pagarla”.

Aunque el hijo plenamente adoptado se equipara al legítimo, cree que la exclusión que el artículo 840 realiza, el 179, párrafo 2.º, le priva de la forma de pago que en aquél se permite a éstos para el abono de la legítima de los naturales.

El tercer apartado trata de la legítima del cónyuge viudo. Examina los siguientes problemas:

Si el cónyuge viudo es heredero en cuanto legitimario. Dice Vallet que, en general, ha ido imponiéndose cada vez más vigorosamente la opinión de que el cónyuge viudo, en cuanto legitimario no es heredero, y expone los argumentos que lo abonan (incompatibilidad de las cualidades de heredero y usufructuario, irresponsabilidad en cuanto a las deudas del causante, contraposición legal de los conceptos de heredero y cónyuge, posibilidad de quedar reducida a una entidad numérica).

Posición del cónyuge legitimario respecto de la herencia: sigue para determinarla un sistema de enumeración (facultades en cuanto a la partición, ejercicio de acciones en favor de la comunidad, incapacidad para el cargo de contador partidor, sucesión de arrendamientos, retractos contra él y en su favor).

Contenido. El de los usufructos con ciertas particularidades (extensión a las minas, liberación de fianza, permanencia aún en caso de segundas nupcias, hipotecabilidad a pesar de su carácter legal).

Comutación. Examina: su finalidad y carácter, así como los problemas que suscita el artículo 839 del Código civil (sucesores facultados para hacerlo, posibilidad de excluirla o ejercitarla el testador, si puede ejercitarla o realizarla el contador partidor o el representante, elección por los herederos, facultad del viudo).

Momento de ejercitar la opción y modo de realizarla (antes de efectuarse la partición por mutuo acuerdo o —en su defecto— resolución judicial, posibilidad de abonarse en bienes de la herencia, susceptibilidad de revalorización de la renta).

Afección de todos los bienes de la herencia a la satisfacción de la legítima viudal mientras no sea concretada o conmutada.

El último apartado de este subcapítulo lo dedica a la legítima en alimentos examinando por separado los civiles temporales (viuda embarazada) y naturales (hijos ilegítimos no naturales).

El segundo subcapítulo expone el régimen de las regiones y territorios de Derecho especial o foral. Examina los de Galicia, Aragón, Baleares, Cataluña, Vizcaya con Llodio y Aramayona, Ayala y Navarra.

Galicia: La regla general es que la legítima gallega tiene el mismo contenido que en el Código civil. Como excepción, cuando el testador quiere dejar indivisos un lugar o una explotación, aquélla es una “pars valoris” o una “pars

valoris bonorum”, según la opinión de Roca, cuya efectividad se asegura con la reserva de la “pars bonorum”, siendo aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, y cuando es abonable en rentas sisas o en saco tiene el carácter de un censo que es inscribible en el Registro.

Aragón: Exige un estudio más completo que se divide en cuatro partes (llamémoslas así). La legítima global no es “pars hereditatis”, es una “pars bonorum”, los alimentos civiles indefinidos constituyen el derecho legitimario mínimo de los descendientes legítimos, y, finalmente estudia con detenimiento el usufructo de viudedad.

En cuanto a la primera cuestión coincide con Lacruz en la afirmación de que el legitimario carece de título de heredero sin que sea necesario que ni siquiera uno de los nombrados sea considerado como tal. Sólo cuando hay preterición en total se llega forzosamente a conceder la calidad de heredero al reclamante por la vía de la sucesión intestada.

La segunda la resuelve en el sentido indicado basándose en el artículo 119 de la Compilación, coincidiendo con el profesor antes mencionado, y los alimentos los estudia de acuerdo con el artículo 121 del citado cuerpo legal separando los que pertenecen como consecuencia de la distribución de los bienes hereditarios a los descendientes legítimos de los que, en defecto de aquéllos, correspondan a los hijos naturales reconocidos.

El examen del usufructo de viudedad lo hace prescindiendo de su fase expectante: Considera: a) El comienzo, que se produce “ipso iure” y sin necesidad de inventario y aseguramiento, salvo en los casos contemplados en el artículo 80. b) Su indisponibilidad. Justificando, de acuerdo con Batalla, las enajenaciones de la plena propiedad que hoy reconoce la Compilación. c) Cuyas especialidades en la fase “post mortem” destaca siguiendo a Sancho Rebullida. d) Intervención de los nudo propietarios y posible transformación del usufructo en una renta después de la entrega de los bienes, innovación adoptada en contra del parecer de los notarios y registradores y que defiende Sancho Rebullida. e) Extinción.

Baleares: Después de negar a la legítima el carácter de “pars hereditatis”, afirma que en Mallorca y Menorca es “pars bonorum”, y en Ibiza y Formentera “pars valoris bonorum” en los casos en que sean pagables en dinero. En cuanto a la cuota usufructuaria del cónyuge viudo en Mallorca y Menorca, se plantea la cuestión de su conmutabilidad, problema que resuelve en sentido favorable a su aplicación.

Cataluña: Dedicar gran extensión a los antecedentes históricos de la legislación actual. Trata primeramente de si antes de la Compilación la legítima fue una “pars hereditatis”. Tras referirse a la novela CXV de Justiniano y su derogación por Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Monzón en 1363, recuerda las opiniones de Cáncer (contraria), Fontanella (que en la sucesión de casos concretos opera sobre la “portio bonorum” legitimaria), Tristán (que parece considera los derechos del legitimario como crediticios) y Josephus-Finestres (para quien era “pars hereditatis” o “bonorum”, según el título porque se defiere). Ya en el período codificador expone las de Durán y Bas (el Tribunal Supremo lo considera “pars bonorum” en contra del espíritu de la legislación catalana), Corbella (cohedero que sucede “ab intestato”), Seguer

(que niega a los legitimarios en cuanto tales el carácter de heredero que sólo puede conferir la institución o el "ab intestado") y Falguera (el espíritu de la legislación catalana rechaza toda idea de la continuación de la persona del difunto fuera del heredero universal por él elegido). La jurisprudencia está dividida, pero parece que se inclina a que la legítima no es "pars hereditatis".

En el apartado siguiente examina si antes de la Compilación la legítima fue "pars bonorum". La Constitución de Felipe II en las Cortes de Monzón de 1585 planteó el problema del momento en que había de fijarse la cuantía de la legítima. Fontanella juzgó que el que tenían en el momento del pago, excluyendo solamente los aumentos extrínsecos derivados de la industria del heredero, y su criterio fue seguido por Gibert, Vives y Cebriá, Falguera y Borrell y Soler, Pella y Forgas, Brocá y Amell, Almeda, Corbella y Fontova siguen distintos derroteros. En este ambiente surge la teoría de la "pars valoris bonorum" que profesarían Rosa Sastre (su iniciador) y Puig Brutau.

Estudia a continuación la legítima en la Compilación en donde ha llegado a ser "pars valoris bonorum".

Supuesto general de la legítima "pars valoris bonorum". Para la garantía de los derechos del legitimario, Cáncer concedía acción hipotecaria cuando se había dejado en testamento; Fontanella sólo atribuyó para la legítima acción no hipotecaria, y esta dirección siguieron la Audiencia de Cataluña, Cadafalch y Baguña, y Falguera. Sin embargo, cuando se dejaba como legado se garantizaba con hipoteca general y tácita sobre todos los bienes de la herencia. Al no ser recogida por la Ley Hipotecaria, se originó una sucesión confusa de gran disparidad de criterios hasta que apareció el nuevo artículo 15 de la última reforma que se declara aplicable a los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana. La afección en garantía de los bienes hereditarios configura la legítima como "pars valoris bonorum" y la Compilación insiste en la misma construcción. Roca considera que hay como una hipoteca general y solidaria sobre todos los bienes de la herencia y Sanz una situación análoga a una hipoteca general, pero Navarro Azpeitia dice es un efecto de la legítima, o como dice Roca Sastre, la legítima misma. Para Vallet "es evidente que los autores catalanes no puedan dudar después de la Compilación de que el contenido de la legítima, en general, es en Derecho catalán una "pars valoris bonorum", en el sentido de ser una valor patrimonial en la sucesión del causante, abonable alternativamente en bienes o en dinero y garantizado frente a todos con una afección real de todos los bienes de la herencia".

Están asistidos de acción personal: Los suplementos de legítima como "pars valoris", la cuarta marital en propiedad de la viuda pobre, la cuarta marital que deba satisfacerse en usufructo y los derechos de alimentos de los descendientes ilegítimos sean o no naturales.

Vizcaya, a la que deberán añadirse Llodio y Aramayona: Considera nuestro autor que la legítima global de los hijos es una *pars bonorum* con injerto troncal. Pero la principal particularidad de la legítima vizcaína es su dicho carácter troncal que se concreta en bienes determinados cuando se trata de vizcaínos que residen fuera del territorio foral si hubiere parientes tronqueros, y se trata a falta de descendientes legítimos y naturales en la legítima relativa, a los bienes troncales a favor de los ascendientes y, en su defecto, de los cola-

terales. Debida a la troncalidad, no existe una "succesio in universum ius defuncti", sino diversas masas patrimoniales que se dividen entre los herederos por razón de su origen y de sus formas de adquisición.

En cuanto a la legítima de apartamiento, tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia, han coincidido en estimarla como algo simbólico y puramente formal. Refiriéndose a los usufructos viduales, los que sólo pueden recaer sobre la mitad de los bienes de libre disposición, son derechos de puro contenido económico que carecen de carácter familiar y tocante a los establecidos en el caso de disolverse el matrimonio sin hijos, además de ser temporal, tiene carácter personalísimo y su finalidad es en parte alimentaria y en parte de garantía de la devolución de la dote y aportaciones, y afecta a bienes raíces que normalmente serían troncales.

Ayala: Dado que el algo del apartamiento es simbólico, se le puede aplicar lo que se dijo para Vizcaya.

Navarra: La Sentencia de 2 de enero de 1946 atribuyó a los legitimarios el carácter de herederos en sentido amplio, pero hace notar Vallet que la doctrina (Alonso, Lacarra y Arriaga), lo mismo que la Compilación de 1973, les niegan la calidad de tales, definiendo la ley 267 como atribución formal. Al ocuparse del usufructo de fidelidad, afirma nuestro autor, que tiene el mismo un especial carácter familiar al llevar aparejada la ineludible obligación de atender al sostenimiento de la familia. Siguiendo fielmente a la Compilación a la que glosa trata del inventario, derechos del usufructuario, sus obligaciones, facultades dispositivas, transformación y privación en el caso de incumplimiento de los deberes, y extinción.

Aunque reservamos nuestra apreciación crítica para el final de este trabajo, no podemos menos de decir que este capítulo demuestra una gran densidad de conocimientos, que alcanza su mayor nivel cuando trata de la legítima común y la catalana. Pasma la habilidad constructiva en ellas desplegadas al mismo tiempo que el dominio del Derecho histórico y de la doctrina, así como de la jurisprudencia. Al leer estas páginas no puede menos de considerarse plenamente justificada la apreciación del doctor profesor que ha considerado a Vallet como el primero de nuestros especialistas en Derecho sucesorio.

El otro capítulo (V de la obra) contenido en el tercer título, trata del aspecto cuantitativo de las legítimas y comprende tres párrafos o subcapítulos que versan respectivamente sobre la determinación del dividendo, la de los divisores y los problemas que suscitan los cocientes.

El primer subcapítulo (dividendo) trata en sendas partes la determinación del "relictum" y la del "donatum". En ambas separa el régimen del Código civil del correspondiente a las especialidades de las regiones forales.

Determinación del "relictum" en el Código civil. Parte en su estudio del artículo 818. Para explicar su juego comienza por el examen de la composición del activo hereditario bruto. Tras recordarnos que a tenor del artículo 659 la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingue por su muerte, nos hace ver cómo existen acciones de impugnación que no se transmiten (si no están iniciadas) a los herederos voluntarios, pero sí pueden ser ejercidas por sus herederos forzosos

(revocación y nulidad de donaciones, simulación). Examina los tres grupos de derechos que no se transmiten. El primero es el de los que se extinguen, aludido por la Sentencia de 11 de octubre de 1943. Tienen esta condición: los públicos, los personalísimos (familiares, derivados de relaciones contractuales pactadas "intuitu personae"), ocupándose especialmente de sociedades y arrendamientos, y la oferta contractual, aunque en cuanto a ésta quepan excepciones. El segundo grupo lo integran los bienes o derechos no incluidos en el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley, o se desvinculan del fenómeno sucesorio. A estos efectos examina el lecho conyugal entregado al viudo, los derechos del arrendatario rústico y del inquilino, los aprovechamientos comunales, los bienes donados con pacto de reversión a favor de tercero, los sujetos a la reversión del artículo 812, los efectos a la reserva vidual con respecto a quienes no son hijos comunes, los sujetos a la reserva lineal del artículo 811 con respecto a quienes no sean descendientes comunes del ascendiente de quien proceden los bienes, y el capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida. El último de los tres grupos abarca los derechos causados por el fallecimiento del causante, tales como las ayudas, pensiones e indemnizaciones a favor de la viuda, hijos o parientes de funcionarios o trabajadores y la obligación de indemnizar, surgida como consecuencia de la muerte del causante que, según el insigne profesor don Federico de Castro, les corresponde por derecho propio.

No es necesario decir que Vallet examina a fondo cada uno de los casos que examinamos, calibrando meticulosamente los supuestos en que no deben regir las reglas generales. El estudio de los bienes sujetos a las reservas, ya sean lineales o viduales, y el del seguro de vida, son de verdadera antología.

Inmediatamente después de la composición del activo hereditario bruto trata de su valoración, que debe de hacerse de la manera más objetiva posible. La voluntad del testador es la ley de la sucesión para valorar, disponer y asignar los bienes. Como hizo notar Scaevola, nuestro Código no contiene regla alguna de valoración, ni tiene por qué tenerlas, pero los autores ofrecen diversos criterios, estableciendo además para ciertos casos reglas especiales. (Como tales enumera: 1) las unidades económicas complejas u orgánicas; 2) la posesión "ad usucapionem"; 3) los créditos bajo condición suspensiva; 4) los derechos dudosos, inseguros, inciertos o litigiosos; 5) los créditos aplazados, y 6) los créditos del causante contra los herederos.) Especial atención dedica al problema que repercute sobre esta materia referente a los modos de efectuar las valoraciones previstas en los pactos especiales para los supuestos de liquidación o de compra de los derechos que en una sociedad correspondieron al de "cuius", y deben de satisfacerse a sus herederos o a alguno de ellos.

Termina esta parte de su obra con la determinación y estimación del pasivo hereditario. Primeramente examina los dos requisitos naturales de las deudas y cargas (que sean obligaciones del causante y que no se extingan por su muerte), destacando en cuanto a las obligaciones "intuitu personae" el arrendamiento, el mandato y el depósito. Considera que deben igualmente deducirse del caudal relicto las obligaciones del causante que no hayan de liquidarse, sino precisamente a su fallecimiento, y aunque se extingan por

confusión las deudas que el causante tuviera con sus herederos o con alguno de ellos. En cuanto a la deducibilidad de las obligaciones naturales y los deberes morales del causante, después de recordar la opinión de Matienzo sobre la ley 32 de Toro, de que no deben perjudicar a los herederos, se adhiere al parecer de Fuenmayor, que estima deben de imputarse a la parte libre, a la que se inclinaron, en cuanto a las deudas reconocidas por el causante y no acreditadas, Ayerve de Ayora y Febrero.

Considera Vallet que deben deducirse de la herencia los gastos de última enfermedad, los vestidos de luto de la viuda y los alimentos de ésta cuando quede encinta. Nuestro Derecho histórico cargó al quinto libre los gastos de entierro, funeral y sufragios, de lo que sólo ha pasado al Código el inciso del primer párrafo del artículo 840, que ordena se satisfagan del tercio de libre disposición antes que la legítima de los hijos naturales cuando concurren con los legítimos. En la práctica, influida por ser estos gastos deducibles en la liquidación del impuesto sobre sucesiones, los gastos fúnebres y sufragios suelen deducirse del total caudal previamente al cálculo de los bienes hereditarios.

De los regímenes forales examina los de Aragón, Baleares, Cataluña, Vizcaya y Navarra.

Aragón: La Compilación (119) evoca el artículo 818 del Código civil, pero ha de preceder liquidación antes de la división, así como la detracción de las aventajas forales. La viudedad foral puede tener un contenido mínimo forzoso (bienes inmuebles por naturaleza y sitios comprendidos en el número 1 del artículo 39 o la mitad del caudal hereditario), natural (todos los bienes del cónyuge), limitado (en los casos de segundas y posteriores nupcias), y dejando fuera los bienes excluidos por terceros que no sean ascendientes.

Baleares: Contiene una norma (47) semejante a la regla general del artículo 818 del Código, pero referida al pago y no al momento de la determinación de la oficiosidad e inoficiosidad de legados y donaciones.

Cataluña: Distingue, para la exposición, la regla general, la sucesión del impúber, los bienes fideicomitidos, sujetos a reversión y reservables y el computo de la cuarta marital. La regla general del artículo 129 de la Compilación plantea un doble grupo de problemas relativos a la composición y valoración del activo (la primera ha de resolverse en un sentido análogo al 659 del Código civil y la segunda ha de tener un carácter objetivo y monetario sin incluir precios de afección) y a las bajas del caudal (deudas del causante, gastos de última enfermedad, entierro y funeral, así como de los bienes atribuidos a la mujer, vestidos y ropas de uso personal, anillo nupcial, lecho conyugal y joya mitjana).

Los bienes de la sucesión de un impúber son estudiados por separado según procedan del padre o de la madre o tengan distinta procedencia, y también son estudiados separadamente los fideicomitidos (cuya legítima debe de calcularse en la sucesión del fideicomitente y no del fiduciario), los sujetos a reversión (la cláusula que la ordena contiene una disposición sujeta a condición resolutoria), los que están a la reserva viudal (que integrarán la herencia del reservista a efectos de calcular la legítima de los reservarios, pero no la de los otros legítimos), y los sujetos a la lineal (cuyo régimen es idéntico al de los anteriores). El cómputo de la cuarta marital se determina en una serie de reglas trasladadas desde la falcida, cuya mayor parte no difiere de las aplicables a la

legítima ordinaria, pero que no dejan de tener sus peculiaridades, algunas de las cuales, aunque aplicables a la falcidia, no lo son a la cuarta marital (no deducción de las legítimas para el cómputo).

Vizcaya: Destaca cómo los bienes troncales son en su totalidad legítima. Las deudas y disposiciones piadosas se imputan al quinto de libre disposición y sólo excepcionalmente a la raíz troncal. La reversión al donante de los bienes raíces donados con carga de alimentos de un descendiente, no crea —según Vallet— los problemas que suscita el artículo 812 del Código civil.

Navarra: Al igual que Ayala, no tiene legítima de contenido material sino formal. Sin embargo, estudia la viudedad o fealdat, que, en sentido lato, puede considerarse como legítima.

La parte segunda del primer subcapítulo que estamos examinando, la dedicada a la computación del “donatum”, materia que expone distinguiendo el régimen del Código civil de los especiales de las regiones forales.

Código civil: Comienza refiriéndose al párrafo segundo del artículo 818 y a sus disposiciones colacionables. Seguidamente se ocupa de las querellas romanas, del Fuero Real y de la Ley 28 de Toro, que prohibía mandar más de un quinto de los bienes en vida o en muerte de ninguno de los hijos o descendientes. Estudia minuciosamente las cuestiones planteadas por la Ley 25 de éstas, cuya regla presuntiva se explicó por estimarse más razonable que el testador se refería a los bienes que continuaron siendo suyos y no a los que ya dejaron de serlo. Tras aludir a la época de la Codificación entra en el Texto vigente. La interpolación de la palabra colacionable, junto a las donaciones del testador, hace de aquélla, según nuestro autor, la clave de la interpretación. Hoy la doctrina estima que hay dos clases de colación: la amplia del artículo 818 y la estricta del 1.035 y siguientes, cuya distinta esfera determina la memoria del Tribunal Supremo de 1902.

En el artículo 818, no colacionable, equivale a no computables para el cálculo de la legítima y tercios de mejora y libre disposición. Estudia las donaciones computables para calcular cualesquiera de las cuotas del haber partible atendiendo al sujeto beneficiario de las mismas; después de exponer las opiniones de Manresa y Sánchez Román se adhieren a la opinión dominante, acogida además en las Sentencias de 4 de mayo de 1899 y 16 de junio de 1902, según la cual sólo hay un cálculo de legítima y para realizarlo hay que sumar a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias, sin perjuicio de que a veces la interpretación de la voluntad del testador conduzca a un resultado distinto.

Trata a continuación de si por razón de su objeto y de su fin son o no computables todas las donaciones, a cuyo efecto, recordando sus Apuntes de Derecho sucesorio, ofrece sus conclusiones en cuanto a: donaciones remuneratorias (sólo debe computarse el exceso de valor de lo donado sobre el servicio remunerado), onerosas y modales (sólo es computable el citado exceso sobre el gravamen o “modus”), usuales (problema de los regalos de costumbre que los Tribunales deberán resolver en cada caso según sus circunstancias), de frutos, rentas e intereses (que si no se trata de donaciones usuales no tienen base en el Código para ser excluidas de la computación), gastos por alimentos, educación, curación de enfermedades —aun extraordinarias—, aprendizaje,



equipo ordinario (que se inclina a considerar excluidas de la computación), gastos de carrera profesional o artística (sólo están a su juicio excluidos cuando con arreglo al nivel económico de la familia pueda considerarse gastos normales de educación), y las primas de seguros a favor de terceros concertados por el causante sobre su propia vida (no computables si pueden considerarse comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión jurídica o morales atendiendo a su modicidad y circunstancias).

Concluye esta parte de la obra con el estudio del momento a que ha de atenerse para fijar el valor de las donaciones, y considera que sería injusto que la unidad de valor no fuera la misma para valorar los distintos elementos que componen la masa de cálculo de las legítimas, pero hay casos en que deben atenerse a las circunstancias específicas de los mismos, aplicando el criterio más razonable según aquéllas.

Especialidades de las regiones forales en orden a la computación de donaciones.

En Aragón la Compilación remite al artículo 818 del Código civil.

En Baleares se refiere a la donación universal y a la definición aplicable ésta, además de Mallorca (como aquélla) a Ibiza y Formentera, pero no a Menorca.

En cuanto a Cataluña, separa las legítimas ordinarias de la cuarta marital. Respecto de las primeras, la Compilación computa el valor líquido de los bienes donados por el causante, sin más excepciones que las señaladas en el artículo 1.041 del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o "excreix" y la soldada. La apreciación del "donatum", según Faus y Condomines, debe de realizarse atendiendo al momento del fallecimiento del causante. Cree Vallet que para las donaciones remuneratorias debe de atenerse al Código civil y lo mismo (de acuerdo con Puig i Ferriol), para las nnerosas y modales. El aludido artículo 61, párrafo uno de la Compilación, dispone la computación de la participación del premuerto en los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia y su imputación en el pago de la cuarta marital. Nuestro autor juzga que las razones conceptuales abonan la computación para cálculo de las legítimas de la parte de la cosa que en vida habría correspondido al cónyuge premuerto y no sólo de la parte de precio que éste satisfizo. Desapareció en el texto actual la proyectada computación de las primas de un seguro de vida a favor de un tercero, pero Puig i Ferriol las considera como tales, salvo cuando se pactaron a favor del cónyuge en cumplimiento del deber de previsión.

Por su derecho a la cuarta marital la viuda puede pedir la reducción o invalidación de las donaciones realizadas para defraudarla y se valora el "donatum" de acuerdo con el (valor) que tendría al fallecer el causante.

Vizcaya: Vallet nos hace observar que los bienes raíces y sus pertenecidos donados se computan en la legítima global y que para el quinto de libre disposición ha de tenerse en cuenta no sólo lo relicto, sino también lo donado.

El subcapítulo segundo se refiere a la determinación de los divisores, para lo que distingue entre las legítimas globales y las individuales, y dentro de cada uno de estos grupos separa el Código civil de las legislaciones especiales. La determinación de las legítimas globales en el Código es expuesto glosando

los preceptos legales. De éstos, el que presenta el problema más interesante es el 846, en cuya interpretación luchan el criterio que refiere la reciprocidad a la igualdad de cuota en identidad de supuesto de hecho que Vallet considera más ajustado a la ley, con el que plantea aquella como igualdad de proporción. Adoptantes y adoptados con adopción plena pueden excluir a los padres naturales. Usando el mismo método se ocupa de las legislaciones especiales.

En la determinación de las legítimas individuales, según el Código, se ve obligado, por la complejidad de la materia, a contemplar muy diferentes supuestos. En la correspondiente al parentesco de consanguinidad legítima comienza con la de los hijos y descendientes legítimos, separando, dentro de ella, de un lado la distribución de la mejora y de otro la atribución de la legítima corta, y, en cuanto no haya mejora, de la larga. Examina la distribución igualitaria entre los hijos y la realizada por estirpes entre los nietos y ascendientes de ulterior grado; afirma que la repudiación de la legítima no favorece al heredero, sino que amplía la participación de los demás legitimarios. Concluye con la legítima de los padres y ascendientes legítimos.

En la filiación y paternidad adoptiva plena diversifica la legítima de los hijos adoptivos y la del padre y madre adoptantes.

Examina de manera agotadora la determinación de las legítimas en el parentesco natural distinguiendo la de los hijos y la de los padres naturales y diferenciando dentro de los primeros casos de concurrencia con hijos legítimos de aquellos en que no intervienen los descendientes legítimos. Concede especial interés a la concurrencia con adoptados plenamente sin haber descendientes legítimos.

Un examen detalladísimo merecen los problemas suscitados en los casos de herencia conjunta con adoptados plenamente y con descendientes legítimos. El significado de la regla 2.<sup>a</sup>, del párrafo 1.<sup>o</sup>, del artículo 179, ha suscitado multitud de opiniones, de las cuales la de García-Bernardo (según el cual en la cuota libre, si la hay, cuando concurren hijos adoptivos plenamente con naturales, concurren o no además hijos legítimos y viudo del adoptante, no pueden percibir los adoptivos más que los hijos naturales) merece las mayores simpatías de Vallet, aunque su propugnador tenga que traducir las palabras, no podrá percibir menos porción contenidas en el precepto antes aludido, por las de que el adoptante no podrá disponer de la parte de libre disposición a favor de los plenamente adoptados en mayor cuantía que la recibida por los hijos naturales, limitación que, aunque tenga a su favor las razones que aduce aquél, no aparecen, como hace notar muy bien éste en la letra de la particuiaridad. La legítima de los padres naturales, al no plantear problemas, solo merece un breve examen.

Cierra la exposición de esta materia dentro del Derecho común, tratando de la legítima de la adopción simple (adoptados y adoptantes), y la del cónyuge viudo.

Las legítimas individuales en las regiones forales. Aragón: Se adhiere a la tesis de Lacruz Berdejo de que en Aragón, siendo la legítima colectiva, no existe una legítima individual material, necesaria y extensiva a todos los legitimarios; lo único cierto es que, al menos, uno tendrá ese derecho. Ningún descendiente puede demandar a otro por infracción de la legítima estricta.

Baleares: Trata por separado las normas generales y las especialidades de Mallorca y Menorca, limitándose a una exposición de los preceptos legales especiales, brevemente glosados.

Análogo sistema sigue al ocuparse del Derecho especial catalán, si bien merecen más atención las reglas especiales de la cuarta marital, en donde se adhiere a Fernández de Villavicencio para quien la regla es ahora ésta: "Hasta donde no alcancen sus propios medios, la viuda tendrá derecho a que se le atribuyan los suficientes para su congrua sustentación, con cargo como máximo a la cuarta parte del activo hereditario líquido".

Concluye con el examen del Derecho vizcaíno a través de dos reglas que toma de la compilación.

El tercero y último de los subcapítulos lo dedica a los problemas que suscitan los cocientes, los cuales agrupa en tres apartados. Se refiere a la cuestión de la conmixtibilidad e inmixtibilidad de las cuotas de legítima, absoluta y relativa, y de libre disposición. Comienza recordando el artículo 808 del Código civil respecto del cual formula dos observaciones: una, que la expresión haber hereditario se refiere al haber computado en la forma prevista en el artículo 818, y, otra, cuál es el sentido que debe darse a cada una de las tres partes o cuotas expresadas, que es lo que ahora se trata de examinar. Para nuestro autor, la herencia no se halla dividida en compartimientos estancos, el tercio de legítima no pasa de ser un "momen iuris", o todo lo más una realidad de orden puramente contable, e igualmente los tercios de mejora y libre disposición. La posición contraria ha planteado pseudo-problemas, entre los que señala, a efectos de mera ilustración: Las afirmaciones de García de Valdecasas, y nada de que cuando la donación no es colacionable por haber repudiado la herencia el donatario o cuando el legitimario favorecido por un legado acepta éste y renuncia a la herencia la donación y el legado deberán imputarse exclusivamente en la parte disponible. La posible preterición del legitimario a quien sólo se le ha atribuido únicamente un legado cuando se imputa a la cuota libre y no la cubre. El papel de los tercios de mejora y libre disposición según los autores extranjeros (Lacoste, son opuestos en cuanto a su naturaleza y caracteres y distintos en su origen — Ferrara diversa naturaleza jurídica). Es en Vizcaya donde los bienes troncales forman una masa diferenciada materialmente e inmixtible.

Segundo apartado: Problemas que para la determinación de los cocientes plantea la existencia de masas distintas de una misma sucesión. Separa Código civil y regímenes forales.

En el Código civil se ocupa por separado de la reserva viudal y de la lineal. Respecto de aquélla le preocupa la facultad de mejorar regulada en el artículo 972 del Código civil, que el ilustre Notario interpreta en el sentido de que el reservista puede mejorar con los bienes reservados a cualquiera de los descendientes comunes, siempre que computados con los demás bienes del reservista, es decir, sumados los reservados a los no reservables, se cubra la legítima individual estricta de cada uno de ellos. Reserva lineal: También se ocupa de la posibilidad de mejorar, que, admitida por las Sentencias de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933 es negada por la jurisprudencia posterior. Vallet se inclina a su admisibilidad y cree aplicable la computación de legítimas y cálculo

de las mejoras en la reserva viudal "mutatis mutandis" por igualdad de "ratio" e identidad de mecánica funcional a la reserva lineal.

En los regímenes forales examina por separado, Cataluña (sucesión troncal de los impúberes, reserva lineal y reserva del artículo 811 del Código civil), la concurrencia de las reservas viudal y lineal con las legítimas en Vizcaya, y la sucesión de los vizcaínos de las villas y los bienes raíces por ellos relictos en la tierra llana. (Refiriéndose a la última cuestión, dice Vallet: "La solución jurídica interespecial exige el respeto concreto a una norma específica del estatuto real, y, salvando ésta, el respeto, en cuanto no lo impida dicha regla específica, de la norma general reguladora. Las dos masas no existen a todos los efectos ni dan lugar a dos sucesiones, sino que solamente tienen realidad en cuanto lo exija el cumplimiento de la norma específica, pero no más").

Tercer apartado: Concurrencia de cocientes de legítimas distintas. Distingue dos supuestos-tipo generales. Casos en que la concurrencia de legítima reduce la parte de libre disposición sin comprimirse aquéllas entre sí, aunque en algunos casos la ley reduzca algunas de las cuotas legitimarias, y, casos en que se comprimen recíprocamente las legítimas de los legitimarios de las distintas clases concurrentes. En el primer supuesto o grupo de ellos trata separadamente el Código civil y las legislaciones especiales.

En el Código civil examina los siguientes supuestos: 1) Concurrencia de legítimas de hijos y descendientes legítimos y de cónyuge viudo cuando alguno o todos aquellos sean de anteriores nupcias. 2) Concurrencia de hijos y descendientes de legítimos con hijos naturales o descendientes legítimos de éstos. 3) Concurrencia de ascendientes legítimos con el cónyuge viudo. 4) Concurrencia de ascendientes legítimos o adoptantes plenamente con hijos naturales y/o adoptados simplemente. 5) Concurrencia de ascendientes legítimos (o adoptivos en la adopción plena) con hijos naturales y/o adoptados simplemente y con el cónyuge viudo. 6) Concurrencia del cónyuge viudo con hijos naturales o adoptados simplemente. 7) Concurrencia del cónyuge con padres naturales o adoptivos con adopción simple. 8) ¿Puede darse concurrencia de ascendientes legítimos o naturales con padre o madre adoptante con adopción simple? 9) Concurrencia del cónyuge viudo, ascendientes legítimos y el adoptante con adopción simple.

En los regímenes especiales expone por separado Mallorca, Menorca y Cataluña.

Mallorca y Menorca: Distingue: 1) Concurso con descendientes legítimos. 2) Concurso con descendientes ilegítimos. 3) Concurso del cónyuge viudo con hijos naturales y/o con hijos adoptivos con adopción plena. 4) Concurso del cónyuge viudo con padres naturales y con adoptantes plenos.

Cataluña: Hay cuatro legítimas paralelas sin interferirse entre sí: 1) Cuarta de hijos y descendientes legítimos o naturales. 2) Cuarta de los hijos adoptivos con adopción plena. 3) Cuarta de los hijos naturales en la sucesión de la madre. 4) Cuarta (o parte de ella) para la congrua sustentación de la viuda. Pueden suscitarse problemas, así cabe que en la sucesión del padre fallecido el haber quede íntegramente absorbido por las cuartas legitimarias.

Supuestos de concurrencia de legitimarios que provoca la compresión de legítimas. En el Código civil considera especialmente la concurrencia en una

misma sucesión del cónyuge viudo, de hijos legítimos de un anterior matrimonio y de hijos naturales y/o adoptivos con adopción simple y la concurrencia en una misma sucesión de padres o madres naturales, o de ambos, de adoptantes o adoptados con adopción simple y del cónyuge viudo.

En el Derecho de Mallorca y Menorca se plantean los siguientes supuestos: 1) Concurrencia de hijos adoptivos con adopción plena con hijos naturales, habiendo además descendientes legítimos. 2) Concurrencia de cónyuge viudo con hijos legítimos y con hijos naturales y/o adoptados plenamente. 3) Concurrencia de descendientes, viuda e hijos naturales en la sucesión del padre.

La obra de Vallet nos descubre en estos pasajes, corolarios y problemas ignorados generalmente, que él nos hace ver al profundizar sobre los textos legales, alguno de los cuales, como el 808 y el 818 (entre otros), son analizados y comentados de forma insuperable. Se nos ofrece no sólo un cuadro amplio de las opiniones de la doctrina, sino también soluciones o criterios, para resolver las cuestiones que continuamente se están planteando en la práctica.

El Título IV lo dedica a los Elementos Formales de las legítimas y comprende dos Capítulos, el primero de los cuales trata del deber formal de instituir herederos a los legitimarios y la preterición, materias que examina por separado en sendos subcapítulos. En el primero, después de tratar del Derecho romano y del histórico castellano, nos hace ver cómo en el Código civil no existe ya la necesidad del requisito formal de la institución de heredero para la validez del testamento y recuerda que la posibilidad de atribuir la legítima a título de legado fue confirmada por el Tribunal Supremo. También ha desaparecido en Cataluña desde Pedro II (IV de Aragón) la necesidad de instituir al legitimario heredero, como sucede en la Compilación, al igual que en las de Baleares, Aragón y Vizcaya, e incluso (aunque la cuestión está dudosa) en la de Navarra.

La preterición, segundo subcapítulo, le exige mayor estudio. Comienza por su evolución, por lo que después de examinar el Derecho romano, investiga a fondo el histórico castellano partiendo de las Partidas y analizando las opiniones de Covarrubias y Gregorio López.

Refiriéndose ya al Código civil, arranca del texto reformado del artículo 814 con el que relaciona el 851 y el 815. Hasta cinco soluciones apunta para la resolución del problema del concepto de la preterición, haciendo constar que él se inclinó en sus Apuntes a la que distingue entre la mención hecha sólo en la parte expositiva del testamento y la hecha en la parte dispositiva para analizar si en el primer caso la omisión se debió a olvido involuntario. Examina la jurisprudencia (supuestos de hechos resueltos, definiciones consideradas y fines enunciados) y al determinar el concepto vigente en el Código civil llega a la conclusión de que son pretericiones la falta absoluta de mención de si a un legitimario se le haya dejado o no algo por actos inter vivos, mención sin dejar nada y silenciando el vínculo familiar, y mención con reconocimiento de la condición familiar sin dejarle nada, aunque se dispone íntegramente del haber relicto si del contexto del testamento no resulta la intención de excluirle. No hay que olvidar que para la solución de los diversos casos que puedan plantearse, da Vallet una gran importancia a la interpretación de la

voluntad del testador. No cree aceptable la moderna distinción entre preterición material y formal.

Como supuesto de inclusión discutida en el campo de la preterición examina los de institución o legado de cosa ajena, legado de metálico no existente en la herencia, atribución de la legítima bajo condición o término, o a título de sustitución vulgar o fideicomisaria y atribución a título de herencia o legado revocada en el último testamento o de facto por enajenación de la cosa asignada.

La cuestión de los presupuestos de la preterición la desarrolla teniendo en cuenta su relación con el testamento y se refiere a la doctrina de Vázquez de Menchaca, así como a los problemas que se plantean dentro del Código civil en los casos de testamento sin heredero, herencia en parte testada y en parte intestada, y de herencia distribuida en legados. No deja de estudiar la posibilidad de incluir dentro del texto del artículo 814 los parientes de nuevo cuño a que se refiere el número 3.º del 807 (hijos naturales y recíprocamente su padre o madre y adoptados plena o simplemente y sus adoptantes). Concluye con la preterición del cónyuge viudo.

Juzga Vallet que no deben ser preteridos por el tiempo de su nacimiento, los herederos forzosos premuertos, los póstumos y cuasi-póstumos, los descendientes de herederos forzosos premuertos, los descendientes de un hijo desheredado o indigno, los ascendientes que por premoriencia de todos los descendientes pasan a ser herederos forzosos cerrando esta materia con la preterición del hijo indigno y de su stirpe. Lo último que examina dentro del Código civil es la forma de la mención requerida para que no haya preterición.

Regiones de Derecho especial: Con legítima material: Cataluña: Después de haber expuesto el régimen anterior a la Compilación considera que, dentro de ésta, sólo la preterición errónea de hijos o descendientes legítimos produce los efectos peculiares distintos de la simple reclamación de la legítima, habiéndose ocupado la Sentencia de 4 de mayo de 1966 de la forma en que debe hacerse la mención de los descendientes para que no haya preterición.

Baleares aplica el Código civil.

En Aragón, como dice Lacruz, es preterición la infracción frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables del deber de legítima formal establecido en el artículo 120 de la Compilación.

En Vizcaya no hay preterición si aparece claramente la voluntad del testador de excluir que no es necesaria cuando se trata de colaterales tronqueros.

Regiones con legítima formal: Navarra: Su régimen se contiene en las leyes 269 y 270 de la Compilación. Tierra de Ayala: Tiene una rigurosa legítima formal y si no se aparta ni instituye a alguno de los herederos forzosos hay preterición que no existe cuando se da la desheredación "inter caeteros"

El Capítulo VII, que versa sobre el apartamiento y la desheredación, tiene dos subcapítulos. El primero se ocupa de la desheredación sin necesidad de causa o apartamiento.

Más interés tiene el segundo, que trata de la desheredación con justa causa. La define Vallet como el acto formal por el cual el testador, invocando una causa legal y cierta, excluye de su derecho a un legitimario. Después de aludir al Derecho comparado y al romano, así como a las leyes de Partida,

49 de Toro y Pragmática de 1793, entra en el Código civil refiriéndose al párrafo 1.º del artículo 813. Considera dentro de los sujetos de la desheredación, la capacidad para desheredarla (la de testar), quienes pueden ser desheredados (hijos y descendientes, padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales— a los que hay que añadir adoptantes y adoptados—, y el cónyuge viudo), y la capacidad para serlo (sin acuerdo en la doctrina). La desheredación deberá hacerse en testamento designando al desheredado y expresando la causa legal en que se funda. Todos estos extremos son debidamente examinados por nuestro autor.

Refiriéndose a la posibilidad de la desheredación parcial que negó la Ley de Partidas, nos hace observar que el Código civil ha silenciado la prohibición, si bien la doctrina se ha mostrado opuesta a ella. Desaparecidas las razones dogmática e histórica parece debe admitirse, aunque queda la cuestión de la fórmula. La imposibilidad de la desheredación condicional de la Lcy de Partidas no ha pasado al Código civil. Vallet contempla cuatro supuestos distintos para su estudio, según se refiera a que en lo futuro incida un legitimario en la causa de desheredación, la realice el testador condicionándola a la prueba del hecho que la motiva, condicionándola a que se produzca la sentencia que fundamente como causa la desheredación, o si se trata de un hecho anterior al testamento condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado.

Causas de desheredación: Después de evocar el artículo 848, examina por separado las de indignidad, que pueden serlo también de desheredación y luego las que lo son sólo de ésta de los descendientes, ascendientes y cónyuges. En cuanto a las causas de indignidad, que pueden serlo de desheredación, merecen destacarse que, como hace notar nuestro autor, la jurisprudencia considera como abandono el desamparo de los hijos no emancipados que necesitan la asistencia de los padres, que la condena por atentado contra la vida del testador, su cónyuge, ascendientes o descendientes puede producirse excepcionalmente por los tribunales civiles en los casos de sobreseimiento de la causa por muerte o rebeldía del inculpaado y por la prescripción del delito, que no es necesaria condena criminal, ni sentencia previa a la desheredación, o la sentencia que declare su certidumbre en los casos en que se obliga al testador a hacer testamento. Las causas 1.ª (denegación de alimentos) y 2.ª (malos tratos o injurias) de desheredación de los descendientes son, entre las de este grupo, las que estudia más a fondo, basándose especialmente sobre la glosa de García Goyena. También estudia cada una de las distintas causas pertenecientes a los dos restantes grupos.

Sigue un examen a fondo de los requisitos para la efectividad de la desheredación legalmente ordenada. Considera como tales. 1.º. Necesidad de probar la causa de la desheredación cuando es contradicha por los desheredados (en el caso de invocarse varias basta con probar una cualquiera). 2.º. Necesidad que no haya existido reconciliación, que supone una relación bilateral y recíproca. 3.º. Necesidad de que no haya habido remisión de la causa (que según la jurisprudencia debe distinguirse del perdón moral o de conciencia). 4.º. Necesidad de que antes de ordenarla y conociendo la causa no haya otorgado

otro testamento instituyendo al ofensor. 5.º. Necesidad de que el testamento que la contenga no sea anulado ni revocado.

Efectos de la desheredación: Enumera nuestro autor tres grupos: 1) En cuanto al desheredado (privación de legítimas, porciones "ab intestato", atribuciones testamentarias anteriores a la desheredación, reservas, alimentos y usufructo de los bienes que correspondan a sus hijos y descendientes). 2) En cuanto a los legítimos descendientes del hijo o descendiente desheredado, y 3) En cuanto a la porción legítima del desheredado, a falta de descendientes legítimos del mismo, en caso de tratarse de un descendiente (separa los casos de cónyuge viudo, descendientes sin descendencia legítima desheredado único descendiente, falta de colegitimarios y carencia de descendientes legítimos del desheredado y destino de las donaciones y legados imputados a la legítima).

Regímenes forales: Aragón: Al carecer de legítima individual no puede haber desheredación injusta, salvo en los casos de error.

Baleares: Incorporado al Código civil.

Cataluña: La legítima del desheredado después de la Compilación no acrece a los colegitimarios, sino que es absorbida por la herencia.

Navarra: Aunque impera una gran libertad testamentaria se hace referencia a las leyes 270 y 272 de la Compilación con remisión a los artículos 852 y 853 del Código y si se trata del cónyuge viudo (Ley 254) al 855.

Vizcaya: El Fuero no previó la desheredación, lo que movió a los principales tratadistas a negar su existencia, pero hay casos en que es necesario acudir a ella, y en ellos—ante el silencio de la Compilación—es necesario acudir al Código civil.

Hemos de hacer constar que, salvo para Baleares, precede a la exposición del estado actual del régimen jurídico una interesante explicación histórica del Derecho vigente.

El Título V, que comprende dos Capítulos (VIII y IX) trata del aspecto dinámico de las legítimas. En el primero de ellos se ocupa de la atribución, frustración y extinción de las legítimas, cada una de las cuales es objeto de sendos párrafos o subcapítulos. La primera es examinada diversificando de un lado el Derecho histórico y el Código civil, y de otro los Derechos forales o especiales. Después de advertirnos que debe distinguirse entre derecho a la legítima y derecho en o sobre la legítima, entra Vallet en el estudio del Derecho histórico y del Código civil, comenzando por la legítima como derecho o conjunto de derechos que aseguran la obtención de su contenido, que dimana ciertamente de la ley. Dos significados se atribuyeron a la palabra según se refiriese a la legítima en sentido puramente jurídico o en sentido material, lo que dio origen a confusiones. Tratando de la posible delación legal forzosa de su contenido recuerda, entre otras, su anterior afirmación de que la construcción de nuestros clásicos es de proporciones góticas, pero realizada con materiales romanos. El Derecho germánico reguló la medida, el romano justinianeo explicó su naturaleza. Esta directriz continúa hasta el Código civil, que equilibra con tres tercios las desiguales porciones góticas, la aproxima a la legítima teodosiana en cuanto al título formal de atribución y posibilita el pago en metálico.

Distingue en dos grupos los artículos aducidos en el tema que está exami-



nando. Uno integrado por los 609, párrafo 2.º, 658 y 1.009; otro compuesto por los 763 y 806. De la interpretación de los tres primeros sacan los autores la conclusión, además de otras, del posible concurso de la sucesión testada o intestada con carácter simultáneo en el mismo caso. Para Vallet no existe razón para que la apertura parcial de la sucesión intestada no pueda referirse a la parte completa o reducida del querellante. No han faltado autores que hayan intentado interpretar el artículo 806 con criterio germanista, pero la mayoría entiende que nuestro Código sigue la línea engarzada con el Derecho justinianeo, aunque con desviaciones germánicas. El rechazo del criterio germanista queda demostrado en virtud de la interpretación histórica y sistemática.

La delación legal de las legítimas es reconocida por algunos autores en supuestos anormales o excepcionales de vocación legitimaria: a) Legítimas de los hijos del indigno o del desheredado (Vallet no lo cree así). b) Cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo (que tampoco juzga tiene aquel carácter). c) Suplemento de la legítima (acción de carácter personal, aunque la reserva del 806 suponga una afección de los bienes a la satisfacción de las legítimas), y d) Supuestos en que antes de la apertura de la sucesión se pierda la cosa atribuida en pago de la legítima, o de que ésta consiste en bienes no aptos para satisfacerla (a los que igualmente deniega la relación legal).

Nuestro sistema legal es el negativo, o de limitación o freno con sentido relativo. Por su mayor depuración, por tratar de limitar la ley a lo necesario para proteger los intereses, nuestro autor, lo prefiere al de la delación y vocación forzosa. Estima también Vallet, frente a Cámara, que es preferible el sistema de la impugnación al de la vocación subsidiaria específica, pues —aparte de otras razones— aquélla no constituye un innecesario rodeo.

Para terminar el estudio de la materia dentro del Derecho común examina la atribución del contenido de la legítima por el causante. Comienza haciendo resaltar la importancia que tiene a estos efectos el concepto de límite de la legítima y la posibilidad de satisfacerla de muy diversas maneras. Se trata ante todo de un problema de interpretación testamentaria. Confiesa Vallet que en sus Apuntes, al sostener la teoría de la eliminación o freno excluyó este problema desde su base, por eso desecha las posiciones que enumera, aunque se ocupa de las cuestiones prácticas que se derivan de la adopción de la teoría de la asorción o de la yustaposición, así como si puede el causante cumplir su deber con los legitimarios con donaciones (estudiando los artículos 815 y 821, párrafo 1.º, del Código civil).

Derechos especiales: Galicia: Amplía la facultad de disponer del testador. La disposición del Derecho de labrar y poseer efectuada por acto inter vivos es un contrato de institución de heredero que no necesita consolidación testamentaria (Sentencia de 25 de marzo de 1972).

Aragón: Hoy día cree que el título de heredero puede reconocerse a favor de los extraños, que la legítima no es sólo un mero freno para el causante y que desde el momento de abrirse la sucesión asiste a los legitimarios un derecho sobre el caudal mismo (no forzosamente como herederos), que unas veces compete al grupo y otras al individuo como concreción de éste (nunca al legitimario aislado).

Baleares: La atribución del contenido material de la legítima por el cau-

sante varía según se trate de Mallorca (testamento, donación universal y definición), Menorca (sólo testamento), e Ibiza y Formentera (testamento, “espolits —por heredamiento—, delegación en el cónyuge y definición).

Cataluña: Después de referirse al artículo 122 de la Compilación (legítima valor patrimonial) y el legado simple de legítima al tratar de la legítima contra tabulas afirma que en el punto a que hoy se ha llegado existe una vocación legal autónoma y de carácter subsidiario, a esa “pars valoris bonorum”, que ha pasado a ser la legítima catalana en la Compilación vigente, lo que de ser así daría un tinte final positivo a esta legítima inicialmente de tipo negativo.

El subcapítulo dedicado a la frustración de las legítimas es de corta duración. Dedicó su primera parte al régimen del Código civil, examinando separadamente las frustraciones puramente casuales o dimanante de la adopción, las que se derivan de la mala conducta del presunto legitimario y la indignidad sucesoria. La segunda se refiere a la indignidad sucesoria en Cataluña.

El tercer subcapítulo trata de la extinción de las legítimas. De las tres causas que enumera, satisfacción, renuncia y prescripción dedica especial atención a las dos últimas. Después de estudiar la renuncia en el “ius commune” pasa al Código civil considerando por separado la que se hace a la legítima futura y la que tiene lugar después de la muerte del causante (sucesión por derecho propio). Al contemplar el Derecho balear se refiere a la definición (con acrecimiento al heredero y no a los legitimarios). Cataluña: Se ocupa por separado de las causas de extinción (en general y de la cuarta marital), renuncia a la legítima futura, y renuncia a la deferida. Concluye con el examen del Derecho navarro. En la prescripción examina además de los antecedentes históricos el régimen especial del Código civil y el Derecho especial de Cataluña.

El segundo Capítulo de este Título V (IX) nos ofrece el estudio de la concreción del contenido de las legítimas con separación del Código civil y los regímenes especiales. En el primero, la determinación o concreción puede realizarse por el causante, por el contador-partidor o convenida entre herederos o legitimarios. Además, la ley establece determinadas reglas.

Determinación hecha por el causante: Considerar como medios jurídicos de que dispone el causante para realizarla: a) La institución en cosa cierta; b) El legado determinativo del contenido de la legítima; c) Las donaciones en anticipo de legítima; d) Las donaciones colacionables; e) La dote obligatoria; f) La mera entrega de bienes como anticipo de legítima; g) La partición “parentur inter liberos”; h) Las disposiciones testamentarias ordenando la asignación de determinados bienes a la legítima del asignatario; i) Las disposiciones testamentarias relativas a la imputación a la legítima de anteriores o ulteriores donaciones o anticipos. Es interesantísimo el estudio que realiza de todos estos medios, y por eso aconsejamos su atenta y meditada lectura. Nosotros, empero, vamos a intentar destacar los detalles que nos han parecido más interesantes. Como tales podemos considerar el carácter meramente interpretativo que confiere al artículo 768 sobre la “institutio ex re certa”, la transferencia directa al fallecimiento del de “cuius” de la cosa cierta legada pro legítima, la posibilidad de que los anticipos de legítima se hagan en donaciones “inter vivos” o “mortis causa”, la consideración de la dote obligatoria como anticipo forzoso de legítima (tratando de su destino en caso de premoriencia, indignidad o de

su desheredación y de su posible reducción en algunos casos), el detallado estudio de la partición "parentum inter liberos" (y más especialmente dentro de ella los de la no impugnación por lesión y la no existencia de la evicción y saneamiento, la distinción entre disposición y partición, la discusión con Albadalejo sobre la necesidad o no necesidad de que el testador prohíba la impugnación de la partición para que no sea impugnabile, sus atinadas observaciones sobre las vicisitudes posteriores de la partición (elementos personales, reales-adquisición mutación, ventas-alteraciones de valor), frente a otras de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, y la contemplación a los efectos del capítulo de la revocación de las mejoras del artículo 827.

Determinación legal subsidiaria: Juzga que la primera norma que ha de aplicarse es la contenida en el apartado 2.º del párrafo 1.º del artículo 675 (interpretación intencional, valga la expresión). Separa la imputación de legados de la de donaciones. Para la de los legados tiene en cuenta los artículos 815, 1.037 y 828, y considera no deben acumularse los legados a favor del viudo adhiriéndose a la posición de Cámara, rectificando así la suya anterior. En cuanto a las donaciones, después de hacernos ver lo complicado que resulta el sistema del Código civil y de examinar los antecedentes históricos que nos pueden ayudar a la resolución de los problemas, se ocupa de tres puntos por separado: 1.º Imputación general de las donaciones efectuadas a herederos forzosos cuando no consta expresamente su determinación por el causante (comprende: donaciones que no tengan carácter de mejora e incidencia de la atribución de carácter colacionable a las donaciones o dispensa de su colación). 2.º Supuestos especiales de imputación de donaciones a la legítima (donaciones al cónyuge viudo, a los hijos naturales, a descendientes legítimos que no habrían sido legitimarios del donante en el momento de otorgarse aquéllas, pero que lo son al fallecer éste, a herederos forzosos que sean indignos, desheredados e imputación de lo donado a un legitimario que repudie la herencia). 3.º Imputación por la renuncia o transacción de la legítima futura. Es interesante notar cómo equipara en principio colacionabilidad e imputación a la legítima, y su detenido estudio del párrafo 2.º del artículo 1.038 que estima aplicable sólo en los casos en que la donación del abuelo se hizo después de muerto el padre.

Determinación por el comisario o contador-partidor. Sus facultades oscilan entre las prohibiciones de los artículos 670 y 830 y la autorización del 1.057. Vallet examina sucesivamente: si el testador puede encomendar dentro de este margen la concreción de los bienes en que hayan de satisfacerse las legítimas al contador o comisario y las facultades que le corresponden a falta de la expresa delegación de aquél, el valor que corresponde la interpretación de la voluntad del testador verificada por los contadores, y él que ha de darse a la determinación cuantitativa de las legítimas efectuada por el contador-partidor (para lo que separa de las normas generales el supuesto especial del artículo 831). Destacaremos entre las materias aquí examinadas el estudio de los casos en que el testador sólo confiere la simple facultad de hacer la partición, en los cuales habrán de tenerse en cuenta los artículos 1.061 y 1.062, a pesar de lo cual puede traducir en cosas concretas las cuotas hereditarias, inclusive legítimas y mejoras, sin olvidarnos además de que, a juicio de nuestro autor,

el artículo 1.051 sólo debe cumplirse en cuanto sea posible, en especial por razón de las cosas que integran la herencia, conforme ha declarado en varias ocasiones el Tribunal Supremo.

**Determinación de las legítimas por los herederos:** Después de tratar de las normas generales —para lo que se remite, en gran parte, a un anterior trabajo—, examina (refiriéndose igualmente a dicho estudio), la satisfacción de las legítimas de los hijos naturales por los descendientes legítimos (artículo 840, párrafo 2.º) y la conmutación de la cuota legal usufructuaria por los herederos o legatarios afectados.

**Regímenes de las regiones forales, Aragón:** Se ocupa de tres puntos: la concreción por el causante, la imputabilidad de liberalidades (separando la legítima global y la individual) y la concreción por el fiduciario, supuesto dentro del cual distingue la derivada de pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales, la ejercitable por el cónyuge que no ha contraído nuevas nupcias y fue designado en testamento o escritura pública y la colectiva conferida a dos o más parientes mayores de edad al ejercer su cometido.

**Baleares:** Trata por separado de los Derechos de Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera.

**Cataluña:** Distingue concreción e imputación. Dentro de la primera distingue según se realice por el causante (que entre otras formas puede realizarla mediante el legado de una cosa en propiedad, exclusiva, plena y libre), o por las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia y para señalar y pagar legítimas. En cuanto a la segunda la expone por la transcripción de los textos legales debidamente ordenados.

**Galicia:** Trata separadamente de la concreción y la imputación (basa su construcción en los artículos 84 y 22 párrafo 1.º (Compilación) y en la Sentencia de 25 de marzo de 1972.

**Vizcaya:** El causante sólo individualiza el destinatario de la legítima global, ya en capítulos matrimoniales, o escritura de dote o donación.

El título VI lleva por rúbrica: Aspectos normativos o protector de las legítimas. Consta de tres capítulos. El primero de ellos (X) le titula: Protección contra la privación testamentaria total e injusta y lo divide en dos subcapítulos que contienen respectivamente las materias que atañen a los efectos de la preterición y a la desheredación injusta. En ambos se exponen, tras una introducción histórica, separadamente, los efectos en el Código civil y en las regiones de Derecho especial.

Comenzaremos por la introducción histórica a la preterición. En ella se examinan el Derecho romano (civil, pretorio y justiniano) y el común (donde atiende especialmente al parecer de Baldo), las leyes de Partida y la interpretación castellana del Derecho común (inspirándose para esto en Antonio Gómez, aunque también cita a Jerónimo de Cevallos y a Diego Castillo), el Derecho Real de Castilla (Ordenamiento de Alcalá y ley 24 de Toro que equipara preterición y desheredación injusta) y la doctrina que en él se apoya que, aunque dividida parece inclinarse —en cuanto al número de autores— a la solución simplificadora que acogen García Goyena y Joaquín Aguirre, prevalece en el Proyecto de 1851, y se mantiene en el Anteproyecto de 1882-

1888. Concluye con el estudio de la cláusula codicilar y del testamento "parentum inter liberos" que la supone y hace que el testamento valga del modo que por Derecho puede valer, recogida únicamente por nuestro Código civil para la desheredación injusta, con lo que han vuelto a separarse los efectos de ambas instituciones.

Efectos de la preterición en el Código civil. La simple enunciación de las materias y cuestiones examinadas nos indican el valor y la trascendencia de la aportación que supone para el conocimiento jurídico español, la obra que examinamos. Tales son los problemas que plantea el artículo 814 (naturaleza, posibilidades de subsanación, ídem de extensión hasta acarrear la invalidez total del testamento), supuestos en los que son sanables los efectos de la preterición —renuncia de los preteridos—, quien puede impugnar la institución por causa de preterición y si es o no declarable de oficio, plazo de prescripción y transmisibilidad de la acción por preterición, deducciones acerca de la naturaleza de ésta, si cabe efectos más totales en caso de preterición errónea, si cabe equiparar o aproximar la preterición evidentemente intencional a la desheredación injusta o admitir que el testador pueda atenuar expresa o implícitamente los efectos de la preterición, los efectos de la de los hijos naturales en el caso de que los instituidos lo son los legítimos, cuáles son las disposiciones del testamento que conservan su validez, no obstante la preterición, las repercusiones que produce la invalidación por preterición de la institución con respecto a la partición efectuada apoyándose en el testamento en el que incurrió en este vicio, y, como final, la formulación de propuestas de Derecho constituyente.

Merecen destacarse dentro de la exposición de estas materias: 1.º La exposición de la doctrina y jurisprudencia sobre la renuncia de los preteridos como supuesto sanable de la preterición (innecesidad de recurrir a los Tribunales cuando preteridos e instituidos se distribuyen la herencia con arreglo a las leyes de la sucesión intestada, posibilidad de que la distribuyan conforme convengan, prescindiendo de las disposiciones testamentarias, los herederos capaces, la admisión por el Tribunal Supremo de la renuncia del preterido a la impugnación de la sucesión testamentaria). 2.º La consideración de la acción que deriva de la preterición como rescisoria de tipo personalísimo. 3.º Que la preterición de los hijos naturales no produce la nulidad total de la institución de los legítimos (aunque la Sentencia de 22 de mayo de 1950 mantiene una posición contraria). 4.º Su opinión favorable a la extensión de la aplicación del artículo 1.080 en que se realizó la partición sin dolo y con la sola exclusión del preterido. 5.º Que la preterición no afecta a la validez del nombramiento de contador-partidor. 6.º La conveniencia de distinguir cuatro supuestos (preterición intencional, ídem debida a error optativo u olvido de un nombre, ídem errónea propiamente dicha por supervivencia de hijos que se creían fallecidos o ulterior nacimiento de otros, ídem de descendientes de un hijo premuerto no preterido), en el terreno del Derecho constituyente para regular la preterición.

Regiones de Derecho especial, Cataluña: Después de exponer el Derecho histórico, concluye (tras examinar los textos legales) que después de la Compilación la preterición intencional ha quedado asimilada a la desheredación

injusta, que la errónea de un hijo o descendientes legítimo confiere al preterido acción para anular el testamento, que no cabe preterición de los descendientes de ulterior grado, y que la preterición no afecta a la validez de los heredamientos, aunque hubiese sido errónea.

Baleares: Rige el artículo 814 del Código civil, si bien la cláusula codicilar permite atenuar los efectos invalidatorios.

Aragón: Examina por separado la preterición total (intencional o ignorada) del artículo 22 de la Compilación, la singular del 123, y la especial del 108 (agermanamiento o casamiento al más viviente, al que debe asimilarse el testamento entre cónyuges con institución mutua y recíproca, artículo 95).

Vizcaya: Da especial relieve a la de los colaterales tronqueros que al no ser nombrados se consideran tácitamente apartados y a la necesidad de recurrir al artículo 814.

Ayala: Después de la Compilación (artículo 63), produce efectos paralelos a la preterición intencional de Cataluña, salvando la diversidad de cuotas legitimarias.

Navarra: Expone los antecedentes y contenido de la ley 271 de la Compilación. En cuanto a la preterición de los hijos naturales señala tres soluciones posibles: no estimar en este caso la preterición de los hijos naturales, la de Lacarra que sólo les faculta para reclamar su legítima material —que sería la del Código civil— y la de Lacruz, que siguiendo el criterio del Fuero General juzga que podrían reclamar una parte alícuota del caudal haciendo número con los legítimos, es decir, contándose como uno cualquiera de éstos.

El segundo subcapítulo comienza por una introducción histórica. Tres períodos distingue nuestro autor —inspirándose en di Lella— en el Derecho romano: el de la inoficiosidad, el de la querrela de testamento inoficioso —que producía la rescisión de aquél— y el del Derecho justiniano, que limita sus efectos a la institución de heredero, lo cual dio lugar en la época del Derecho común a controversias sobre la validez de los legados a favor del querellante. Trata seguidamente Vallet del Derecho de Castilla, y de la doctrina que sobre sus principales preceptos (Partida 6.<sup>a</sup>, título 8.<sup>o</sup>, Leyes 1, 4, 6 y 7; Ley 24 de Toro) construyen nuestros clásicos.

El examen del régimen del Código civil comienza por el de la génesis del 851, en cuya actual redacción se armonizan hasta el límite de lo posible la voluntad del testador y el derecho imperativo de las legítimas. Entrando en el régimen legal estrictamente considerado estudia separadamente: si la desheredación injusta ha sido efectuada por error del testador, si cabe aplicarle la sanción de la nulidad total, naturaleza y ejercicio de la acción para reclamar contra la desheredación injusta, su transmisión y prescripción, efectos de la desheredación injusta en caso de prosperar la acción que la impugne y los derechos de los descendientes legítimos de un hijo injustamente desheredado que haya premuerto al testador.

Interesa destacar el examen de la naturaleza de la acción. Para Vallet no origina una nulidad automática "ipso iure", sino que es precisa la impugnación para quebrantar la desheredación y, en lo preciso, la institución de heredero, rescindiéndola por su inoficiosidad en cuanto perjudicare a la legítima del desheredado injustamente.

Dentro de los efectos de la desheredación injusta considera cuáles sean en cuanto a la institución de heredero y en cuanto a los legados y mejoras dispuestos a favor de otros legitimarios o de cualquier otra persona. Así como respecto a la partición practicada sin el concurso del desheredado. Nos fijaremos en los producidos sobre la institución de herederos dentro de cuyo tema se preocupa primeramente de la parte de la institución que se invalida, respecto de la cual mantiene un criterio restrictivo conforme con el de la Sentencia de 23 de enero de 1959. En segundo lugar de quien sufre la invalidación, que en términos generales juzga deben sufrirla todos los herederos instituidos en el testamento a prorrata de la cuantía de su institución. En tercer término, de cómo cubre su cuota el injustamente desheredado, anulándose la institución de heredero en cuanto a la legítima del desheredado y abriendo la sucesión "ab intestato" en la parte correspondiente a aquélla. Concluye con el estudio de lo que se imputa a la cuota del injustamente desheredado y de lo que sucede con los legados o modos deferidos a su favor.

Regiones forales, Aragón: Alude a los artículos 122 y 123 de la Compilación.

Baleares: Juzga rige el Código civil.

Cataluña: Se ocupa del artículo 141 de la Compilación y recuerda que el 146 establece un plazo quinquenal para la prescripción. Es aplicable, según Vallet, el número 4.º del artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

Navarra: Expone su derecho distinguiendo tres supuestos: Desheredación injusta del usufructo de fidelidad, ídem de un hijo nacido de un matrimonio anterior y casos restantes.

Vizcaya: Recuerda que no hay hoy día desheredación injusta de la legítima foral individual.

El capítulo XI se refiere al complemento de la legítima lesionada por testamento o en partición y tiene cuatro subcapítulos dedicados respectivamente a la acción de suplemento de legítima, a la ineficacia de los gravámenes "ad tempus" e "in qualitatae", a la reducción de legados inoficiosos y al complemento de la legítima lesionada en la partición.

El subcapítulo primero trata en la primera de sus partes de los antecedentes romanos de la acción insistiendo especialmente en el Derecho justinianeo. La obtención del suplemento y la acción para reclamarlo fueron muy estudiados por los autores del Derecho común y originaron innumerables discusiones que son objeto de un intenso examen de Vallet en cuanto a los siguientes puntos: Si el suplemento se recibía como sucesión universal, si el complemento se producía "ipso iure" o era necesario reclamarlo, personas contra quienes se podía dirigir la reclamación del suplemento, naturaleza jurídica de la misma (asimilándola a la "inofficiosi testamenti" —Bartolo—, a la actio "petitio hereditatis" —Gregorio López y Azevedo—, a una "condictio ex lege" —Áccursio, Rodrigo Suárez y Antonio Gómez—, a la "petitio hereditatis" o "ex testamento", según los casos —Aretino—, a la "condictio ex lege" o a la "ex testamento", según los diversos supuestos, a su asimilación a los últimos remedios, según las circunstancias concurrentes), si se transmitía a los herederos extraños del legitimario, su prescripción, y bienes en que debía satisfacerse el complemento.

El Código civil establece el complemento de legítima en el artículo 815 que aparece bien diferenciado de la reducción de legados o mejoras en cosa cierta. Comienza el estudio del derecho al complemento de la legítima con el de los sujetos activo y pasivo. Tratando del legitimario al que sólo se le ha satisfecho parcialmente su legítima, observa hasta trece situaciones en las que puede encontrarse. Este cambiante panorama nos ilumina en parte el sujeto pasivo que, en sentido restringido, son siempre uno o varios herederos. Objeto de la acción es el complemento de la legítima, que unos consideran el resto de la "pars hereditatis", otros una de éstas que completa las atribuciones del causante, otros una porción de la cuota-parte de valor de los bienes que forman la legítima no cubierta con las liberalidades del testador, otros la "pars bonorum" reservada por el artículo 806, otros la porción de bienes o de herencia reducida por inoficiosa, otros un derecho de crédito para reclamar el suplemento, sin olvidar la posición inspirada en la doctrina italiana que sostiene García de Valdecasas. Vallet juzga que puede ser satisfecho en dinero. Seguidamente trata de la cuantía del suplemento y del medio o medios jurídicos de que dispone el legitimario para pedirle. Nuestro autor considera la acción de suplemento que se dirige contra los herederos como personal, pero protegida por la reserva del artículo 806, que supone una afección de bienes a la satisfacción de necesidad de haber iniciado su ejercicio, así como que el plazo de prescripción es de treinta años, por estimarla de carácter mixto.

Aragón: A la vista del artículo 124 de la Compilación, se adhiere, al parecer de Lacruz, que se inclina por la libertad absoluta del testador sin perjuicio del derecho a pedir alimentos los legitimarios.

Baleares: Separa Mallorca y Menorca que, salvo excepciones, no admiten el abono del suplemento en dinero, de Ibiza y Formentera que lo permiten.

Cataluña: Después de un examen de los antecedentes históricos doctrinales y de transcribir los preceptos oportunos de la Compilación, se ocupa del trabajo de Pérez Torrente que afirma la existencia de una legítima protegida por acción real y otra que atribuye sólo acción personal, rectificando esta afirmación en el sentido de que verdaderamente son dos situaciones distintas dentro de la dinámica de una misma legítima.

El segundo subcapítulo (ineficacia de los gravámenes), comienza también por el estudio del Derecho romano y común. El campo de batalla en cuanto al primero, lo constituye la ley "Quoniam in prioribus" del Código (Código III, XXVIII, 32), que recoge una Constitución de Justiniano del año 521 y sienta las bases para considerar no puestos los gravámenes "ad tempus" e "in qualitate" sobre la legítima. Sintetizando un trabajo anterior distingue nuestro autor los siguientes supuestos: 1.º Asignación de un contenido inadecuado para la satisfacción de la legítima (en la que admite como casos en que el heredero puede aceptar la atribución dispuesta por el testador: pago ordenado en metálico, íd en cosa ajena, íd gravando la legítima con un usufructo—que es de los más debatidos por la doctrina—, pagada en usufructo). 2.º Imposición de una condición afectada a la legítima (en la que señala como cuestiones concretas los efectos de la causal o mixta, la potestativa, la "dandi vel faciendi", la discusión sobre la invalidez de las condiciones puestas para favorecer al legiti-



mario a quien afectaban, así como la posibilidad de compensar la condición con la atribución de un mayor "quantum"). 3.º Imposición de una prohibición de disponer o de partir o la sumisión a determinado modo de utilización o explotación de los bienes. 4.º Aplazamiento del goce de la legítima por su atribución mediante un fideicomiso, y 5.º Imposición de un fideicomiso, vínculo o mayorazgo sobre la legítima.

Código civil: Tras evocar el 2.º párrafo del artículo 813 y examinar la regla general en él contenida, analiza separadamente los siguientes supuestos comprendidos en ella: 1.º Asignación de un contenido inadecuado para satisfacción de la legítima. (La Sentencia de 19 de abril de 1939 rechazó el pago en un usufructo). 2.º Gravamen de la legítima con un usufructo o una renta vitalicia (lo que motiva un completísimo estudio del número 3.º del artículo 820 y un examen de varios problemas por él suscitados, de los que consideramos principales los originados por la expresión referida al usufructo o a la renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la cuota disponible y el ejercicio de la opción prevista en el mencionado artículo 820, número 3.º, en el caso de ser varios los legitimarios afectados por el usufructo). 3.º Imposición de una condición afectante a la legítima (puestas en beneficio del legitimario, cautelas compensatorias de la legítima, afección a una condición "facilima" o si "voluerit"). 4.º Imposiciones de prohibiciones de disponer o de partir, o de modalidades relativas a la administración y explotación del contenido recibido como legítima. (Prohibiciones de enajenar hasta alcanzar cierta edad o transcurrir cierto tiempo los mismos legitimarios y el padre o madre que ostente la patria potestad, prohibición de pedir la partición, imposición a aquéllos de una determinada forma de explotación personal o social de determinados bienes). 5.º Aplazamiento del goce de la legítima o su atribución, mediante un fideicomiso. 6.º Gravamen de la legítima con sustituciones (vulgar, pupilar y cuasi-pupilar, fideicomisaria).

Aragón: Transcribe el artículo 125 de la Compilación y sintetiza la glosa de Lacruz.

Baleares: Transcribe los artículos 32 y 49 de la Compilación.

Cataluña: Repasa dos de los supuestos antes examinados: 1.º Asignación de un contenido inadecuado para la satisfacción de las legítimas: El artículo 131, párrafo 2.º, del apartado 2.º (de la Compilación) concede la opción clásica. 2.º Imposición de condiciones, términos, modos, fideicomisos, usufructos u otras limitaciones o cargas prohibidas en el apartado 1.º del artículo 133 y permitidos en ciertos casos—apartado 2.º del mismo 133—, cautelas de opción compensatorias de la legítima.

Vizcaya: Sólo pueden imponerse sustituciones o gravámenes, conforme nos recuerda nuestro autor, sobre los bienes troncales más que en favor de otros herederos forzosos del mismo grupo, lo que actualmente consagra el artículo 27 de la Compilación. Plantea el caso, no examinado por la doctrina vizcaína, en el que legando los bienes raíces a un extraño, posea el testador bienes distintos en una buena cantidad. Vallet observa: "Que lo más adecuado al Derecho vizcaíno, es la entrega al extraño del valor de aquéllos en otros distintos y que si admite el cumplimiento de la disposición testamentaria por tratarse de una compensación onerosa, debe de reconocer el derecho de compra de

los tronqueros, por lo que aconseja una cautela de compensación legitimaria.

El subcapítulo III (reducción de legados inoficiosos) comienza con la exposición del Derecho romano y del común, sobre las cuartas Falcidia en el primero y en las Leyes 1, 2, 4 y 7 del Título XI de la Quinta Partida. En la parte siguiente se contiene el estudio del Derecho Real de Castilla, que arranca de la Ley 1, Título 4, Libro 5, del Ordenamiento de Alcalá, la que origina una controversia sobre la acumulación de las dos cuartas que luego pierde su fuerza ante la de la legítima y la mejora. Pero de ellas deriva—según Vallet— la deducción de los legados y fideicomisos que lesionaron las legítimas. Las relaciones de éstas con la falcidia llevan finalmente a considerarla derogada a Marcos Gutiérrez y a Gómez de la Serna.

Código civil; Tras exponer sus antecedentes inmediatos, nos recuerda los artículos 817, 820, números 1.º y 2.º, 891 y 887. La diferencia de texto del 820 y 887 es resuelta por nuestro autor considerando que el párrafo primero del 2.º número, de aquél, deriva de la vieja falcidia y de la afección de toda la herencia, el segundo señala la prioridad del débito de unos legitimarios que pueden ver ampliada su responsabilidad, que la declaración de preferencia pueda expresarla el testador de un modo absoluto o relativo, y que sólo en defecto de la determinación por el testador se rige la preferencia por el artículo 887. La aplicación de los 821 y 822 (que transcribe) aconseja establecer una distinción: Reducción de un legado de cosa indivisible otorgado a favor de uno de los legitimarios y reducción del dispuesto a favor de un extraño. Destaca que la reducción debe hacerse a solicitud de los herederos forzosos que, según O'Callaghan, tienen una acción de condena, personal e irrenunciable, en vida del causante. Vallet estima que debe de tener la misma duración que la petición de legítima, pero que, entregado el legado, la rescisoria a ejercitar sufrirá la prescripción de cuatro años. Concluye examinando los problemas que plantea la adquisición de dominio y posesión de los legados y la eficacia de la acción de reducción de éstos con respecto a quien haya adquirido del legatario la cosa legada.

Aragón: Sigue a Lacruz, que opina rige en esta materia el Código civil, si bien con ciertas peculiaridades.

Cataluña: Considera conveniente distinguir las opiniones de la doctrina en cuanto a la trebeliánica y la falcidia debido a las influencias del Derecho canónico. En cuanto la primera recuerda, entre otras, las de Roca Sastre y la de la Sentencia de 10 de abril de 1947, favorable a su acumulación con la legítima. Respecto de la segunda, la tesis de la no acumulación fue sostenida por la Sentencia de 7 de junio de 1930, pero la posición contraria fue patrocinada por Roca Sastre y debido al prestigio de este ilustre jurista fue acogida por la Compilación. Por último, se ocupa Vallet de la reducción de los legados por inoficiosidad (disciplinada en el artículo 142, párrafos 1, 2, 4 y 7, de la Compilación) y de la acción de reducción (a la que atañen principalmente los párrafos 1 y 3 del 143).

Baleares: Destaca que, en cuanto a la trebeliánica, la falcidia y la legítima, rigen soluciones semejantes a las del Derecho catalán, y que para la reducción de legados parece que deben aplicarse los artículos 821 y 822 del Código.

Vizcaya: Subraya cómo los artículos 21, 28, párrafo 1.º, 29 y 22, número 4, de la Compilación, reproducen fielmente el criterio del Fuero de Vizcaya.

Ultimo subcapítulo referente al complemento de la legítima lesionada en la partición. Dentro del Derecho romano común expone el resumen de la doctrina recogida por Febrero y hace ver cómo la evicción y lesión que pueden existir en estos casos tienen un ámbito cuantitativo que no coincide con el de la lesión de las legítimas, se ocupa de la partición "parentem inter liberos" —sólo rescindible por lesión de legítimas que igualmente justifican únicamente la evicción—, las particiones realizadas entre los hermanos y por el contador y la manera de reparar la lesión cuando los contadores han actuado malamente —aun sin fraude ni dolo—, si ésta es "ultra dimidium", o si se debió a olvido u ocultación de bienes partibles o colacionables.

Código civil: Separa la obligación de evicción y saneamiento de la rescisión por lesión (a la que vamos a dedicar nuestra atención). Expone primeramente las normas generales y sus excepciones, pasa luego a tratar de si puede provocar la lesión menor de la cuarta parte que afecte a las legítimas la rescisión de la partición, modo de reparar la lesión, omisión de objetos y valores en la herencia y preterición de un heredero en la partición. Refiriéndonos "ad exemplum" a esta última —para que podamos apreciar la calidad del trabajo que comentamos—, recuerda el artículo 1.030 y la ampliación realizada por la Sentencia de 5 de diciembre de 1959 a un caso en que faltó la intervención de dos ausentes, hace notar cómo aquí sólo cabe pedir proporcionalmente a los partícipes la parte que corresponda al omitido, y el análisis realizado de la palabra pago, que, para Manresa, puede hacerse en dinero o en bienes de la herencia; para Scaevola, en la forma que indica el precepto; para Sánchez Román, satisfaciéndole o restableciéndole la efectividad de su derecho en cuanto a su haber en cosas, bienes o valores de la misma naturaleza, a lo que se adhiere Espín, que admite suplementos a metálicos para resolver problemas de cosas indivisibles. Separándose de Sánchez Román, opina Vallet que proporcionalmente significa la proporción en que cada heredero haya recibido el exceso que debe reintegrarse al preterido.

Regiones forales: Cree que a falta de normas especiales rigen las del Código civil.

Capítulo XII. Tiene cuatro subcapítulos: Complemento de las legítimas renunciadas o transgidas en vida del causante, reducción de las donaciones inoficiosas, protección de los legitimarios contra las disposiciones a título oneroso del causante, efectuadas con prodigalidad, fraude o simulación por el causante de bienes que los pertenecen o se les destina por otro título.

El subcapítulo I, después de oponer las soluciones romana (nulidad) y canónica (validez de la verificada bajo juramento), entra en el estudio del Código civil, cuyo artículo 816 analiza examinando las siguientes cuestiones: a) Alcance del adverbio toda y del inciso entre el que la debe y sus herederos forzosos. b) Referencia a la legítima futura. c) Explicación de las expresiones es nula y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél. d) Obligación de colación.

En cuanto a las regiones forales, las Compilaciones de Baleares (artículo 50) y Cataluña (artículo 145), siguen el criterio canónico, si bien la última admite la rescisión por lesión "ultra dimidium".

En el segundo subcapítulo (donaciones inoficiosas), después de evocar las "querella inofficiosae donationis vel dotis" del Derecho romano y la Ley 8.<sup>a</sup> del Título IV, de la Quinta Partida, la glosa de Gregorio López y la opinión de los Hermosilla sobre el orden de la reducción de donaciones entra en el estudio del Derecho Real de Castilla, que inicia con el examen de la Ley 20 de Toro, cuyos comentaristas, prescindiendo de los antecedentes castellanos y leoneses, adaptan a la mencionada Ley los criterios de Bartolo y Baldo, y juzgando que los efectos de la inoficiosidad se producen después de muerto el causante y a petición de los legitimarios perjudicados, momento desde el cual deben restituirse los frutos. La cuestión es planteada en los prolegómenos del Código civil al preocuparse de los efectos de la revocación con respecto a los terceros adquirentes del dominio. El proyecto de 1851 se ocupa tanto de los frutos como de los efectos en cuanto a los terceros adquirentes de buena fe que explica don Claudio Antón de Luzuriaga. Para la reducción sigue el Proyecto el criterio del orden inverso de fechas.

Código civil: Tratando del régimen de éste, después de transcribir los artículos 654, 820, número 1.º, 656 y 1.044, sintetiza Vallet el orden de reducción considerando que se reducen primeramente las donaciones testamentarias, después los regalos y equipos de boda que excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento, las donaciones no exentas de reducción por orden inverso a sus fechas y las de igual fecha—salvo preferencia fijada por el testador—a prorrata. Examina problemas especiales (donaciones "mortis causa", seguros de vida, donaciones remuneratorias, onerosas y modales), trata de la insolvencia de los donatarios—cuyo riesgo estima que debe de afectar a los legitimarios por el carácter personal de la acción rescisoria que les asiste—y que no se les reconoce a los donantes. Pueden pedir la reducción las personas señaladas en el artículo 655, el cónyuge viudo y los herederos—aun voluntarios—de los legitimarios, pero no los acreedores del causante. En cuanto a la acción de reducción tiene carácter rescisorio y los bienes o valores restituidos, aunque entren en la masa partible, no forman parte a todos los efectos de la masa hereditaria. Los efectos de la rescisión no alcanzan a los terceros adquirentes, extinguiéndose dicha acción por renuncia—expresa o tácita—y por prescripción sobre cuyo plazo no se han puesto de acuerdo los autores.

Aragón: Su Compilación sólo contiene sobre estas materias el artículo 124, del que se deduce que sólo puede ejercitarse contra extraños. Compete la acción a cualquier legítimo heredero o donatario universal, y, en su defecto, a quien tenga derecho a la legítima formal.

Cataluña: Tras exponer el derecho anterior a la Compilación trata de los preceptos de ésta, destacando el carácter rescisorio de la revocación de donaciones, la realización de la reducción por orden inverso de fechas sin que pueda ser alterado por el causante, y facultándose a los legitimarios y sus herederos para que ejerciten la acción, no a los acreedores, y sí, en cambio, a la mujer perjudicada en su cuarta marital.

Vizcaya: La omisión del apartamento en los casos de donaciones no produce, según Vallet, rescisión ni nulidad. La reducción del Código civil sólo será aplicable a los bienes no raíces que dispongan del quinto libre.

Navarra y Ayala: Puede haber preterición en los casos en que no se salva la legítima formal por no realizarse el apartamiento. En Ayala la legítima que puede reclamarse es la larga.

Tercer subcapítulo, disposiciones onerosas del causante con prodigalidad, fraude o simulación. En dos partes le divide nuestro autor: Planteamiento en el Derecho común y Régimen del Código civil. La problemática del primero se centra en la contraposición de las Leyes del Digesto 37,14,16 y 37,12,2 sobre las enajenaciones en fraude de ley. Vallet dedica sendos epígrafes a la dilapidación por el causante de sus propios bienes (conducta que asimila el doctor Molina a la prodigalidad, extremo combatido por Vázquez de Menchaca, mientras Palacios Ruvios y los Hermosilla admitían la revocación por el hijo de las enajenaciones hechas por el padre que "ludendo, vel luxuriose, et male aliter vivendo amisit et sine causa alienavit"), y a la impugnación después de muerto el causante de actos onerosos por él otorgados dentro de lo que incluye las enajenaciones onerosas por precio vil, las realizadas en fraude de legítima y los actos simuladamente onerosos otorgados por el causante.

Código civil: Estudia independientemente los actos de prodigalidad del causante (que nuestro Código enfoca desde el punto de vista de la tutela), las compraventas por precio notoriamente de favor (a cuya solución sólo puede aplicarse un criterio subjetivo), la efectuada realmente con ánimo de dilapidar u ocultar el precio obtenido y con complicidad del comprador (Vallet cree aplicable el número 3 del artículo 1.929 y el 1.298 del Código civil) y las simuladas. Sobre estas últimas, frente a la opinión de los autores que consideran que si concurren los requisitos de forma pueden valer como donación si no es ilícita la causa y no lesiona legítima alguna opone la de Federico de Castro, que discute las posiciones de Ferrer y Betti, bajo cuyo influjo la jurisprudencia italiana las consideraba válidas. Para Vallet, la donación en nuestro Derecho no es un contrato, sino un modo de adquirir la propiedad, la forma traditoria necesaria para consumar el acto de liberalidad. Así puede verse en la Sentencia de 3 de marzo de 1932.

Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha mantenido siempre la misma posición: Hay tres grupos de sentencias: a) las que admiten la validez de la donación disimulada si hay causa lícita y concurre el requisito de forma; b) las que admiten el incumplimiento del requisito formal cuando no se expresa la voluntad de donar y aceptar la donación, y c) la que niega al heredero no legitimario la legitimación precisa para la impugnación. Pero el cuadro no es tan sencillo como parece, por eso Vallet estudia minuciosamente la jurisprudencia de los tres grupos. Dentro del primero examina especialmente la de 29 de enero de 1945, de la que fue ponente don Celestino Valledor. En el segundo analiza la de 29 de octubre de 1956. Cita también otras, entre las que considera han aplicado de modo rotundo esta "ratio decidendi" las de 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 14 de mayo de 1966. El tercer criterio, cuyos precedentes se encuentran en la Sentencia de 30 de junio de 1944 es adoptado por las de 3 de abril de 1962, 22 de abril de 1963, 21 de marzo de 1964, 16 de octubre de 1965 y 30 de marzo de 1968), las cuales, según nuestro autor, no pueden soslayar su contradicción con las del grupo anterior). Vallet, de acuerdo con Santa María, juzga que el heredero está le-

gitimado cuando se trata de acciones que hubiera podido articular el propio causante. Como causas que permiten impugnar las donaciones en casos de simulación relativa, indica la falta de facultad dispositiva a título gratuito del enajenante, ser el donatario inhábil para recibir donaciones del simulado vendedor, inmoralidad o torpeza del motivo determinante causalizado y finalidad de burlar legítimas. Se refiere a las opiniones doctrinales sobre esta última y se ocupa del problema del fraude de ley. Expone los requisitos necesarios para la legitimación activa que explica la Sentencia de 3 de abril de 1962. Concluye con el estudio del distinto interés jurídico que inspira a los legitimarios y a los herederos voluntarios y las consecuencias que de ello se derivan.

Subcapítulo IV (enajenaciones onerosas del causante de bienes de los legitimarios o destinados a ellos por otro título). Tiene tres partes: planteamiento del problema por los autores castellanos siguiendo el criterio de los tratadistas de Derecho común, Código civil y normas especiales de la Compilación catalana. Divide el estudio de la primera según se trate de hijo no heredero o heredero del enajenante. Distingue en cuanto al último cuatro supuestos: a) Hijo heredero universal que aceptó la herencia sin beneficio de inventario; b) Hijo que utilizó el beneficio; c) Hijo que sólo heredó la legítima y utilizó el beneficio de inventario, y d) Hijo que recibió la legítima a título de legado o institución "ex re certa" concurriendo con otros llamados "ex asse". Termina contemplando si cabe la posibilidad de reivindicar los bienes reservables enajenados.

Código civil: Nuestro autor delimita la materia del estudio manifestando que sólo trata de enajenaciones no simuladas ni fraudulentas. La Sentencia de 6 de mayo de 1902 negó la acción del favorecido por la reserva en este caso. Gran parte de la doctrina, entre cuyos autores se cuentan De Diego y Castán, de acuerdo con la de 19 de enero de 1950, juzga que la de los actos en perjuicio de la legítima se extienden a las reservas, pero Vallet considera que los argumentos de estos autores no profundizan lo debido. Tras de examinar la posición opuesta puntualiza la suya (expuesta ya con anterioridad) distinguiendo el caso del reivindicante legitimario no heredero del enajenante y sólo legitimario, o simplemente legitimario (posibilidad de reivindicación sin responsabilidad por evicción) y reivindicante legitimario heredero del enajenante (puede reivindicar, pero queda sujeto a evicción. Don Jerónimo González considera que la reivindicación está impedida por el principio de convalecencia).

Compilación catalana: Recuerda el párrafo 2.º del artículo 209 y el número 4.º del 263, que se debe relacionar con los dos primeros del mismo precepto.

Sigue un índice de materias (que divide en cuestiones generales, Derecho romano y común, Derecho histórico y Derechos vigentes), y otro de textos codificados españoles vigentes (Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario y Compilaciones de Galicia, Aragón, Baleares, Cataluña, Vizcaya, Alava y Navarra).

## C R I T I C A

Después de haber expuesto en sus líneas generales el plan y contenido de la obra que acabamos de reseñar, parece que es inmodesto e inútil verificar una crítica de la misma, pues para hacerlo de manera adecuada es necesaria una preparación muy superior a la de mis conocimientos, y al mismo tiempo, las ideas y principios dominantes en aquélla, al par que la construcción allí realizada son el mejor elogio y valoración que de ella pueden hacerse.

Pero, sin embargo, aun conscientes de lo que acabamos de señalar y siguiendo la pauta general de estas recensiones, vamos a verificar un intento de crítica que dividiremos en tres partes. En la primera nos ocuparemos de las notas que caracterizan la labor llevada a cabo por tan genial jurista, en la segunda trataremos de los defectos que tal vez pueden achárcela, y concluiremos, D. m., verificando la valoración que se merece en la tercera.

A) Notas características: Creemos que podemos señalar como tales:

1.<sup>a</sup> La predominante atención que se concede en todos los momentos a la voluntad del testador. Lo podemos observar en todo el libro, pero aquí nos limitaremos a señalar el importante papel que se le atribuye a la preterición, en la atribución de las legítimas y en el orden de preferencia de los legados. De-sechando los axiomas germánicos, dominantes en nuestro Derecho durante algunos momentos de su historia (por ejemplo, Fueros Municipales y Cartas Pueblas), el heredero nace y no se hace, Dios y no el hombre hacen al heredero. Vallet se inspira en la autonomía de la voluntad del testador, en la fuerza creadora del Derecho de la misma y trata de investigar, o proponer la investigación de su verdadero contenido en la totalidad de los temas que plantea, aunque sin ignorar, por eso, las limitaciones impuestas por las leyes, como se ve palpablemente cuando nos expone sus consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las legítimas.

2.<sup>a</sup> Importancia que desempeña en sus construcciones el favor "testamentari". Es consecuencia, en cierto modo, de lo anterior, y llega para nuestro autor a constituir casi una verdadera obsesión. Por eso, siempre que puede limita los efectos invalidatorios de las vulneraciones de las legítimas, a cuya ineficacia sólo concede un valor absoluto cuando se ve obligado a ello por el carácter tajante de la norma legislativa, o cuando obedecen a una falta de voluntad del testador como hemos podido apreciar al estudiar los casos en que cabe señalar la existencia de errores obstativos. Parece como si, lo mismo que en la Edad Media se decía que la naturaleza tenía horror al vacío, Vallet tuviera horror a la sucesión intestada, o mejor el ordenamiento jurídico español lo tuviese a su juicio. Y este principio de nuestro Derecho, que inspira acertadamente la construcción sistemática de la obra que contemplamos, trasciende de nuestro Derecho privado y llega a hacer irrupción en el ordenamiento tributario hispano.

3.<sup>a</sup> La obra que examinamos señala la culminación de un proceso, es una obra de madurez que recoge el resultado de una labor de constante superación. Parece como si Vallet estuviera revisando siempre sus conclusiones en un perpetuo afán de mejora y de contraste. Por eso:

a) Una vez ratifica sus posiciones y sigue aceptando sus antiguos puntos de vista, como ya hemos podido ver anteriormente, aquí no haremos más que recordar su insistencia en las opiniones que mantuvo sobre la preterición.

b) Otras las modifica y varía sus construcciones. No debemos de olvidar cómo reforma su opinión sobre la imputación de las donaciones al contemplar los resultados de las investigaciones hechas por Manuel de la Cámara.

4.<sup>a</sup> También se echa de ver que las materias tratadas no tienen todas una uniforme extensión, alguna de ellas sólo le merece cinco páginas, mientras que otras nos ofrecen capítulos superiores a las cien, abarrotadas además de copiosas, interesantes y eruditas notas. Cabe señalar cómo esta nota característica—que como veremos más adelante han podido juzgar como defecto—resulta fácilmente explicable, pues deriva:

a) De la distinta importancia que tienen las diversas materias tratadas.

b) Y del deseo de evitar, en lo posible, las repeticiones de conceptos antes expuestos. Por eso, tal vez, sean los más interesantes los primeros capítulos de su obra, y por eso nos han merecido a nosotros una mayor atención en la labor de resumen.

c) De la modernidad y carácter reciente de las disposiciones examinadas. Esto se nota especialmente cuando estudia las Compilaciones de Derecho especial, tan nuevas que pudiera decirse de alguna, como la de Navarra, que apenas acaba de empezar a vivir.

d) La escasez de cuestiones prácticas surgidas en algunos terrenos, fruto del arraigo secular de muchas instituciones y mecanismos jurídicos. Se tienen a la vista, sin querer, los preceptos vigentes de Ayala y Vizcaya.

5.<sup>a</sup> La minuciosa e intensa investigación de los antecedentes históricos. Parece como si no dejara de pensar durante un solo momento que las leyes de Derecho privado son fruto del trabajo centenario de legisladores y juristas que han ido evolucionando al transformarse las condiciones de la vida. Vallet demuestra un gran dominio de las doctrinas de los autores de Derecho común y del Real de Castilla, que dudamos hayan podido alcanzar otros juristas. Por eso, las disputas sobre las más o menos aparentes oposiciones de los fragmentos y leyes del "Corpus Iuris Civilis justiniano", el esclarecimiento de las leyes del Ordenamiento de Alcalá y de las de Toro, con sus problemas tan variados—y que al referirse a los mayorazgos (éstas) darán ocasión a que Cristóbal de Paz escriba el primer tratado científico sobre la Gewere (Heusler)—cobran animada vida en sus páginas.

6.<sup>a</sup> Un diligente examen de los antecedentes inmediatos del Código civil. Ya hemos visto cómo evoca diligentemente las controversias de la época que precede a la definitiva elaboración de aquél y tiene siempre ante su vista, cuando lo juzga necesario o conveniente, el Proyecto de 1851 y la obra de García Goyena, que ha llegado a ser clásica para nuestros civilistas.

7.<sup>a</sup> Estas mismas direcciones presiden también sus estudios de los Derechos especiales. Como obedeciendo a una especie de mágico conjuro van apareciendo leyes antiguas, actos de Cortes y opiniones de los doctores, que han permanecido vigentes hasta nuestros días, pero que eran ya varias veces centenarias. Es difícil imaginar algo más sugestivo que sus exposiciones históricas



del Derecho catalán cuando trata de la naturaleza jurídica de las legítimas o se ocupa de la desheredación.

8.<sup>a</sup> Gracias a estos exámenes históricos quedan esclarecidos en cuanto a su génesis y a su contenido muchas de las disposiciones vigentes, al hacernos ver el proceso de su gestación y que no han aparecido como una especie de ente abortivo. Son, tal vez, las normas contenidas en las Compilaciones las que más se benefician de esta técnica, aunque sea más extensa la historia de las instituciones en el Derecho común.

9.<sup>a</sup> Importancia concedida a la doctrina de los doctores y juristas de nuestros días. Cada uno de los problemas contemplados se resuelve después de analizar minuciosamente, entre otros factores que puedan ayudar a su solución, las opiniones de los autores más conspicuos y que mejor han estudiado las cuestiones que en cada momento ocupan a nuestro autor. Por eso no vacila en señalar la influencia que han ejercido aquéllas ya ante los Tribunales, como nos hace ver al evocar la que han tenido en algún punto los pareceres de Ferrara y Betti sobre la jurisprudencia italiana, ya en la consagración de determinados conceptos por la ley, como sucede en la Compilación catalana, que —alguna vez— realiza un completo giro en contra de la opinión predominantemente anterior debido al influjo de Roca Sastre. El mismo Vallet, como ya indicamos antes, no deja de sustraerse al de éste y otros autores y varía sus antiguas conclusiones.

10. Estudio a fondo de la jurisprudencia. Es rarísimo que al ocuparse de cualquiera de las cuestiones tratadas no nos ofrezca una completa y ordenada evocación de las decisiones de nuestro más alto Tribunal. Entre resoluciones que, muchas veces, parecen ser contradictorias entre sí, camina sin tropiezos ayudado por su fino sentido de orientación jurídica. La elaboración de la síntesis contenida en el penúltimo subcapítulo de su obra, al distinguir las tres etapas de la doctrina jurisprudencial (simulación en actos onerosos) y descubrirnos las direcciones orientadoras de las mismas, que borran la aparente oposición, revela una maestría inigualable.

11. Aunque partidario fervoroso de la eficacia plena de la voluntad del testador en las materias sucesorias, no deja de conceder a la ley la importancia capital que tiene. Muchas veces es su simple exposición, brevemente glosada en algunos casos, la que utiliza para darnos a conocer los Derechos especiales. Pero, tantas y tantas veces centra su estudio sobre los textos de la ley, no sólo en estas Compilaciones, sino también, y con más detenimiento e intensidad en el Código civil, que sus exámenes de los artículos 609, 811, 812, 814, 815, 818, 839, 840, 846, 851, 972, 1.056 y 1.057, entre otros, nos ofrecen jugosos e interesantes comentarios, que no pueden ser ignorados por quienes quieran conocer debidamente el Derecho de Sucesiones y su regulación en nuestra Ley Sustantiva civil.

12. Fidelidad a los principios considerados, tras la correspondiente investigación, como básicos. Por lo menos nosotros no hemos encontrado la adopción de conclusiones contradictorias dentro de la obra. No aparecen fallos en su lógica constructiva. Vallet adopta el criterio de la legítima freno rompiendo el sistema de encasillado que, representaba a nuestra herencia como una serie de compartimentos estancos, dentro de los que se albergaban con la

más absoluta independencia cada uno de los tercios que la integran, con lo que incia una construcción originadora de fecundas consecuencias que aplica cuando se ocupa de la desheredación y de la preterición, por ejemplo. De esta forma señala (ya aludimos antes a ello) un rumbo orientador para navegar entre los escollos sembrados en el mar de las particiones hereditarias, que no dejan de multiplicarse día a día. Es a esta misma razón a la que se deben las repeticiones que encontramos y a las que nos referimos anteriormente.

13. Agotador examen de los problemas que pueden plantearse. Vallet procura apurar las conclusiones lógicas que derivan de sus soluciones, por un lado, llevándolas al terreno práctico para esclarecer las cuestiones más o menos oscuras que se nos ofrecen, pero no se detiene aquí, sino que trata de prever la aparición de otras y nos brinda de antemano su posible solución, como sucede, por ejemplo, cuando examina algún problema de Derecho especial vizcaíno a que ya hemos aludido.

14. Coordinación perfecta del aspecto teórico y el práctico. La misma conjugación de las opiniones doctrinales, con los criterios jurisprudenciales realizada de armoniosa manera en las construcciones que nos ofrece es una prueba de ello. Pero, además, sus soluciones no sólo son propias de esos casos de laboratorio que más que en la realidad de la vida descansan en la fértil imaginación de los autores o se elaboran exclusivamente a efectos pedagógicos, sino que tienen trascendencia verdaderamente práctica y pueden servir para sortear los obstáculos que en la realidad se presenten.

15. Apelación a los principios filosóficos, sociológicos y de otras disciplinas jurídicas que considera necesarios para sus construcciones. Lejos de encerrarse en una armoniosa manera en las construcciones que nos ofrece es una prueba constituyeran un islote, recurre a la sociología, a la economía y al Derecho político, por ejemplo, cuando trata de fijar la verdadera naturaleza de las legítimas. Parece que hace suya la afirmación de Santa María de Paredes de que es imposible estudiar las ciencias (jurídicas) como parcelas debidamente acotadas. Navegando en la misma singladura de Roca Sastre y de Radbruch, y sin desconocer la Metafísica jurídica, que ha examinado a fondo en otras de sus obras, trata de crear un instrumento que sea perfectamente utilizable en la dinámica jurídica de la vida cotidiana. No olvida que el Derecho existe para remediar las necesidades de ésta, y, que por eso, dentro de los inmutables principios de justicia tiene que variar en sus soluciones según los medios en que esté vigente.

16. Integridad del examen de las materias tratadas que se enfocan desde todos los ángulos que deben de merecer nuestra atención. La obra de Vallet puede ser comparada a una estatua que es iluminada por todos sus lados, con lo que se evita, entre otros defectos, la deformación que produce la consideración unilateral. Así, cuando se ocupa de los usufructos de viudedad, no pierde de vista que éstos pueden obedecer a razones sucesorias o familiares, y, así, nosotros alcanzamos a ver perfectamente el papel que principalmente llevan dentro de cada uno de los regímenes jurídicos existentes en España.

Creemos que éstas son las notas características principales del libro que tenemos a la vista. Pero sigamos adelante por el camino que anunciamos antes al empezar la crítica.

B) Defectos: Aunque las notas características que acabamos de señalar nos incitan a juzgar la obra favorablemente, no podemos silenciar que se le han señalado varios defectos. Así se le ha acusado de complicar el panorama jurídico español, incurrir en excesos conceptualistas, dejar sin resolver cuestiones tratadas, aridez de estilo, olvido del Derecho comparado, exceso de repeticiones, carácter defectuoso de los índices, etc. Veamos hasta qué punto puede ser aceptada la existencia de estos defectos.

1.º Se ha estimado que Vallet en unión de Roca, Manuel de la Cámara y otros tratadistas de nuestro Derecho sucesorio han complicado innecesariamente la materia de las legítimas, que antes parecía dotada de una claridad diáfana en los textos de nuestro Código. Pero no estamos conformes con ello. La claridad de dicción y el excelente estilo de nuestra Ley Sustantiva civil no han servido para evitar que en la práctica de los testamentos y de las particiones se tropiecen con numerosos inconvenientes y que hayan abundado los pleitos sobre estas materias. La impresión de diáfana claridad de los conceptos legales oculta en realidad profundas simas que no pueden desaparecer por la tranquilidad que reina en la superficie. No han sido estos autores quienes han complicado el panorama jurídico, éste estaba ya complicado, aunque—tal vez—en forma latente, no dieron a las cuestiones controvertidas una existencia artificial, las desvelaron de la misma forma que el inventor no crea, sino que pone de manifiesto lo que ya estaba en la naturaleza.

2.º Se ha juzgado que en muchas ocasiones hace alarde de un excesivo conceptualismo. Parece como si se quisiera trasladar al campo del Derecho civil la crítica que Enrico Ferri hizo en su día de los penalistas germanos, a los que criticó sus abstruserías, la minuciosa trituración de conceptitos y el partir los pelos en el aire. Pero tal acusación la consideramos completamente inadmisibile. Detrás de las páginas que estamos comentando se adivina a la persona que vive en la realidad, en la vida normal, en la que es verdadera, que contemplamos los Notarios, a los que sólo nos llegan de refilón las situaciones patológicas de la vida jurídico-civil. Por otro lado, cuando se trata del estudio de las leyes positivas, se impone la disección de las mismas, aunque no sea más que como consecuencia de la labór que realizan en este terreno quienes defienden a los que son atropellados o temen serlo por quienes se basan en ésta, o de quienes tratan de crear imaginarios derechos o causas de impugnación o nulidad que sólo pueden encajar dentro de las normas convirtiéndolas en una especie de lecho de Procusto. Pero, además, ¿es que puede acusarse de innecesario conceptualismo a quien recurre a ciencias tan realistas como la sociología para fijar los puntos de partida de su estudio?

3.º Se ha reprochado a Vallet que en algunos casos ha dejado un poco o un mucho en el aire la solución de los problemas que aborda. Ya lo hicimos notar antes al señalar las notas características de su obra. Pero para valorar adecuadamente esta censura hemos de tener en cuenta:

a) Que se trata de casos excepcionales y rarísimos, pues casi siempre nos da a conocer de manera clara e inequívoca su pensamiento.

b) Que si no nos brinda claramente o de manera directa la solución no deja de ofrecernos los necesarios elementos para que podamos formar nuestra opinión.

c) Que como ya hemos indicado es consecuencia de su honradez científica, pues no tiene inconveniente en presentarnos como dudosas las soluciones de los problemas que lo son a su juicio verdaderamente. Vallet razona, no dogmatiza.

4.º Se ha aducido igualmente en contra de nuestro autor la aridez de muchos de sus pasajes. Pero esta observación, aunque sea cierta, no descansa ni es debida a una elaboración o técnica defectuosas, ni obedece a una falta de preparación literaria. Nosotros no podemos dejar de hacer notar a quienes mantienen esta censura:

1) Que muchos pasajes del libro se leen con verdadero deleite, citemos por vía de ejemplo la parte referente a la naturaleza y fundamentación de las legítimas.

2) Que la índole de las materias tratadas tienen dentro de las obras científicas (y el Derecho es una ciencia) un valor esencial sobre la amenidad de las páginas que de ellas se ocupan. Ya hace años, mi ilustre maestro el profesor don Nicolás Pérez Serrano, señalaba con su bondadosa ironía que algunas ramas del Derecho hacían tender a sus cultivadores al dolor de estómago y al agriamiento del carácter. Los solemnes períodos de la parte dogmática de las constituciones, por ejemplo, no pueden compararse con los prosaicos párrafos de las largas y anacrónicas Ordenanzas de Aduanas (que, por ejemplo, enumeran como parte del equipaje de las vajillas, recordando las épocas de lentos desplazamientos en las que no existían alojamientos adecuados), o los plúmbeos textos de algunos otros reglamentos administrativos.

3) Que quizá los pasajes más áridos sean los que contienen transcripciones.

4) Que muchas veces no debe darse un gran valor a la magnífica y rimbombante redacción literaria de las construcciones jurídicas si como decía González Palomino, el ingenioso y competente Notario, las bellas palabras son como las bellas mujeres, que valen para todo menos para razonar con ellas. Lo que importa es la claridad, aunque llegue a resultar monótona.

5.º Se le achaca haber prescindido casi por completo del Derecho comparado. Esto es cierto sólo a medias, pues cuando es necesario trae a colación los textos o criterios doctrinales (principalmente quizá del Derecho italiano) que pueden servirnos para centrar mejor las materias examinadas o solucionar las cuestiones dudosas. Lo que sucede es que acaso no exista dentro de nuestro ordenamiento jurídico —y aun mejor dentro de cualquiera— materia alguna en que sea más contraproducente o más inútil la evocación de los Derechos ajenos que la sucesoria, la más vinculada a la idiosincrasia y forma de ser de los pueblos. Pero, además, la simultánea exposición de todas las legislaciones aplicables en territorio español, ¿no constituye el más interesante estudio de Derecho comparado que para nosotros pudiera realizarse? Sin perder de vista, por otro lado, que cuando algunos grandes juristas extranjeros se ocuparon de nuestro Derecho de sucesiones desdibujaron el contorno de nuestras instituciones jurídicas (Ferrara, Lacoste).

6.º Se ha intentado echarle en cara a Vallet la existencia de repeticiones. Hemos dicho antes que era una de las notas características de su obra, y lejos de estimarlo como digno de censura hemos juzgado que era una consecuencia ineludible de la rigurosa lógica de la sistematización, del desenvolvimiento de

las construcciones y de haberse seguido una línea recta en la exposición. Nuestro autor tiene siempre a la vista los principios básicos de su trabajo y por eso no sólo alude, sino que debe aludir continuamente a ellos y, como lógica consecuencia, no pueden faltar ni las alusiones ni los recuerdos. No hay que olvidar que muchos problemas posteriores, como la preterición, la desheredación, las acciones de suplemento, la reducción de legados y la imputación de donaciones vienen condicionadas por la construcción de la legítima.

7.º Se han enjuiciado desfavorablemente a los índices. Se ha echado de menos un riguroso orden alfabético en el de materias tratadas, y aunque el que existe lo estimamos suficiente para el cómodo manejo de la obra, no dejamos de reconocer que es probable hubiese resultado más útil el estricto alfabetismo. Se ha echado, igualmente, de menos un índice de autores y no dejan de tener razón quienes lo indican, pues la obra de Vallet contiene un verdadero fichero sobre los problemas que aborda y nos ofrece la quinta esencia del pensamiento de autores clásicos y modernos al condensar los volúmenes de una copiosa biblioteca. También cabría añorar una mayor sistematización divisoria en los índices-resúmenes que preceden a los capítulos, a la manera de los que preceden a los párrafos del Curso del que fue profesor de Derecho mercantil, don Joaquín Garrigues, que en un alarde de conocimientos y de esforzada labor pedagógica nos hizo dentro de un cursillo intensivo abarcar en toda su extensión y profundidad aquella compleja y esencial materia, o a la de los cuadros anteriores al estudio de las materias existentes en el Derecho civil, de don José Castán Tobeñas, que nos ha enseñado a pensar jurídicamente a tantos profesionales del Derecho.

8.º No puede negarse que si se realizase un examen microscópico del libro que hemos tenido a la vista cabría señalar defectos en algunos detalles. Así, cuando cita con tácita aprobación los testimonios de Montesquieu y Concepción Arenal de que los padres no tienen obligación de dejar bienes a sus hijos, no podemos menos de evocar el versículo 14 del Capítulo 12 de la Segunda Epístola de San Pablo a los Corintios, que nos dice no corresponde a los hijos atesorar para los padres, sino a éstos para aquéllos (No queremos entrar en la interpretación de este pasaje, que corresponde realizar al Magisterio eclesiástico). Pero este riguroso examen sería inadecuado, innecesario e inútil, además de hacernos perder la visión total y de conjunto de la obra, que es la verdaderamente interesante.

Y ahora llegamos al momento de hacer el balance o valoración definitiva.

C) Valoración: En ellas hemos de repetir forzosamente algunas cosas ya dichas. Creemos que puede sintetizarse el juicio final valorativo en los siguientes puntos:

a) Merece las mayores alabanzas la concepción de la legítima como un freno y la superación de la legítima estanco, que tantas veces tenemos que utilizar como recurso pedagógico para hacer comprender a muchos testadores la forma en que la ley les permite disponer de sus bienes.

b) También resulta completamente acertada la inclusión del sistema de legítimas dentro de la libertad de testar (aunque limitada).

c) Causa una impresión verdaderamente abrumadora la copia de conocimientos que nos muestra Vallet y eso que sus líneas están siempre dominadas

por la modestia, pues se ciñe a las materias expuestas y no agarra por los pelos cuantas ocasiones se le ofrecen para hacer gala de sus numerosos conocimientos.

d) Pasma la profundidad de su trabajo. Es cierto que nos ha hecho perder Vallet la fe en la claridad y sencillez de nuestro Código civil en las materias que examina, pero al hacerlo nos ha descubierto el verdadero fondo de los textos legales.

e) No podemos tampoco dejar de considerar favorablemente el enfoque nacional universalista de su estudio. Todos los regímenes nacionales son contemplados, incluso el ignorado Fuero del Baylío, cuando deben ser tenidos en cuenta. Si no se prescindiera de este criterio no se darían casos como alguno que hemos presenciado, en el que no se llegó a darse cuenta de que el matrimonio se había contraído bajo el régimen catalán de separación de bienes hasta otorgarse el poder para comparecer ante el Tribunal Supremo en un pleito en el que se discutía la propiedad de los gananciales. (El marido, antiguo vecino de Barcelona, no optante por la regionalidad común, contrajo el matrimonio cuando no llevaba diez años fuera de Cataluña y sin otorgar capitulaciones matrimoniales).

f) También ha de ser forzosamente laudatorio el juicio respecto al habernos hecho comprender o ver, cómo aún inspirado en los principios inmutables del Derecho natural, el ordenamiento jurídico no deja de cambiar y perfeccionarse siguiendo el ritmo de la vida sin permanecer encerrado dentro del sepulcro de los textos legales o de una doctrina jurídica fosilizada.

g) Tiene también el acierto de dar justo valor a la territorialidad en los casos—como si se trata de bienes de tierra llana pertenecientes a los vizcaínos de las villas—en que deben de tenerse en cuenta.

h) No deja de ser loable la corrección con que realiza la crítica de la opinión de los autores con cuyas opiniones discrepa.

i) Por todas estas razones y otras evocadas ya anteriormente, creemos que cabe afirmar, sin incurrir en exageraciones, que la obra de Vallet constituye una aportación inestimable a nuestra ciencia y práctica jurídica, que sería digno de incluir, por eso, su nombre en una ley de citas si la hubiera y que el balance sobre los datos que acabamos de poner de manifiesto tiene que ser completamente favorable, y obliga al ilustre Notario a continuar la labor que ha emprendido, no sólo en interés de la ciencia jurídica, sino además de todas las disciplinas que ha cultivado.

JOSÉ MARÍA BLOCH RODRÍGUEZ,  
Notario

## 2.—Una aportación fundamental sobre el derecho de la filiación ilegítima

GABRIEL GARCIA CANTERO  
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Sobre los "Discursos de ingreso".—2. Sistemática general de las "Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español".—3. Consideraciones generales sobre el tema (Derecho comparado, razones para una reforma, criterio orientador que se sugiere).—4. El establecimiento de la filiación ilegítima en general. Naturaleza jurídica del reconocimiento.—5. La posibilidad y efectos del reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales.—6. Los reconocimientos realizados al amparo del artículo 130 C. c.—7. El reconocimiento inexacto *stricto sensu*.—8. El reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales hecho sin disimular la verdadera condición del hijo.—9. Solución que se propone *de lege ferenda* para el establecimiento judicial de la paternidad.—10. Criterios de reforma en orden a los efectos de la filiación ilegítima.—11. Efectos que deben reconocerse a la filiación adulterina.—12. Efectos que deben reconocerse a la filiación incestuosa.—13. Conclusiones finales.—14. Contestación del Excmo. Sr. don Amadeo de Fuenmayor Champín.—15. Algunas observaciones críticas.

1. Los discursos de recepción en las Reales Academias constituyen un género literario con determinados requisitos formales. Sucede no pocas veces que lo dicho en tal señalada ocasión, revestido de las solemnidades que el caso requiere, queda sepultado en los archivos de la Corporación respectiva, por carecer de todo valor a efectos científicos. No es éste el caso del pronunciado por el Excmo. Sr. don Manuel de la Cámara Aivarez, Notario de Madrid, con ocasión de su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 17 de marzo de 1975. Aunque su autor lo ha titulado modestamente de "Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español", se trata, en realidad, de una sólida aportación doctrinal a la reforma de nuestro envejecido Derecho de la filiación fuera de matrimonio, que ha quedado como un islote decimonónico después de las últimas reformas ocurridas en Europa y en el resto del mundo occidental. Revestido de las apariencias formales de un "Discurso de ingreso", constituye propiamente una monografía, intrínsecamente valiosa tanto por su texto como por sus notas (que en ocasiones podrían constituir pequeños estudios autóno-

mos), y que ha de ser en el futuro inevitable punto de partida para cualquier ulterior tratamiento del tema; todo ello, evidentemente, aunque se discrepe en todo o en parte de las posiciones doctrinales del autor. Buena prueba de lo anterior es que agotada la edición original, la Editorial Tecnos ha publicado una nueva en su "Biblioteca de Estudios Jurídicos" (1). Las presentes notas críticas se elaboran sobre la primera edición, que cuenta con la ajustada contestación del Excmo. Sr. don Amadeo de Fuenmayor Champín, y con la habitual referencia biográfica y elogio del investido; éste, por su parte, rindió el tradicional homenaje póstumo al profesor don Luis García Arias, ilustre internacionalista prematuramente desaparecido, e inmediato antecesor suyo en el uso de la Medalla de académico.

2. Me ha parecido que la mejor manera de cumplir el encargo que me ha hecho la redacción del Anuario es seguir paso a paso el pensamiento del autor, reproduciéndolo literalmente en la medida de lo posible, dejando para las notas las observaciones críticas, sin perjuicio de una valoración final de la obra. Esta consta de tres grandes apartados: una introducción de orden filosófico y metajurídico con una apretada síntesis del Derecho comparado, un estudio del establecimiento de la filiación ilegítima con particular atención a supuestos complejos de reconocimiento y a los problemas de Derecho Internacional privado y de Derecho interregional, finalizando con los efectos de la filiación ilegítima tanto desde una perspectiva de *lege data* como de *lege ferenda*.

3. Se trata de una tema difícil, espinoso y conflictivo, centrado en torno a un patético conflicto de intereses, a saber, los del hijo que tiene derecho a ser protegido por quienes le pusieron en el mundo sin consultarle, y los de la familia legítima, que puede resultar malparada si no se observan las debidas precauciones. El Derecho tradicional en materia de filiación ilegítima se inspiró en dos principios, a saber: un criterio relativamente liberal en materia de investigación de paternidad (facilitado por la admisión del concubinato como forma de reconocimiento tácito), y el llamado principio de jerarquía de filiaciones, según el cual sólo los hijos legítimos gozan de un verdadero *status familiae*, mientras que los hijos naturales, pospuestos a los legítimos, son titulares tan sólo de un *status filii* o, si se quiere, y con mucha benevolencia, de un *status familiae* restringido, careciendo incluso de él los demás hijo ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales. El Código de Napoleón empeora la situación de los hijos ilegítimos al restringir al máximo

---

(1) La primera edición ha sido realizada, como es habitual, por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el título *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Discurso leído el día 17 de marzo de 1975, en su recepción pública como Académico de número por el excelentísimo señor don Manuel de la Cámara Álvarez, y contestación del excelentísimo señor don Amadeo de Fuenmayor Champín. Madrid, 1975, 281 págs.

La ficha bibliográfica de la segunda edición es la siguiente: Manuel de la Cámara Álvarez, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1975, 274 págs.

Ambas ediciones son idénticas en cuanto al texto y notas, sin más diferencias que la supresión en la segunda de la contestación de Fuenmayor, y de las protocolarias palabras iniciales, adicionándola, en cambio, con la lista de la bibliografía utilizada. He advertido, incluso, las mismas erratas en ambas.



el establecimiento de la paternidad. El movimiento reivindicatorio de la situación de los hijos ilegítimos, que comienza después de la Primera Guerra Mundial, cobra mayor auge después de la Segunda, y hoy por hoy, puede considerarse irreversible. Los países socialistas del Este Europeo han sancionado la igualdad entre todos los hijos, a la par que admiten ampliamente la libre investigación de la paternidad; su ejemplo ha sido seguido muy de cerca por las naciones nórdicas, y, dentro de una línea mucho más conservadora, por Holanda en 1969 y por el nuevo Código civil portugués; en América Latina siguen las nuevas directrices un grupo de países que, o bien han modificado sus respectivas legislaciones civiles o han formulado declaraciones generales de carácter constitucional. Pero los cambios más espectaculares se han registrado en Inglaterra (*Family Law Reform Act* de 1969), Alemania Occidental (Ley de 19 de agosto 1969) y Francia (Ley de 3 enero 1972) (2).

Después de exponer con algún detalle el contenido de la reforma llevada a cabo en los tres últimos países y de aludir al Proyecto de Convención sobre el tema de los países miembros del Consejo de Europa, sienta el autor, a modo de conclusiones, las bases que inspiran el nuevo Derecho de la filiación ilegítima, advirtiendo que la generalización no excluye la diversidad y que no todas las legislaciones que siguen la línea progresiva están cortadas por el mismo patrón; así, unas se caracterizan por su audacia —excesiva, en su opinión—, mientras que otras mantienen una actitud más prudente, sin romper totalmente con los precedentes tradicionales. Todas ellas responden, sin embargo, a dos directrices determinantes; en primer lugar hay que facilitar la prueba de la filiación (en particular de la filiación paterna), presupuesto indispensable para que puedan ser ejercitados los derechos que se confieren al hijo; y hay que procurar que la paternidad jurídica coincida con la paternidad biológica, lo que incide, no sólo sobre la filiación extramatrimonial, sino también, y de forma muy directa, sobre la legítima; se trata de hacer más flexible la antigua regla *pater is est*, a la que se acusa de encubrir muchas legitimidades falsas; en segundo término hace crisis el principio de jerarquía de las filiaciones; la crisis puede ser total si todos los hijos sin distinción gozan de iguales derechos,

(2) El panorama que nos ofrece del Derecho Comparado, aun suficiente, me parece demasiado sobrio. Ciertamente por la fecha no ha podido alcanzar la reforma italiana introducida por la Ley de 19 mayo 1975, aunque hace bastantes referencias a los proyectos de reforma. En la pura línea de equiparación se hubiera podido tener en cuenta el *Status of Children Act* 1969 de Nueva Zelanda, y las normas del Código de Familia de Cuba, aprobado por Ley de 14 febrero 1975.

No parece exacto afirmar que el ejemplo de los países socialistas del Este Europeo "ha sido seguido muy de cerca por las naciones nórdicas" (p. 17). Lo cierto es que Noruega introdujo la equiparación a partir de la Ley de 10 de abril 1915 (Cfr. KRAUSE, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, 1971, p. 179), es decir, con anterioridad a la Revolución de Octubre; lo que no obsta a que la ley vigente sea posterior (concretamente en Noruega es de 21 de diciembre 1956, y en Suecia de 12 diciembre 1958. Ya no está vigente en Polonia la ley de 1946 (que cita en la p. 17, nota 7), sino el Código de la Familia y la Tutela de 25 febrero 1964. Parece excesivo colocar la reforma inglesa de 1969 al nivel de la francesa o de la alemana; su alcance ha sido más modesto, en ciertos aspectos inferior al Derecho español vigente (cfr. las críticas de J. NEVILLE TURNER, *Improving the lot of children born outside marriage*, 1973).

o sólo parcial si todavía se concede primacía a la filiación legítima sobre la que no es; pero de todos modos decae la contraposición entre los hijos naturales simples e hijos ilegítimos no naturales.

Tres son las razones que, a juicio del autor, amparan este nuevo planteamiento del Derecho de la filiación ilegítima: la natural repugnancia que inspira toda discriminación establecida en virtud de circunstancias apriorísticas y extrañas al comportamiento de la persona, la injusticia palmaria que supone recaer sobre el hijo las culpas de sus padres, y el enfoque realista consiste en encarar abiertamente muchas situaciones de hecho que se dan en la vida en lugar de desconocerlas. Con todo, advierte De la Cámara Alvarez: "Creo que de mi exposición se desprende que los argumentos que apoyan la tesis reformadora me parecen de mucho peso. Pero no tanto como para romper totalmente con el pasado. No se debe olvidar que si el hijo ilegítimo está necesitado de protección, también la merece y la necesita la familia legítima".

Inspirado en esta idea directriz, propugna la búsqueda de una fórmula de compromiso que permita mejorar razonablemente la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio sin que ello haga peligrar gravemente la seguridad de la familia basada en la unión conyugal. Para encontrarla hay que empezar por puntualizar cuáles son los derechos que, como mínimo, hay que conceder al hijo ilegítimo, y que cifra en los siguientes: 1.º) Saber quiénes son sus padres a fin de imponerles, si no quieren asumirlas, las responsabilidades que se derivan de la paternidad, y 2.º) Todo hijo tiene derecho a ser mantenido por sus padres, por lo menos hasta que esté en condiciones de valerse por sí mismo (a la vista del artículo 23 del Fuero de los Españoles considera inconstitucional del artículo 139 C. c.). Al llegar aquí, advierte De la Cámara que si el problema se contempla exclusivamente desde el lado del hijo ilegítimo, no hay motivo alguno para que sus derechos tengan que ser distintos a los que ostentan los demás hijos, pues el vínculo de sangre no entiende de legitimidades. La distinción y, si se quiere, la discriminación, obedece a que no son los intereses del hijo los que están en juego, pues la familia legítima, en cuanto es factor esencial para el buen orden social, invoca a su favor la suprema instancia del bien común. Pero cuando la defensa del bien común exige sacrificar intereses que, en sí mismos, son también dignos de protección, la justicia reclama que el sacrificio no desborde los límites de lo indispensable; el bien común postula, asimismo, reducir en lo posible las desigualdades que tengan su fundamento en el origen del hijo.

El nacimiento de un hijo ilegítimo afecta siempre, en mayor o menor medida, a la familia legítima. Pero es un hecho consumado imposible de ignorar. Habrá que calibrar, según los casos, la entidad del perjuicio sufrido y las medidas, realmente eficaces, que cabe adoptar para reducirlo. Sólo en función de estos dos factores, y, excepcionalmente también, en interés del propio hijo, considera lícito recortar los derechos que le corresponden y que *ab initio* dieran ser iguales a los de un hijo legítimo, en lo que hace a la relación que le une con sus padres. No es lo mismo pretender para el hijo extramatrimonial un auténtico *status filii* que otorgarle un verdadero *status familiae*. El desarrollo de esta idea exige centrar la atención sobre la situación familiar del progenitor ilegítimo.

El principio de jerarquía de las filiaciones no debe ser suprimido, sino cuidadosamente reelaborado.

De la Cámara convoca a los juristas españoles a una difícil y comprometida tarea. Se debe encarar, con la máxima objetividad, nuestro Derecho positivo vigente; sin olvidar que el Código civil es fruto de su época y que, juzgado imparcialmente bajo esta perspectiva, acaso no merezca la crítica tan dura a que se le somete; para su tiempo el legislador de 1889 fue, en lo que cabe, y si se le compara con la mayor parte de las legislaciones entonces vigentes, moderadamente progresivo. El tanto de culpa hay que pasarlo al inmovilismo posterior, no deseado por los autores del Código. El estudio desapasionado de nuestra legislación civil (Código y Compilaciones forales) habrá de servirnos de punto de partida para saber lo que debe ser corregido y lo que, con las debidas adaptaciones, merece todavía ser conservado. Han de ser examinadas sin papanatismo aldeano ni hostilidad preconcebida, las experiencias de otros países que pueden darnos la pauta de lo que es asimilable por nuestro cuerpo social sin grave peligro de rechazo. Habrá que huir, sobre todo, de politizar el problema, lo que no haría sino agravar el riesgo de un movimiento pendular; en tal sentido considera inaceptables las conclusiones de Congreso Jurídico Catalán de 1971 en este punto.

En tanto la reforma llega, hay que enfrentarse con dos órdenes de problemas cuya solución corresponde, exclusivamente, a los encargados de interpretar y aplicar el Derecho. El primero de ellos atañe a la posibilidad de mejorar, en lo posible, el estatuto jurídico del hijo ilegítimo acudiendo a cualquier recurso interpretativo lícito. El segundo viene determinado por el tremendo contraste que media entre el Derecho nacional y el Derecho extranjero sobre la filiación, lo que hace particularmente incómoda nuestra posición en el terreno de los conflictos de leyes.

4. La segunda parte de la obra está dedicada, como se ha indicado, al establecimiento de la filiación ilegítima, y viene precedida de unas consideraciones generales de gran profundidad científica, en las que el autor toma postura ante los importantes problemas dogmáticos implicados en el reconocimiento; hay que destacar la riqueza de las notas en las que se pasa revista a la doctrina más reciente con importantes observaciones críticas (3).

La diferencia de criterio legislativo entre la investigación de la paternidad y de la maternidad ilegítimas no le parece a De la Cámara justificada; cierto que es más fácil probar la filiación materna que la paterna, más no debe perderse de vista que cuando se hable de probar una filiación no se trata de probar una evidencia, sino tan sólo de fundar una creencia razonable.

El autor se adhiere abiertamente a la tesis de quienes admiten, junto al reconocimiento formal, el reconocimiento que no lo es, y que incluyen, como

---

(3) Como se indica en el texto, la riqueza de las notas es extraordinaria. A título de ejemplo podemos mencionar: sobre reconocimiento incidental de la filiación natural, sobre la vigencia en Cataluña del artículo 135, núms. 1.º y 2.º C. c., frente a la opinión de Badosa Coll, sobre el artículo 133 C. c., sobre la prueba de grupos sanguíneos, sobre el alcance de la cosa juzgada material en las sentencias de filiación, sobre las teorías más importantes de la doctrina internacionalista en materia de filiación ilegítima.

manifestación del reconocimiento tácito, la posesión de estado. De aquí que entienda que, a diferencia del Derecho catalán, no se permite la investigación de la paternidad más que en las hipótesis de delito sexual, y que la labor del Juez en los casos del artículo 135, núms. 1.º y 2.º no consiste en investigar la paternidad, sino averiguar el reconocimiento. La función del reconocimiento, tanto formal como aformal, es la de perfeccionar la filiación como hecho jurídico.

En cuanto a la naturaleza jurídica del reconocimiento, la teoría del autor se aproxima a la del "reconocimiento-confesión", aunque no se identifique plenamente con ella. Mientras la confesión es un medio de prueba, el reconocimiento, al menos en el sistema del Código civil, es algo más que una simple prueba, aunque su función principal sea procurar la certeza relativa de la paternidad; el reconocimiento forma parte del supuesto hecho, sirve para perfeccionarlo o completarlo y contribuye a la producción material del efecto jurídico. Es un acto de *accertamento*, según la terminología italiana, que se dirige a fijar la paternidad en base al propio comportamiento del presunto padre. El reconocimiento, o la sentencia que afirma su existencia, tienen, al menos cuando la paternidad no puede ser libremente probada, carácter constitutivo, si bien dentro de ciertos límites deben operar retroactivamente. En todo caso sus efectos, en tanto hecho jurídico, no vienen configurados por la voluntad del que reconoce, sino por el Ordenamiento.

5. Amplio tratamiento hace el autor de la posibilidad de reconocer a los hijos ilegítimos no naturales de modo formal y solemne, advirtiendo que la prohibición explícita o implícita de reconocer cierta clase de hijos sólo tiene explicación si su filiación carece de toda relevancia jurídica; el temor al escándalo no parece motivo suficiente para negar al hijo el derecho a establecer su filiación; por otra parte, exigir que la filiación ilegítima no natural sólo sea establecida en virtud de sentencia, resulta mucho más escandaloso que el reconocimiento otorgado voluntariamente, lo cual seguramente evitará un pleito.

Para examinar cuál sea el valor del reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales distingue tres hipótesis: 1.ª Reconocimientos realizados al amparo del artículo 130. 2.ª Reconocimientos otorgados por progenitor casado al tiempo de la concepción hechos con el fin de que el hijo aparezca como natural, y 3.ª Reconocimientos de hijos ilegítimos no naturales formalizados sin disimular la verdadera condición del hijo.

6. Al estudiar el reconocimiento basado en el artículo 130 Código civil nos ofrece De la Cámara una sugestiva interpretación. A su juicio, sólo es aplicable cuando la filiación del hijo se establece por vez primera. Critica a Albaladejo cuando defiende la tesis de la nulidad, aproximándose a Sancho Rebullida, aunque no compartiendo totalmente su tesis. A su juicio, la clave de la solución se encuentra en la expresión poco feliz, "se presumirá que el hijo es natural". Lo que en realidad quiere decir el artículo 130 es que el reconocido tiene provisionalmente la condición de hijo natural; el conocimiento es un acto válido *ab initio*; establece la filiación y la califica de modo que el hijo queda conceptualmente legalmente como natural. La peculiaridad con-

siste en la posibilidad de que el hijo pierda retroactivamente (aunque no del todo) el estado de que goza si alguien, debidamente legitimado, lo impugna, y demuestra que no se cumplieron los requisitos del artículo 119-2.º. A este resultado se llega combinando la supuesta presunción que establece el artículo 130 con lo dispuesto por el artículo 138. El funcionamiento conjunto de los preceptos nos aproxima grandemente a la teoría de la anulabilidad. Por ello es necesario acortar la facultad de impugnación dentro de un plazo de caducidad; no es admisible, y menos tratándose del estado civil de las personas, mantener una situación claudicante por tiempo indefinido.

No es favorable el juicio que al autor merece el artículo 130, porque la filiación como hecho jurídico debe estructurarse separadamente atendiendo a las circunstancias que concurran en cada progenitor. Por ello no ve inconveniente en que un hijo de madre soltera y padre casado tenga la consideración de natural *a matre* y de adulterino *a patre*. El Código, influido por prejuicios seculares no se atrevió a dar este paso, y se quedó a medio camino.

En orden a la legitimación activa para impugnar el reconocimiento ex artículo 130, hace De la Cámara un meritorio esfuerzo para reducir al máximo el círculo de posibles legitimados. Descarta, desde luego, al autor del reconocimiento, al hijo reconocido y al otro progenitor; la impugnación debe partir de una persona extraña a la relación paterno-filiar siempre que demuestre la realidad de un perjuicio. Niega el autor que haya perjuicio moral porque lleve los apellidos de la familia un hijo de dañado ayuntamiento, ya que el hijo natural tiene derecho a llevarlos, y el Tribunal Supremo siempre que se ha enfrentado con impugnaciones de reconocimientos efectuados individualmente por padres libres ha tenido exclusivamente en cuenta factores de índole patrimonial. En cuanto al perjuicio patrimonial entiende que debe tratarse de perjuicio actual y de presente, no bastando los perjuicios eventuales y futuros; por ello, mientras el reconecedor viva no podrá saberse si sus herederos han experimentado realmente algún perjuicio, y después de su muerte, la cuestión depende de si otorgó o no testamento y del contenido del mismo; careciendo de herederos forzosos, los herederos intestados no pueden alegar perjuicio alguno; el propio autor del reconocimiento puede soslayar el peligro de impugnación testando en debida forma. En general cabe decir que las personas con derecho a la herencia, de no existir el hijo natural, o que tengan que compartirla con él, podrán pedir que se anule el reconocimiento, si bien el reconocido podrá evitar la impugnación renunciando a la herencia; incluso el Estado podrá ejercitar la acción de impugnación si es llamado a suceder en defecto de otros herederos; pero no es admisible que se le permita descubrir la verdadera filiación del hijo para cobrar el impuesto sucesorio según la escala aplicable a los extraños. La deuda alimenticia puede fundar también un perjuicio susceptible de justificar la impugnación si el autor del reconocimiento no cuenta con recursos económicos bastantes para atender a todos los que, con derecho a ella, le exijan su cumplimiento.

Al tratar de la prueba de la no naturalidad sostiene que la lectura medida del artículo 141 permite defender que el mismo no constituye un obstáculo para que la paternidad del reconocido se pueda establecer por cualquier medio; a su juicio, la finalidad del artículo 141 viene a ser doble: de un lado.

prohíbe el planteamiento de demandas de alimentos fuera de los casos previstos en los dos primeros apartados del artículo 140, y de otro impide la investigación indirecta de la paternidad, salvo que se trate de impugnar un reconocimiento del artículo 130, pues entonces la investigación resulta inexcusable. De la Cámara considera totalmente injusta esta solución legal, pues la libre investigación de la paternidad sólo juega cuando se trata de perjudicar al hijo y no de beneficiarle.

En el tema del plazo de caducidad de la acción se aparta de la *communis opinio* doctrinal y jurisprudencial de los quince años, y siguiendo a Royo Martínez lo cifra en cuatro años con base en el artículo 1.301.

7. Más breve es el análisis del reconocimiento inexacto *stricto sensu* centrado en la hipótesis-tipo del otorgado por padre casado en relación con un hijo habido de mujer soltera, ocultando aquella condición. Se trata de un caso facilitado por el criterio demasiado laxista del artículo 187 del Reglamento del Registro Civil, y que ha tenido manifestaciones de derecho transitorio al amparo de la derogada legislación de la Segunda República. El reconocimiento irregular en sentido estricto ya no es meramente anulable, sino absolutamente nulo. Con todo, crea en el reconocido una apariencia de naturalidad y el autor se pregunta si puede llegar a consolidarse de alguna forma. Después de un estudio de la jurisprudencia y de la ambigua regulación legal se inclina *de lege data* por la imprescriptibilidad de la acción, y *de iure condendo*, porque las acciones dirigidas a combatir la filiación estén sujetas, por regla general, a un plazo de caducidad, o, si se quiere, de prescripción. Encuentra apoyo en el artículo 5.º de la Compilación catalana que sujeta a caducidad las acciones dirigidas a impugnar cualquier filiación extramatrimonial.

8. Quizá una de las partes más fecundas en consecuencias *de lege data* del trabajo recensionado sea la relativa al reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales hecho sin disimular la verdadera condición del hijo. Se pregunta el autor: En la legalidad vigente, ¿surten algún efecto jurídico? ¿Sirven para establecer la filiación ilegítima no natural si revisten alguna de las formas prescritas por el artículo 131 Código civil? La doctrina, salvo contadas excepciones (Díez Pastor, González Pérez, De la Esperanza Martínez Radío), no ha prestado atención al problema, quizá por entender que el reconocimiento formal propiamente dicho es un título atributivo del estado de hijo natural. La jurisprudencia (SS. 14 noviembre 1963 y 18 enero 1968) ha sostenido que el reconocimiento de hijos adulterinos es nulo. Mas al hacer esta afirmación lo que se ha pretendido es impedir que un hijo que no llenaba los requisitos del artículo 119-2.º Código civil pudiese disfrutar de los derechos que nuestras leyes conceden a los hijos naturales, sin matizar, quizá, lo suficiente. Sus declaraciones tienen carácter demasiado general y sólo pueden valer como *obiter dicta*; decretar la nulidad *in concreto* del reconocimiento de un hijo adulterino no autoriza a proclamar indiscriminadamente que siempre que se reconoce a un hijo de esta condición nos encontramos ante un acto desprovisto de efectos jurídicos. La generalización es ajena a la *ratio decidendi* del caso y no constituye doctrina legal. Por de pronto nuestro Código no

prohíbe el reconocimiento de los hijos ilegítimos no naturales, y el artículo 140-2.º da pie para sostener su validez, pues parece que ese "documento indubitado" a que se refiere el precepto puede ser una escritura pública o un testamento. De la Cámara invoca los artículos 47 y 206 C. c., opiniones de la doctrina en materia de nacionalidad, las Sentencias de 1.º de abril 1972 y 6 mayo 1974 en materia de seguridad social, el artículo 190 del Reglamento del Registro Civil y varias resoluciones de la Dirección General, para llegar a una conclusión más bien vacilante: "Quizá lo único que se pueda afirmar con alguna probabilidad de acierto sea esto: el reconocimiento por sí mismo no podrá en ningún caso hacerse valer contra el hijo con el fin de poner al descubierto su verdadera condición; sólo el propio hijo, y en su caso su representación legal, podrán invocarlo como fundamento de los derechos que la ley le concede. Si se trata de pedir alimentos al padre, el reconocimiento es de suyo suficiente, pues así lo abona el número 2.º del artículo 140. Respecto de terceros, y al menos en el orden civil, no parece que baste el reconocimiento para dejar establecida la paternidad" (4).

No termina aquí el problema, sino que surge el principio de incompatibilidad de estados, que obliga al autor a distinguir tres variantes posibles, según que el hijo tenga la consideración legal de legítimo, goce de la naturalidad claudicante que dispensa el artículo 130 Código civil, o su filiación sea oficial o realmente desconocido. Ello le da pie a realizar finos análisis jurídicos de los artículos 108 y 111 Código civil y a penetrantes críticas de recientes jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como a profundizar nuevamente en el artículo 130.

Cuando la filiación del hijo es desconocida, la paternidad ilegítima no natural puede ser establecida sin que se interfiera el obstáculo de la incompatibilidad de estados. La representación legal del menor podrá ejercitar en su nombre la acción del artículo 139 contra su padre casado. La sentencia, apoyada en un reconocimiento formal o aformal, establece frente a todos la filiación y se inscribirá en el Registro Civil conforme el artículo 190 del Reglamento.

9. La declaración judicial de la paternidad en base a un reconocimiento aformal no suscita al autor consideraciones de interés, pues se limita a recoger la última jurisprudencia favorable a la teoría declarativa (Sentencias de 16 mayo 1963, 24 febrero 1966, 14 junio 1967, 22 mayo 1969 y 11 diciembre 1970), si bien le da pie para invitar a los juristas a proyectarse sobre el futuro, reconsiderando la pluralidad legislativa hoy existente en orden a la declaración judicial de paternidad y la fórmula a adoptar en cuanto al establecimiento de la paternidad. Sobre ambos temas ofrece De la Cámara unas reflexiones de gran interés.

---

(4) El catálogo de efectos que nuestro ordenamiento civil otorga a la filiación ilegítima *stricto sensu* no parece exhaustivo: a los citados por el autor cabe añadir, entre otros, que el parentesco mencionado prohíbe testificar en actos mortis causa (arts. 681-7.º, 682) e inter vivos (art. 1.247-2.º), permite excusarse a los extraños designados tutores (art. 245), legítima para suceder mortis causa en el arrendamiento rústico protegido en calidad de familiar cooperador.

Nuestro Derecho civil vigente registra tres sistemas relativos a la declaración judicial de paternidad. El restrictivo del Código civil que, salvo en la hipótesis de delito sexual, no permite al Juez investigar quién es el padre, sino sólo constatar si ha tenido lugar un reconocimiento a través del escrito indubitado o de la posesión de estado. El liberal de la Compilación catalana que sanciona, sin ambages, el principio de la libre investigación de la paternidad ilegítima. Y un sistema ecléctico que aflora en la ley 70 de la Compilación navarra. Esta pluralidad legislativa, en materia que afecta de modo directo al derecho primordial que toda persona humana tiene para conocer quiénes son sus padres, y para exigirles el cumplimiento de los deberes elementales que dimanen de la paternidad, es sencillamente insostenible. Ello no significa, en opinión del autor, que se imponga la uniformidad en materia sucesoria y en otros aspectos accesorios.

En cuanto a la libre investigación de la paternidad, se inclina a favor de una fórmula no tasada con algunos correctivos. El sistema de libertad total no goza de unánime consenso como es bien notorio en el caso de Francia. Un prudente término medio le parece defendible con dos posibles variantes: ampliar la investigación del reconocimiento para permitir al Juez declarar la paternidad siempre que por cualquier medio se pueda demostrar que el padre reconoció la filiación, de tal manera que, junto al reconocimiento a formal expreso, quepan el tácito y aun el presunto sin limitación alguna; o fijar por vía legislativa una serie de supuestos concretos en los que la ley presumirá quién es el padre, mientras éste no alegue y pruebe hechos susceptibles de destruir la presunción. En ningún caso la facilidad o dificultad en el establecimiento judicial de la paternidad debe depender de los efectos que aquélla produzca. Sin embargo, no se comprende muy bien por qué en los casos de delito sexual se permite la libre investigación de la paternidad, y se prohíbe o se coarta cuando los hechos escapan de la esfera penal. Pero el autor discrepa de la evolución actual que está teniendo la *exceptio plurium concubentium*, especialmente en Francia y Alemania.

En la última parte de este apartado se estudian los problemas que la filiación ilegítima plantea en el Derecho internacional privado y en el Derecho interregional, con muy atinadas consideraciones sobre el nuevo artículo 9-4 Código civil, la excepción de orden público y el llamado conflicto móvil en Derecho interregional.

10. Bajo el capítulo titulado "Efectos de la filiación ilegítima", se ocupa fundamentalmente el autor de los problemas de la reforma. Se pregunta, inicialmente, si procede eliminar el principio de la jerarquía de filiaciones. La respuesta afirmativa —puntualiza— admite, a primera vista, dos variantes. La primera, radical, consistiría en igualar la filiación ilegítima con la legítima. La segunda, más moderada, reduciría el valor del principio a la contraposición entre filiación legítima e ilegítima, sin hacer distinciones entre los distintos supuestos de ilegitimidad. A mi juicio —concluye—, ninguna de estas soluciones es satisfactoria. Borrar toda diferencia entre el estatuto jurídico de los hijos legítimos e ilegítimos sería ir contra la esencia de la familia, fundada en el matrimonio. La naturaleza misma de las cosas demuestra que la asimilación no podría llevarse nunca hasta sus últimas consecuencias; basta



pensar en el distinto régimen jurídico a que, necesariamente, han de quedar sometidas ambas clases de filiación en extremo tan fundamental como su establecimiento, y aunque se postule que una vez acreditada la filiación, los derechos del hijo ilegítimo deben ser iguales que los del legítimo, la ausencia de vínculo conyugal entre los padres determinará, lógicamente, matices diferenciales importantes en lo que se refiere a la guarda, educación y custodia del hijo durante su menor edad. Tampoco parece procedente subsumir dentro de un solo grupo todas las especies de ilegitimidad, sin atender a su origen. Pero de aquí no se deriva una conclusión favorable al mantenimiento del *statu quo* ni a una simple mejora de la posición jurídica de estos hijos.

A juicio de De la Cámara, el legislador no puede contemplar todas las posibles variantes en relación con la posición familiar de los padres, aunque el número de supuestos imaginables no sea muy elevado, pero sí resulta hacedero formular normas flexibles inspiradas en la idea de configurar la relación paterno-filial sin pretender que el hijo ilegítimo goce de un *status familiaris*.

Una primera y fundamental aplicación de esta tesis estriba en definir los derechos del hijo tomando en consideración, por separado, las circunstancias familiares de los padres. La inexistencia de lazo matrimonial permite dividir la posición jurídica del hijo para fijarla independientemente respecto de cada progenitor. Esta solución está implícitamente admitida en nuestro Código si se piensa en la legitimación por concesión soberana (si el matrimonio de los padres no es factible, el hijo legitimado tendrá esta consideración frente al legitimante y la de natural respecto del otro). Estuvo a punto de aceptarse con el artículo 130, y, al no hacerse así, ello ha sido fuente de confusión para la doctrina. Por otra parte, la posibilidad de dividir los efectos de la filiación hubiera permitido resolver más correctamente algunos casos sometidos a estudio de la Dirección General de los Registros, sin necesidad de forzar la interpretación de los textos legales, ni tener que pronunciarse sobre la eficacia de las sentencias de divorcio (cfr. Resoluciones de 23 abril y 7 agosto 1970).

El régimen actual sobre el contenido de la filiación natural le parece a De la Cámara bastante aceptable, y considera conveniente mantener el principio de impenetrabilidad que aísla a la familia legítima de la natural. Siguiendo a Giampiccolo, entiende que la familia legítima debe conservar la facultad de ignorar un parentesco espúreo; ese parentesco, y más concretamente el *status filiationis*, puede imponerse al progenitor natural en virtud de un hecho propio, y dentro de esos límites podrá afectar de modo reflejo a los familiares legítimos debido a las consecuencias patrimoniales que comporta el vínculo paterno-filial, pero nunca deberá fundar una relación directa entre el hijo y los parientes del padre, ni puede justificar ninguna pretensión de naturaleza patrimonial (sucesoria o alimenticia) del primero contra los segundos. Con todo se muestra favorable a una mitigación de este rigor en materia alimenticia.

En relación con los derechos sucesorios, el autor propone diversidad de fórmulas, tanto para la sucesión legítima como intestada, y lo mismo en relación con el Código y con las legislaciones forales. En el debatido problema

de la atribución de la patria potestad, aceptando los argumentos de Borrachero y Castán Vázquez, se muestra, sin embargo, partidario del arbitrio judicial.

11. Con razón dice el autor que tratar del contenido de la filiación ilegítima no natural es la tarea más ardua y espinosa que ha de acometer el jurista en trance de estudiar los efectos jurídicos de la filiación ilegítima, ya que el enfrentamiento del interés del hijo y los de la familia legítima reviste la máxima gravedad cuando aquél no tiene la condición de natural. Hay que distinguir entre filiación adulterina e incestuosa, supuesto que la filiación sacrílega ha desaparecido de nuestro Derecho positivo, a excepción de Cataluña. Tema común a ambas especies de ilegitimidad es que, a juicio de De la Cámara, la adopción de los hijos adulterinos e incestuosos por sus padres no es válida en la legalidad vigente (5).

Toda especialidad dimanante de su condición de hijo adulterino debe referirse, exclusivamente, a las relaciones con el progenitor casado; obviamente en la adulterinidad doble tales especialidades se darán por partida doble. De *lege ferenda* propugna el autor la posibilidad de legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos adulterinos cuando no existe descendencia del primer matrimonio. ¿Por qué negar el parentesco de consanguinidad, con todas sus consecuencias, a quien es realmente consanguíneo, una vez que el matrimonio ha legalizado las relaciones habidas entre los padres? En materia de alimentos, fustiga el inadmisibles criterio restrictivo que sanciona el artículo 143, sosteniendo que el deber de alimentar y educar a los hijos no admite distinción según la calidad de la filiación. La patria potestad y la tutela son de suyo instituciones de difícil adaptación a la problemática peculiar de la filiación ilegítima, de aquí que se sugiera resucitar la curatela. En otro caso, la patria potestad debe corresponder al progenitor no casado, y en caso de doble adulterinidad la atribución se haría discrecionalmente por el Juez: En materia de apellidos se sostiene que si el progenitor casado se queda viudo y no deja descendencia legítima de su matrimonio con el cónyuge ofendido, el hijo adulterino, siempre que haya establecido su filiación, podrá reclamar de inmediato el apellido, y cualquier oposición, venga de donde viniere, deberá ser desestimada. En todo caso se afirma que privar al hijo adulterino del apellido paterno tiene, en el fondo, algo de venganza mezquina; no se repara el daño moral que la procreación adulterina ha causado a la familia legítima, y, en cambio, se humilla a quien no tiene culpa de nada. En orden a los derechos sucesorios, opina que la familia legítima no se derrumbará si concedemos al hijo adulterino una cuota legitimaria similar a la que hoy otorga el Código civil a los hijos naturales, concretándolo, en todo caso, a la mitad de lo que corresponda a cada hijo legítimo en el tercio de legítima corta. Se harían desaparecer las incapacidades sucesorias que subsisten en Derecho catalán y navarro. Si los directamente lesionados por el adulterio no existen

---

(5) No creo que esté definitivamente zanjada la cuestión relativa a la adopción de los hijos ilegítimos no naturales, pues la ley de 1970 no contiene disposición en contra y la supuesta *voluntas legislatoris* me parece poco clara. Cfr. GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen de la adopción*, en *ADC*, 24 (1971), página 825.

a la muerte del causante, los derechos del hijo adulterino se deben equiparar a los del hijo natural simple.

12. Es equivocado el planteamiento del Código de no establecer diferencias entre la filiación adulterina y la incestuosa. No se trata sólo de la diversa valoración moral y social del adulterio y del incesto, sino de que en presencia de la filiación incestuosa los intereses del hijo y los de la familia legítima no son opuestos, sino coincidentes. El Derecho, que no puede ignorar la filiación incestuosa, debe procurar, hasta donde sea posible, que el incesto no se descubra, con ayuda del principio de divisibilidad de la filiación. Oficialmente el hijo sólo gozará del *status* correspondiente frente a uno de sus progenitores, y mientras éste pueda mantenerlo no será necesario que salga a la luz su filiación completa. Del artículo 130 debe desaparecer en este caso (igual que en la filiación adulterina) la facultad impugnatoria. La filiación incestuosa respecto del progenitor que queda en la sombra no ha de surtir ningún efecto jurídico, salvo el alimenticio cuando el hijo se encuentra en necesidad extrema sin poder reclamarlos de otro pariente.

13. En unas breves, pero densas, páginas finales expone De la Cámara lo que podemos denominar filosofía de su investigación, que podemos sintetizar del siguiente modo:

Ningún hijo ilegítimo puede ser titular de un verdadero *status familiae*, discrepando así de las legislaciones más avanzadas; en la familia, so pena de subvertir su concepto y su fundamento, no se puede entrar por la puerta falsa.

En cambio, no se debe privar al hijo, una vez que su filiación ha quedado establecida, del *status filii* aunque no sea dable prescindir de los diferentes tipos de ilegitimidad, los derechos del hijo legítimo, al menos respecto de uno de sus progenitores, deben ser amplios, bien que su posición jurídica no pueda equipararse por completo a la del hijo legítimo. Proceder de otra manera, seguir aferrados a los viejos esquemas tradicionales, resulta tan injusto como inútil; injusto porque el Derecho no puede amparar, bajo ningún concepto, la paternidad irresponsable; inútil, porque el daño que la procreación adulterina—la más cualificada de las procreaciones irregulares— causa a la familia legítima no se arregla ignorando la relación paterno-filial, ni mutilando despiadadamente su contenido.

La filiación ilegítima, por definición, es el fruto de una relación entablada al margen del matrimonio; efecto, y no causa, del atentado más o menos grave que se consuma contra la institución matrimonial. La forma inteligente de enfrentar el fenómeno consiste en investigar su por qué, en lugar de combatirlo haciendo víctimas inocentes. En la actualidad, la filiación ilegítima constituye un síntoma más, entre otros muchos, de la crisis del matrimonio. Consciente o inconscientemente se está fomentando la descomposición del grupo-familiar; la primacía casi absoluta de los valores económicos sobre los morales; la apatencia, siempre creciente, de bienes materiales, estimulada todos los días por la aceleración, a veces desenfrenada, de nuestra moderna sociedad de consumo; el respeto reverencial al poder del dinero; el erotismo desvengonzado capaz de embotar no sólo el sentido de lo moral, sino la sensibilidad y el buen gusto de cualquier persona medianamente refinada, están socavando, poco a

poco, los cimientos sobre los que se asienta la familia. Porque la familia, para sobrevivir, necesita mucho más de la medicina preventiva que de la medicina curativa.

14. El Excmo. Sr. don Amadeo de Fuenmayor Champín, al contestar el Discurso de ingreso que se ha sintetizado en las presentes Notas, y después de ofrecer el apretado *curriculum* del nuevo Académico —que por conocido se omite en esta recensión— y de sintetizar sus líneas generales, hizo las siguientes reflexiones marginales que me parecen de interés para los lectores del Anuario:

Sobre la inevitable, y en cierta medida conveniente, falta de concordancia entre la relación biológica y la relación jurídica en temas de filiación, hizo notar que, en parte, procede de la Biología y que, en cualquier caso, queda todavía por ver si es socialmente oportuno que el Derecho eleve siempre a relación jurídica la relación meramente natural o biológica; si bien ello no significa que el hecho biológico haya de ser indiferente para el Derecho, pues siendo conocido y pudiendo ser probado se tratará de un hecho jurídico, del que deberán seguirse consecuencias de esta clase, aunque no las propias de la relación jurídica de filiación.

Al fijar las coordenadas de la revisión se hace patente la existencia de una poderosa pugna entre dos importantes principios cristianos, pugna que resulta grandiosa y conmovedora en frase del teólogo belga Leclercq. Se trata de proteger al hijo reconociéndole cuantos derechos le correspondan en cuanto ser humano; pero se trata también de que no sufra menoscabo la dignidad y la solidez de la familia. Es curioso observar que mientras suele invocarse la Carta de los Derechos del Niño para exigir la equiparación entre toda clase de hijos —sin poder ofrecer pasaje alguno de ella que la abone en concreto—, se guarda silencio sobre los requerimientos de la Carta contrarios al aborto. Debe, pues, dejarse sentado con toda claridad que la negativa a la equiparación entre las diversas clases de hijos no es fruto de prejuicios de época, sino algo muy profundo respaldado por una concepción de la familia basada en el matrimonio monógamo y estable.

El artículo 52 de la Ley del Registro Civil recoge concepciones hondamente arraigadas en nuestra sociedad, de inequívoca inspiración cristiana, y postula la necesidad de establecer una línea fronteriza entre los derechos que se tienen por la condición de miembro de una familia y los que se fundan en el simple hecho de ser hombre, es decir, entre los derechos familiares y los derechos de la personalidad. Borrarr tal línea fronteriza significaría equiparar el matrimonio con el concubinato o las uniones pasajeras, y, en lo que mira a los hijos, caer en la contradicción de otorgar un estado familiar al fruto de relaciones directamente contrarias a la familia.

Antes de acudir a las legislaciones extrañas a nosotros, parece oportuno aprovechar la lección de los Derechos forales para remozar el Código civil, haciéndole retornar a una tradición que fue quebrada por el mimetismo de fórmulas extrañas. Hoy existe general asenso en calificar como derechos de la personalidad —que por ello no deben negarse a los hijos ilegítimos— el de poder establecer sin cortapisas su filiación biológica, y el de exigir alimentos a sus progenitores como contenido práctico del derecho a la vida de todo ser humano y como corolario de la responsabilidad contraída por aquéllos al

traerles a este mundo. En ambos supuestos es conveniente buscar soluciones en el viejo Derecho canónico, en donde se encuentra el sistema más liberal en tema de investigación de la paternidad, acogida por el Derecho catalán, que era, en buena parte, el de Castilla y que fue desconocido al tiempo de la codificación por influjo de ideas francesas, importadas a través del Código italiano de 1865. Una mejora, en algún caso, de los hijos adulterinos podría lograrse sin más que modificar el artículo 119, apartado 2.º, en el sentido de referir la libertad de los padres para contraer legalmente matrimonio de modo alternativo, al tiempo de la concepción y al del parto, según el criterio de la Ley 11 de Toro de clara inspiración canónica.

En el campo del Derecho de Familia la novedad que se nos pide podría estar en saber describir en viejas instituciones nuevas virtualidades que las hagan capaces de ponerse al servicio del tema que nos ocupa. Para una buena parte de la prole nacida fuera del matrimonio la mejor solución ha de ser, sin duda, encontrar una familia, lo que puede lograrse a través del nuevo sentido dado a la adopción.

Piensa, finalmente, Fuenmayor que el realismo exige no desconocer las peculiaridades de los supuestos de hecho, y por ello dictar normas especiales para la filiación incestuosa y para la prole adulterina, y diversificar las cuestiones que en torno a la filiación ilegítima pudieran suscitarse, atendiendo a los diversos sujetos a quienes afecte el conflicto de intereses.

15. Aunque la opinión personal del recensor ha quedado expuesta de modo global en el apartado 1 de estas notas, y respecto de algunos puntos concretos en las correspondientes notas a pie de página, parece obligado precizarla con un mayor detalle.

Creo firmemente que la presente monografía de De la Cámara es una aportación fundamental al tema de la reforma de la filiación ilegítima en nuestro Derecho. El autor ha tenido la valentía de plantear con acierto lo que bien pueden considerarse cuestiones previas a una nueva regulación. Lo ha hecho con gran claridad, honradez, moderación y profundidad. No ha vacilado nunca en dar su opinión personal en los puntos más controvertidos, opinión que ha fundamentado en sólidas razones éticas, sociales y científicas, y a la que no es ajena el ejercicio profesional de esa auténtica Magistratura popular que es el Notariado. Lo ha hecho con enorme convicción y humildad, aceptando de antemano las discrepancias, siendo consciente que en temas de tanto apasionamiento resulta utópico lograr la unanimidad de pareceres. Por ello, con gran realismo, ha pedido que la discusión sobre el tema se mantenga alejada de las ideologías; lo peor que podría acaecer es que esta cuestión se politizase.

Dicho lo anterior, me permito observar el escaso desarrollo dado a los aspectos sociológicos del problema, indispensables hoy en cualquier investigación sobre el Derecho de Familia.

En la nota 31 indica: "No me es posible compartir la opinión de Müller-Freienfels para quien la trascendencia social del problema depende de la estadística", añadiendo línea después, "plantear la cuestión en estos términos y minimizarla cuando el porcentaje de ilegitimidad no es alto, equivale a desconocer una de sus más importantes facetas. Por supuesto que más de la mitad de la población sea de origen extramatrimonial es una verdadera catástrofe, pues

denota que la familia legítima, como realidad social, tiene muy poca fuerza. Pero como, de tejas abajo, hay pocas cosas que sean absolutamente malas, como también es muy raro encontrar el bien químicamente puro, la situación denunciada, lamentablemente desde luego, tiene, sin embargo, una relativa ventaja. No parece que los hijos ilegítimos puedan sentirse sociológicamente discriminados allí donde constituyen mayoría. Por el contrario, el riesgo de discriminación es mucho mayor si el nacimiento fuera de matrimonio constituye la excepción. Sin olvidar que, como se ha recordado con insistencia en estos últimos tiempos, la disparidad entre los coeficientes de ilegitimidad obedece no tanto a razones de moralidad como al uso de anticonceptivos, que están mucho más al alcance de la mano en las naciones industrial y tecnológicamente desarrolladas”.

Me parece que en la transcrita cita hay una insuficiente valoración de la Sociología Jurídica (o Jurisprudencia Sociológica como prefiere denominarla, entre otros, Hernández Gil), así como inexactitudes. Estoy de acuerdo con el autor en que “no conviene a la comunidad que una parte de sus miembros esté predestinada, desde su nacimiento, a engrosar las filas de los resentidos”, y que ello debe constituir una grave preocupación para los juristas cualquiera sea el número de tales personas marginadas. Parece claro, sin embargo, que la estadística juega algún papel en el orden de las urgencias sociales, e, incluso, en la política jurídica; así, por ejemplo, si los números demuestran que es mayor el número de deficientes mentales que el de hijos ilegítimos, nadie se extrañará que la atención del legislador se fije en aquéllos antes que en éstos. Por otro lado, la estadística puede ser utilizada para comprobar la bondad de las nuevas leyes; así, en Francia el porcentaje de ilegitimidad se mantenía estacionario, alrededor del 6 por 100 del total de nacidos vivos, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de 1972, acusando en 1973 un incremento superior al 33 por 100 (unido a una disminución global del índice de natalidad); aunque las causas de tan notable aumento pueden ser múltiples, el jurista no dejará de interrogarse si la reforma en el sentido de establecer casi una equiparación con los hijos legítimos puede haber influido en aquél. No es rigurosamente exacto decir que el índice de ilegitimidad desciende en los países industrializados; ello sólo parece ser cierto en Holanda. En otro trabajo he escrito que en el momento actual cabe hacer una triple clasificación de países por el índice de ilegitimidad, y, precisamente, los incluidos en el más elevado (superior al 9 por 100) pertenecen al bloque de países industrializados (República Democrática Alemana, Suecia, Estados Unidos, etc.) (6). No puede afirmarse, sin más, que la tasa de ilegitimidad está descendiendo en los países desarrollados; por el contrario, en los Estados Unidos se ha triplicado en el transcurso de los últimos treinta y cinco años, se ha incrementado el 50 por 100 en el período 1961-1970 en Inglaterra, y algo análogo ha sucedido en Suecia que cuenta con el índice más elevado de todos los países occidentales (17,5 por 100 en 1973). Por otro lado, la elevadísima tasa de ilegitimidad de ciertos

---

(6) GARCÍA CANTERO, *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, en *ADC*, 28 (1975), p. 528.

países tercermundistas tiene poco que ver con el problema de la ilegitimidad tal como se plantea en los países de civilización occidental.

Lo anterior no afecta a lo sustancial de la aportación de De la Cámara, como tampoco el dar por buenos los índices de ilegitimidad que publica nuestro Instituto Nacional de Estadística; en otro lugar he publicado (7) que tales índices deben ser corregidos, si bien el resultado final nos seguirá situando entre los países con más bajo índice de ilegitimidad del mundo.

---

(7) GARCÍA CANTERO, *La mujer y la filiación extramatrimonial*, en *Anuario de Derecho Foral*, 1 (1975), p. 248.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**CASTAN TOBEÑAS, J.**, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, tomo V, “Derecho de familia”, volumen I, “Relaciones Conyugales”, 9.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día por **GARCIA CANTERO, G.** y **CASTAN VAZQUEZ, J. M.**, Madrid, 1976, 1015 páginas.

En la nueva edición de este volumen de la magna obra de Castán Tobeñas, dedicado al Derecho de Familia (Relaciones conyugales), concurren dos cualidades sobresalientes que pueden dar cabal idea de su importancia y significación del panorama actual de nuestro Derecho civil.

La primera cualidad, impuesta por exigencias objetivas, es la respuesta que con esta versión viene a darse a la necesidad de una exposición sistemática del Derecho matrimonial vigente, acorde en amplitud y profundidad con la transformación que se ha operado en nuestro país durante los últimos quince años en este ámbito de las relaciones jurídicas familiares.

La segunda cualidad, que refleja el propósito y enfoque con que ahora se lleva a cabo la puesta al día de un libro que ha tenido muy larga andadura, es el hecho de que la revisión se haya realizado precisamente por dos civilistas que tienen en nuestra doctrina científica un señalado puesto de primera autoridad por su especial dedicación al Derecho de familia.

Se dan así unas condiciones singularmente favorables para que la novena edición de esta parte de la obra de Castán Tobeñas se mantenga en todo momento dentro del tono y estilo que caracteriza el con razón considerado como más completo tratado de Derecho civil español de nuestro tiempo. En el volumen que acaba de aparecer se podrán reconocer las mismas calidades de rigor y equilibrio, de solidez y claridad con que el maestro Castán fue modelando con paciencia y mesura en el transcurso del tiempo su gran obra sistemática. Pienso que es esta íntima continuidad del estilo en la manera de tratar la materia, lo que puede explicar que se hayan logrado los objetivos de una tarea de revisión que ofrecía no pocas dificultades.

La última versión del tomo V, volumen I, del *Derecho civil español, común y foral* que realizó Castán Tobeñas, con la colaboración de Julio Calvillo Martínez de Arenaza, se publicó en 1961. La que ahora comentamos, publicada en este año 1976, se lleva a cabo con noble (aunque muy arduo) propósito: “respetando todo lo posible, por supuesto, el texto anterior”. Entre ambas versiones han transcurrido quince años. Si este tiempo supone para cualquier intento de actualización de un libro de Derecho una seria dificultad, en el caso presente la dificultad crece por el hecho de haberse producido una extensa y honda transformación del Derecho de familia en un área muy amplia



de países y más concretamente en España, donde el ordenamiento jurídico se ha visto modificado por una serie de reformas que afectan al Derecho civil común —la más reciente, producida por Ley de 2 de mayo de 1975, de dilatadas dimensiones sistemáticas— y, por otra parte, por el nuevo relieve que adquiere el Derecho civil foral de las relaciones de familia con las tres últimas Compilaciones promulgadas (de Baleares, Aragón y Navarra). Se comprende que en tales condiciones el trabajo de los autores de la edición comentada ha ido, y así debía ser, mucho más allá de lo que normalmente suele entenderse por una puesta al día de un libro de Derecho positivo. La importancia de la nueva versión, que ciertamente respeta las líneas maestras y buena parte del texto de la edición anterior, reside en haber alcanzado el alto nivel que se puede exigir a un empeño doctrinal proyectado a mostrar la nueva perspectiva que en el orden legislativo, jurisprudencial y científico ofrece el vigente Derecho matrimonial español. En cuanto a su significado, diría sólo que, al menos en esta parte a la que se pliega el comentario, pervive la obra del maestro. Ir bastante más allá del punto en que él la dejó es una forma de ser fiel, acaso la más fecunda, a la tarea creadora del autor.

Tiene este volumen algo más que mil páginas. Es superior en una cuarta parte a la extensión que tenía en la edición revisada. Sin embargo, la riqueza de la obra no se puede medir por su extensión, que se contrae materialmente en largos pasajes al molde de la letra pequeña, por donde discurre la mayor parte del acopio y selección de datos nuevos, así como también lo que hay de aportación constructiva de quienes han dado actualidad novísima a esta parte del ya clásico Tratado.

Se mantiene la misma estructura de la edición de 1961, dividida en 19 capítulos (§§ CIX a CXXVII). En el Prefacio, José María Castán Vázquez explica con la claridad y concisión que le caracterizan las premisas que condicionaban objetivamente el trabajo de revisión, y da razón del propósito que Gabriel García Cantero y él se habían trazado en la tarea. Premisas objetivas de la revisión son: a) la transformación legislativa que ha experimentado el Derecho positivo español de la familia en los últimos tres lustros; b) el incremento notable de la bibliografía que acompaña a la serie de reformas que se han realizado en el orden legislativo; c) la visible renovación que al mismo tiempo y sobre este marco de las instituciones familiares se puede apreciar en la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El propósito, según dice Castán Vázquez, ha sido “incorporar al volumen estas novedades españolas y extranjeras”. Respecto a las reformas que en materia de Derecho de familia se han producido en las legislaciones extranjeras, los dos autores han tenido en cuenta en sus adiciones las últimas novedades de Derecho Comparado, recogiendo todos los datos de mayor interés que ofrecen las legislaciones de nuestro ámbito cultural (concretamente la de Francia, de 1965; la de Portugal, de 1966, y la italiana, de 1975), así como de otras legislaciones más distantes de este ámbito (ejemplo de ello son los datos que se recogen del Código de Familia de Cuba del año actual). En cuanto al Derecho español, no es posible hacer aquí una referencia cumplida de todo lo mucho que con una generosa labor de síntesis se integra en el sistema propio del Tratado de que forma parte el volumen comentado.

El trabajo de esta novena edición se ha distribuido de la siguiente manera. Los capítulos de Introducción y los relativos al sistema matrimonial, régimen de celebración, validez y eficacia del matrimonio en el orden de las relaciones personales entre cónyuges (§§ CIX a CXIII) se han actualizado por Castán Vázquez, así como los dos últimos capítulos, dedicados a la nulidad, disolución y separación de los cónyuges (§ CXXVI, pp. 820-920) y al estudio del matrimonio en Derecho internacional privado y en Derecho interregional (§ CXXVII, pp. 921-953). En otras partes se han introducido nuevos epígrafes, dentro del marco sin relieve de la letra pequeña. Se ha elegido este tipo de impresión, según pienso, por un deseo acendrado de respeto al texto original. El lector sabrá reconocer el interés y actualidad de los nuevos temas, que se insertan en la obra como si fueran aportaciones de tono menor cuando en realidad se trata de aportaciones que son fruto de un vigoroso planteamiento constructivo. Así, concretamente: 1) la doctrina del negocio jurídico familiar (pp. 51-52); 2) las corrientes de opinión favorables a la creación de una jurisdicción especial para el conocimiento de los pleitos civiles sobre relaciones familiares (pp. 55-60); 3) la crítica de las tendencias actuales a la unificación de los sistemas nacionales de regulación jurídica de las relaciones de familia (pp. 60-62); 4) el análisis de la legislación protectora de "las familias numerosas" (pp. 89-94); 5) la reforma del Derecho de familia en las legislaciones actuales (pp. 76-79); 6) la exposición de las ideas rectoras de la reforma del Derecho de familia en España (pp. 94-96); 7) el cambio operado en el sistema matrimonial español como consecuencia de la Ley de Libertad religiosa de 28 de junio de 1967 y la reforma del Reglamento del Registro Civil por Decreto de 22 de mayo de 1969, cuyo alcance se define y aclara con las normas de la Instrucción General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 (pp. 132-138).

Gabriel García Cantero ha llevado a cabo la tarea de actualización de la obra en el amplísimo campo de las relaciones económicas del matrimonio (§§ CXIV a CXXV). En este campo, las reformas legislativas se han producido en un doble plano: 1) en el ámbito del Derecho civil común, donde se produce una reforma vasta y muy profunda por Ley de 2 de mayo de 1975, cuyo alcance sistemático tiene un amplísimo blanco de incidencia en todos los sectores del Derecho civil; 2) en el plano de las legislaciones de Derecho civil especial que afectan a Baleares, Aragón y Navarra. Tanto en el campo del Derecho civil común como en el de las legislaciones forales, la labor de Gabriel García Cantero se ha tenido que desplegar necesariamente en extensas zonas fuera del pie forzado de la edición anterior para realizar una completa reelaboración del texto. En cuanto ha sido posible ha respetado el texto de la edición octava, haciendo una muy paciente refacción de los temas sobre los que han introducido alguna novedad las indicadas reformas legislativas. Las aportaciones fundamentales de Gabriel García Cantero se refieren a las materias siguientes: constitución y alterabilidad de las capitulaciones matrimoniales, régimen de la sociedad de gananciales, régimen de separación de bienes en el matrimonio y régimen de los bienes parafernales. Se ha dado nueva redacción a varios epígrafes y, en alguna ocasión, por entero, a algún capítulo (§ CXXIII) en las materias de régimen económico del matrimonio de las legislaciones forales de Baleares, Aragón y Navarra.

Tarea conjunta de los dos autores ha sido la confección de la guía bibliográfica que abre el volumen. A un común propósito, que mantiene la unidad y armonía de la nueva edición, responden los criterios utilizados en la exposición de los textos legales, en la ampliación de las referencias a las obras doctrinales más recientes, tanto de carácter general como de índole monográfica, y en la selección de las decisiones de la jurisprudencia española de los últimos años. La referencia bibliográfica que se incluye al principio de cada capítulo se ha confeccionado con el buen criterio de ofrecer una selección, a mi juicio muy valiosa, de las obras extranjeras; en las referencias de la bibliografía española se ha procurado dar una información que puede considerarse prácticamente exhaustiva.

Al concluir esta nota crítica se puede afirmar, en suma, que José María Castán Vázquez y Gabriel García Cantero han cubierto en toda su extensión el objetivo, muy difícil, de ofrecer una versión sistemática plenamente actual de la parte de nuestro Derecho civil que en los últimos años ha experimentado cambios más sensibles. Ofrecen con su trabajo una puntual puesta al día de la legislación, doctrina y jurisprudencia que era necesario incorporar a esta parte de la obra del maestro Castán Tobefías. Nos encontramos ante un libro que ofrece una visión completa de nuestro vigente Derecho de familia, y que por mérito de sus autores se viene a convertir en indispensable punto de partida para todo trabajo de investigación en este campo. La obra comentada, además de ser una fuente de consulta necesaria para la investigación y para la comprobación segura del dato concreto que busca el profesional del Derecho en su oficio cotidiano, conserva en la nueva edición el valor didáctico que por tanto tiempo ha hecho de ella un modelo de libro de enseñanza del Derecho civil.

ENRIQUE LALAGUNA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID: "La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español". Dirección y Prólogo de LUIS DIEZ PICAZO. Madrid, 1975. Imp. Cometa, S. A. Zaragoza, 1975.**

Nos encontramos ante una obra colectiva que, bajo un título unitario, contiene diversos trabajos, que consideran la situación jurídica del deficiente mental en distintos ámbitos de nuestro Derecho español, público y privado.

Los títulos de los trabajos, distribuidos en ocho capítulos, nos muestran este amplio campo de observación. Sucesivamente se contienen: Capítulo I: *La educación del deficiente mental*, José María DE SOLAS RA-FECAS. Capítulo II: *La protección del subnormal por medio de la Administración pública: Protección realizada a través del Ministerio de la Gobernación*, José Miguel SALA FRANCO. Capítulo III: *Los subnormales ante los organismos públicos: El Ministerio de Trabajo*, Benedicto CEA AYALA. Capítulo IV: *La responsabilidad jurídica del subnormal. Especial estudio de su modalidad civil*, Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA. Capítulo V:

*La responsabilidad del subnormal ante el Derecho penal*, Antonio GONZÁLEZ-CUÉLLAR. Capítulo VI: *La tutela del deficiente mental*, Carlos ROGEL VIDE. Capítulo VII: Apéndice: *Derecho comparado*, José María MIQUEL GONZÁLEZ. Capítulo VIII: Apéndice: *Introducción al concepto de retraso mental*, Cándido MASA VÁZQUEZ.

Colección de trabajos que aparecen dirigidos por el profesor Luis Díez PICAZO, quien, nuevamente, da pruebas de su sensibilidad y agudo sentido científico, demostrando que el saber jurídico no se agota en la mera interpretación exegética del Derecho vigente, sino también en su anticipación, estimando las diversas circunstancias que han de considerarse en la adecuada realización del mismo.

Se tiene la valentía de realizar en esta obra la investigación de un tema, cuyo estudio, como bien indica el profesor Díez PICAZO, en su prólogo, "es, en el momento actual, difícil y arriesgado", por ser una materia en completa evolución y transformación, en la que aún no se ha llegado a unos resultados que puedan considerarse como definitivos.

Sin embargo, las numerosas razones que exigen una ponderada valoración de la problemática del deficiente mental, son tomadas en consideración por los autores de los diferentes estudios que contiene esta obra, y nos muestran una completa observación de los sectores en los que se mueve toda la actividad jurídica relacionada con los subnormales.

Se parte del dato evidente de la transformación del fenómeno de los deficientes mentales que, como nos indica el director de estos estudios, ha dejado de ser un problema individual para convertirse también en problema social, y, en consecuencia, los distintos trabajos tienen como objeto de estudio estos diversos sectores en los que ha de incidir una completa consideración de esta problemática.

Así, se pone de manifiesto la obligada actuación de la Administración Pública, con funciones asistenciales, ya en los aspectos médico, sanitario o educacional, que la situación del subnormal precisa, o en el aspecto laboral o de inserción del subnormal en la sociedad.

La complejidad de estos aspectos son objeto de estudio de los tres primeros trabajos referidos. Se dedica el primero de ellos al problema de la educación especial del deficiente mental, función llevada a cabo esencialmente por el Ministerio de Educación y Ciencia; conteniéndose, después de consideraciones sobre el concepto de educación especial, los órganos de la Administración competentes en la materia y las ayudas concedidas a este efecto; ofreciéndose, finalmente, enumeración cronológica de las disposiciones vigentes.

El segundo y tercer estudio se dedican, sucesivamente, a la actividad pública desempeñada por los Ministerios de la Gobernación y de Trabajo, en las diversas materias de su competencia, siendo de destacar, en el trabajo de SALA FRANCO, el examen de otro sector importante en el que se plantea también la problemática de los deficientes mentales: la labor realizada por fundaciones y asociaciones que, paralelamente a la Administración Pública, desempeñan su actividad de prestación de auxilios o servicios en solución a este problema social de los subnormales.

Importantes estudios, en fin, se concretan en los sectores del Derecho civil y penal; determinados fundamentalmente por las cuestiones de la capacidad de obrar y responsabilidad de los deficientes mentales.

En el Capítulo IV, relativo, como indicamos, a la responsabilidad civil del subnormal, pone de manifiesto MARTÍNEZ-CALCERRADA la necesaria revisión del problema en el momento actual; aludiendo a la posibilidad de considerar al subnormal como "tertium genus", en la dicotomía del Código civil entre persona capaz e incapaz, con lo que podría matizarse convenientemente todo el aparato de su responsabilidad. Matización que considera necesaria también GONZÁLEZ-CUÉLLAR respecto a la responsabilidad del subnormal en Derecho penal.

Nuevamente se somete a revisión la problemática de la capacidad de obrar del deficiente mental en el trabajo de ROGEL VIDE, al estudiar la tutela, en el Capítulo VI de esta obra. Examinando los precedentes de su regulación en el Código civil, y en un atento contraste de sus preceptos con la realidad actual, expone el autor su particular posición en unas propuestas de reforma, contrastadas a su vez con las polémicas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, que abundantemente perfilan esta materia.

Es de destacar en esta obra que si, como denominador casi común, parece mantenerse la necesidad de una consideración particular y específica de la situación jurídica del deficiente mental en el Derecho español, así como la necesaria revisión y matización de muchos conceptos a él referidos, los autores de los distintos trabajos mantienen opiniones personales e independientes, y a veces no basadas en los mismos criterios. Contraste que hace a la obra más sugerente, y que expresamente ha querido ser respetado por su director, el profesor Díez PICAZO, dando con ello ejemplo de elogiosa honestidad científica.

A modo de apéndices aparecen los dos últimos trabajos enumerados, que contribuyen a configurar la más completa visión sobre el tema.

MIQUEL GONZÁLEZ realiza un estudio de Derecho comparado, relativo a dos ordenamientos, francés y belga, que, por contener dos de las más recientes legislaciones sobre la materia (Leyes de 1968 y 1973, respectivamente) suponen, sin duda, un valioso dato a considerar en el estudio del problema en Derecho español.

Cierra la obra la aportación de MASA VÁZQUEZ, doctor en Medicina, quien nos ofrece la situación actual del deficiente mental en la doctrina psiquiátrica, en progresiva y constante evolución.

El libro constituye, en definitiva, una interesante aportación en el estudio de uno de los problemas más polémicos y de mayor interés y actualidad en el ordenamiento español.

María José HERRERO GARCÍA  
Doctor en Derecho

N. IRTI: "Introduzione allo studio del diritto privato". Giappichelli, Turín, 2.<sup>a</sup> edición, 1974, 330 págs.

1.—El recientemente nombrado profesor *ordinario* de Roma, reúne en este libro algunos materiales resultantes de su ejercicio de la docencia en la Universidad de Turín, junto con otros ensayos, ya publicados, sobre historia de la doctrina italiana contemporánea. Desde la misma estructura de la obra, se percibe de inmediato la presencia de una aportación teórica importante. La aparentemente desgajada variedad de las materias tratadas no oculta, antes al contrario, destaca, la rigurosa unidad interna del pensamiento expuesto por el autor. En efecto, el tratamiento del objeto, historia de la metodología y crítica de los métodos privatistas (*Prefazione* 1974, p. iii), que constituye la temática estudiada, viene orgánicamente coordinada por la definida posición metodológica del profesor IRTI. Adhiriendo a la 'escuela' de tolerancia de BETTI, ALLARA, GIORGIANNI y RESIGNO, según él mismo declara (*Prefazione* 1973, p. x, xi), apunta a resaltar, acertadamente, la fuertemente determinada historicidad de los concepto jurídicos (*Prefazione* 1973, p. vii). Señalando el carácter propedéutico que de hecho desempeña el estudio de las instituciones del Derecho privado en los programas universitarios, enfatiza el autor la función crítica que a éste corresponde, mediante su adecuada problematización, en esta tarea de desvelar la relatividad histórica de la dogmática (*Prefazione* 1973, p. vii). Formula de este modo el profesor IRTI un importante programa de trabajo científico orientado a la investigación metodológica, específicamente, de aquella utilizada en la construcción de la ciencia privatista, programa que desenvuelve, con diestra seguridad, a lo largo de toda la obra. Así, fraccionado el libro en dos partes, desiguales en extensión, viene la primera dedicada al estudio del objeto del Derecho privado (p. 1-123), en tanto que la segunda, exactamente, al *profilo storico delle metodologie (saggi)* (p. 127-323).

2.—Particular interés para este último aspecto presenta la *premessa* que precede al análisis del objeto del Derecho privado (p. 3-7). Comienza el profesor IRTI registrando su doble acepción, tanto como conjunto diferenciado de normas, así como rama particular de la ciencia jurídica cuyo objeto analítico es constitutivo, justamente, por esas mismas normas (p. 3, 4). Observa, seguidamente, el mencionado carácter propedéutico o introductorio que dicha disciplina presenta (p. 4 y ss), fundamentalmente, debido a la organización curricular del programa docente. Formulado éste así en el siglo pasado, se le atribuye todavía una función ideológica. Su propio contenido —la fijación de los principios de la propiedad privada y de la libre circulación de los bienes, de la sucesión por causa de muerte y de la obligatoriedad contractual—, refleja la función constitucional que le viene asignada por la burguesía liberal decimonónica (p. 5). Históricamente, entonces, la construcción científica del Derecho privado desempeña el papel de modelo; modelo básico para el propio desarrollo de la ciencia del Derecho y modelo ejemplar para las restantes ramas de la disciplina (p. 5, 6). De aquí la enorme importancia teórica del más

preciso señalamiento de su objeto y de la determinación de su método; mientras que el primero viene indicado por el estudio de la unidad básica del ordenamiento, que es la norma jurídica, el segundo resulta de la fijación de sus medios y fines (p. 4, 5), todavía epistemológicamente imprecisos.

3.—Penetrando en el análisis del objeto del Derecho privado, por consiguiente, éste viene determinado como el estudio de la norma jurídica privada (p. 9), la cual, conteniendo un elemento genérico —su calidad de norma jurídica, subespecie de norma—, es peculiarizada por otro específico— su carácter privado p. 9 y ss.). Reproduce el profesor IRTI en su visión de la estructura interna de la norma, el esquema kelseniano de la misma, concibiéndola como un juicio hipotético, genéricamente, como una proposición del tipo 'si A, entonces B' (p. 10 y 13 y ss.), desechando la moderna teoría lingüista de la norma cual proposición prescriptiva (p. 22 y ss.). Fiel a esta orientación estrictamente positivista, considera que el estudio de los factores históricos que condicionan la decisión subyacente en la norma, escapa al conocimiento jurídico propiamente tal (p. 18, 19). Por el contrario, para la concepción de los elementos internos de la misma, recoge el profesor IRTI su organización trimembre, fijándolos en el supuesto de hecho previsto, en el efecto establecido por la normativa como consecuencia de haberse verificado tal hecho y en la relación de causalidad existente entre uno y otro extremo (p. 26). El primero, la *fattispecie*, denominación derivada de la medieval *facti specie* teofiliana, o figura del hecho, según traduce E. BETTI (*Diritto Romano*, Padúa, 1935, v. 1, p. 169, citado en p. 27 (36)), supone una particular clase de sujetos que ejecutan determinado comportamiento descrito simbólicamente en la norma (p. 26 y ss.), los que, históricamente, realizan los supuestos fácticos del instituto jurídico, entendido, adoptando el plástico lenguaje de H. L. HART (*Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), citado en p. 32 (47)), como un símbolo de complejos cálculos lógicos (p. 32), que le preceden a su actual formulación en la norma. El segundo elemento interviene una vez verificada la hipótesis (p. 36) y consiste, según se ha dicho, en el complejo de efectos que van señalados valorativamente por el ordenamiento y unidos al supuesto previsto consumado, entre los cuales analiza el profesor IRTI las llamadas situaciones jurídicas subjetivas como la categoría de obligación (p. 36 y ss.), de calidad jurídica (p. 40 y siguientes), de *status* (p. 47 y ss.), de Derecho subjetivo (p. 54 y ss.), de Derecho potestativo (p. 64 y ss.), de carga (p. 71 y ss.), de facultad (p. 73 y ss.), etc. El último elemento genérico, la correlación entre los dos elementos anteriores, viene señalado por el hecho de consistir en una simple relación de causalidad lógica, con lo que la norma jurídica, a diferencia de las leyes científico-naturales, agota el contenido de su estructura interna exclusivamente en la imputación de efectos jurídicos al hecho previsto (p. 88 y ss.).

4.—En relación con el indicado elemento específico de la norma jurídica privada, el autor proporciona su importante concepción del significado actual del Derecho privado (p. 92 y ss.). Observando su fluctuante

frontera con el ordenamiento público, esta diferencia es entendida exclusivamente como de tipo didáctico (p. 93) e histórico (p. 95). Sobre todo, como efectivamente sucede, que el autor constata el actual ensanchamiento del área de acción de los institutos privados por efecto de la creciente actuación económica estatal (p. 94, 5), motivo por el que, ya en la segunda mitad del siglo en curso, carece de fundamento la alarmada denuncia de la progresiva 'publicización' del ordenamiento privado, antes al contrario, se registra un movimiento de retorno hacia una 'reprivatización' de la actuación pública, precisamente, como consecuencia del altamente concentrado poder de decisión existente en la misma estructura económica. Por ello mismo, puntualiza el profesor IRTI, *il diritto privato si trova di fronte ad un'alternativa: o si definisce in base alla 'natura degli interessi tutelati', ed allora rischia di sopravvivere come disciplina di un'economia statica e di fenomeni produttivi elementari; o, invece, si definisce in base ai 'contenuti', cioè alle attività svolte ed agli istituti applicati, ed allora rischia di perdere ogni nesso con il corpo delle norme codificate e di dissolversi in un 'nuovo diritto comune'. Non al giurista, ma alla storia di domani, spetta di sciogliere l'alternativa* (p. 97). Termina, finalmente, esta parte dogmática con el estudio de las diversas clases de normas jurídicas privadas. Ordenadas en diversas tipologías, el autor utiliza como factores clasificatorios, precisamente, los tres elementos genéricos de aquéllas (p. 99 y ss.), con plena coherencia sistemática.

5.—Enorme importancia presenta la segunda parte del estudio (p. 125 y ss.). Destinada, como se ha anunciado, a la historiografía crítica de los métodos utilizados por la ciencia del Derecho privado, destaca la originalidad de la posición metodológica del autor. Constando de tres capítulos, el primero, sobre los distintos "criterios para una historia de la metodología del Derecho privado italiano" (p. 127 y ss.) y el último, sobre "itinerarios de la doctrina y de la práctica forense" (p. 299 y ss.), contienen abundantes indicaciones para reconstruir el método utilizado por el profesor IRTI en el trabajo historiográfico específico elaborado en el capítulo segundo, dedicado a algunas "escuelas y figuras" (p. 167 y ss.), que han operado las más importantes transformaciones metodológicas en la doctrina privatista italiana. Resume este programa metodológico el mismo profesor IRTI en el siguiente fragmento: *Ora, se un dovere incombe a tutti gli studiosi italiani di discipline giuridiche, è quello di 'storicizzare il problema del metodo', ricongiungendosi al passato e ripercorrendo un cammino che dagli anni dell'unità politica e legislativa giunge sino ad oggi. Occorre riaffermare la continuità in luogo della varia dispersione delle esperienze; riaprire il dialogo con il passato, e sentire che la nostra voce s'inserisce in un tessuto antico e che solo così perde i frivoli toni del gioco intellettuale* (p. 203). En efecto, coincidiendo la historia de la ciencia del Derecho privado con el trabajo académico de los *iusprivatistas* universitarios (p. 153), concluye el estudio con un interesante diagnóstico del estado actual de la ciencia del Derecho privado italiano, totalmente desarticulada del desarrollo de la *praxis* jurídico-social, ambas en reci-



proco aislamiento (p. 312 y ss.). Del mismo modo, señalada la necesidad de periodizar adecuadamente las distintas fases de esta evolución teórica (p. 155 y ss.), estos momentos vienen determinados, simbólicamente, por la exégesis, la sistemática y la dogmática, sucesivamente (p. 301 y ss). Esquemáticamente, introducido el *Code civil* francés en Italia, por su recepción en el *Codice* de 1865, conlleva la técnica de comentarios y el método exegético; a partir del año 1880, junto con el resurgimiento de la romanística, se produce la recepción de la influencia doctrinaria alemana y la formulación de los grandes sistemas del Derecho privado; en torno a los años 1930-40, se produce una segunda ruptura metodológica que conduce a una nueva dogmática, proseguida hasta la actualidad, meramente 'monográfica', academizante en extremo, notablemente desvinculada de la realidad normativa, forense, económica, política y social (p. 158 y ss. y 299 y ss.). El tránsito entre el método exegético y el sistemático se desenvuelve de un modo íntimamente ligado a la obra de F. F. ILOMUSI GUELFI (p. 167 y ss. y 189 y ss.), en tanto que la ruptura siguiente sucede al *Tratatto* de F. FERRARA (p. 201 y ss.). En fin, una historia que se repite, con sorprendente fidelidad, en las evoluciones doctrinales de la ciencia del Derecho privado, en todas las formaciones sociales nacionales del Occidente europeo y, de algún modo, también en España.

6.—Una aplicación magistral de esta metodología viene en el referido capítulo segundo de esta parte, dedicado al análisis historiográfico de las llamadas *due scuole del diritto agrario* italiano (p. 221-297; reproduce un artículo del autor publicado en la *Rivista di diritto agrario*, 54 [1975], fasc. 1). Rastrea sus orígenes el profesor IRTI en lo que podría denominarse la prehistoria de la doctrina agrarista italiana, en torno a los años del cambio del siglo XVIII al XIX. Vinculados al iluminismo leopoldiano (p. 221 y ss.), la escuela toscana ya se opone a la escuela consuetudinaria napolitana (p. 224). El Código civil de 1865, satisfaciendo las aspiraciones de la burguesía rural, de estricta propiedad privada de la tierra y libre circulación de los bienes (p. 225), no genera tensiones especiales, sobre todo, porque se entiende que este cuerpo legal regula el ejercicio de la actividad productiva agrícola, entre las excluidas del Código de comercio (p. 226). Aunque existen antecedentes demimonónicos de ensayos de legislación y jurisprudencia agrarias, la primera obra importante en el presente siglo es el programa de lecciones de G. VENEZIAN (p. 233 y ss.). Estructurada la materia sobre el concepto de *azienda* (p. 234), ya entendida como el complejo de bienes organizados para el ejercicio de una actividad económica (p. 236), destaca en esta obra la nitidez de la separación de las respectivas esferas de aplicación de los mencionados códigos, así como el tratamiento diferenciado de las normas públicas y privadas destinadas a la agricultura (p. 236). En realidad, con la fundación de la *Rivista di diritto agrario*, en el año 1922 (p. 236 y ss.), se abre la etapa histórica propiamente tal de la doctrina agrarista italiana, siendo de particular interés metodológico la alineación y fundamentación de las opiniones en el famoso debate acerca de la autonomía del Derecho agrario (p. 244 y ss.). A partir de la observación em-

pírica de las particularidades técnicas del proceso de producción agrícola, G. G. BOLLA, apoyándose inicialmente en un concepto naturalista de *fundus*, sostiene la autonomía de esta disciplina, fundando lo que el profesor IRTI llama la "escuela técnico-económica" (p. 250 y ss.) que, con anterioridad al *Codice civile* de 1942, estuvo representada, además, por las opiniones de SIOTTO PINTOR, LUZZATO, DE SEMO, BRUGGI, ZANOBINI, PARRELLA, PERGOLESI y G. CARRARA (p. 264 y ss.). La tesis principal en apoyo de esta autonomía reside, precisamente, en el hecho que el tecnicismo específico de la materia regulada genera una metodología tan particular que ha de separar la normativa agraria, como un *ius proprium*, del tronco del Código civil (p. 255). Por el contrario, desde A. ARCANGELI ha existido lo que el autor denomina la "escuela jurídico-formal" del Derecho agrario (p. 269 y ss.), que sólo concibe esta normativa como un capítulo especial incorporado en el sistema del Derecho privado general (p. 270). El postulado central de esta tesis afirma que no puede existir tal autonomía desde que, al carecer la normativa agraria de principios generales diferenciados (p. 274), no puede utilizar un método jurídico distinto del privatista (p. 275), sin poder organizar una verdadera lógica propia (página 276). Generalizadamente admitida durante el período considerado, el autor aporta los testimonios de SCIALOJA, VITTA, DONATI, CICU, FUNAIOLI, ORLANDO CASCIO, BASSANELLI, MAROI, BETTI (p. 274 [142] y 281 y ss.) y ASCARELLI p. 286) que, alineándose con esta tendencia insiste, sin embargo, en la necesidad de ampliar y refinar la dogmática, justamente, para la comprensión de los nuevos hechos técnico-económicos históricamente en gestación (p. 288, 9). Constata el profesor IRTI con neutral objetividad a este respecto, si se excusa el juicio de valor que implica la nominación de ambas escuelas, que, si bien la normativa del *Codice* de 1942, al separar la disciplina de la propiedad y de la empresa y al unificar la de ésta para toda actividad económica, incluso la agrícola, recoge la segunda hipótesis (p. 297); la doctrina posterior y más reciente, en cambio, parece seguir adhiriendo a la primera, como, con excepción tal vez del profesor CARROZA (p. 295 [185], el mismo profesor IRTI registra las opiniones de ZACCARO, GALLONI y del profesor ROMAGNOLI (p. 268 [127])).

7.—En este breve resumen puede concluirse, por consiguiente, que el programa metodológico formulado por el profesor IRTI ha probado ser no sólo científicamente eficiente, sino de la mayor importancia para el desarrollo futuro de la ciencia del Derecho. Si ésta no quiere verse reducida al estéril esquematismo dogmático, fácilmente sustituible por la tecnología cibernética, como el profesor IRTI denuncia (p. 318, 19), debe enriquecer su metodología con la historia, con la teoría de la práctica social que, en este caso, es el método empleado por la doctrina en la construcción científica del sistema del Derecho privado. Desde luego que un primer paso en el camino para ello es el abierto por el profesor IRTI, el cual puede no sólo limitarse a la historiografía del método empleado por las distintas tendencias doctrinales nacionales, sino, incluso, expandirse hasta abarcar comparativamente la totalidad de la experiencia jurídica

contemporánea. Por cierto que, dadas las tendencias metodológicas predominantes en sus más significativas corrientes de opinión, este programa historiográfico ya ha encontrado la más amplia recepción en la doctrina española.

Dr. Carlos VATTIER FUENZALIDA  
Colaborador del Departamento de  
Derecho civil, II, en la Universidad de Salamanca

**PAREJO GAMIR, Roberto: "Protección registral y dominio público".**  
Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975, XIV + 211 páginas.

En la época actual predominan los trabajos especialistas. Sorprende, por eso, que el doctor y notario PAREJO GAMIR haya escogido para su tesis doctoral, premiada con sobresaliente *cum laude*, en la Universidad Complutense de Madrid, un tema de gran amplitud, donde confluyen el Derecho civil, el registral inmobiliario y el administrativo.

El problema fundamental que discute el autor de esta monografía es el de las formas de publicidad del dominio público. Al aparecer la institución del Registro de la Propiedad, se plantea la cuestión de si esta forma de publicidad es adecuada para el dominio público, de configuración aún bastante primitiva en nuestro Derecho. La R. O. de 1 de febrero de 1863 establece imprecisamente la *obligación* de inscribir en el Registro las fincas de propios y corporaciones civiles de todas clases. Pero la R. O. de 20 de junio del mismo año contiene la salvedad de exceptuar de la inscripción "las cosas de uso público, cuyo dominio eminente pertenezca al Estado". El R. D. de 11 de noviembre de 1864 coordina ambas normas, estableciendo la regla general de inscripción obligatoria de los bienes del Estado y las Corporaciones locales; y la excepción respecto de los de dominio público. Prevalece, pues, la idea de *dispensa* de la inscripción del dominio público, por considerarlo suficientemente protegido en virtud de su ostensibilidad. El paso asombroso lo da el R. H. de 1915. Sustituye (art. 12) la regla general de obligatoriedad por la de *posibilidad* de inscribir todos los bienes de la Administración; con lo que la excepción respecto del dominio público se convierte en *prohibición* de registrar tales bienes. Esta normativa subsiste en los arts. 4, 5 y 6 del R. H. vigente.

Debe señalarse que antes del R. H. de 1915 prevalecen las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado que admiten claramente la inscripción de bienes demaniales. El autor sólo cita como contraria una Resolución de 27 de febrero de 1864; aparte otra Resolución ambigua de 1863, las demás favorecen la inscribibilidad. Sin embargo, la doctrina hipotecarista (Galindo de Vera, Escosura) entendió equivocadamente que la inalienabilidad de los bienes de dominio público excluía la posibilidad de su inscripción. Esta interpretación preparó el cambio de orientación en el R. H. de 1915.

Puestas así las cosas, examina el autor las consecuencias de esta falta de acceso al Registro de los bienes de dominio público. Su conclusión consiste en que el dominio público pierde un medio muy importante de protección. Sucede así respecto de parte del dominio público que no goza de suficiente ostensibilidad. La inscripción registral dota a su titular de la fuerza derivada del principio de legitimación (art. 38 L. H.), con lo que resultan enervadas las prerrogativas de la Administración, que actúa en el terreno posesorio mediante los privilegios de deslinde y acción de oficio. E incluso el demanio se halla sujeto en general a los ataques registrales procedentes del proceso del artículo 41 L. H. A esto se une la actuación de la fe pública registral (art. 34 L. H.), cuando no se da la ostensibilidad.

La realidad de este planteamiento se revela en que las nuevas normas especiales sobre bienes de dominio parademaniales admiten o declaran obligatoria la inscripción de estos bienes. Sucede así respecto del Patrimonio Nacional, los bienes comunales, los montes, etc. Todo ello sirve para recordar que el Registro de la Propiedad constituye un servicio público, y no resulta lógico que no pueda emplearlo la Administración en su beneficio.

Se advierte a todo lo largo del libro lo incompleto de la noción actual de dominio público. Por eso, el autor termina pidiendo un nuevo concepto del dominio público. Esta obra me recuerda la precisa enseñanza del Derecho administrativo que oí del profesor francés Lévy. Este señalaba la tardía aparición del Derecho administrativo en la ciencia jurídica, porque el presupuesto de la aparición del Estado moderno no se cumplió hasta fines del siglo XV (aparte del precedente incontinuo en el siglo XIII de Federico II Staufen), y el presupuesto del Estado de Derecho no surge hasta el desenvolvimiento constitucional que sigue a la Revolución Francesa. Pero se parte de que el Estado, ya que concede someterse al Derecho, ha de hacerlo en plano de preeminencia. Por eso, el Estado adopta una posición privilegiada, que va perdiendo con la evolución del Estado de Derecho. Esta evolución provoca fricciones y necesidad de adaptaciones.

En suma, es la misma extensión del dominio público lo que hace insuficiente su protección. Por eso sugiere en su prólogo el profesor VILLAR PALASÍ que el conflicto con el Registro nace al no distinguirse bien entre demanio natural y artificial. Mientras el primero goza plenamente de las características de inapropiabilidad y ostensibilidad, el segundo carece de esas cualidades. Ese llamado demanio de afectación es el que debiera considerarse ampliamente inscribible; así se lograría una protección jurídica más adecuada. Estas ideas resaltan la utilidad de la construcción defendida en el libro reseñado.

Tomás AGUILERA

**VALLET DE GOYTISOLO, J. B.:** "Ideología, praxis y mito de la tecnocracia". Madrid, 1975. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 336 páginas.

Un gran jurisconsulto y prudente del Derecho, como es VALLET en su dimensión profesional y de académico, no han podido pasarle desapercibidas las graves cuestiones que tiene planteadas nuestro tiempo dentro de la dimensión política, económica y social en que están sumidas las relaciones jurídicas. Por eso ha hecho frente, como jurista y como cristiano, al gran cisma de las ideologías, en especial del marxismo y del capitalismo, que actualmente tratan de atenzar por la vía de la tecnocracia al hombre y a su contorno social.

En esta obra excelente, fruto de estudios, lecturas y meditaciones, algunas ya expuestas por el autor en otros lugares, se sistematiza en cuatro amplias partes, más un epílogo con un apéndice. En la primera parte, bajo el título "Tecnocracia e ideología", hay dos secciones en las que se abordan la panorámica de las ideologías y la definición de la tecnocracia. En la segunda parte, y con el título "La tecnocracia como ideología", analiza tres secciones: los itinerarios ideológicos hacia la tecnocracia, el actual planteamiento de la actual ideología tecnocrática y los objetivos del desarrollo. La tercera parte comprende "La praxis tecnocrática", donde se abordan, en sus cuatro secciones, las cuestiones siguientes: de dónde vienen y a dónde pueden llevarnos los tecnócratas, cómo opera la tecnocracia, la manipulación de los hombres, la manipulación de las cosas y el mito tecnocrático.

El epílogo de esta certera obra trata de las conclusiones y aclaraciones, de los pseudo-remedios soñados y de los remedios personales y sociales, haciendo hincapié en la responsabilidad necesaria como única defensa personal contra la manipulación tecnocrática de una organización social por cuerpos naturales básicos o cuerpos intermedios como única defensa social contra la tecnocracia, afirmando el deber de participar en la restauración del entramado social.

En el apéndice de la obra se recogen los documentos del Magisterio Pontificio en relación con la tecnocracia, especialmente los de Pío XII, Juan XXIII y Pablo VI, así como el tratamiento de las ideologías y la tecnocracia en la carta apostólica "Octogésima adveniens".

Una selección bibliográfica muy completa de las obras y monografías sobre la tecnocracia cierra esta completa y profunda obra que pone al hombre de hoy en guardia frente a una grave amenaza de su personalidad y su libertad.

José BONET CORREA

**VELEZ TORRES, J. R.:** "Derecho de sucesiones". Madrid, 1974. Un volumen de XXIII + 340 págs.

Esta obra, que fue objeto de una tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y que mereció el galardón

dón de "sobresaliente", hace la exposición del Derecho de sucesiones de Puerto Rico, donde su autor es un destacado profesor de Derecho civil en su Unversidad.

La obra es una buena muestra de la herencia hispánica y de los resultados de su permanencia a través del tiempo, sobre todo, en un país en el que hoy se cruzan dos culturas, como son las norteamericana y la española. Pensada para los alumnos de su cátedra, el profesor VÉLEZ refleja un tono didáctico, aunque aprovechable sus enseñanzas también para los dedicados al foro y a la asesoría, dadas las contribuciones doctrinales y jurisprudenciales con que se construye la obra.

En el estudio del Derecho de sucesiones de Puerto Rico, se pone de relieve el ascendiente español, a pesar de la penetración del precedente judicial (*stare decisis*) llegado con el imperialismo norteamericano; de aquí que sean escasas las modificaciones por esta vía en el Derecho de sucesiones, aunque lo sean de mayor intensidad para el Derecho de familia, al eliminar en 1952 las diferencias anteriores en ciertas materias, como la referente a la que existía entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, la adición de la figura angloamericana del fideicomiso (trust), o las que reflejen un cambio de actitud colectiva respecto a las diferencias entre personas por razón de raza, color, nacimiento, origen, credos políticos o religiones.

El autor, consciente de la estirpe hispánica, aunque abierto a todas las tendencias positivas europeas y americanas, da muestra de un realismo integrador, si bien es fiel a su particular cultura antillana para afirmar su personalidad social y jurídica.

José BONET CORREA

# REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

**OGAYAR AYLLON, Tomás: "Impugnación de la calificación registral". R. C. D. I., núm. 500, 1974, enero-febrero, págs. 11 y ss.**

Tres grandes apartados son dedicados al estudio del tema. El primero, a dar un concepto del mismo, el segundo a desarrollar con amplitud todo lo necesario que a él se refiere y el tercero a orientar con sus principios una posible reforma. El grupo primero se dedica, pues, a dar un concepto de lo que es la calificación registral. La naturaleza jurídica del mismo, especialmente referida no ya a la calificación registral, sino, por el contrario, a la naturaleza jurídica del recurso gubernativo, su extensión y alcance, y a que se contrae el objeto de la calificación, con especial detenimiento de la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes.

La necesidad de la calificación del Registrador es estudiada seguidamente, así como una breve referencia a la separación al estilo germánico entre negocio obligacional y negocio de disposición.

El apartado segundo se dedica al examen de los recursos gubernativos contra la calificación del registrador y el judicial, así como a la forma de manifestar los defectos en los títulos

Se detiene especialmente en la naturaleza jurídica del recurso administrativo-gubernativo y finalmente en cuanto a la reforma o propuesta de la misma sienta el criterio de la necesidad de la supresión del trámite ante el Presidente de la Audiencia y gratuidad del recurso con expresa imposición de costas al funcionario que hubiese procedido con malicia o ignorancia inexcusable.

**MARCOS JIMENEZ, Martín: "Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de las escrituras de división de terrenos urbanos". R. C. D. I., núm. 499, 1975, págs. 1471 y ss.**

Un tema de actualidad visto con una gran visión práctica.

Comienza el estudio con un examen del artículo 79 de la Ley del Suelo, que no ha sido retocado ni por la reforma del año pasado de 1975.

Hace seguidamente un examen del Derecho comparado en relación a la materia relativa a la licencia y entra en la necesidad de la misma, desde el punto de vista del Derecho español, haciendo especial mención de qué debe entenderse por división, y de modo más especial de división o parcelación como acto particular o aislado de división de una o varias fincas.

Más adelante estudia el problema de a qué clase de terrenos se refiere la división, inclinándose a que únicamente se debe exigir cuando se trate de suelo urbano. Hacemos la advertencia de que el trabajo se refiere en su redacción a la ley antigua de la materia, pero advertimos que no ha sido modificado en la reforma.

Plantea igualmente el problema de si es o no necesario la existencia previa de un plan de ordenación y qué sucede en los casos de normas subsidiarias de primero y segundo grado, llegando a la conclusión de que la licencia previa municipal debe ser exigida.

La parte segunda del trabajo se dedica al examen de los modos de concesión de licencias, al valor de las divisiones efectuadas sin licencia, a la calificación registral y a los asientos que se deben practicar en el Registro de la propiedad, sentando al efecto las oportunas conclusiones.

**ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A.:** "El artículo 1.207 del Código civil". **R. C. D. I., núm. 499, noviembre-diciembre 1973, págs. 413 y ss.**

El autor pretende en su estudio hacer un examen de las relaciones accesorias de la novación. En efecto, en el planteamiento del tema, enuncia que uno de los problemas prácticos de la desconcertada regulación que hace nuestro Código de la novación, se refiere sin duda a la extinción o subsistencia de aquellas relaciones accesorias constituidas para garantizar una obligación principal que ha sido novada.

El apartado segundo del trabajo se dedica, a través de diversas facetas, al supuesto de hecho de la norma, con el examen de las relaciones accesorias que benefician a un tercero que no haya prestado su consentimiento.

El apartado tercero se dedica a despejar la incógnita que plantea el término subsistencia y dentro de él se hace un examen histórico y gramatical del problema.

Más adelante investiga si subsisten o no las relaciones accesorias en la transmisión de deudas a título singular, centrando sobre este problema toda la intensidad necesaria del trabajo.

Por último, el autor sienta la premisa de que en lo referente a las relaciones accesorias, no existe ninguna diferencia entre la novación subjetiva por cambio de deudor y la transmisión de deudas a título singular, deduciéndose de todo ello que nos encontramos ante términos idénticos.

**DIEZ PICAZO, Luis:** "Notas sobre la institución tutelar". **R. C. D. I., número 499, diciembre 1973, págs. 371 y ss.**

Con el modesto título de notas, el autor se nos muestra una vez más con la claridad propia de todos sus trabajos y estudios, sin ninguna pretensión, pero con la profundidad de los grandes autores, en algo como este ensayo monográfico, que es en realidad una visión panorámica de la institución tutelar que desde luego excede de su título, excesivamente modesto.

Con una breve introducción, donde da la definición del artículo 199 del Código, inicia su estudio que nos lleva seguidamente a la evolución histórica de la institución, para desembocar en el examen histórico del Derecho español.

Seguidamente analiza con claridad meridiana los sistemas actuales más



importantes del mundo jurídico actual, desbrozando la guarda legal y los sistemas de tutela familiar, familia y estado.

Dedica un apartado interesante sobre la guarda de hecho y examina posteriormente los sujetos de la tutela.

Más adelante hace hincapié en el examen de la constitución del organismo tutelar, abarcando desde la naturaleza del negocio jurídico de constitución hasta la inscripción en el Registro correspondiente.

Se ocupa igualmente de las modificaciones que puede ocurrir en el devenir tutelar, así como la extinción de la institución.

Pasa seguidamente a enumerar el concepto y la naturaleza jurídica del Consejo de Familia, deteniéndose en origen y evolución histórica del mismo, verificando la importancia que el Consejo tiene en el Derecho moderno y examina finalmente la composición del Consejo, estudiando el número de miembros, la clase de designación de sus miembros, que él llama *negocial* y *judicial*, la idoneidad de los miembros del Consejo y las sanciones cuando hayan existido irregularidades en su nombramiento o funcionamiento.

**FUENTES SANCHIZ, Narciso: "El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas". R. C. D. I., núm. 499, noviembre-diciembre 1973, páginas 1357 y ss.**

El autor, especialista del tema, dedica dos importantes apartados o grupos al estudio del tema.

En uno, el problema del urbanismo es tratado a través de las consideraciones generales y nos ha gustado sobremanera la concretización del tema —claro es que fue ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires—, sigue siendo materia objeto de estudio en pequeños epígrafes temas tan varios como la ciudad, lo rústico y lo urbano, la gestión colectiva y la racionalización de las decisiones.

En otro, el apartado segundo, se dedica al examen del Registro de la Propiedad, como instrumento urbanístico, el principio de subsidiariedad, la expropiación, la conexión entre el Registro y el proceso expropiatorio, la publicidad del planeamiento, la estabilidad, la fiscalidad del suelo, los temas de edificación forzosa, la renovación urbana, el crédito y las personas jurídicas urbanísticas y la movilización de la propiedad; concluye este segundo apartado con el principio sobre la reordenación de la propiedad y dentro de ésta, con influencia propia, la actuación del principio de subrogación real.

Finalmente, el apartado tercero del trabajo es dedicado al estudio o examen de las conclusiones finales, entre las que tienen marcada importancia: considerar el Registro de la Propiedad como institución adecuada para racionalizar la gestión urbanística, así como es necesario hacer constar en él las previsiones del planteamiento, amparando a un mismo tiempo las garantías e intereses del sector público y el privado, ser un medio de lucha contra la especulación del suelo y fomento de las instituciones de crédito.

**DE LA RICA Y MARITORENA, Ramón:** "La nota marginal". R. C. D. I., número 498, septiembre-octubre 1973, págs. 1085 y ss.

Sienta en la introducción del trabajo dos notas comunes a toda clase de asientos que se practican en el Registro de la Propiedad, a saber, que se refieren siempre a derechos subjetivos y que todos ellos constituyen, en cierto modo, normas de carácter accesorio, institucional.

Más adelante, se ocupa del tratamiento de la nota marginal en la doctrina, asegurando que en la actualidad la nota marginal atraviesa una época de inflación.

Se refiere, dentro de este apartado, a las diversas opiniones de los autores, tales como Gayoso, Morell Galindo y Escosura, Campuzano, Casso, Roca Sastre, Lacruz Berdejo y Tirso Carretero.

Posteriormente, da el autor su propio concepto de nota marginal, accediendo seguidamente a ensayar una clasificación de las notas marginales en nuestro Derecho. Distinguiendo dentro de ellas, por los asientos, por los textos legales, por su naturaleza, por su origen, por su extensión y por su duración.

Examina, igualmente, las circunstancias formales de las notas marginales, se detiene en las notas marginales preventivas o por suspensión de otras, estudia la cancelación de estas notas marginales, la nulidad de las mismas y concluye su trabajo con el estudio de los efectos generales de las notas marginales.

**FOSAR BENLLOCH, Enrique:** "Notas para una introducción al Derecho de familia". R. C. D. I., núm. 498, págs. 1106 y ss.

El autor, a través de un amplísimo estudio de sesenta páginas, hace un examen, quizá exhaustivo, de la materia.

En efecto, tras señalar las generalidades de todo el Derecho de familia, haciendo notar ya, desde el momento de la introducción, que hasta esta misma plantea problemas. Examina el campo político, la sociología y el campo de las ciencias humanas.

Sé ocupa de la distinción entre Derecho público y privado y el sentido histórico de la misma, la importancia de la distinción en el Derecho y en los ordenamientos jurídicos actuales.

El capítulo IV lo dedica al examen de los caracteres del Derecho de familia, durante la época de las codificaciones, a su juicio burguesas, del siglo XIX.

Se detiene especialmente en el examen de la doctrina del maestro Cicu en el apartado V.

Investiga la llamada publicación del Derecho de familia en las legislaciones y ordenamientos extranjeros.

El apartado siguiente, el VII, es objeto de un estudio detalladísimo acerca de la opinión doctrinal de los autores españoles, sobre el puesto sistemático del Derecho de familia, en torno a la división bifronte del Derecho en público y privado.

Sienta el autor seguidamente su propia opinión, sentando la negativa sobre

su inclusión dentro del Derecho público. Seguidamente, sienta las premisas sobre una posible autonomía dentro de las ramas del Derecho y la posible aplicación de la concepción tridimensional del Derecho al Derecho de familia.

Los capítulos o apartados once y doce se dedican al estudio de la sistematización científica y legislativa del Derecho privado familiar, así como a una sistemática sobre la doctrina y el contenido del mismo en el Código civil y la doctrina patria, sentando a renglón seguido las oportunas conclusiones.

**CRISTOBAL MONTES, Angel:** "La llamada novación modificativa en el Derecho civil español". *R. C. D. I.*, núm. 498, septiembre-octubre 1973, páginas 1167 y ss.

Se señala que es un trabajo realizado en el Seminario de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

En el apartado I del trabajo se dedica unas breves consideraciones introductorias, criticando el criterio actual, que al parecer del autor se da en nuestro Derecho, sobre que nadie, o mejor ningún autor, se atreva a dar una opinión de nueva construcción dogmática si no va apoyada por el asidero de alguna sentencia del Tribunal Supremo.

No obstante, el autor, con criterio de loa, cita el trabajo de Sancho Rebullida, que es bien conocido en la actual doctrina científica española.

Seguidamente, se ocupa del origen histórico de la institución, centrandó su base en el esquema tripartito del "iustum", la "de legatio" y la "novatio".

El apartado siguiente es objeto de examen en cuanto a la llamada novación modificativa en el Derecho español, afirmando que la regulación que efectúa el Código civil, desde luego no es modélica ni tan siquiera capetable. Señala que la doctrina española ha cometido el desatino de haber dado entrada a una figura que probablemente nunca estuvo en la mente del legislador, pues la raíz del equívoco se encuentra en la desdichada redacción del artículo 1.203. Examina dentro de este apartado las diversas opiniones de los autores patrios acerca de la naturaleza jurídica de la institución, deteniéndose especialmente en el ya citado Sancho Rebullida, Lozano Berruero y Díez-Picazo, así como el criterio jurisprudencial.

A continuación, da su propia opinión sobre la materia, con una concepción un tanto original, y cierra su estudio con la interpretación subjetiva del autor acerca de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil.

**HERNANDEZ CRESPO, Carlos Miguel:** "La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad". *R. C. D. I.*, núm. 499, diciembre 1973, págs. 1433 y ss.

El trabajo de este autor es un examen, rabiosamente positivo, del Decreto de 12 de enero de 1973, que aprueba el texto refundido de Reforma y desarrollo agrario.

El estudio comprende cuatro grandes apartados, a nuestro juicio, pues las

dos últimas secciones que hace el autor se refieren más bien a temas de Derecho administrativo.

El primer epígrafe del trabajo se refiere a las disposiciones generales que afectan a todo el suelo rústico y al registro de la propiedad, haciendo especial mención del artículo 47, sobre si son de secano o regadío y circunstancias relativas a su divisibilidad y segregación, estudiando el plazo que se concede a los colindantes para ejercitar el derecho de adquisición preferente.

Seguidamente, el apartado segundo se destina al examen de las disposiciones que afectan al Registro de la Propiedad en los supuestos más importantes de actuación del IRYDA.

Entre ellas tiene marcada importancia la obligación de los Registradores en la inscripción de fincas situadas en zona incluida en alguno de los planes de actuación y en las certificaciones que expidan y la repercusión de los planes en la transmisión de las fincas situadas en las zonas incluidas en ellas.

El apartado se dedica a la adquisición de bienes inmuebles por el IRYDA, investigando los diferentes modos que puede utilizar este organismo para llevar a cabo su actuación.

Completa su trabajo con los requisitos necesarios para llevar a cabo las enajenaciones necesarias el citado organismo, distinguiendo las que se han de realizar para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines de aquellas otras que no han de tener estos requisitos.

**CARRETERO GARCIA, Tirso: "Los principios hipotecarios y el Derecho comparado". R. C. D. I., núm. 500, febrero-marzo 1974, págs. 31 y ss.**

El trabajo de Tirso Carretero es la ponencia presentada al Congreso de Buenos Aires, y consta de las siguientes partes o apartados.

El primero se destina a poner de relieve el alto grado alcanzando por la doctrina hipotecarista española con un cariñoso recuerdo a don Jerónimo González; seguidamente se refiere a la necesidad de confrontación del Derecho español y de los principios hipotecarios de otras legislaciones del Derecho comparado moderno.

Señala que deben ser tenidas en cuenta las nuevas orientaciones del Derecho para que la teoría de los principios hipotecarios no se quede anclada, y cita cómo en los textos de Derecho inmobiliario parece que se sigue tratando la materia, sin tener en cuenta estas nuevas orientaciones.

Afirma que en el Derecho español se considera, desde este punto de vista, con carácter modélico el sistema alemán y señala la influencia que tuvo en el Código argentino de Vélez.

Es necesario, dice el autor, la restauración del principio de oponibilidad latino consagrado por la Ley española de 1861.

Seguidamente señala los requisitos que exige el Derecho español para la protección del tercer adquirente, enumerados en el artículo 34 de la actual Ley Hipotecaria.

Finaliza el examen de los principios de publicidad y tracto sucesivo y, por

último, señala las conclusiones más importantes que a su juicio deben ser tenidas en cuenta, tales como que el sistema español debe ser punto de partida para los estudios comparatistas, actualización de la esencia de los principios hipotecarios, estudio del paralelismo germánico y latino en cuanto a la inscripción y la inoponibilidad, ámbito verdadero de la calificación registral y criterios diferenciadores de lo subsanable y lo insubsanable.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).

- L = La Ley (Buenos Aires).  
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).  
MLR = The Modern Law Review (Londres).  
NC = The North Carolina Law Review.  
N JW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
NR = Nuestra Revista (Madrid).  
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).  
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).  
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).  
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
RFL = Revista del Foro (Lima).  
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).

- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).  
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).  
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).  
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).  
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).  
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.  
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).  
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
 ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES LÍCITO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 4.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL PACTO ESTATUTARIO QUE PROHÍBE LA VENTA DE LA CUOTA INDIVISA EN LA PROPIEDAD DEL SÓTANO —QUE APARECE COMO FINCA INDEPENDIENTE EN LOS LIBROS DEL REGISTRO PARA APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS DE LOS TITULARES DE LAS VIVIENDAS— CON INDEPENDENCIA DE LOS RESPECTIVOS PISOS DEL EDIFICIO A CUYO SERVICIO O UTILIDAD SE ENCUENTRE. (Resolución de 20 de diciembre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de enero de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Valencia ante el Notario don Joaquín Sapena Tomás, el 21 de abril de 1969, don Juan Reig Fito y otros, condueños de una casa sita en Valencia, calle del Pintor López, número 4, describieron los departamentos que la integraban y los asignaron a sus respectivos propietarios; que en la citada escritura no comparecieron todos los condueños y algunos de los otorgantes que lo fueron por representación, sólo habían conferido poder para declarar la obra nueva, pero no para regular la propiedad con los estatutos que se acordaron, pues estas normas estaban pendientes de regulación y aprobación por todos los interesados; que uno de los copropietarios, don Joaquín Vilabelda Sanchiz, en escritura otorgada ante el citado fedatario el 24 de junio de 1970, vendió a don Fernando Llopis Mezquita el piso sexto, puerta doce que le pertenecía, así como la correspondiente plaza de garaje, en el sótano, destinado a aparcamiento de catorce automóviles, reservándose para sí la participación que poseía en la planta baja; y que por otra escritura otorgada ante el repetido Notario de Valencia, el 29 de abril de 1971, los copropietarios del inmueble ratificaron la de 21 de abril de 1969, excepto el contenido de los estatutos que fueron rectificandos, aprobándose otros que comienzan así:

“El régimen de propiedad horizontal del edificio, se regirá por las disposiciones legales, con estas particularidades, cuyas normas tienen plenos efectos reales y *erga omnes*:

1.ª El destino exclusivo del sótano (departamento número uno), es el de aparcamiento de automóviles o garaje como departamento procomunal, con arreglo a las determinaciones de la presente regla.

Su uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las catorce viviendas que son los departamentos números tres al nueve y once al diecisiete, esto es, menos la vivienda puerta ocho.



Cada una de dichas catorce viviendas con derecho al uso y aprovechamiento del sótano, tiene como derecho anejo el de aparcamiento de un vehículo que sea factible de aparcar dentro del espacio que resulte de dividir entre catorce la superficie del sótano, de modo que permita su mejor aprovechamiento como garaje. El uso de este aparcamiento individual podrá ser cedido a otra persona que sea titular de otra de dichas catorce viviendas. Igualmente podrá cederse a la misma persona a la que se ceda el uso de la vivienda que lo tiene como derecho anejo. Pero en ningún caso podrá transmitirse con carácter perpetuo, separando cada derecho a un espacio, de su correspondiente vivienda, ni podrá resultar que por un mismo derecho a un espacio se pueda aparcar más de un coche. Y en todo caso de cesión de uso, deberá comunicarse al Presidente de la Comunidad, remitiéndole copia del correspondiente documento con el nombre y circunstancias del cesionario y de las características del vehículo que se pretenda aparcar.

El sótano no contribuirá a los gastos generales del edificio ni de sus elementos comunes, pues el valor de cada vivienda con derecho al mismo ya se ha estimado en función de éste, y por ello ya contribuye por su derecho a tales gastos generales.

En cuanto a los gastos que origine el uso y administración del garaje, serán satisfechos a partes iguales por las catorce viviendas que a él tienen derecho, tanto si lo usan como si no, siendo responsables de aquéllos con carácter solidario, el titular de la vivienda y aquel a quien haya cedido el uso de su derecho."

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en este Registro de la Propiedad de Occidente en unión de trece primeras copias parciales de la escritura que por el mismo se rectifica, en el tomo 1.206, libro 30 de Serranos, folio 145, finca número 1.567 dpdo., inscripción 9; haciendo constar que no se ha insertado en dicha inscripción la primera norma estatutaria contenida en este documento, a petición del presentante, hecha en el asiento de presentación de este documento en el libro Diario de las operaciones de este Registro.—Vaencia, a diez de diciembre de 1971"; y vuelto a presentar más adelante con la pretensión de que se inscribiese la citada norma, se agregó esta otra nota: "Denegada la inscripción que se solicita de la cláusula 1.<sup>a</sup> de los Estatutos en la forma en que está concebida, por las siguientes razones:

1.º Porque en ella se subordina la enajenación de los derechos sobre el local destinado a garaje a la disposición conjunta con locales destinados a viviendas del mismo disponente, sin que resulte de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje, por lo que, mediante la cláusula cuya inscripción se deniega se establecería sobre este departamento derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable a través de la titularidad de una vivienda que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula esta no reconocida en modo general por nuestro ordenamiento.

2.º Porque, en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer distinta de las que las leyes admiten y regulan y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.—Valencia, 15 de noviembre de 1972.”

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el 21 de abril de 1969 autorizó la escritura de obra nueva del edificio en propiedad horizontal objeto del recurso, en la que comparecieron tan sólo parte de los condueños, alegando que los restantes ratificarían después su actuación; que posteriormente éstos negaron su ratificación por estimar que no debía regularse el garaje como se hizo, sino que debería configurarse como un departamento independiente al servicio tan sólo de catorce viviendas, ya que únicamente tenía espacio para catorce automóviles; que después de varias horas de discusión se llegó al acuerdo que refleja la regla primera de los actuales Estatutos, cuya redacción, evidentemente, y debido a la forma precipitada y a pie forzado en que se adoptó, no es lo perfecta y clara que sería de desear; que, noblemente, el Registrador que calificó la escritura propuso al recurrente que aplazase el planteamiento de la cuestión suscitada para otro caso similar que pudiera surgir en el futuro y en el que se diese a la correspondiente cláusula estatutaria una redacción más clara y contundente teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones que de ella surgen; que, sin embargo, agradeciendo el gesto, prefiere abordar ahora el problema por entender que las cuestiones que se debaten son de fondo y no de forma, por lo cual la dicción no debe influir en su apreciación y, además, porque así es como con frecuencia tienen que actuar los notarios en muchos casos, sin tiempo ni calma ante problemas que por una u otra causa requieren urgente solución, servidumbre o carga que hay que aceptar con todas sus consecuencias; que entrando en la cuestión planteada, son tres los fundamentos denegatorios que se desprenden de la nota recurrida a saber: 1.º Que mediante la cláusula que se debate se fijarían sobre el departamento que por ella se regula “derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable, a través de la titularidad de una vivienda, que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula esta no reconocida de modo general por nuestro ordenamiento”. 2.º Que la “subordinación” en los actos dispositivos se establece con relación a los “locales destinados a viviendas del mismo disponente, sin que resulte de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje; y 3.º Que, “en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer, distinta de las que las leyes admiten y regulan y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria”; que en nuestro sistema tradicional la relación real entre dos fincas sólo es posible a través o por medio de las figuras reconocidas por el legislador, por lo que a primera vista, sin entrar en más detalle, habría que dar la razón al Registrador, pues la titularidad de las cuotas del garaje en función de la titularidad de una vivienda en fórmula “no reconocida de modo general en nuestro orde-

namiento” como dice la nota, que, sin embargo, en este caso no resulta así, porque en la propiedad horizontal no se parte como en el supuesto general a que se aplica el criterio señalado, de una finca independiente perfectamente diferenciada, sino que cada uno de los departamentos de un edificio está íntimamente relacionado con los demás y con los elementos comunes del inmueble, razón por la cual, incluso su inscripción registral tiene que hacer referencia al folio en que figure inscrito el edificio en su conjunto, y la adscripción de una dependencia como la buhardilla a un piso, no se hace por vía de agrupación como ocurre en los casos normales, sino por simple inserción descriptiva como derecho anejo (artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), pero este camino es inviable por no constar en la inscripción del correspondiente piso-vivienda; que entiende, como también parece entenderlo el Registrador, que la enumeración de los anejos que se hace en el párrafo aludido no es exhaustiva (el texto dice “tales como”), sino meramente indicativa, y si los anejos tienen como finalidad completar el servicio a que esté destinado el departamento principal, no hay duda de que una plaza de garaje puede ser anejo de una vivienda, especialmente cuando este destino concreto es uno de los expresamente previstos por el legislador, sin que a juicio del exposante sea necesaria, contra lo que opina el Registrador, la descripción de este anejo en el piso o local a que corresponde; que, ciertamente, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal dice que en la descripción de cada piso o local se expresará la de los anejos que le pertenezcan, pero esto se refiere a los elementos diferenciados como buhardilla, etc., pero no a los que sólo suponen una cuota de participación como es una plaza de garaje para automóvil, cuya descripción global ha de hacerse necesariamente con independencia de los distintos pisos o locales a que sirve; que el hecho de que conste en los Estatutos como tal derecho anejo, con su completa regulación, presupone su constancia por necesaria referencia en cada una de las catorce viviendas a las que está adscrito, ya que estas inscripciones-hijuelas son siempre con relación a la inscripción matriz del edificio total, debiendo figurar en ésta todas las reglas estatutarias que limitan, benefician o, en definitiva, afectan de algún modo a los distintos departamentos del edificio; que la falta de consideración como derecho anejo no obsta la validez e inscribibilidad de la regulación jurídica del sótano-garaje, pues si a pesar de lo expuesto, la falta de una referencia explícita en la descripción de cada una de las catorce viviendas se entendiera como omisión bastante para negar el carácter de anejo a cada cuota de garaje, no por ello quedaría desamparada la regulación que de tal mismo ha hecho; que no debe olvidarse que la Ley de Propiedad Horizontal representa, más que reforma de una legalidad anterior, la ordenación ex-novo de la propiedad de casas por pisos que, según su exposición de motivos, admite ampliamente la intervención de la voluntad siempre que no contravenga las normas fundamentales que establece; que de acuerdo con este criterio, el artículo 4.º de la Ley regula las dependencias en pro indivisión que la doctrina ha convenido en llamar “departamentos procomunales”, que es como se ha configurado el garaje en la

regla primera de los Estatutos incorporados a la escritura cuya inscripción ha sido denegada; que si se admite que pueda fijarse como destino exclusivo del sótano-garaje la guarda de automóviles de las catorce viviendas beneficiarias —la nota registral no lo discute— y al mismo tiempo se niega —como la nota postula— la dependencia de su titularidad respecto a la de tales viviendas, quedaría sin contenido el derecho de cualquier adquirente extraño, que no podría utilizar lo que había adquirido; que si prospera la tesis mantenida en los anteriores razonamientos el último defecto carece de consistencia y si no se acepta no tiene por qué entrar en juego ninguna traba a la facultad de disponer, pues basta con no admitir la titularidad *ob rem* que es inaplicable al presente caso, que encaja en una regulación distinta; y que, en definitiva, la estipulación convenida debe inscribirse porque: 1.º No son aplicables a este caso las conclusiones de carácter general a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de titularidades *ob rem* y *propter rem* al negar acceso al Registro de la Propiedad estimando que se trata de figuras o relaciones de derecho real no reconocidas en nuestro ordenamiento, por cuanto nos encontramos ante una normativa especial, nueva, completa y distinta: la de la propiedad horizontal.

2.º La adscripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas a cuyo servicio se destine con carácter exclusivo, está amparada tanto por el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como una consecuencia lógica del mismo, como por el artículo 5.º al permitir que el título constitutivo contenga reglas del ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales, formando parte del estatuto privativo que afectará (perjudicará) a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3.º No existe, ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código civil, ni en la legislación hipotecaria, norma alguna que prohíba esta dependencia en la titularidad entre unos departamentos independientes y un departamento en común construido y regulado para el servicio exclusivo de aquéllos.

4.º No se trata de una prohibición de disponer contenida en título oneroso de las que veta el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, sino de una regla de un estatuto de propiedad de un todo —el edificio— que afecta a sus partes como la Ley de Propiedad Horizontal permite.

Resultando que el Registrador informó: Que con fecha 14 de noviembre de 1972 fue presentada en el extinguido Registro de la Propiedad de Valencia-Occidente la escritura a que se refiere este expediente, que fue calificada por don José María de Mena y San Millán, cotitular con otros tres Registradores de dicha oficina que funcionaba en régimen de división personal; que el 15 se puso al margen del asiento de presentación expresado la siguiente nota: "Denegada la inscripción a que se refiere el asiento adjunto por defecto insubsanable de limitarse la disposición de determinadas participaciones de modo no permitido por las leyes"; que no se cumplió por el Registrador que puso la nota con lo dispuesto por el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario,

que ordena dar cuenta a los otros cotitulares; que interpuesto recurso contra la nota de calificación, el Presidente de la Audiencia lo comunicó al Registro de la Propiedad de Valencia número 1; que esta oficina, al acusar recibo, solicitó que por aplicación del apartado d) del repetido artículo 485 del Reglamento Hipotecario, se entendiese el recurso con el Registrador que hizo la calificación; que por Decreto del Presidente de la Audiencia se acordó que el informe correspondiente se hiciese por los Registradores titulares de la oficina número 1 de Valencia por ser el Registro a que correspondía la finca cuestionada; que en cumplimiento de tal acuerdo el presente informe manifiesta el criterio de los dos cotitulares de la oficina; que se desiste y se tiene por no puesto el defecto consignado en la nota bajo el número 1, por considerarlo inoperante, manteniéndose íntegramente la calificación en cuanto al señalado bajo el número 2, que se considera insubsanable por contener la norma estatutaria primera una clara prohibición de enajenar contra lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria; que no se precisa argumentar mucho para mantener este defecto por ser asunto ya resuelto por el Centro Directivo que en Resolución de 4 de noviembre de 1968 sentó la doctrina de que el pacto de no disponer que no tenga su origen en alguno de los supuestos del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, no puede tener acceso al Registro si no se garantiza su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, sin que ello impida la inscripción de la escritura de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria es de una gran claridad, por lo que el criterio de la Dirección General resulta legal y formalmente ortodoxo; y que quizá fuese recomendable una modificación del precepto legal abriendo un camino más fácil a estas estipulaciones, que a veces obedecen a buscar soluciones prácticas en consonancia con la actual ordenación de la propiedad horizontal, pero mientras esa modificación no se produzca no se puede enfocar el problema a que se refiere la nota más que con la configuración del garaje como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el segundo defecto de la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, sin entrar en el análisis del primero al desistirse del mismo en el informe registral.

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó: Que desistido el primer defecto de la nota de calificación, el problema se reduce a la licitud del pacto según el cual queda prohibida la transmisión del derecho de aparcamiento de automóvil en el sótano-garaje de un edificio en propiedad horizontal, con independencia del dominio de la correspondiente vivienda; que esta cuestión no debe plantearse en el terreno de una ordenación general de las prohibiciones de disponer, sino en el concreto de la propiedad horizontal a que se refiere; que el pacto que se debate no contiene en sentido estricto una prohibición de disponer, sino una regulación de uso del sótano-garaje que se vincula a la titularidad de las

viviendas beneficiarias de las plazas utilizables de aparcamiento de automóviles; y que si como dice el propio Presidente en su auto, el propietario de una cosa puede disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código civil), una de estas leyes es precisamente la de Propiedad Horizontal, sin que en este supuesto sean de aplicación prohibiciones generales establecidas para transmisiones gratuitas o que difieran de la misma por otras cosas.

*Doctrina.*—“Considerando que, desistido el primer defecto de la nota de calificación, la cuestión planteada se reduce, en efecto, a la licitud del pacto estatutario en inmueble bajo régimen de propiedad horizontal, que, al regular el destino exclusivo del sótano —que aparece como finca independiente, departamento número 1— para aparcamiento de los titulares de las viviendas, prohíbe que en ningún caso se transmita esta propiedad separadamente de la vivienda, lo que podría suponer traba a la plena facultad de disponer distinta de las admitidas por las Leyes y en especial por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.”

“Considerando que al establecerse el destino exclusivo del sótano “para aparcamiento de automóviles o garaje” cuyo uso y aprovechamiento corresponde “única y exclusivamente a las catorce viviendas”, se confiere el carácter de elemento pro-común a dicho sótano y, de conformidad con el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal— se ordena un adecuado uso en cuya regulación, si no se llegó a especificar plazas de garaje concretas —jaulas o simples espacios— adscritas a las distintas viviendas como anejos de éstas, repitiendo el esquema de la propiedad horizontal, de un espacio arquitectónicamente acotado, de uso singular y exclusivo de puertas adentro, y el resto del inmueble con sus servicios, de propiedad y uso compartido, quedan, sin embargo, fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta.”

“Considerando que dentro de tal regulación, aquellas limitaciones que, saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de las viviendas, prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la Propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3.º de la Ley, y en el mismo artículo 4.º “in fine” al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código civil, ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas*

Se hace difícil enjuiciar la doctrina emanada de esta Resolución, pues en ella se aborda el único problema a que se redujo el recurso, después de desistir el Registrador calificante del que verdaderamente valía la pena haber mantenido, aunque sólo fuera con el objeto de poner en un serio compromiso a la Dirección para que con su doctrina diese solución

a esa singular figura de los garajes en casas por pisos, producto de una necesidad evidente al haber proliferado tanto el automóvil.

Las posibles razones que asistieron al funcionario calificador no se traslucen en el recurso, pero lo que sí es evidente es que este hecho lo aprovechó sustanciosamente el Notario recurrente para ganar la batalla. La especialización del Notario recurrente en estas materias era el suficiente aliciente para contender en buena lid con sus posibles argumentos y valía la pena haber arriesgado todo, pues todo se perdió por haber insistido sólo en parte. Y el caso es que la argumentación inicial de la nota tenía toda la garra suficiente para poner en serio compromiso las tres construcciones que doctrinalmente había ofrecido otro Notario en una conocida publicación. Y precisamente el haber defendido el primer defecto hubiese llevado, sin duda alguna, a confirmar el segundo.

Sobre esta base es preciso montar nuestro comentario e intentar ver lo que hubiese ocurrido si el Registrador defiende el primer defecto junto con el segundo. Por todo ello vamos a distinguir: la posibilidad o no de inscribir los garajes en la propiedad horizontal y la disposición libre o no de los mismos.

#### A) *Inscripción de los garajes.*

Según la conocida monografía de MONET y ANTÓN ("Los garajes en comunidad.—Variantes en su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal", *Rv. Dr. Notarial*, núms. 77-78, 1972, págs., 443 y ss.) parece ser que solamente son tres los caminos jurídicos que admiten los garajes: a) Plazas de garaje independizadas como propiedades horizontales autónomas. b) Planta destinada a garaje, configurada como propiedad horizontal independiente del edificio, con atribución a distintos titulares (con convenio de división de uso, comunidad proindiviso, departamento procomunal, y sociedad; y c) Planta destinada a garaje, configurada como elemento común del edificio (como anejo o con convenio de división de uso).

La primera situación no ofrece grandes dificultades en torno a su posible inscripción, pues si cada plaza de garaje, identificada por un número, superficie y rayas que la delimitan espacialmente, se considera como piso o local independiente, deberá ajustarse a la normativa general del artículo 8 de la Ley Hipotecaria y los correspondientes de la Ley de Propiedad Horizontal. Como en la planta destinada a garaje deben quedar determinados espacios para el acceso a la misma, así como los precisos para la maniobra de aparcamiento y salida, se plantea el problema de cómo han de calificarse los mismos. El autor antes citado entiende que se trata de elementos comunes, con lo que en ellos existiría, además de las cuotas de cada garaje, las de los correspondientes pisos y locales de negocios, vinculando por ese solo hecho a los posibles gastos de conservación de elementos que son usados por otros. A mi entender, la solución pudiera estar en considerar esos elementos como "anejos" de cada garaje o plaza de garaje en tantas partes como plazas existan.

La segunda situación, estimando la planta que contiene los diversos garajes o aparcamientos como propiedad horizontal independiente, con atribución a distintos titulares, no ofrece, en principio, grandes dificultades, pues registralmente es como un piso o un local comercial que en vez de pertenecer a un propietario se adjudica a diversos de ellos. No obstante, todo ello debe ser entendido con diversos condicionamientos, pues en las variantes que ofrece el autor citado es necesario precisar diversos aspectos de estructuración de esa posible comunidad y afrontar si ello puede ser considerado como departamento "procomunal". Entiendo que solamente cuando la planta destinada a garaje esté considerada como departamento *procomunal* las normas que lo rigen, estructuran y perfilan pueden tener acceso al Registro de la Propiedad vinculando a los posibles titulares posteriores. Naturalmente que el supuesto sólo podría darse, conforme al artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando el departamento procomunal sea de "todos" los que forman la comunidad horizontal. Con ello nos inclinamos por una de las opciones que BLANQUER UBEROS (*Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en la legislación vigente. Supuestos de hecho típicos y atípicos*. "Rev. Fidelidad", números 123-124, 1970) ofrece en el trabajo citado. Las dos variantes de comunidad, con convenio de división de uso y la de "prodiviso", me resisto a creer que puedan llegar a tener acceso registral en su normativa interior. El último supuesto de configurar el caso como una sociedad civil, el mismo autor la rechaza por diversas razones.

La tercera situación es la de configurar a la planta destinada a garaje como elemento común del edificio, equiparándolo a cualquier otro que pueda estimarse como tal. A diferencia del apartamento o departamento *procomunal*, aquí no hay independencia o individualización en su titularidad. Las diferentes cuotas de los distintos propietarios inciden en el mismo en la proporción que en los demás elementos comunes. Las dos variantes que el autor señala, como anejo y con simple convenio de división de uso, pueden tener la trascendencia de ser incluidas o no en un caso u otro de la Ley de Propiedad Horizontal y ser o no incluidas en el Registro de la Propiedad. El anejo puede penetrar al amparo de los estatutos mientras que el convenio de división de uso no pasa de ser regla interna que juega en el campo del artículo 6 de la Propiedad Horizontal.

Delimitados en forma muy general los tres supuestos que el autor contempla en el trabajo citado, se hace preciso tratar de proyectar el supuesto de hecho contemplado en los Resultandos de la Resolución comentada, para ver en qué supuesto puede encajar, sacando luego las conclusiones en orden a su posible enajenación o la prohibición que lo limita.

Ya el Notario autorizante de la escritura se disculpa en el recurso de la forma "precipitada y a pie forzado" en que se hizo la redacción de la cláusula que "no es lo perfecta y clara que sería de desear". En la referida cláusula se parten de estas premisas: 1.º Se habla de un sótano como departamento autónomo con una cuota (caso que perfectamente



puede ser incluido en el supuesto segundo de los antes dichos) destinado a garaje. 2.º) Se afirma que es apartamento procomunal, correspondiendo su uso sólo a catorce viviendas (lo cual viene a suponer que estamos también en la segunda de las construcciones apuntadas). 3.º) Se estima que el uso y aprovechamiento del sótano como garaje es "anejo" de cada una de las catorce viviendas, las cuales tienen derecho al aparcamiento de un solo vehículo en uno de los catorce huecos o espacios en que se divide (lo cual nos lleva a la solución tercera de las apuntadas. 4.º) Se dan normas en cuanto a cesión que pueden implicar una conexión *ob rem* con la correspondiente vivienda, y 5.º) Se exonera de gastos generales al sótano (a pesar de tener una cuota) y en cuanto a los específicos del garaje se entienden a cargo de cada una de las catorce viviendas, siendo responsables solidariamente sus dueños o cesionarios de las mismas.

Es curioso que toda la claridad que podían ofrecer las construcciones citadas, aquí se oscurece. No creo que haya sido la prisa, ni el pie forzado, sino la intención de hacerlo de este modo para que resultando tan complicado fuese también difícil la calificación. No es posible que todo esto sea al mismo tiempo un apartamento independiente, un elemento procomunal y un anejo. O es una cosa o es otra, pero las tres a la vez es imposible. Descarto que se trate de un apartamento *procomunal*, porque de las dos opciones de que hablaba BLANQUER en el artículo citado ya hemos visto que nuestra postura es estimar que sólo cuando "todos" los condueños lo acuerden así para su "servicio o utilidad" puede hablarse de apartamento "procomunal", conforme al artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y aquí sólo son catorce, sin que conste la renuncia de todos los demás, si es que ésta cabe en esta materia.

Si lo calificamos de anejo y lo adscribimos a cada uno de los catorce pisos o viviendas (rectificando su respectiva inscripción, pues originariamente no figuraba como tal), es absolutamente necesario que dicho sótano deje de tener una cuota en los elementos comunes, pues si es elemento común (el anejo en sí lo es) no puede ostentar cuota. Hubiera sido preciso para ello reestructurar las cuotas de las catorce viviendas, repartiéndolo entre ellas la del sótano. No hacía falta, por supuesto, acudir a la vieja teoría de la titularidad *ob rem*, pues con el criterio de accesoriadad o la construcción de pertenencia, basta.

Necesariamente, por tanto, tenemos que desembocar en la construcción segunda de las apuntadas, pues estamos ante una especie de piso o local que en vez de pertenecer a un solo propietario ostentan su titularidad catorce de ellos, con unas reglas de uso y aprovechamiento y disposición de carácter interno que no pueden vincular más que a los titulares de todo ello, pero nunca tener la eficacia *erga omnes* y el carácter real que se las pretende dar. Es decir, que la construcción, aun aceptando la segunda solución, toma una o varias de sus variantes. El hecho de descompensar la contribución de gastos comunes con el cargo en cada vivienda beneficiaria, no supone la eliminación de la cuota, sino una regla de régimen interior, pues el mayor valor del precio de la adquisición de un piso no puede suponer —a la larga— una contribución mayor en los

gastos generales, salvo que así se haya establecido en los estatutos o en su variación, pero para que ello se lleve a cabo es necesario la alteración de la cuota.

Por ello, al ser sólo catorce y no *todos*, era imposible hablar de apartamento "procomunal" que sólo provocaría una alteración en la descripción de la finca inscrita en el folio general y sus posibles repercusiones en las especiales de cada piso o local, y al ser configurado como apartamento con cuota, perteneciente a diversos titulares, era preciso determinar su titularidad, cosa que señala el Registrador en su nota calificadora, ajustada al principio de especialidad. Caso de haberse entendido que eran "anejos" hubiera sido necesario describir cada plaza de garaje, en base de lo que disponen los artículos 3, a) y 5, apartado 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, para luego atribuirlo a cada vivienda respectiva.

En el presente supuesto era muy difícil utilizar la técnica de la titularidad *ob rem* —divulgada por ATARD en los derechos reales que se ostentan por razón de las cosas —pues su doctrina no está plenamente aceptada por la legislación hipotecaria a través del principio de especialidad y, de otra parte, su problemática se resuelve a base del criterio de accesoriedad de los "anejos". Pero ya hemos visto que no estamos en tal caso.

La Dirección General, para basar la solución que da al segundo defecto de la nota registral, abre en un considerando la construcción que entiende ajustada al tema, lo cual puede provocar una "generalización" del enfoque sobre la materia. La Dirección General admite que estamos ante un "elemento pro-común" al amparo del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y rechaza la configuración del supuesto como si se tratara de un "anejo", con lo cual elimina la teoría de la titularidad *ob rem* y el criterio de accesoriedad de que hemos venido hablando. Pero lo que sí se afirma es que a través de esa construcción quedan "fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta". Decimos que la Dirección elimina el criterio de "accesoriedad" solamente para rechazar el carácter de "anejo" al sótano destinado a garaje, pero no para entender que el departamento "pro-comunal" no quede vinculado a la propiedad de cada uno de los catorce pisos que tienen derecho de uso y disfrute de dicho aparcamiento.

#### B) *Disposición de los mismos.*

Partiendo de la construcción que hemos apuntado, la tesis defendida por el Registrador en su informe debe prevalecer sobre la defendida por el Notario recurrente, pues la titularidad de un apartamento en comunidad regida por el Código civil permite la enajenación de la respectiva cuota, y su limitación o prohibición entra en el cauce normativo del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Pero dicha tesis había que haberla enlazado con la construcción jurídica del supuesto base, ya que de lo contrario dejaba de tener solidez.

El Notario, en su habilidoso informe, mezcla dos construcciones y juega con ellas. Por una parte habla de *anejos* y, por otra, de apartamentos *procomunales*. Es curioso destacar una afirmación notarial que resta fuerza al argumento esgrimido. El Notario dice que conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal hay que describir en la inscripción de cada piso o local la de los “anejos” que le pertenezcan, “pero esto se refiere a los elementos diferenciados como buhardilla, etc., pero no a los que sólo suponen una cuota de participación como es una plaza de garaje para automóvil”. Leído con cierto detenimiento el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal vemos que, dentro de los “anejos” que hay que describir figura el “garaje” y el “sótano”, además de la buhardilla.

Realmente destaco esta idea notarial para resaltar la habilidad en el juego de su informe, pues partiendo de que se trata de un “anejo”, lo convierte posteriormente en un “departamento procomunal” y aplica a ambos supuestos la misma norma: la descripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas a cuyo servicio se destine con carácter exclusivo. Efectivamente que la norma tiene que ser igual, pero lo que no puede es simultanearse dos construcciones para un mismo supuesto: o hay anejo, vinculado estrechamente a cada piso, o hay departamento “procomunal” al servicio de “todos” los copropietarios, quedando vinculados los mismos por el destino asignado.

La Dirección General, más precisa en este punto, califica al supuesto de elemento o departamento “procomunal” y de esta forma invoca los artículos 3, último párrafo “in fine” y 4, también “in fine” de la Ley de Propiedad Horizontal, que permiten un pacto de indivisión y destacan el estrecho vínculo existente entre los pisos o locales y los elementos comunes. Ello, trasladado al caso que nos ocupa, en el cual existen unas normas sobre disposición del uso y aprovechamiento de cada plaza de garaje, no viene más que a “reiterar la limitación institucional” que vincula al piso o pisos con los elementos comunes del edificio.

En conclusión, era inevitable una configuración del supuesto para poder defender la consecuencia. La Dirección lo califica de “procomunal”, el Notario da dos opciones (anejo y “procomunal”) en su informe, pero de los términos empleados vemos que puede existir un *tertius genus* que pone serios reparos a las decisiones ofrecidas.

**COMPRAVENTA.**—ES INSCRIBIBLE LA NUEVA ESCRITURA OTORGADA POR LOS MISMOS INTERESADOS Y CALIFICADA DE “RESOLUCIÓN MEDIANTE NUEVA COMPRAVENTA” SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS QUE CON ANTERIORIDAD A ESTA INSCRIPCIÓN SE HAYAN HECHO CONSTAR EN EL REGISTRO A FAVOR DE TERCERAS PERSONAS. (Resolución de 27 de diciembre de 1973, *B. O. del Estado* de 19 de enero de 1974.)

**Hechos.**—Resultando que por escritura otorgada en Cuenca ante el Notario don Antonio Pérez Sanz, el 10 de junio de 1969, doña Basílisa Carreras Temprado, vendió a don Pascual Crespo de Marco, por el precio

de mil quinientas pesetas, un solar sito en la calle Menéndez y Pelayo, número 46, que el adquirente inscribió en el Registro de la Propiedad; que aunque en la escritura no se hizo constar ningún condicionamiento, el motivo determinante del negocio jurídico fue que posteriormente la vendedora tendría preferente derecho a ocupar una vivienda en el edificio que el comprador se proponía levantar en el local adquirido; y que, por dificultades económicas, éste no pudo realizar la construcción proyectada, por lo que, después de diversas gestiones, los otorgantes decidieron de mutuo acuerdo dejar sin efecto la operación realizada, para lo cual otorgaron nueva escritura el 16 de octubre de 1971, ante el Notario don Antonio Varona Díaz, en la que los interesados, para volver a la situación inicial manifestaron que "han decidido dejar sin efecto" la anterior compraventa, estipulándose que "don Pascual Crespo de Marco, con consentimiento de su esposa, transmite a doña Basilisa Carreras Temprado el pleno dominio de la finca descrita y ésta la acepta y la adquiere libre de cargas", y a su vez el señor Crespo de Marco declara que "tiene recibido de la señora Carreras Temprado el precio que se estipuló y entregó en la relacionada escritura de mil quinientas pesetas y otorga carta de pago".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción por el defecto que se reputa insubsanable de resultar el acto en él contenido, contradictorio en sus propios términos, en cuanto se le hace revestir a la vez de carácter de resolución de compraventa y de venta nueva, sin que pueda válidamente encajarse en ninguno de dichos negocios, según los antecedentes del Registro, un contrato de compraventa perfecto y consumado, sin pacto de cláusula resolutoria alguna, y la nueva venta que pudiera deducirse al presente carece de precio real y efectivamente entregado al hacerse servir a la actual transmisión el precio que se estipuló y entregó en la anterior. Todo lo cual, unido a la ambigüedad resultante de las estipulaciones de las partes, contraria a la claridad y determinación que inspira la publicidad registral, impide la inscripción".

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia enseñan que es lícito el acuerdo resolutivo de la compraventa y cualquier otro negocio jurídico anterior, distinguiéndose en tal resolución dos aspectos: el convenio resolutivo y la nueva transmisión de lo que recíprocamente recibieron en el contrato anterior; que, igualmente, la doctrina y la jurisprudencia reconocen con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en la resolución de contratos precedentes siempre que no se perjudique a terceros; que el artículo 1.506 del Código civil dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y además por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional y por el legal; que al no establecerse ninguna limitación, el precepto comprende naturalmente todo supuesto de compraventa per-

fecta y consumada, aunque no se haya establecido pacto previo de resolución; que la principal consecuencia de la resolución es que quede sin efecto el contrato anterior, recuperando el vendedor la cosa y el comprador el precio, siendo ambos liberados de sus anteriores obligaciones; que la Nota calificadora sólo contempla el aspecto rescisorio de la resolución, olvidando la obligación de devolverse recíprocamente lo recibido, que da lugar a la nueva escritura de compraventa; que en esta escritura hay transmisión y hay precio que es el mismo que se estipuló y entregó en la compraventa anterior; y que no existen ninguna ambigüedad en las estipulaciones del documento calificado, como puede apreciarse en un examen del mismo.

Resultando que el Registrador informó: Que el contenido del Registro respecto de la finca objeto del recurso es el siguiente: a) Inscripción primera de compraventa en favor de don Pascual Crespo de Marco y su esposa, para la sociedad conyugal, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. No figura pacto ni determinación accesoría alguna en ella, ni figuraba en la escritura, como demuestra la nota al margen del correspondiente asiento de presentación, que no hace referencia a suspensión o denegación alguna. La fecha del asiento de inscripción es de 31 de diciembre de 1969. b) Anotación preventiva de suspensión de embargo, letra A, caducada mas no cancelada, en favor de don Domingo Arias Montoya, mayor de edad, casado, ebanista, practicada en méritos de procedimiento ejecutivo 116/71 seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Cuenca, en reclamación de 100.464 pesetas de principal, más otras 40.000 para costas y gastos, contra el señor Crespo de Marco, declarado en rebeldía. La expresada anotación fue tomada en suspensión de la de embargo por falta de cumplimentar el artículo 144 del Reglamento Hipotecario mediante citación o notificación a la esposa del deudor. c) Asiento de presentación de la escritura calificada con Nota indicativa de la interposición del recurso y referencia a la calificación que ha dado lugar a la misma; que los defectos señalados en la Nota recurrida son tres: 1.º Contradicción entre los propios términos del contrato que identifican los conceptos de transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente, dando como resultado ambigüedad y confusión. 2.º La inexistencia de resolución del contrato anterior, y 3.º La carencia de precio real y efectivamente entregado; que deja sin efecto la falta últimamente señalada pese a lo ilógico de resultar el precio fijado muy inferior al que arroja la comprobación de valores, tratarse de una compraventa posterior en año y medio a la anterior sin tener en cuenta la plusvalía y los beneficios que supondría la reserva de piso que la vendedora tenía sobre el edificio que, según dicen los otorgantes, el comprador proyectaba levantar en el solar adquirido, todo lo cual hace pensar en la simulación; que la naturaleza del derecho que se inscribe es una de las circunstancias esenciales de la inscripción y ha de expresarse con toda claridad, y como nuestro sistema de transmisión es causalista, igualmente clara ha de ser la causa de la transmisión; que la denominación que se da al negocio convenido de "resolución de compraventa mediante una nueva venta" no

expresa con claridad la causa del contrato e induce a confusión; que, además, el título es contradictorio, porque “resolución de venta” y “nueva venta” son dos conceptos jurídicos muy diferentes, sin que la contraposición de los mismos quiera dar a entender que cabe resolución voluntaria de venta; que la resolución es un concepto negativo, extintivo, mientras que el de compraventa, como resulta obvio, es positivo y creador de obligaciones; que la resolución es un concepto jurídico al que la Ley y la doctrina han dado significación propia de regreso a la situación jurídica anterior, de reconocimiento de ésta y destrucción con carácter retroactivo de las consecuencias intermedias; que sus efectos se producen *ex-tunc* e *in-rem*, con trascendencia respecto de terceros adquirentes, por lo que no es ocioso tener presente el contenido del Registro en cuanto a la finca cuestionada; que si bien en el presente caso no figura ninguna anotación preventiva vigente, el folio registral muestra un crédito que acudió al procedimiento ejecutivo, que quizá podría subsanar su caducada reserva de puesto, lo que constituye un argumento más en favor de la tesis que defiende; que con la inscripción de la venta que se pretende se garantizaría a la primera enajenante que con su imprevisión dio lugar a la situación creada, una posición privilegiada ante acreedores que al menos merecen una paridad de trato; que excluido el planteamiento de problemas de simulación y fraude de acreedores, que desborda el ámbito de la calificación, nada habría que objetar si sencillamente se hubiese convenido una clara y simple venta con los términos personales invertidos respecto a la anterior, pero sin reflejar idea resolutoria; que el mayor peso de la Nota no radica, como parece que pretende el recurrente, en el señalamiento de falta de precio, sino en la ausencia de verdadero carácter resolutorio en sentido técnico, que requiere previsión del legislador o de las partes para que se produzca, y que origina una restitución de prestaciones y la invalidez de los efectos desplegados en el interregno; que tal resolución no existe en el contrato calificado, ya que no pueden identificarse mutuo disenso y resolución cuando se trata de contratos perfectos y consumados, por lo que no es aplicable al mismo la doctrina y jurisprudencia referente a ésta; que la idea de extinguir por mutuo disenso una obligación contraída anteriormente es clara y está admitida sin reservas por la jurisprudencia y la doctrina, pero debe observarse que se trata de extinguir, o sea, poner fin a un contrato que está desplegando sus efectos, no al que ya los agotó bastante antes con la entrega de la cosa y el precio; que cumplidas las prestaciones de un negocio, éste escapa a la voluntad de las partes para entrar en el mundo del derecho con las condiciones que le son propias, en el presente caso la plena titularidad del entonces comprador sin evento alguna condicionante; y que toda confusión y mezcla de instituciones no coherentes puede ser dilucidada por el Juez en su sentencia, pero no por el Registrador en su calificación.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: Que dio a la operación realizada, que le parece perfectamente lícita y normal, la denominación de “resolución de compraventa mediante nueva venta”,

que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni de capacidad en los otorgantes ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, cuya validez ha sido reconocida por el Registrador al rectificar en su informe la Nota calificadora; que entiende que el acuerdo resolutorio, de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura, está amparado por el artículo 1.255 del Código civil que autoriza los pactos que las partes tengan por convenientes estipular siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público; que el pacto convenido es lícito, como reconoce el funcionario calificador en su informe y admite unánimemente la doctrina, que entiende que las partes pueden dejar por mutuo acuerdo sin efecto un contrato anterior perfecto y consumado que de este modo resuelve, que precisamente este sistema es el que han utilizado las partes otorgantes de la escritura primitiva al convenir un nuevo contrato traslativo para resolver el primero; que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, admiten ampliamente el principio de autonomía de la voluntad; que si la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, además de otras específicas, uno de los modos de resolverlas es el concreto acuerdo de las partes contratantes; que el Registrador en su informe no lo entiende así y su razonamiento no es convincente por confuso y falto de rigor; que no es que la venta se resuelva por la venta como indica dicho funcionario, sino que se resuelve por el acuerdo de comprador y vendedor, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante una nueva venta u otro negocio de transferencia, lo que no es un contrasentido en ningún aspecto; que entre la Nota calificadora y la concreción de los defectos en el informe registral existe una gran diferencia, pues en la primera se señala un solo defecto que se va explicando en el desarrollo de la Nota, mientras que en el informe se señalan tres defectos independientes que no se articulan con la conexión que tenían en aquella, lo que supone una modificación de la misma, no admitida por la jurisprudencia registral; que hay además una esencial inexactitud al decirse "resolución de compraventa y venta nueva" cuando la escritura fue designada con el nombre de resolución de compraventa mediante venta nueva; que esta venta nueva es el instrumento o medio de realización del pacto resolutorio de la compraventa anterior; que el lenguaje utilizado podrá ser más o menos correcto, pero no hay duda de que aunque no existiese una resolución propiamente dicha, el pacto estipulado es de los admitidos por el artículo 1.255 del Código civil; que si el Registrador opina que la declaración de dejar sin efecto el contrato anterior es simplemente obligacional, pudo prescindir del mismo e inscribir la escritura como título traslativo con vida independiente; que el Registrador en su informe habla de muchas cosas, pero no puntualiza dónde radica la contradicción que señala en la Nota, alterando los términos de la escritura autorizada que relaciona con la copulativa y, cuando el término utilizado en ella es mediante; que para justificar su contradictoria confusión, el Registrador habla de la teoría de la causa, que no viene aquí a a cuento, pues admitida la validez de

la compraventa, tanto la naturaleza del derecho que se inscribe como la causa de la transmisión, están perfectamente determinadas y no pueden inducir a confusión; que es anómalo razonar la inexistencia de la resolución después de haber reconocido que la compraventa es válida y eficaz; que la transmisión que opera la compraventa tiene su antecedente y razón de ser en el pacto resolutorio previo y reconocida la existencia y legalidad de aquélla hay que aceptar, quiérase o no, que su antecedente y razón esencial también existe; que aparte de la resolución prevista por el legislador y las partes, hay que admitir por imperativos de la doctrina legal, jurisprudencial y científica, aquélla que tiene lugar por mutuo disenso o acuerdo de los interesados; que la resolución no produce siempre efectos *in-rem* y *ex-tunc*, sino que en el caso de la escritura. por ejemplo, quedan a salvo los derechos de terceros; y que el Registrador habla en su informe de simulación y posible fraude, lo que es muy delicado y deja entrever la posibilidad de que la escritura calificada encubra estas irregularidades, lo que es excesivo y fuera de lo que procede en una calificación, a más de que la realidad de los planteamientos iniciales a que alude demuestran lo contrario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Notario autorizante del instrumento y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

*Doctrina.*—“Considerando que inscrita en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa, que ya se encontraba consumada al haber entregado el vendedor el inmueble y pagado el comprador el precio, la cuestión que plantea este expediente consiste en dilucidar si es inscribible una nueva escritura que los interesados califican de “resolución mediante una nueva compraventa” en la que el primitivo vendedor adquiere otra vez la finca al asumir la posición de comprador dando cumplimiento a su obligación de satisfacer el precio e inversamente el primitivo comprador asume la posición del vendedor y entrega el mismo inmueble objeto del contrato anterior.”

“Considerando que en el Derecho de Obligaciones es fundamental el principio de libertad contractual sancionado en el artículo 1.255 del Código civil que no tiene más limitaciones que las que el mismo artículo establece de que los pactos, cláusulas o condiciones no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, y estas obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes según el artículo 1.091 del Código civil y deben ser cumplidas en la forma en que fueron pactadas.”

“Considerando que este principio general permite, por tanto, a las partes regular en la forma que tengan por conveniente las relaciones entre ellas, y que por mutuo disenso pueden dejar sin efecto toda clase de obligaciones patrimoniales, unas veces antes de consumarse los efectos del contrato ya perfecto, y otras, cuando esto ha tenido lugar —como sucede en este expediente— en cuyo supuesto lo que en realidad sucede es que se ha formalizado un nuevo contrato inverso al primero y que se



endereza a dejar sin efecto el preexistente, por lo que es necesario que reúna los requisitos esenciales para su validez.”

“Considerando que independientemente de la denominación que las partes asignen al negocio concluido, los contratos tienen la esencia que les es propia, y en este sentido la escritura calificada contiene un negocio extintivo de la compraventa celebrada entre los mismos interesados en 10 de junio de 1969, que han configurado a través de una nueva compraventa, cuya causa *vendendi* aflora a través de la especificación de los motivos que la fundamentan, y que como todo contrato nuevo producirá sus efectos a partir de la fecha de su celebración, y por ello huelga toda discusión sobre las vicisitudes que hayan podido suceder en el período que media entre las dos compraventas, así como los posibles derechos de terceros que se hayan inscrito sobre la finca retransmitida durante esta situación.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.”

#### *Consideraciones críticas.*

La materia objeto de la presente Resolución resulta más complicada a través de los informes que emiten Registrador calificador y Notario recurrente que lo que en la realidad jurídica se ofrece. El problema es simplemente la resolución de una compraventa, consumada mediante una nueva compraventa, en la que cambian de posición contractual las partes intervinientes en la primera, de tal forma que el comprador es ahora vendedor y el vendedor lo es comprador.

Por supuesto, entran en la solución del problema una serie de conceptos que elevan el tono del mismo, pero que a fin de cuentas no aportan verdaderas salidas ingeniosas para soluciones distintas de las adoptadas. Juegan los conceptos de “ambigüedad de redacción del documento”, el de “causa y motivo”, el de “perfección y consumación del contrato”, el de “autonomía de la voluntad”, la “terminología empleada”, el “mecanismo resolutorio”, etc.

Por todo ello —y en aras de un intento de claridad— creo que caben distinguir estas tres partes: a) La posibilidad de resolución de los contratos. b) La forma adecuada para ello y c) Las repercusiones que pueden producirse por dicha resolución. Vamos a desarrollar en este comentario los tres puntos, dejando incompleto el último de ellos —en lo que se refiere a los terceros— pues queremos destacar este efecto en el comentario que hagamos seguidamente a la Resolución de 29 de diciembre de 1973, con supuesto análogo al que ahora contemplamos.

#### A) *Posibilidad de resolución de un contrato*

No vamos a generalizar la doctrina de la resolución de los contratos, pues lo conveniente es que si se trata de un contrato de compraventa lo ideal es centrar la materia en el mismo. Conforme al artículo 1.506 del Código civil hay tres cauces para la resolución de la compraventa:

las causas generales de las obligaciones, las específicas que se señalan para la compraventa por razones de evicción, saneamiento, gravámenes ocultos, incumplimiento, condición, etc., y por el juego del retracto convencional y el legal.

Entre las causas genéricas de resolución de las obligaciones no figura, por supuesto, el *mutuo acuerdo* de las partes, como puede comprobarse en el artículo 1.156 del Código civil, lo cual no es obstáculo para que entendamos con la generalidad de la doctrina que puede perfectamente entrar en juego el principio de autonomía de la voluntad y puestas de acuerdo las dos partes contratantes dejar sin efecto un contrato celebrado, todo ello al amparo del artículo 1.255 del Código civil. La argumentación hasta el presente parece ajustarse plenamente a los cánones estrictos de una legalidad vigente.

¿Puede resolverse una compraventa en la que las partes no hayan previsto esa resolución en sus cláusulas? Esta es precisamente la primera objeción que el Registrador opone en su nota: un contrato perfecto y consumado no puede resolverse sin que exista en él pacto o cláusula resolutoria. El Notario defiende todo lo contrario y entiende que el acuerdo resolutorio, de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura, está amparado por el artículo 1.255 del Código civil, que autoriza los pactos que las partes tengan por conveniente estipular, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. La tesis que prevalece, desde un punto de vista de lógica jurídica, es esta última a la que hace alusión los segundo y tercer considerandos de la Resolución al invocar el artículo 1.255 del Código civil y decir que “este principio general permite, por tanto, a las partes regular en la forma que tengan por conveniente las relaciones entre ellas, y que por *mutuo disenso* puedan dejar sin efecto toda clase de obligaciones patrimoniales”.

#### B) *Forma adecuada para ello.*

La operación de resolución del contrato primitivo se realiza a través de una “nueva venta”, que el Notario autorizante de la escritura aclara que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni capacidad en los otorgantes, ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, cuya validez ha sido reconocida por el Registrador.

El Registrador, sin embargo, hace una especie de alarde acumulativo de teorías que crean más “ambigüedad y confusión” que las que él mismo alega en la construcción jurídica. Así, por ejemplo, dice que hay contradicción entre los conceptos de “transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente”, niega la existencia de resolución del contrato anterior y llega a la conclusión de que se trata de un contrato sin precio real y, por ello, simulado, aparte de que el medio resolutorio empleado de la nueva venta induce a confusión al no expresar con claridad la “causa del contrato”. Es decir, el Registrador, en apoyo de su tesis, hace aflorar en su informe a los conceptos fundamentales de la teoría

general del contrato, pero lo hace con tan poca habilidad que su alegato más que ser un argumento favorable se vuelve ataque de su tesis.

Entiendo que es más convincente la postura notarial: no es que la venta se resuelva por la nueva venta, sino que se resuelve por el *acuerdo* de comprador y vendedor, *mutuo disensio*, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante la “nueva venta” u otro negocio de transferencia. ¿Cuál sería este otro negocio de transferencia? Verdaderamente que en vez de complicar el supuesto, como en los hechos acaece, hubiese sido posible el otorgamiento de una escritura de resolución del contrato primitivo, dando lugar la misma a la restitución del precio por una parte y de la cosa por otra. Pero nada impide que se haya hecho en la forma en que se realiza, aunque ella nos recuerde a otra que tuvimos que calificar en su día y en la cual el incumplimiento de un destino pactado para una donación de bienes provocó la resolución de dicho negocio después de transcurrir el tiempo pactado y el Notario, con raíces catalanas, estructuró el nuevo negocio de resolución o readquisición del inmueble donado con el calificativo de un negocio de *retrodonación*, locución que aflora en la Compilación catalana.

Creo es desacertado hablar de “simulación” y de “posible fraude”, cosas ambas que entran dentro de las facultades del Registrador, en su calificación —aun y a pesar de que el Notario considere que es excesivo— pues esa afirmación comporta una prueba o, por lo menos, una argumentación convincente al respecto. Alegar, de otra parte, la falta de causa es ya más arriesgado. La causa de la nueva compraventa —causa *vendendi*— surge como una consecuencia de los motivos que la fundamentan y que radican en la resolución del anterior contrato por *mutuo disensio* de las partes y sobre la base de un incumplimiento de una de ellas.

### C) *Efectos que produce.*

Más que los efectos que se producen por el negocio así estructurado queremos, en estos momentos, precisar el momento en que los mismos se producen. El momento debe ser claro. La resolución produce efectos únicamente desde el momento en que la nueva compraventa o contrato se realiza. No obstante, el Registrador alega —y en cierto modo tiene algo de razón— que el efecto propio de la resolución, según reiteradamente tiene declarado la doctrina y la jurisprudencia es retroactivo, *ex tunc* o *in rem*, lo cual hace que deba borrarse todo el tiempo intermedio pasado desde la perfección del contrato, de difícil aplicación al presente caso en el que las partes alegan como motivo fundamental para la celebración de una nueva venta la resolución de la anterior, lo cual hace que la misma sólo pueda tener vigencia desde el momento de su celebración.

Esta también es la acertada opinión de la Dirección General, que entiende que el contrato de compraventa “es nuevo” y que como tal producirá sus efectos *a partir de la fecha de su celebración* y por ello huelga toda discusión sobre las vicisitudes que han podido suceder en el período

que media entre dos compraventas, así como los posibles derechos de terceros que se hayan inscrito sobre la finca transmitida durante esta situación.

Hemos apuntado antes que no íbamos a tratar de los efectos de esta resolución —llevada a cabo mediante una nueva venta— frente a posibles terceros, pues de este problema queremos hacer un pequeño comentario en la Resolución que sigue para no dejarla huérfana de él y tener que acudir al socorrido criterio de la remisión analógica.

En el transcurso del comentario he querido dejar muy claro la acertada solución que la Dirección General da al caso, así como el poco acertado en las alegaciones del Registrador calificador, que pudo perfectamente superar el problema sin complicarlo con vertiginosas alturas doctrinales, manejadas con poca eficacia y habilidad.

COMPRAVENTA.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1973. (Resolución de 29 de diciembre de 1973, *B. O. del Estado* de 19 de enero de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Cuenca ante el Notario don Antonio Pérez Sanz el 10 de junio de 1969, los cónyuges doña Lorenza-Victoria Rodríguez Mercado y su esposo vendieron por el precio de 2.000 pesetas a don Pascual Crespo de Marzo y señora, un solar en la calle Menéndez y Pelayo, número 44, que los adquirentes inscribieron a su nombre en el Registro de la Propiedad; que aunque en la escritura no se hizo constar ningún condicionamiento, el motivo determinante del negocio jurídico, según los interesados, fue que posteriormente los vendedores tendrían preferente derecho a ocupar una vivienda en el edificio que los compradores se proponían levantar en el local adquirido; y que, por dificultades económicas, éstos no pudieron realizar la construcción proyectada por lo que, después de diversas gestiones, los otorgantes decidieron, de mutuo acuerdo, dejar sin efecto la operación realizada, para lo cual otorgaron nueva escritura el 16 de octubre de 1971 en la que para volver a la situación inicial, manifestaron que “han decidido dejar sin efecto” la anterior compraventa, estipulándose que “don Pascual Crespo de Marco, con consentimiento de su esposa, transmite a doña Lorenza-Victoria Rodríguez Mercado el pleno dominio de la finca descrita y ésta la acepta y la adquiere libre de cargas”, y a su vez el señor Crespo de Marco declara que “tiene recibido de la señora Rodríguez Mercado el precio que se estipuló y entregó en la relacionada escritura de dos mil pesetas y otorga carta de pago.”

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción por el defecto que se reputa insubsanable de resultar el acto en él contenido, contradictorio en sus propios términos, en cuanto se le hace revestir a la vez el carácter de resolución de compraventa y de venta nueva, sin que pueda válidamente encajarse en ninguno de dichos

negocios, toda vez que la previa transmisión que dice dejar sin efecto constituyó en su día, según los antecedentes del Registro, un contrato de compraventa perfecto y consumado, sin pacto de cláusula resolutoria alguna, y la nueva venta que pudiera deducirse al presente carece de precio real y efectivamente entregado al hacerse servir a la actual transmisión el precio que se estipuló y entregó en la anterior. Todo lo cual, unido a la ambigüedad resultante de las estipulaciones de las partes, contraria a la claridad y determinación que inspira la publicidad registral, impide la inscripción”.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia enseñan que es lícito el acuerdo resolutivo de la compraventa y cualquier otro negocio jurídico anterior, distinguiéndose en tal resolución dos aspectos: el convenio resolutivo y la nueva transmisión de lo que recíprocamente recibieron en el contrato anterior; que igualmente la doctrina y la jurisprudencia reconocen con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en la resolución de contratos precedentes siempre que no se perjudique a terceros; que el artículo 1.506 del Código civil dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional y por el legal; que al no establecerse ninguna limitación, el precepto comprende naturalmente todo supuesto de compraventa perfecta y consumada, aunque no se haya establecido pacto previo de resolución; que la principal consecuencia de la resolución es que quede sin efecto el contrato anterior, recuperando el vendedor la cosa y el comprador el precio, siendo ambos liberados de sus anteriores obligaciones; que la Nota calificadora sólo contempla el aspecto rescisorio de la resolución, olvidando la obligación de devolverse recíprocamente lo recibido, que da lugar a la nueva escritura de compraventa; que en esta escritura hay transmisión y hay precio, que es el mismo que se estipuló y entregó en la compraventa anterior; y que no existe ninguna ambigüedad en las estipulaciones del documento calificado, como puede apreciarse en un examen del mismo.

Resultando que el Registrador informó: que el contenido del Registro respecto de la finca objeto del recurso es el siguiente: a) Inscripción primera de compraventa en favor de don Pascual Crespo de Marco y su esposa, para la sociedad conyugal, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin determinación accesorio ni condicionamiento de ninguna clase; b) Anotación preventiva de embargo, letra A, en méritos de juicio ejecutivo promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Cuenca por doña Victoria Blanco Sanz, contra el señor Crespo de Marco sobre reclamación de cantidad, intereses y costas, con nota de expedición de la certificación prevista en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil; c) Otra anotación de suspensión de embargo por defectos subsanables, derivada de reclamación de cantidad, y ya cancelada, y d) Asiento de presentación de la escritura calificada con nota indicativa de la interposición

del recurso y referencia a la calificación que ha dado lugar a la misma; que los defectos señalados en la Nota recurrida son tres: 1.º Contradicción entre los propios términos del contrato que identifican los conceptos de transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente, dando como resultado ambigüedad y confusión; 2.º La inexistencia de resolución del contrato anterior, y 3.º La carencia de precio real y efectivamente entregado; que deja sin efecto la falta últimamente señalada pese a lo ilógico de resultar el precio fijado muy inferior al que arroja la comprobación de valores, tratarse de una compraventa posterior en año y medio a la anterior sin tener en cuenta la plusvalía y los beneficios que supondría la reserva de piso que la vendedora tenía sobre el edificio que, según dicen los otorgantes, el comprador proyectaba levantar en el solar adquirido, todo lo cual hace pensar en la simulación; que la naturaleza del derecho que se inscribe es una de las circunstancias esenciales de la inscripción y ha de expresarse con toda claridad, y como nuestro sistema de transmisión es causalista, igualmente clara ha de ser la causa de la transmisión; que la denominación que se da al negocio convenido de "resolución de compraventa mediante nueva venta" no expresa con claridad la causa del contrato e induce a confusión; que, además, el título es contradictorio, porque "resolución de venta" y "venta nueva" son dos conceptos jurídicos muy diferentes sin que la contraposición de los mismos quiera dar a entender que cabe resolución voluntaria de venta; que la resolución es un concepto negativo, extintivo, mientras que el de compraventa, como resulta obvio, es positivo y creador de obligaciones; que la resolución es un concepto jurídico al que la Ley y la doctrina han dado significación propia de regreso a la situación jurídica anterior, de recomposición de ésta y destrucción con carácter retroactivo de las consecuencias intermedias; que sus efectos se producen *ex novo* e *in rem* con trascendencia respecto de terceros adquirentes, por lo que no es ocioso tener presente el contenido del Registro en cuanto a la finca cuestionada; que la anotación de embargo que figura en el mismo no es, efectivamente, un defecto que obstaculice la inscripción en general, pero es un argumento más en favor de la tesis que defiende; que con la inscripción de la venta que se pretende se garantizaría a la primera enajenante que con su imprevisión dio lugar a la situación creada, una posición privilegiada ante acreedores que al menos merecen una paridad de trato; que excluido el planteamiento de problemas de simulación y fraude de acreedores, que desborda el ámbito de la calificación, nada habría que objetar si sencillamente se hubiese convenido una clara y simple venta con los términos personales invertidos respecto a la anterior, pero sin reflejar idea resolutoria; que el mayor peso de la Nota no radica, como parece pretende el recurrente, en el señalamiento de falta de precio, sino en la ausencia de verdadero carácter resolutorio en sentido técnico, que requiere previsión del legislador o de las partes para que se produzca y origina una restitución de prestaciones y la invalidez de los efectos desplegados en el interregno; que tal resolución no existe en contrato calificado, y que no pueden identificarse *mutuo disenso* y resolución cuando se trata de

contratos perfectos y consumados, por lo que no es aplicable al mismo la doctrina y jurisprudencia referente a ésta; que la idea de extinguir por *mutuo disenso* una obligación contraída anteriormente es clara y está admitida sin reservas por la jurisprudencia y la doctrina, pero debe observarse que se trata de extinguir, o sea, poner fin a un contrato que está desplegando sus efectos, no al que ya los agotó bastante antes con la entrega de la cosa y el precio; que cumplidas las prestaciones de un negocio, éste escapa a la voluntad de las partes para entrar en el mundo del derecho con las condiciones que le son propias, en el presente caso la plena titularidad del entonces comprador sin evento alguno condicionante; y que toda confusión y mezcla de instituciones no coherentes puede ser dilucidada por el Juez en su sentencia, pero no por el Registrador en su calificación.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: que dio a la operación realizada, que le parece perfectamente lícita y normal, la denominación de "resolución de compraventa mediante nueva venta", que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni de capacidad en los otorgantes ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, que ha sido reconocida por el Registrador al rectificar en su informe la Nota calificadora; que entiende que el acuerdo resolutorio de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura está amparado por el artículo 1.255 del Código civil que autoriza los pactos que las partes tengan por conveniente estipular siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público; que el pacto convenido es lícito, como reconoce el funcionario calificador en su informe y admite unánimemente la doctrina que entiende que las partes pueden dejar por mutuo acuerdo sin efecto un contrato anterior perfecto y consumado, que de este modo resuelven; que precisamente este sistema es el que han utilizado las partes otorgantes de la escritura primitiva al convenir un nuevo contrato traslativo para resolver el primero; que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, admiten ampliamente el principio de autonomía de la voluntad; que si la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, además de otras específicas, uno de los modos de resolverlas es el concreto acuerdo de las partes contratantes; que el Registrador en su informe no lo entiende así y su razonamiento no es convincente por confuso y falto de rigor; que no es que la venta se resuelva por la venta, como indica dicho funcionario, sino que se resuelve por el acuerdo de comprador y vendedor, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante una nueva venta u otro negocio de transferencia, lo que no es un contrasentido en ningún aspecto; que entre la Nota calificadora y la concreción de los defectos en el informe registral existe una gran diferencia, pues en la primera se señala un solo efecto que se va explicando en el desarrollo de la Nota, mientras que en el informe se señalan tres defectos independientes que no se articulan con la conexión que tenían en aquélla, lo que supone una modificación de la misma, no admitida por la jurisprudencia

registral; que hay, además, una esencial inexactitud al decirse “resolución de compraventa y venta nueva” cuando la escritura fue designada con el nombre de “resolución de compraventa mediante venta nueva”; que esta venta nueva es el instrumento o medio de realización del pacto resolutorio de la compraventa anterior; que el lenguaje utilizado podrá ser más o menos correcto, pero no hay duda de que aunque no existiese una resolución propiamente dicha, el pacto estipulado es de los admitidos por el artículo 1.255 del Código civil; que si el Registrador opina que la declaración de dejar sin efecto el contrato anterior es simplemente obligacional, pudo prescindir del mismo o inscribir la escritura como título traslativo con vida independiente; que el Registrador en su informe habla de muchas cosas pero no puntualiza dónde radica la contradicción que señala en la Nota, alterando los términos de la escritura autorizada que relaciona con la copulativa y, cuando el término utilizado en ella es “mediante”; que para justificar su contradictoria confusión, el Registrador habla de la teoría de la causa, que no viene aquí a cuento, pues admitida la validez de la compraventa, tanto la naturaleza del derecho que se inscribe como la causa de la transmisión, están perfectamente determinadas y no pueden inducir a confusión; que es anómalo razonar la inexistencia de la resolución después de haber reconocido que la compraventa es válida y eficaz; que la transmisión que opera la compraventa tiene su antecedente y razón de ser en el pacto resolutorio previo, y reconocida la existencia y legalidad de aquélla hay que aceptar, quíerese o no, que su antecedente y razón esencial también existe; que aparte de la resolución prevista por el legislador y las partes, hay que admitir por imperativos de la doctrina legal, jurisprudencial y científica, aquella que tiene lugar por *mutuo disenso* o acuerdo de los interesados; que la resolución no produce siempre efectos *in rem* y *ex tunc*, sino que en el caso de la escritura, por ejemplo, quedan a salvo los derechos de terceros; y que el Registrador habla en su informe de simulación y posible fraude, lo que es muy delicado y deja entrever la posibilidad de que la escritura calificada encubra estas irregularidades, lo que es excesivo y fuera de lo que procede en una calificación, a más de que la realidad de los planteamientos judiciales a que alude demuestran lo contrario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Notario autorizante del instrumento y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

*Doctrina.*—“Considerando que este expediente plantea la misma cuestión decidida por la Resolución de 27 de diciembre de 1973 sobre inscripción de una escritura que los interesados calificaron de “resolución mediante una nueva compraventa”, en la que la primitiva vendedora adquiere otra vez la finca al asumir la posición de compradora e, inversamente, el primitivo comprador aparece como vendedor, y en la que son idénticos los argumentos jurídicos esgrimidos, por lo que en base a lo indicado en la mencionada Resolución, y para evitar reiteraciones, es forzoso declarar que la escritura calificada es inscribible en los libros re-



gistrales, sin perjuicio de los derechos que con anterioridad hayan podido ser inscritos a favor de terceras personas.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto Apelado.”

*Consideraciones críticas.*

La razón de haber desplazado aquí el comentario de los efectos frente a *terceros* de la operación de resolución de una compraventa realizada mediante una nueva venta, reside en que, si bien los hechos son los mismos que los que se señalan en la Resolución de 27 de diciembre de 1973 y el comentario de lo allí dicho vale también para la presente, hay que tener en cuenta que aquí la Dirección General hace una precisión al respecto en el final del único Considerando: “sin perjuicio de los derechos que con anterioridad hayan podido ser inscritos a favor de terceras personas”.

Entre la predicación de los posibles efectos *ex tunc* o *in rem* de la Resolución y los que ésta misma alcanzan a los terceros, se hace necesario precisar un poco. Referido el problema a los terceros hipotecarios o registrales es evidente que por mucho que destaquemos esos efectos *ex tunc* si la causa origen de la Resolución no figura en el Registro es materialmente imposible que les perjudique.

De ahí que, en principio, y para el caso de resolución de obligaciones por razón de incumplimiento de una de las partes, el artículo 1.124 del Código civil, en su último párrafo, diga: “Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”. La norma está dictada para el caso de resolución judicial, pero hay que entenderla referida también al supuesto de convenio resolutorio “extrajudicial”.

Esto es; quedan a salvo los derechos de terceros protegidos en base de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, así como los terceros de buena fe en cuyo poder estuvieren las cosas, conforme a la teoría de la rescisión contractual.

De ahí que el Registrador sólo podría llevar a cabo la inscripción nueva si no entran en juego dichos preceptos y, tratándose de derechos compatibles, dejando a salvo su prelación y preferencia.

**PARTICIÓN.**—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN DE HERENCIA OTORGADA SÓLO POR LA HERMANA DE LA TESTADORA COMO ÚNICA HEREDERA FIDEICOMISARIA, DADO QUE EL LLAMAMIENTO HECHO A LOS SOBRINOS DE LA TESTADORA LO ERA ÚNICAMENTE PARA EL CASO DE QUE LA PRIMERA HUBIERA FALLECIDO. (Resolución de 10 de enero de 1974, *B. O. del Estado* de 21 de enero de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que doña Francisca Orfila Mercadal, casada, sin hijos, otorgó testamento en Mahón ante el Notario don Daniel Cano Cantalops, el 7 de abril de 1951, en el que instituyó heredero universal a su marido, don Ezequiel Morro Menéndez, “facultándole expresamente para

que pueda gravar y vender libremente los bienes de la herencia y consumirlos totalmente para sus necesidades, que no habrá de justificar. No podrá, empero, disponer de dichos bienes a título gratuito y en lo que restare a la muerte del instituido, será heredera Juana Orfila Mercadal, hermana de la testadora, con sustitución vulgar a sus descendientes, queriendo que en tal caso que los hijos de su hermano Guillermo, reciban por iguales partes, como recuerdo de la testadora, la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo"; que don Ezequiel falleció en Mahón el 29 de octubre de 1966 y su esposa doña Francisca Orfila Mercadal el 26 de mayo de 1972; y que doña Juana Orfila Mercadal, casada en régimen legal de separación de bienes y sujeta al Derecho civil especial de Baleares, otorgó en Mahón el 19 de julio de 1972 ante el Notario don Ramón Clavel Borrás, escritura de aceptación de bienes que se describían, dejados por su hermana, considerándose heredera única de la causante al haber premuerto a ésta su marido;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en unión del testamento de la causante, de su certificado de defunción y últimas voluntades y del certificado de defunción de su esposo, don Ezequiel Morro Menéndez, se observa: Que la disposición testamentaria de doña Francisca Orfila Mercadal entraña un llamamiento hereditario de residuo a favor de doña Juana Orfila Mercadal y de los hijos de su hermano Guillermo, éstos en cuanto a una décima parte de los bienes, por lo que, no habiendo concurrido tales herederos citados en último lugar al otorgamiento de la escritura de aceptación y en su caso de división de la herencia, se ha vulnerado el principio de unanimidad de la partición establecido en el artículo 1.058 del Código civil. Y siendo ello insubsanable, se deniega la inscripción solicitada, devolviéndose los documentos al presentarse sin practicar operación alguna".

Resultando que doña Juana Orfila Mercadal interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la cláusula testamentaria origen de la negativa del Registrador, se refiere al supuesto de que la recurrente no llegase a adquirir la herencia y pasasen los bienes a sus hijos por su sustitución vulgar, en cuyo caso quería la testadora que la décima parte de los mismos fuese para los hijos de su hermano Guillermo, pero no habiéndose producido la sustitución de doña Juana, falta el presupuesto que daría lugar al llamamiento pretendido por el Registrador; que si el deseo de la testadora hubiese sido llamar a la herencia a los hijos de su hermano Guillermo, no habría utilizado la frase "en tal caso", sino "en todo caso", o no habría puesto ninguna, con lo cual los hijos de don Guillermo serían llamados a la herencia; y que, como fundamentos legales señalaba el artículo 675 del Código civil, sobre interpretación de testamentos y el 148 del Reglamento Notarial sobre la forma de redactar los instrumentos públicos, que el fedatario habría incumplido incurriendo en ignorancia inexcusable, si se aceptase el criterio del funcionario calificador.

Resultando que el Registrador informó: Que la última voluntad de doña Francisca Orfila Mercadal supone una sustitución fideicomisaria de residuo, planteándose el problema de su interpretación, dado que premuerto el esposo instituido como heredero fideicomisario, despliega su actividad el llamamiento efectuado en segundo lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 en relación con el 37 de la Compilación balear; que si la expresión "en tal caso" se entiende referida al supuesto de que entre en juego la sustitución fideicomisaria, están interesados los hijos de don Guillermo, mientras que si se alude a la sustitución vulgar, éstos quedan excluidos; que tratándose de una disposición que admite distintas y contradictorias interpretaciones debe prevalecer el criterio que aparezca más conforme con la voluntad del testador según el tenor del mismo testamento; que la testadora no previó dos llamamientos para el residuo que quedase al fallecimiento de su esposo, sino uno solo a favor de su hermana doña Juana o en su defecto sus descendientes, no pudiendo coexistir ambos supuestos, ya que imperativamente la eficacia del uno entraña la pérdida de virtualidad del otro; que siendo, pues, única la vocación hereditaria al residuo, hay que entender la frase "en tal caso" como voluntad de la testadora de que en cualquier eventualidad quiere que los hijos de su hermano Guillermo reciban la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo; que esta interpretación se refuerza con la manifestación de que lo hace para que tales sobrinos tengan un recuerdo suyo; que, por consiguiente, apareciendo interesados en la herencia de don Guillermo, es necesario el concurso de los mismos en la escritura de aceptación y, en su caso, partición de bienes, conforme exige el artículo 1.058 del Código civil que consagra el principio de unanimidad en la partición, reconociendo en múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros (5-9-1896, 24-12-1900, 14-3-1901, 21-6-1906, 31-1-1912, 12-6-1930, 3-12-1938, etc.) y Sentencias del Tribunal Supremo (6-12-1912, 7-11-1935, 5 y 0-6-1958, 25-10-1958 y 9-5-1968, entre otras); que como han reconocido algunas de las Resoluciones y Sentencias citadas, la ausencia del consentimiento de cualquiera de los interesados en la partición, determina la invalidez de la misma, que se convierte en un negocio jurídico inexistente, sin posibilidad de confirmación ni de prescripción, al faltar el requisito del consentimiento, esencial para la existencia de los contratos según el artículo 1.261 del Código civil; y que, concretamente, la Resolución de 20 de marzo de 1916 resuelve un caso muy semejante al del presente recurso, con alguna circunstancia que refuerza aún más el criterio mantenido en la nota de calificación.

Resultando que pedido informe al Notario autorizante del instrumento lo emitió expresando su identificación con las razones expuestas por la recurrente y su discrepancia con la interpretación del Registrador, dado el claro sentido gramatical de la frase usada en el testamento discutido.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota registral por razones análogas a las expuestas por el recurrente, con las que se había identificado el Notario, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

*Doctrina.*—“Considerando que este expediente plantea un problema de interpretación testamentaria centrado en la disyuntiva de si la locución *en tal caso* empleada en su última voluntad por la difunta al llamar a la décima parte del as hereditario a los hijos de su hermano Guillermo, hace referencia a que éstos tengan derecho siempre que por quedar bienes a la muerte del heredero fiduciario, se produzca la situación de residuo, cualquiera que sean los segundos llamados, o bien si solamente podrán heredar en el supuesto de que por haber fallecido la otra hermana de la testadora, doña Juana, llamada en segundo lugar, heredasen los descendientes de ésta por sustitución vulgar.”

“Considerando que es fundamental para resolver la cuestión discutida, el artículo 675 del Código civil, que indica que las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará la que sea más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.”

“Considerando que de acuerdo con el anterior precepto es reiterada doctrina del Tribunal Supremo la de que en toda interpretación ha de tener primacía lo realmente querido sobre el sentido literal de las palabras empleadas, pero sin que sea lícito al intérprete prescindir de esa literalidad cuando de sus términos aparece inequívoca la intención del declarante, por todo lo cual, al investigar una manifestación de voluntad lo primero que hay que examinar es si existe en ella la debida claridad o si, por el contrario, aparecen circunstancias que permitan suponer que fue otra la intención que se propuso el otorgante.”

“Considerando que en el presente expediente aparece que la causante instituye en primer lugar a su esposo como heredero universal con la facultad de vender y gravar libremente los bienes de la herencia únicamente a título oneroso, y establece para después de su muerte un segundo llamamiento —que es el controvertido para el residuo, si lo hubiere, en el que nombra heredera a su hermana Juana, y si ésta no pudiera o no quisiera heredar, los sustituye por sus descendientes, y “en tal caso” es cuando, juntamente con éstos, llama para una décima parte de la herencia a los otros sobrinos, hijos su hermano Guillermo, interpretación que resulta evidente de la cláusula testamentaria, dada la proximidad gramatical de la locución indicada, que sólo al no heredar su hermana, quiere, que, cuando lo hagan en su lugar únicamente sobrinos, reciban todos —unos de ellos al menos como recuerdo— una parte de la herencia.”

“Considerando que al no haberse operado la sustitución vulgar, por aceptar la herencia la hermana de la causante, y ser la única heredera instituida, es obvio que al no tener en este caso ningún derecho los otros sobrinos, no se precisa su concurrencia en la escritura ni se ha infringido el principio de unanimidad en la partición, sancionado en el artículo 1.058 del Código civil.”

“Considerando, por último, que si en la redacción de los instrumentos públicos en general, el Notario, al interpretar la voluntad de los otorgantes y adaptarla a las formalidades necesarias para que surtan los efectos

jurídicos queridos, ha de emplear, tal como indica el artículo 148 del Reglamento Notarial, un estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, cuando se trate de actos de última voluntad ha de extremar si cabe todavía más ese cuidado, con objeto de evitar que por una no adecuada redacción se haga difícil el conocimiento de la voluntad del testador, y con las posibles consecuencias que ello traería consigo."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto Apelado."

#### *Consideraciones críticas.*

Importa mucho en este supuesto relacionar la función interpretativa con la de calificación. La calificación registral que, en principio, parece llevar consigo una triple dimensión en orden a la validez de los actos jurídicos, la capacidad de los otorgantes y la formalidad de los actos jurídicos, aparece engrandecida cuando en ella se penetra a fin de lograr llegar a su esencia y determinar su alcance.

En el presente caso surge a cargo del Registrador de la Propiedad y en forma paralela a su calificación un acto de "interpretación" de una cláusula testamentaria. ¿Es posible que en una función tan rigurosamente perfilada por el principio de legalidad pueda llegarse a una labor interpretativa? Los hechos demuestran que sí, y en el recurso no se rechaza esa labor previa que el Registrador realiza, para no admitir el documento que pretendía acceso al Registro.

Fue EMILIO BETTI ("La interpretación de las leyes y actos jurídicos". Ed. Rev. Dr. Privado. 1975) quien apuntó las diferencias existentes entre la "interpretación" y la "calificación", diciendo que cuando el supuesto de hecho de cuya calificación se trata consiste en declaraciones o comportamientos, o sea, en actos jurídicos que requieren ser interpretados, se cuestiona en qué relación lógica se encuentra la interpretación del acto con su calificación jurídica. Que las dos operaciones sean entre sí conexas se comprende con facilidad, pero es preciso guardarse de un equívoco que llega a confundirlas. Cae en tal equívoco el que identifica la interpretación jurídica con la *valoración del acto en términos de abstracción legalista* o cree que *los elementos interpretativos consisten en los índices de regularidad fijados por las previsiones legislativas*. En realidad, la interpretación de actos, aunque relevantes para el Derecho, toma al acto en su concreta individualidad, en su contenido de espíritu y de pensamiento y en el sentido que tiene en el ambiente social, despojada de toda calificación jurídica.

Ciertamente, a la interpretación jurídica incumbe la necesidad de discernir entre las normas que disciplinan la interpretación, las que mejor responden al tipo de acto a interpretar; y tal elección presupone una preliminar y provisoria identificación con el tipo de acto jurídico al que el acto concreto se corresponde. Pero el reconocimiento del sentido a atribuir al acto en cuestión es lógicamente precedente y prejudicial respecto a la calificación o diagnosis que sirve a justificar su tratamiento jurídico y a determinar, por ello, sus efectos jurídicos.

HERNÁNDEZ GIL ("El Abogado y el razonamiento jurídico", 1975) en nuestra Patria llega a la misma conclusión: "Los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica. Este ensamblaje o conexión (lo que la dogmática tradicional ha concebido como un "subsumir") no es el primer encuentro de los hechos con las normas, aunque sea, ciertamente, el decisivo; y no es tampoco un mero encuentro —un choque o una tangencia— porque la acomodación de los factores supone una última y definitiva decantación al nivel de la correspondencia que, a su vez, se desarrolla en diversas fases, que llamaremos de *interpretación*, de *calificación* y de establecimiento de las *consecuencias jurídicas*".

La doctrina que hace prevalecer la interpretación a la calificación, que en el caso concreto era inevitable para poder precisar el alcance de la decisión calificadora, puede generalizarse para todos los demás casos. En el presente, por tratarse de una disposición testamentaria, debe regirse por el artículo 675 del Código civil que da una doble norma atendiendo a la literalidad y a la posible intención distinta del testador. Entiendo que estas dos alternativas, la literal y la intencional, deben servirnos de guía para estructurar el presente caso, pues la Dirección General parece inclinarse por la interpretación literal, mientras que el Registrador lo hace siguiendo la intención.

#### A) *La interpretación literal.*

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido *literal* de sus palabras. Esta es la primera regla del artículo 675 del Código civil, destinado, como sabemos, a la normativa sobre la interpretación testamentaria. Esta interpretación ha sido estudiada en los últimos años con más profusión que la referente a los contratos, y así surgió una serie luminosa de trabajos en torno a las *sustituciones fideicomisarias*.

El presente caso es una disposición testamentaria de residuo que encaja en el párrafo 2.º del artículo 783 del Código civil, en cuya virtud se establece una institución a favor de una persona, estableciendo a su vez un segundo llamamiento a favor de otra persona en el residuo si lo hubiere, y si esta persona no pudiere o no quisiere heredar la sustituye por sus descendientes y "en tal caso" llama conjuntamente a los hijos de un hermano en una décima parte de los bienes.

La interpretación *literal* siempre debe quedar subordinada a la *intencional*, en el sentido de que la intención sea distinta de las palabras, pues si de las empleadas hay base suficiente para deducir la intención no puede prescindirse de esa literalidad. Esta norma interpretativa vale también para el Derecho balear, aplicable al caso presente, en el cual el supuesto de premoriencia del primer llamado permite la entrada del llamado en segundo lugar, conforme a los artículos 26 y 37 de la Compilación.

El Registrador de la propiedad entiende que la frase *en tal caso* que se utiliza en la cláusula, se refiere al supuesto que entre en juego la sustitución fideicomisaria y, por ello, los hijos del hermano que fueron llamados a una décima parte deben concurrir a la partición efectuada

y con su presencia dar cumplimiento al principio de la unanimidad de la partición. La parte recurrente, en vez de utilizar el argumento "intencional", que luego veremos sirve de base al Registrador, utiliza el literal. La frase "en su caso" (en el caso de que se produzca el caso de la sustitución vulgar) debe entenderse referida a ese solo supuesto, pues de lo contrario hubiese utilizado la frase *en todo caso* (que comprendería no solamente el segundo llamamiento, sino el posible juego de la sustitución vulgar a favor de los descendientes).

Esta es la postura que adopta la Dirección General al entender que para el caso de existir residuo se nombra a la hermana Juana y si ésta no pudiera o no quisiera heredar, la sustituye por sus descendientes, y "en tal caso" es cuando, juntamente con dichos descendientes, llama para una décima parte de la herencia de residuo a los otros sobrinos, hijos de su hermano Guillermo, interpretación que resulta evidente de la cláusula testamentaria, dada la proximidad gramatical de la locución indicada, a la sustitución vulgar establecida.

Debo confesar que antes de leer los considerandos de la Resolución ya me había hecho mi composición de lugar y había percibido una "inquietud acelerada" al contemplar un aspecto distinto del que presumía existía, después de una serena lectura de la cláusula testamentaria. Después de leer todo ello, e incluso un comentario que a esta misma Resolución hace mi compañero TIRSO CARRETERO ("Rev. Cr. Dr. Inm.", número 502, 1974, página 654 y ss.), confirmo mi primera impresión "literal" del supuesto, acorde con lo dicho por la Dirección General y en base de un argumento "intencional" que también expondré a continuación.

#### B) *La voluntad intencional.*

El argumento intencional está matizado de la siguiente forma por el Registrador informante: la testadora no previó dos llamamiento para el residuo que quedase al fallecimiento de su esposo, sino uno sólo, a favor de su hermana doña Juana o, en su defecto, sus descendientes, no pudiendo coexistir ambos supuestos, ya que, imperativamente, la eficacia del uno entraña la pérdida de virtualidad del otro. Siendo, pues, única la vocación hereditaria al residuo, hay que entender la frase *en tal caso* como voluntad de la testadora de que en cualquier eventualidad quiere que los hijos de su hermano Guillermo reciban la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo y que esta interpretación se refuerza con la manifestación de que lo hace para que tales sobrinos tengan un recuerdo suyo.

Esta "temerosa" interpretación es compartida por CARRETERO GARCÍA en el comentario antes citado y eso me produce cierta *alarma* ya que es hombre con serenidad de juicio y profundidad de criterio. En su argumentación dice que el camino de la interpretación lógica y de equidad utilizado por el Registrador es más razonable su postura que la de la Dirección, sobre todo si se piensa que el "presunto testamento", que es la *sucesión abintestato*, viene a dar la razón lógica de herencia simultánea

a favor de los sobrinos a través de los artículos 925 y 948 del Código civil.

Si el testador o testadora hubiera querido que *simultáneamente* heredaran su hermana y sus sobrinos, lo hubiera dicho, instituyendo herederos en el residuo a Juana y a los hijos de Guillermo. Esa sí hubiese sido una voluntad intencional. No lo hizo así y por eso la Dirección General entiende que sólo al *no heredar la hermana* lo hagan los sobrinos. De esta forma cobra sentido el último considerando al que TIRSO CARRETERO no le encuentra explicación. Eran precisos dos llamamientos —sin frases ni términos oscuros ni ambiguos— para que los sobrinos tengan derecho a la décima parte de la herencia.

COMPRAVENTA.—LAS NOTAS DE CALIFICACIÓN DEBEN SER EXTENDIDAS EN FORMA CLARA Y PRECISA, TAL COMO ESTÁ PRESCRITO LEGALMENTE, PARA CORTAR TODA CONFUSIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA QUE PUEDA DIFICULTAR LA SUBSANACIÓN DEL DEFECTO. (Resolución de 11 de febrero de 1974. B. O. del Estado, de 23 de febrero de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Tarrasa el 30 de diciembre de 1969 ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, los cónyuges don Luis Valls Puig, su esposa y una hija de ambos compraron a la Sociedad "Humet Hermanos, S. A.", representada por don Esteban Humet Pale, un "solar edificable en Tarrasa con frente a la calle 9-F, que ocupa una superficie de 1.207 metros y 45 decímetros; linda al norte con la calle Hockey, al este con la parcela que fue segregada y vendida a los compradores, al oeste con otra manzana procedente también de la misma finca matriz y vendida a la Compañía mercantil INPE, Sociedad Anónima, con la calle 9-F en medio, y al sur con la calle 2-F".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Suspendida la inscripción que se interesa en el precedente documento, por el defecto subsanable de la falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora y a la identidad de la finca, tomándose en su lugar anotación de suspensión por el término de sesenta días, en el tomo 1.556, libro 412 de Tarrasa, sección 2.<sup>a</sup>, folio 28, finca 23.059, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el representante de la Sociedad vendedora fue nombrado Administrador de la misma en una Junta General de 16 de abril de 1958; que tal acuerdo se inscribió en el Registro mercantil; que el citado Administrador fue renovado en su cargo por Junta General Extraordinaria celebrada el 23 de diciembre de 1969; que para la convocatoria de dicha Junta General se observaron todos los requisitos legales establecidos; que al otorgar el documento público calificado tuvo a la vista, según se hace constar en el mismo, el libro de actas de la Sociedad; que en la propia escritura se transcribieron los acuerdos que facultan al señor Humet para firmar, así como los datos más importantes y concretos de la Sociedad



vendedora; que en cuanto a la identidad de la finca, resulta del propio documento calificado y de los libros del Registro y para mayor claridad acompaña un plano de situación en el que se señala la misma; y que, como fundamentos de derecho, citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó: que en la escritura no se consigna si la renovación del Administrador en su cargo fue o no inscrita en el Registro Mercantil ni por quién aparece autorizada el acta correspondiente a la misma; que tampoco se legitiman las firmas de quienes aparecen suscribiendo el acta, ni las diligencias de apertura del libro que garanticen su autenticidad; que no se acompañó la escritura de constitución de la Sociedad ni las de las sucesivas modificaciones de la misma; que no se insertan los estatutos en la parte pertinente para poder apreciar la capacidad de los Administradores; que no se consignan el resto de los acuerdos tomados en la Junta General sin afirmarse por el Notario autorizante si en lo omitido hay algo que modifique o restrinja lo que se inserta; que las anteriores omisiones constituyen la falta de claridad señalada en la nota en cuanto a la representación de la Sociedad, que impide calificar debidamente si se ostenta o no la representación de la Sociedad y si el Administrador está o no facultado para el acto que realiza; que en cuanto al segundo defecto, concurren las mismas omisiones señaladas en el primero, relativas a la autenticidad de la Junta en que se dice fue tomado el acuerdo de la venta más otras que señalará referentes a la propia finca; que el acuerdo de enajenación testimoniado en la escritura dice literalmente que "se procederá a la enajenación de la denominada Fábrica Nueva, sita en la calle José Tapiolas, número 129... Igualmente se procederá con el resto del terreno correspondientes a la manzana contigua que quedaron tras la venta del solar hecha a don Luis Valls Puig y otros en 9 de mayo de 1967"; "que comparando esta descripción con la que se hace del terreno vendido no resulta que sea la misma finca sin tener a la vista la escritura de 9 de mayo de 1967"; que comparando esta descripción con la que se hace del terreno vendido no resulta que sea la misma finca sin tener a la vista la escritura de 9 de mayo de 1967; que en acta no se dice la cabida de lo que se autoriza a vender ni se expresa su situación y linderos, aunque sí se dice que el precio será el inventariado, sin especificar de qué inventario se trata ni acompañarlo a la escritura calificada, circunstancias todas que por su falta de claridad impiden calificar si el Administrador de la Sociedad vendedora, en el caso de que acreditase tal representación, estaba o no autorizado para vender como ha hecho la finca citada; que la fotocopia que se acompaña del plano de situación no está diligenciada, por lo que carece de autenticidad y además, como reconoce el recurrente, no pudo ser tenida en cuenta al no acompañarse inicialmente al documento calificado; que si en el acta en que se autorizaba la venta se hubiese consignado al menos el número de la finca matriz, podía haberse identificado la que se enajenaba, pero no se hizo así; que también podría ayudar a identificarla la presentación de la escritura de 9 de mayo de 1967; que el estado de quiebra de

la Sociedad vendedora no supone obstáculo a la necesaria aclaración, pues siempre existen órganos que representan a la Sociedad; y que, como fundamentos de derecho, señala los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 117 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 30 de julio de 1917, 18 de mayo de 1933 y 15 de julio de 1971.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, puntualizando que la representación del Administrador es clara, la autorización para vender amplia, y la descripción de la finca, conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

*Doctrina.*—“Considerando que la presente nota de calificación, al no haber sido extendida en forma clara y precisa, según exige el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ha dado lugar a que haya sido objeto de interpretaciones diferentes, según puede observarse en los obligados informes presentados, con la consecuencia puesta ya de relieve en la Resolución de 24 de febrero de 1953 de dificultar la subsanación del defecto, al no saberse exactamente en qué consiste, o de impedir apreciar si aquél se halla o no justificado, lo que motivó que el Centro Directivo acordase en ese recurso devolver el expediente a fin de que se cumpliera con lo ordenado en el artículo 106 del mencionado Reglamento.”

“Considerando, no obstante, y aun cuando en base a lo expuesto, aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad, razones de economía procesal inducen a entrar en el examen de la nota, sin tener en cuenta, sin embargo, en cuanto a la primera parte ella, “falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora” las indicaciones hechas en el informe del Registrador, tales como falta de legitimación de las firmas de las personas que entendieron la certificación de la Sociedad, o si la renovación del nombramiento del Administrador se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, etc, que suponen en realidad, agregación de nuevos motivos que agravarían durante la tramitación del procedimiento la calificación realizada, y que no entran dentro del concepto de rectificación a que se refiere el artículo 116 del Reglamento hipotecario ya que no pueden discutirse más que las cuestiones que se relacionen directamente con la nota, según los artículos 117 y 127 del mismo texto legal”.

“Considerando que la Compañía vendedora aparece claramente delimitada en la escritura discutida por los datos que en la misma se contienen, y sin que puedan los Registradores, tal como ya declararon las Resoluciones de 9 de febrero de 1943 y 24 de diciembre de 1948 suscitar cuestiones acerca de la constitución de las Sociedades Mercantiles en cualquier momento de su vida social porque esta materia es de la competencia de los Registradores Mercantiles, sin que ello suponga desconocer la misión conferida a aquellos funcionarios por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ni se restrinja su deber de calificar todos los documentos presentados que se encuentren relacionados con la operación solicitada.”

“Considerando que en cuanto a la segunda parte de la nota —‘falta de claridad en la identidad de la finca’— parece fundada la cautela del funcionario calificador, puesto que es indudable que por la descripción

de la finca transmitida no se sabe si ésta corresponde con la que en el acuerdo social, transcrito en la escritura, se autorizó para ser enajenada, dada la remisión que se hace a otra escritura de fecha anterior y que al no haberse acompañado cuando se solicitó la inscripción, ha impedido tener a la vista el documento, que podría haber despejado las racionales dudas que, sobre la identidad del inmueble se han originado, y que podrían quedar desvanecidas o por la presentación de la susodicha escritura, o la ratificación o aclaración por la Sociedad de que se trataba de la misma finca o cualquier otro procedimiento que fuera suficiente.”

“Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, confirmar la segunda parte de la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas.*

En el fondo de la Resolución existen dos problemas referidos a la *identidad* de la finca objeto del negocio jurídico sometido a inscripción e imprecisiones en orden a la compañía vendedora. Pero estos dos problemas de fondo no afloran con la debida claridad en la nota calificadora del documento.

La facultad calificadora que la Ley otorga al Registrador de la Propiedad ofrece una fase jurídico-intelectual, con una segunda en la que se destaca la construcción formal del asiento o la nota al pie del documento y al margen del asiento de presentación, reseñando con claridad los defectos que se observan y la condición de los mismos. La normativa en este punto, recogida por el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, se manifiesta en el sentido de que las notas al pie del título y al margen del asiento de presentación deben extenderse “en forma clara y precisa”, incluyendo los motivos y el alcance de la calificación.

La razón de ello es bien clara. El solicitante o interesado en la inscripción debe saber con plena claridad los defectos que tiene el título y los obstáculos que se oponen para que pueda ser inscrito, a fin de que pueda subsanarlos o entablar el correspondiente recurso gubernativo. Sería ilógico admitir que al amparo de una nota calificadora “evasiva” se permitiese al Registrador alegar sucesivos defectos que fuera viendo en el tiempo intermedio entre la extensión de la nota y la petición del informe por el Presidente de la Audiencia. De ahí que la conclusión legal sea clara: sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (art. 117 del R. H.).

No obstante, el aseguramiento que el Estado trata de lograr respecto del tráfico jurídico es tan necesario que se permite al Registrador alegar nuevos defectos en caso de presentación repetida del documento o se acordase su inscripción en el recurso gubernativo, pero en estos casos—aun suponiendo una defensa del principio de legalidad—deberá ser corregido disciplinariamente el Registrador (artículo 127 del R. H.).

Choca un poco, sin embargo, la doctrina anteriormente expuesta con la última parte del primer *considerando* de la Dirección en la cual, al ha-

cerse alusión a la Resolución de 25 de febrero de 1953, se dice que motivó que el Centro Directivo acordase en ese recurso *devolver el expediente*, a fin de que se cumpliese con lo ordenado por el artículo 106 del mencionado Reglamento. ¿Es esto posible? Conforme al artículo 123 del Reglamento Hipotecario que se remite al 118 del mismo, la Resolución que se dicte “deberá ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento y ordenará, denegará o suspenderá la inscripción...”, no cabe que se acuerde “devolver” el expediente para que el Registrador cumpla con lo dispuesto en el artículo 106 del mismo Reglamento. Quizá, por ello, la Dirección en esta ocasión hace alusión a esa postura adoptada en 1953, pero no se acoge a ella, aunque en el comienzo de su segundo considerando insiste en que pudo procederse a la devolución del expediente: “No obstante, y aun cuando en base a lo expuesto aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad...”.

La cusetión es importante, pues, conforme a los términos en que está estructurado el recurso en la normativa reglamentaria, sólo tiene una triple salida: ordenar, denegar o suspender la inscripción y sólo en el caso de que se ordene la inscripción el Registrador, conforme al artículo 127 del Reglamento Hipotecario, podrá poner nuevos reparos o defectos. Entender que la Dirección General pueda *devolver* el expediente, concediendo un nuevo plazo al Registrador para que ésta cumpla con un precepto que ha incumplido dentro de los términos legales, es un tanto atrevido; aunque quepa entender que con ello lo que la Dirección General trata de demostrar es que hubo “nulidad de actuaciones”, cuando lo que hubo es insuficiencia de claridad en la nota calificadora.

El Registrador puede *rectificar* su nota en todo o en parte, pero rectificar no es añadir nuevos motivos, ni aclarar puntos de la nota extendida. El artículo 116 del Reglamento Hipotecario se está refiriendo —por la relación que guarda el párrafo primero con el segundo— al supuesto de que pedida la emisión del informe al mismo Registrador que calificó, o a otro diferente, puede adoptar dos posturas: o confirmar la nota o desistir de ella en todo o en parte, pero lo que no puede hacer es añadir nuevos defectos porque se lo prohíbe el artículo 127 del mismo Reglamento. El informe que se solicita del mismo supone *un desarrollo de las faltas contenidas en la nota, pero no una enumeración y precisión de las que la misma nota debió contener*. Ese desarrollo de que hablo no es más ni menos que la justificación jurídica y doctrinal de la falta alegada.

Como en esta Resolución no hubo “devolución” de expediente, sino “razones de economía procesal”, que dejan campo libre a la Dirección para solucionar los dos aspectos de la nota, descenderemos a ellos para ver las que avalan la negativa en un caso y la confirmación en otro.

#### A) Defectos en relación con la compañía vendedora.

Por mucha desgana, poca afición a escribir, síntesis telegráfica y costumbres monosilábicas, es inconcebible en un jurista expresarse tan la-

cónicamente como lo hace el funcionario de turno. Es como si hubiera estado de mal humor o hubiese tenido un luto reciente: "defecto subsanable de la falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora". ¿Qué habrá querido decir con todo ello?

Lo que quiso decir lo explica luego —en esa especie de la "solución mañana" que implica el jeroglífico de su calificación— en el informe que emite ante la petición del Presidente de la Audiencia. Y así dice que no se consigna si la renovación del Administrador en su cargo fue o no inscrita en el Registro Mercantil, ni por quien aparece autorizada el acta, ni se legitiman las firmas de quienes suscriben el acta, ni se acompaña la escritura de constitución de sociedad, ni sus modificaciones, ni se insertan los pertinentes párrafos de los estatutos que permitan apreciar la capacidad de los Administradores y que no se consignan los acuerdos tomados en la Junta, sin afirmarse por el Notario autorizante si en lo omitido hay algo que modifique o restrinja lo que se inserta. Haría falta mucha imaginación para comprender dentro de la frase calificadora todo este cúmulo de defectos que el Registrador —liberado de su momento depresivo— alega en su informe.

Es claro, clarísimo, y no admite discusión, que esta serie de alegaciones suponen *nuevos motivos* que se agregan a la calificación inicial. La Dirección General en este punto es taxativa: no entran dentro del concepto de *rectificación del artículo 116 del Reglamento Hipotecario*, ya que no pueden discutirse más que las cuestiones que se relacionen directamente con la nota, según los artículos 117 y 127 del mismo texto legal.

En lo que ya no estoy tan conforme es con el *considerando* tercero en el que la Dirección General delimita la función calificadora del Registrador, separándola de la que corresponde a los Registradores Mercantiles. Mi disconformidad se basa en la posible generalización que se puede dar a esa doctrina, cuando lo cierto es que para apreciar la capacidad y legitimación de una Sociedad Mercantil se hace preciso justificar al Registrador de la Propiedad, con datos y documentos, el cumplimiento de requisitos que la ley establece. Del extracto de los resultandos no aparece claramente que el Registrador de la Propiedad invadiese campos "foráneos", pero lo que sí está fuera de duda —digan los que digan las Resoluciones de 9 febrero 1943 y 24 diciembre 1948— es que en cualquier momento puede el Registrador de la Propiedad pedir y exigir que se le justifique *la constitución* de una sociedad, bien presentando el documento inscrito en el Registro Mercantil o mediante certificación de ese mismo Registro. Todo ello si a la inscripción le damos el carácter constitutivo que parece desprenderse de la ley.

#### B) *Defectos referentes a la identidad de la finca.*

En este punto la Resolución da la razón al Registrador. Si el Registro de la Propiedad se lleva por fincas y éstas tienen que estar plenamente identificadas por sus datos físicos, aparte de por los formales (número, tomo, libro, folio, etc.), es evidente que cualquier duda que a este res-

pecto tenga el Registrador debe ponerle en guardia para pedir aclaraciones o rechazar el documento hasta tanto se demuestre o disipe la incertidumbre.

En el presente caso se hacía referencia a una finca remitiéndose para su descripción a lo que constaba en otra escritura anterior, que no se presenta como documento acompañatorio. Si el acuerdo social de enajenación se refería a una o varias fincas, es preciso que las mismas se identifiquen para que en los libros del Registro pueda funcionar, de una parte, el principio de especialidad —figurando en el folio destinado a una finca todo su historial— y, de otra, el de tracto sucesivo.

Es regla esta que se induce de la normativa general y que tiene una aplicación muy concreta en materia de inmatriculación, cuando el artículo 298 del Reglamento faculta al Registrador para que en caso de duda sobre la identidad de la finca, rechace lo que se le pide. “En todos los casos será indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca”.

No entramos, pues tampoco lo hace la Dirección General, en la situación creada por la quiebra de la Sociedad vendedora en orden a la posible justificación de aquella identidad de finca. Es evidente que esa situación puede influir en el “medio” justificativo, pero no en el problema de fondo sobre identidad, que es el que resuelve la Dirección General.

**PROPIEDAD HORIZONTAL.**—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL OTORGADA EN CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CUANDO EXISTE UNA SITUACIÓN REGISTRAL DIFERENTE, CONSECUENCIA DE UNA DIVISIÓN ANTERIOR DEL INMUEBLE QUE NO SE HA TENIDO EN CUENTA, SIN PERJUICIO DE QUE TRATÁNDOSE DE LOS MISMOS INTERESADOS PUEDAN RESOLVER LA SITUACIÓN POR ACUERDO UNÁNIME, EN LA FORMA QUE TENGAN POR CONVENIENTE, SIEMPRE QUE RESPETEN LA LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERIA. (Resolución de 4 de abril de 1974, *B. O. del Estado* 22 de abril de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que los cónyuges don Julián Raneda Romeo y doña Hortensia Gay Gómez, eran dueños de una finca compuesta de casa y corral sita en Alagón, calle Mayor, número 30, de 680 metros cuadrados de superficie, inscrita en el Registro de la Propiedad bajo el número 2.761, inscripción 5.<sup>a</sup>; que los nombrados cónyuges otorgaron testamento mancomunado el 26 de enero de 1945 en el que, aparte de otras disposiciones, legaron “la mitad indivisa de la casa” citada a su hijo don Julián Raneda Gay y la otra mitad a sus siete restantes hijos doña Angeles, don Luis, doña Consuelo, doña Cándida, doña Julia, doña María y don Jesús Raneda Gay, con un derecho de habitación durante su soltería, en el piso segundo, a las hijas que no hubieran contraído matrimonio cuando falleciere el sobreviviente; que los testadores establecieron en favor de su hijo Luis un derecho de adquisición por compra a su justo precio en el momento que estimase conveniente de las seis partes de las siete en que se distribuyó la mitad indivisa de la casa referida legada con-

juntamente a él y otros seis hermanos, que lo dejado a la hija Julia, tanto en concepto de heredera como de legataria, lo fue sólo en usufructo con reserva del pleno dominio en favor de su descendencia y a falta de la misma de sus hermanos coherederos o quienes les representasen; que fallecida doña Hortensia Gay Gómez se otorgó escritura particional, el 4 de marzo de 1946, en la que se adjudicó al viudo don Julián Raneda Romeo la mitad indivisa de la casa en pleno dominio y la otra mitad en usufructo, y la nuda propiedad a los ocho hijos en la proporción de la mitad para don Julián Raneda Gay y la otra mitad para los siete restantes, con la salvedad de que la parte de doña Julia lo sería solamente en usufructo según determinaba el testamento; que la hija y heredera doña Julia Raneda Gay falleció el 30 de junio de 1948, sobreviviéndole su esposo, don Miguel Pérez Cisneros, y dos hijos llamados Carlos y María Teresa Cisneros Raneda; que por escritura otorgada el 3 de mayo de 1949, don Luis Raneda Gay, mediando el consentimiento de su esposa, doña Luisa Calvete Alfonso, vendió a su hermano don Julián su partición en los bienes de la herencia de su madre y por consiguiente en el inmueble descrito, incluido el derecho de adquisición a sus restantes hermanos; que don Julián Raneda Romeo falleció el 17 de febrero de 1953, formalizándose la partición en las escrituras de 17 de marzo y 1 de mayo de dicho año; que en la partición realizada, los herederos de doña Julia, o sea, sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, recibieron en pago de sus cuotas una finca rústica con la que quedaron satisfechos de todos sus derechos en la herencia de sus abuelos y, en consecuencia, la catorceava parte de la casa objeto del recurso dejada a doña Julia en el testamento de sus padres, acreció a los siete hijos restantes y herederos de los causantes; que al otorgarse la escritura de 1 de mayo de 1953 don Luis Raneda Gay convino con su hermano don Julián la venta de todo cuanto pudiera corresponderle en la finca descrita además de lo que ya le había cedido en la escritura de 3 de mayo de 1949; que como consecuencia de todo lo anterior la casa de la calle Mayor de Alagón, número 30, a la que actualmente y por rectificación de numeración practicada por el Ayuntamiento le corresponde el 26, quedó en propiedad: en cuanto a una mitad indivisa, de don Julián Raneda Gay, y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, del propio don Julián y sus hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay; que los referidos hijos y herederos acordaron en la misma escritura de 1 de mayo de 1953 dejar indivisa la casa, que sería administrada por don Julián Raneda Gay como principal partícipe, con la obligación de rendir cuentas a los demás; que mediante escritura de 25 de septiembre de 1953, ratificada por la de 8 de octubre siguiente, los interesados procedieron a dividir la finca en cuestión, previo traslado al piso primero izquierda, del derecho de habitación establecido en el testamento de los padres en favor de las hijas solteras, doña Consuelo y doña Cándida Raneda Gay, atribuyendo a don Julián Raneda Gay "la vivienda derecha del piso primero de la casa, los corrales en su totalidad y todo lo que hay edificado y sin edificar desde los corrales hasta la calle de Las Damas",

con toda la reserva a favor de doña Consuelo y doña Cándida de poder ocupar en los corrales, como facultad anexa a su derecho de habitación, un espacio suficiente para establecer el gallinero, y a estas últimas, más doña Angeles, doña María y don Jesús, así como el propio don Julián, la otra mitad de la casa integrada por tres locales en la planta baja, el piso primero izquierda y el segundo, con viviendas a ambos lados (la izquierda sin terminar de construir), más bodega y desvanes; que la mitad de don Julián originó la nueva finca registral número 3.769, inscrita al tomo 1.288, folio 246, inscripción 1.<sup>a</sup> y la otra mitad determinó la inscripción 6.<sup>a</sup> de la primitiva finca 2.761 en la forma que quedó después de la segregación practicada; que por diferencias surgidas sobre la administración, que continuaba siendo llevada por don Julián Raneda Gay, y con olvido, según confiese el recurrente, de que la finca estaba ya dividida, se entabló por éste demanda en juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, de fecha 15 de febrero de 1971, en la que, entre otros pronunciamientos, se contenía el de dividir el inmueble que se estimaba en estado de indivisión; y que para dar cumplimiento a dicha Sentencia, el 11 de junio siguiente se otorgó ante el Notario de Zaragoza don Mariano Villellas Lamarca, escritura de división y constitución de propiedad horizontal en la que los interesados dividieron el inmueble discutido, cuyo asiento estaba ya cancelado por haberse formado dos fincas nuevas e independientes, y sin hacer ninguna relación en la escritura a la actual situación registral, se adjudicaron en la siguiente forma: A) Casa sita en Alagón y su calle Mayor, señalada con el número 26, que ocupa una superficie de 167,50 metros cuadrados, compuesta de sótano, planta baja y dos alzadas, cada una de éstas con dos viviendas, izquierda y derecha, y la baja con dos locales a la izquierda y derecha del patio de entrada, que se adjudica a los hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay, en régimen de propiedad horizontal, y B) Finca urbana que queda integrada por el resto del primitivo inmueble, con una superficie total de 512,40 metros cuadrados, que se adjudica a don Julián Raneda Gay.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: Se deniega la inscripción por los siguientes defectos: I.—La finca objeto de esta escritura, otorgada de acuerdo con la Sentencia de 15 de febrero de 1971, ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, es una casa corral en la villa de Alagón, calle Mayor, número 30, de una superficie de 680 metros cuadrados, reseñándose como la finca registral número 2.761, tomo 1.141, folio 241, libro 62 de Alagón, datos éstos que se corresponden con los descriptivos de dicha finca en la inscripción 5.<sup>a</sup>, asiento este que se ha extinguido registralmente, al tiempo que también ha desaparecido como tal entidad registral, por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión tanto sobre la porción segregada como sobre la matriz restante. El tracto registral exige entre el asiento obrante en el Registro y el título presentado a inscripción, una acabada identidad del



objeto o finca y del sujeto o de los otorgantes; razón esta por la que no es posible inscribir el reconocimiento del proindiviso o comunidad resultante de la cláusula Segunda y expositivo Séptimo de la escritura; II.— A mayor abundamiento, las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, una vez practicada segregación de ésta en su delimitación por la inscripción 5.<sup>a</sup>, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división pactada en la escritura y descritas en la cláusula Cuarta, bajo las letras A y B. Razón esta por la que no es posible inscribir la división material de la finca estipulada en la cláusula Cuarta de la escritura, y posteriormente la horizontal, según la cláusula Sexta, así como tampoco es posible la inscripción de los pactos de adjudicación de las fincas resultantes de tales operaciones divisorias. III.—Y aún así, para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su descripción a tenor de la inscripción 5.<sup>a</sup> —coincidente con la del expositivo Primero de la escritura— debieron ser parte, por tanto, en la tramitación del juicio como el posterior otorgamiento de la presente escritura, los siete hermanos: don Julián, don Jesús, doña Consuelo, doña Cándida, doña Angeles, doña María, don Luis Raneda Gay, más los hermanos don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, ausentes estos dos últimos de la tramitación del juicio y del otorgamiento de la escritura, siendo así que junto con los siete hermanos Raneda Gay, son los que integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción 5.<sup>a</sup>. Ejercitada en juicio de menor cuantía, que terminó con la sentencia de 15 de febrero de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, acción contradictoria del dominio del inmueble en la forma que quedó descrito para la finca número 2.761 en su inscripción 5.<sup>a</sup>, debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción. Motivos legales para esta calificación son los dimanantes de los artículos 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tales defectos se reputan insubsanables no procediendo anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses y en la forma determinada por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que para mayor claridad en la exposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario dividirá en tres apartados la impugnación de la nota del Registrador; que en el primero se ocupará de la división de la finca que convinieron lo sinteresados en 1953, analizando si esta división puede impedir la inscripción de la nueva que se ha ordenado por Sentencia y ejecutada mediante la escritura cuya inscripción se deniega; que la calificación registral denegatoria se apoya en este primer extremo en la consideración de haber sufrido una segregación y haberse inscrito una tramitación tanto sobre la porción segregada como sobre la finca matriz; que esto puede inducir a error si se piensa en una transmisión a favor de tercero, que no existe, ya que lo sucedido según el Registro es que se realizará una división

de cosa común que dio lugar a la segregación de una porción que pasó a constituir finca independiente, adjudicada a uno de los partícipes y a continuación de la división entre los demás copropietarios sobre el resto de la finca matriz; que así lo demuestra un proyecto de calificación facilitado por el propio Registrador en 3 de febrero de 1971; que planteada así la cuestión, ante la nueva escritura de división no puede decirse que no hay tracto registral entre ella y los asientos del Registro por faltar la identidad del objeto o finca y del sujeto o los otorgantes, puesto que está perfectamente claro que se trata de la misma finca y que los otorgantes son también los mismos; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se limita a establecer la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esta presunción es *iuris tantum* (Sentencia de 26 de noviembre de 1956), admite prueba en contrario, está sometida a materia de juicio y no puede constituir más que un elemento de prueba a conjugar con los restantes (Sentencia de 21 de abril de 1970); que como la sentencia recaída en el pleito seguido declara en su considerando primero que sobre la finca existe una comunidad y que para terminar con la misma procede dividir la casa en la forma establecida, es evidente que la presunción registral desaparece y el Registrador viene obligado a inscribir el reconocimiento previo del proindivido resultante de la cláusula 2.<sup>a</sup> de la escritura, hecho por todos cuantos intervinieron en la anterior división de 1953, por lo que tiene fuerza suficiente para dejarla sin efecto y proceder a la nueva división que se realiza; que los efectos de la cosa juzgada obligan no sólo a quienes fueron parte en el litigio, sino también al Registrador que no puede anular los efectos de una sentencia firme, utilizando los asientos del Registro, cuando no existe tercero hipotecario como ocurre en el presente caso; que en el extremo segundo de la nota registral se dice que a mayor abundamiento no es posible inscribir la división material estipulada ni los pactos subsiguientes de constitución en propiedad horizontal y adjudicaciones porque las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división descritas bajo las letras A) y B); que en este punto el Registrador no ha tenido en cuenta que no existe una transmisión de las dos citadas fincas derivadas de la división practicada en 1953, sino que se trata de una nueva división de la misma finca que se declara poseída en proindiviso, que se divide en forma distinta a la practicada en 1953, por lo que la única identificación que cabe exigir es la que debe existir entre la finca dividida en 1953 y vuelta a dividir de otra forma en 1971, identidad que se da de manera indiscutible; que el único problema registral a juicio del recurrente es si la división material convenida en 1953 y llevada al Registro en 1955, puede impedir que se inscriba una división distinta sin haber dejado previamente sin efecto la anterior. problema que no se analiza en la calificación; que no hay duda de que si en la escritura ahora presentada a inscripción se dijera que los otorgantes dejaban sin efecto la división anterior y las inscripciones a que dio

lugar y seguidamente pactaran la nueva división, la inscripción de tal escritura no hubiera tropezado con ninguna dificultad; que tampoco habría surgido ningún obstáculo si los titulares de los asientos que produjo y el consentimiento para que se inscriba la nueva división sin que se estime interrumpido el tracto sucesivo; que la solución puede encontrarse en el artículo 1.204 del Código civil cuando dice que “para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles” que es lo que ocurre en el caso planteado; que el extremo tercero de la calificación registral se refiere más a la sentencia que a la escritura, por cuanto afirma que para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su inscripción 5.<sup>a</sup>, debieron ser parte los siete hermanos hijos del matrimonio primitivo titular de la misma más los dos sobrinos hijos de otro hermano fallecido que no tomaron parte en la tramitación del juicio y en el otorgamiento de la escritura, puesto que todos integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción 5.<sup>a</sup>; que en este punto cabe observar que tanto en el proyecto de calificación como en la calificación definitiva, esa inscripción 5.<sup>a</sup> está hipotecariamente extinguida; que además, dicha inscripción 5.<sup>a</sup> de la finca 1.261 está prácticamente a nombre de los cónyuges don Julián Raneda Romeo y doña Hortensia Gay Gómez, y fallecidos éstos garantizaba los derechos de sus ocho hijos herederos; que fallecida la heredera Julia, sus derechos sobre el objeto de la inscripción pasaron a sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, pero desde el momento en que se otorgó la escritura de 1 de mayo de 1953, los últimamente nombrados dejaron de tener interés en la repetida inscripción 5.<sup>a</sup>, puesto que recibieron otros bienes en pago de sus derechos hereditarios en la sucesión de sus abuelos; que prueba de ello es que cuando se otorgó la división de 1953 los mismos no intervinieron en la escritura y si en aquel momento no fue necesaria menos puede serlo para la inscripción de la nuevamente practicada en 1971; que, ciertamente, los asientos posteriores a la inscripción 5.<sup>a</sup> no han sido tenidos en cuenta ni en el pleito ni en la subsiguiente escritura otorgada en ejecución de la sentencia recaída en aquél, pero a pesar de ello lo cierto y reconocido por los interesados es que éstos poseían de hecho la finca al iniciarse el pleito, no en la forma que indican tales asientos, sino de manera indivisa; que es también cierto que los asientos registrales existen hipotecariamente y deben surtir todos sus efectos mientras los Tribunales no declaren su nulidad o sean rectificadas en forma legal, pero también es verdad que la escritura calificada supone realmente una rectificación en forma legal, puesto que ni declara, ni transmite, ni grava, ni extingue ningún derecho registrado, sino que, sencillamente, respetando el dominio inscrito se modifica la situación registral por acuerdo de todos los interesados; que con arreglo al párrafo 2.<sup>o</sup> del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sólo se podría denegar la inscripción si los asientos practicados estuviesen extendidos a nombre de personas distintas de los otorgantes de la escritura; que los límites de la calificación, tanto en los documentos normales como en los de carácter

judicial están determinados por los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y numerosa jurisprudencia que restringe la facultades del Registrador en los documentos judiciales; que en el caso objeto del recurso, tratándose de una escritura de división de cosa común otorgada en ejecución de sentencia firme recaída en juicio declarativo de menor cuantía, el Registrador no puede calificar si fue o no necesaria la intervención en el pleito de los hermanos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, cuestión que compete exclusivamente al Juzgado; que también carece de facultades el funcionario calificador para denegar la inscripción fundándose en que siendo contradictoria del dominio la acción ejercitada debió entablarse, previamente o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, pues, aparte de que la acción para dividir una cosa común no es contradictoria del dominio, cualquier posible oposición entre la acción ejercitada y la situación registral desaparece al allanarse a la demanda todos los titulares de inscripciones afectadas por ella; y que, finalmente, tampoco tiene facultades el Registrador para calificar la forma en que se inició el procedimiento, extremo que sólo incumbe al Juzgado, y si éste decidió que procedía otorgar la división y condenó a practicarla, la escritura otorgada en cumplimiento del fallo debe ser inscrita si no existe en el Registro obstáculo que lo impida.

Resultando que el Registrador informó: En cuanto al primer apartado de la calificación, que como la finca a que se refiere la escritura ha sido registralmente sustituida por otras dos distintas en que se dividió, según reconoce en su criterio el propio recurrente, ha variado su descripción y titularidad, por lo que no puede tener acceso al Registro ningún título que no recoja la nueva situación, so pena de incumplir un principio tan fundamental para nuestro ordenamiento jurídico como es el del tracto sucesivo que por lo que se refiere al punto segundo, la Resolución de 8 de mayo de 1946 determina que en el recurso gubernativo tiene que estarse a lo que resulte de los asientos del Registro y lo que resulta de éstos es que las fincas que en el mismo constan no se identifican con las resultantes de la división practicada en la escritura sometida a calificación; que los interesados pudieron, como se dice en el escrito del recurso, dejar sin efecto la división anterior y proceder a realizar la nueva, pero no lo hicieron, por lo que hay que tener en cuenta que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y obligan a todos, en primer término al Registrador; que si se prescindiese de la situación registral y la voluntad implícita de las partes, pudiera ser elemento determinante de los derechos y situaciones jurídicas, mal parada quedaría la seguridad del tráfico jurídico, seguridad que el legislador ha querido mantener en el campo hipotecario dando fuerza y consistencia a los asientos registrales y a las titularidades que publican incluso frente a los beneficiarios de las mismas; que admitir la nueva división, aparte de lo dicho llevaría consigo dejar incólume la inscripción primera de la finca 3.769 y la sexta de la finca 2.761, con lo que se desembocaría en una flagrante doble inmatriculación registral; que en cuanto al aparta-

do tercero admite los reparos del recurrente respecto al hecho de no haber sido parte en el procedimiento, don Carlos y doña María Teresa Reneda, y en ese sentido rectifica la calificación recurrida, manteniéndola en lo que se refiere a que previamente o a la vez que la acción de división, debió entablarse demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente ya que el Registro publica una situación distinta de la que resulta de la escritura calificada, con lo que surge el obstáculo registral a que se refiere la Resolución de 18 de diciembre de 1942; y qu, el informante no pretende entrar a examinar el fondo de la cuestión que es competencia de los Juzgadores, sino mantener la validez de unos asientos cuyos pronunciamientos pretende ignorar el recurrente y cuya eficacia hay que respetar en tanto que su cancelación no sea ordenada por los propios Tribunales que los salvaguardan.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumento que relacionó con los diferentes Considerandos del Auto.

*Doctrina.*—“Considerando que para una mayor claridad en la resolución de este expediente conviene dejar sentado que la situación registral actual refleja la existencia de dos inscripciones realizadas en base a sendas escrituras de división otorgadas en 25 de septiembre y 8 de octubre de 1953, por la que el primitivo inmueble resultó dividido en dos fincas independientes dada la segregación que se verificó, una de ellas —la número 3.769— formada por la porción segregada, y la otra, integrada por la matriz restante, inscripciones estas que, como todos los asientos registrales, se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria en tanto no se declare su e inscritas—.”

“Considerando que dado lo anteriormente expuesto este recurso plantea la cuestión de si será inscribible otra nueva escritura de división de finca y constitución de propiedad horizontal otorgada en cumplimiento de una Sentencia firme, en 11 de junio de 1971, por los mismos interesados y en forma distinta a la que ya aparece inscrita en el Registro, y sin que en la misma se haga referencia a la actual situación registral —que extrañamente el recurrente manifiesta desconocer por haber olvidado la existencia de las escrituras de división anteriormente otorgadas e inscritas—.”

“Considerando que ante esta circunstancia surge en principio un obstáculo derivado del contenido del propio Registro que impide la práctica del asiento solicitado —y todo ello sin entrar en el fondo del asunto que en definitiva ha supuesto el volver a dividir lo que civil e hipotéticamente estaba ya dividido— por oponerse a ello principios tan fundamentales en la Legislación Hipotecaria, entre otros, como es el de tracto sucesivo expresado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de legitimación en su artículo 38-2.º al no haberse entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones vigentes.”

“Considerando, no obstante, que al ser la causa que ha engendrado la actual situación la falta de conocimiento de aquella previa división del inmueble que no pudo por esta circunstancia ser tenida en cuenta por la Autoridad Judicial, así como tampoco por el Notario autorizante de la escritura, y al ser los titulares los mismos y aparecer claramente reconocidos sus derechos por la Sentencia y confirmados después por todos los interesados en la escritura calificada, se trata de un defecto subsanable y de carácter puramente formal que podría ser superado a través de una escritura de aclaración, en la que utilizando cualquiera de los medios que la legislación hipotecaria ofrece —como podría ser el de reconstituir la primitiva finca número 2.761, tal como era antes de la división hecha en 1953 y por medio de procedimiento de agrupación del artículo 50 del Reglamento Hipotecario—, lo que dejaría sin efecto los obstáculos que hoy día surgen del contenido del propio Registro.”

“Considerando que en los documentos expedidos por la Autoridad judicial aunque la calificación de los Registradores sea más restringida que en relación a otros documentos pueden, no obstante, extenderla a la competencia del Juzgado o Tribunal y demás extremos que recoge el artículo 99 del Registro Hipotecario entre los que aparece el tener que contar con los obstáculos del Registro, por lo que no se ha extralimitado en el ejercicio de su función y, en consecuencia, ha actuado dentro de los límites que legalmente le están permitidos.”

“Considerando que al haber desistido el funcionario calificador del defecto tercero, primer inciso, no es necesario entrar en su examen.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador, salvo en lo relativo a la calificación del defecto, que ha de estimarse como subsanable.”

#### *Consideraciones críticas.*

La vida negocial en orden a los derechos sobre inmuebles debe tener la necesaria correlación con las situaciones registrales, pues de lo contrario la posible discordancia —extrarregistral y registral— puede erigirse en obstáculo que impida la realización de una inscripción pretendida. Creo que es este el caso que nos ocupa. Se pretende inscribir una escritura de constitución de propiedad horizontal, en cumplimiento de sentencia, pero en el Registro ya figuraba una división material de la finca que no se tuvo en cuenta.

En un trabajo que GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ publicara en el año 1970 en el “Boletín del Colegio Nacional de Registradores” bajo el título “Segregaciones y determinación de resto”, se hacía la pregunta de porqué los hipotecaristas no se habían ocupado de relacionar el principio de tracto sucesivo con el elemento objetivo de la finca. “Resulta un tanto extraño —decía dicho autor— el olvido en que incurren muchos de nuestros hipotecaristas, al tratar del principio de tracto sucesivo, respecto a la íntima relación que éste guarda con la finca, considerada como entidad registral. El tracto sucesivo no se conforma con que aparezca inscrito

«el derecho» como titularidad registral del «transmitente», sino que exige también, en su aspecto objetivo (y diríamos que con mayor rigurosidad aún), que ese derecho y titularidad figuren previamente inscritos sobre la misma concreta finca con la que va a actuarse: de tal manera que si con ocasión del negocio jurídico transmisivo de que se trate, el inmueble o entidad tabular resultan modificados, no cabe admitir a registración el título del adquirente sin que antes el que transmita inscriba a su favor la modificación en aquéllos operada. Obvio parece que estas mismas consideraciones han de aplicarse a cualquiera otra categoría de actos inscribibles, tales como los declarativos, reconocitivos, modificativos, extintivos o de gravamen».

TIRSO CARRETERO, en su comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 28 de mayo de 1971 ("Rev. Cr. Dr.. Inm.", núm. 846, 1971, págs., 1230 y ss.), al tratar del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas, dice que los autores son muy poco explícitos en este tema. Ninguno deja de insistir en la previa inscripción de la finca o fincas a favor de la persona que agrupa, divide, segrega o declara la obra nueva; pero todos descuidan otra cuestión, no menos importante: la actuación del principio de tracto sucesivo en las modificaciones hipotecarias mismas; si en éstas hay un tracto sucesivo real, objetivo o de folio totalmente equiparable al de los derechos o titularidades establecido en el artículo 20 de la Ley.

La cita que hago de estos dos autores, coincidentes en relacionar el tracto con la entidad objetiva de la finca, se debe única y exclusivamente a que ellos en sus trabajos parecen dar a entender que soy uno de tantos culpables de no haber tratado el tema dentro de esos márgenes. Y a mi entender una cosa es el principio de "tracto sucesivo", otra el de "especialidad" y otra el de "prioridad".

Tal y como está regulado el principio de tracto sucesivo en el vigente artículo 20 de la Ley Hipotecaria, solamente a los "titulares registrales" se refiere. Para nada habla de fincas. El principio de "especialidad", sin embargo, ya hace referencia a los tres elementos que pueden jugar en el acto inscribible: la finca, el derecho que sobre ella exista y el titular registral. Por el principio de *prioridad*, el acto que se adelanta en su petición frente a uno simultáneo o anterior, gana preferencia con cierre registral o con rango preferente.

Entiendo que el tracto sucesivo supone un principio que trata de regularizar la "dinámica" de los derechos que recaen sobre el elemento finca, delimitado y aislado en su folio registral. Las fincas en sí no se transmiten, sino que el objeto de la transmisión reside en el derecho que sobre ellas se ostenta. Por eso es importante que el transmitente figure legitimado registralmente para el acto de enajenación o gravamen y que ostente su derecho sobre la finca registral "identificada".

Para que pueda inscribirse el derecho de una persona a favor de otra sobre finca inscrita, es preciso que conste previamente o a la vez el derecho de la misma, pero para poder inscribir la enajenación de un derecho sobre una finca, no es preciso que la misma figure inscrita previamen-

te o a la vez, pues la legislación arbitra el medio de inmatriculación preciso para que la misma ingrese por primera vez en el Registro. De ahí que el tan criticado artículo 20 —en sus redacciones anteriores— tenía muchas razones de existir en su exposición. Mientras los diversos titulares —o titulares sucesivos— van siendo distintos en cada transmisión, la finca sigue siendo igual y lo único importante es “identificarla”.

Las modificaciones físicas que la finca sufra ni pueden quedar sujetas al principio de tracto sucesivo ni sería lógico que lo estuvieran, pues ello impediría el juego de dos principios fundamentales que ofrece el sistema español: el de la voluntariedad de la inscripción y el de la prioridad. Es evidente que la agrupación hecha por un titular registral y repetida con otra persona posteriormente, ofrece el mismo problema que la doble venta y será la presentación preferente de una de ellas la que determine el cierre registral de la otra. Lo mismo puede predicarse de las segregaciones y de las divisiones y agregaciones. Yo así lo había expuesto en este mismo ANUARIO DE DERECHO CIVIL al comentar la Resolución de 28 de mayo de 1971.

Retrocediendo al supuesto planteado por esta Resolución es evidente que si el título que se pretende inscribir, aunque lo sea sobre la base de una sentencia con excepción de cosa juzgada, se refiera a una finca que registralmente ya no existe en el Registro por haber provocado una división (que los interesados no recuerdan haber realizado) anterior, lo que procede es suspender o denegar la inscripción hasta tanto se aclare la situación. No lo entiende así el recurrente, cuya opinión contradice el Registrador. Veamos ambas brevemente:

a) *El recurrente.* En sus alegaciones muestra gran habilidad, pero no pleno dominio de la materia hipotecaria. Mezcla inicialmente el concepto de tercero con la división de finca que provoca dos nuevas que, aun no estando inscritas a favor de tercero, no se identifican con la del título que pretende tener acceso al Registro. También invoca el problema judicial de la “excepción de cosa juzgada”, cosa que no tiene repercusión registral, pues por mucha fuerza que pueda tener una sentencia judicial si ésta no se refiere a la finca que registralmente es distinta de la del litigio, no podrá provocar modificación registral. Quizá, por ello, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Por último, alega en base de un pretendido e implícito *animus novandi*, que la escritura nueva provoca una novación de la anterior. Como para nada se hace alusión en el segundo documento del primero, es muy difícil, en el campo de la interpretación, llegar a esa peregrina conclusión, cuando se parte de que los interesados “no recuerdan” la división anteriormente realizada. Puede entrar en el campo de los antecedentes erróneos, pero no en el del ánimo *novandi*.

b) *El Registrador.* Para este funcionario el problema es de tracto sucesivo y la falta de identidad de la finca impide cualquier práctica registral. Puestos en valoración los asientos registrales y la voluntad de los interesados hay que hacer prevalecer —aunque sólo fuera por el criterio de la salvaguardia de los Tribunales a que hace referencia el ar-



título 1 de la Ley Hipotecaria— a los primeros, pues de inclinarse por lo segundo quedaría sin efecto el principio de seguridad del tráfico jurídico. El informe es puramente hipotecario, sin entrar en el fondo de la cuestión, pues la publicidad libraria es tan evidente que o se pone de acuerdo el título que pretende su inscripción con la realidad registral, o de lo contrario no puede inscribirse.

La Dirección General confirma la nota del Registrador y el Auto Presidencial, haciendo tres advertencias: 1.<sup>a</sup>) Que la situación que se resuelve es puramente formal, sin entrar en el fondo del asunto, por ser un problema de tracto sucesivo relacionado con la finca, ya dividida hipotecariamente hablando. 2.<sup>a</sup>) Que el defecto debe ser considerado como subsanable, pues siendo los mismos interesados que provocaron en su día la división, pueden ahora, refiriéndose a la misma, hacer la que pretenden inscribir. 3.<sup>a</sup>) Que aun tratándose de un documental notarial, el origen del negocio que se pretende inscribir tiene su base en una *sentencia firme* y, a pesar de ello y del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, es evidente que entra en las funciones calificadoras del Registrador, pues el contenido del Registro es algo que la sentencia, por muy firme que sea, no puede desconocer.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **Desheredación.—Declaración unilateral de voluntad.—Repudiación del desheredado**

*(Sentencia del Tribunal Supremo  
de 30 de septiembre de 1975)*

#### I. LOS HECHOS

Don Federico L. M., notario de Las Palmas, en testamento abierto, fecha de 23 de julio de 1964, deshereda «de modo formal y solemne» a su hijo Federico L. C., de quien dice le ha maltratado de obra e injuriado gravemente en repetidas ocasiones y circunstancias, con grave perjuicio para su salud, edad, y prestigio personal, pudiéndose acreditar tales imputaciones —manifiesta— en dos juicios de faltas celebrados en los años 1957 y 1958, que cita; añadiéndose que para el supuesto improbable de que la desheredación no prosperase, instituye a su dicho hijo en la legítima estricta o corta.

Fallecido don Federico L. M., otorga Federico L. C., en 9 de febrero de 1967, actas notariales en las que manifiesta: que se obliga a no establecer farmacia en Las Palmas ni a fijar en ella su residencia; que da por terminadas cuantas cuestiones de toda índole, incluso penales y civiles, hayan podido existir o existan entre el mismo y sus hermanos Ricardo, Félix y Adelina, manifestando que nada tenía que reclamarles por ningún concepto, haciendo renuncia en su consecuencia y de modo expreso, a los derechos y acciones de cualquier naturaleza que pudieran asistirle; que repudia la herencia de su padre, don Federico L. M.

Consta también de los autos que Federico L. C. recibió en la misma fecha, de sus hermanos, la cantidad de 300.000 pesetas (1).

Algún tiempo después, Federico L. C. demanda a sus citados tres hermanos, solicitando que se declaren inexistentes las causas de desheredación invocadas en el testamento de su padre, y nulas las referidas declaraciones hechas en las mencionadas actas notariales, incluida la de repudiación, y que se le reconozca la condición de heredero de su padre, don Federico L. M.

Los demandados comparecen y se oponen a la demanda. Sin que conste en la Sentencia comentada detalle alguno de la contestación, pruebas y conclusiones.

---

(1) En la demanda presentada por Federico L. C., se dice que las «recibió de sus hermanos por la herencia». En la Sentencia del Tribunal Supremo se afirma que según Sentencia del inferior, no se ha acreditado el concepto en virtud del cual la dicha cantidad fue entregada.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en su Fallo, estima inexistentes las causas de desheredación invocadas en el testamento de don Federico L. M.; declara que Federico L. C. es heredero legítimo de su padre, en unión de sus hermanos, aunque reducida su participación a la legítima estricta; declara nula la obligación contenida en la escritura de manifestación de 9 de enero de 1967 (en la referencia a la demanda se dice febrero) de no establecer farmacia en la isla de Gran Canaria (en la referencia a la demanda se dice en Las Palmas) ni a fijar en ella su residencia. Apelada esta Sentencia, ante la Audiencia Territorial, es confirmada en parte y revocada en lo que la contradiga; contradicción que consiste en declarar también nulo el apartado del acta notarial en que Federico L. C. manifiesta que nada tenía que reclamar de sus hermanos y que renuncia a cualquier derecho y acción que contra ellos pudieran asistirle, y en declarar nula la repudiación que el mismo hace a la herencia de su padre.

Contra esta Sentencia formalizan recurso de casación los hermanos Ricardo, Félix y Adelina, con apoyo en cinco motivos. El Tribunal Supremo da lugar a la casación, considerando que debe prosperar el tercer motivo del recurso.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Esta notable Sentencia ofrece multiplicadas dificultades al comentarista. La redacción dada a los resultados no permite conocer del modo deseable los antecedentes del fallo. En aquéllos se contiene un breve resumen de la demanda y se hace una escueta referencia a los hechos de que los demandados contestan a la demanda, de que el pleito es recibido a prueba, y de que los autos se entregaron a las partes para conclusiones. Los motivos del recurso se enumeran, citando las disposiciones legales y las fechas de las Sentencias del Tribunal Supremo alegadas, pero sin dar a conocer, siquiera sea en extracto, los razonamientos en que los motivos se basan. Lo que es tanto más de lamentar cuanto que las Sentencias de casación han venido a ser una especie de diálogo entablado entre lo que dice el recurrente y lo que responde el Tribunal en los considerandos de la Sentencia. Además, en el primer considerando de la segunda sentencia, se nos dice que el fallo se basa en lo expuesto en los razonamientos de la Sentencia de casación y en los argumentos empleados en los cuatro primeros, así como en el sexto, octavo y noveno de la dictada por el Juez de Primera Instancia; argumentos de los que el lector de la Sentencia no tendrá la menor noticia (2).

Dificultad de otra clase supone el comentario de esta Sentencia; resulta de la pluralidad y diversa naturaleza de los problemas con los que ha tenido que enfrentarse el Juzgador. Para salvarla, en lo posible, ha parecido útil examinar la Sentencia, estudiando separadamente cada una de las principales cuestiones planteadas, al hilo de sus considerandos.

A tal efecto, se transcriben «in extenso», separadamente, cada uno de los considerandos de la sentencia, comentándolos a seguido uno a uno.

---

(2) Se mencionan también, en este primer considerando, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 1967 y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1969, como aducidas en los Motivos de casación, sin que se sepa con qué finalidad.

## 2. EL ERROR DE HECHO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.

### a) *Texto del primer considerando de la Sentencia:*

«CONSIDERANDO: que el error de hecho en la apreciación de la prueba que, a través del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye al Juzgador de instancia, en el primer motivo del presente recurso, no puede servir de fundamento para lograr el resultado apetecido por la parte que lo formula, porque los documentos que para conseguirlo se enumeran por los recurrentes, carecen de eficacia a dicho fin, ya que el testamento de veintitrés de julio de mil novecientos sesenta y cuatro y las sentencias recaídas en los juicios de faltas, números novecientos treinta de mil novecientos cincuenta y siete y quinientos sesenta y ocho de mil novecientos cincuenta y ocho, seguidos ante los Juzgados Municipales números dos y uno, respectivamente, de Las Palmas, son precisamente los que sirvieron de base a la controversia de que derivan estas actuaciones, y tanto ellos, como la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de dicha ciudad en dos de febrero de mil novecientos sesenta y siete y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de cinco de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, se analizaron e interpretaron por el Tribunal *a quo*, en los dos primeros razonamientos jurídicos de la Sentencia de primer grado, aceptados por la Sala de Segunda instancia, lo que origina el que únicamente sea posible combatirlos en casación por la vía del número uno del citado artículo mil seiscientos noventa y dos y con apoyo en alguna de las normas de hermenéutica establecidas en los mil doscientos ochenta y uno a mil doscientos ochenta y nueve del Código Civil, y no por el cauce formal alegado, según se proclamó por la Jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de diez de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve y quince de junio de mil novecientos setenta; ocurriendo lo mismo con la denuncia formulada por el padre de los litigantes ante la Policía Municipal de la mencionada localidad (Documentos número cinco de los relacionados en el recurso), por ser la que debió servir de base al primero de los juicios de faltas antes indicados, y con la declaración de la esposa del demandante ante un inspector de vigilancia de la misma capital, por no guardar relación alguna con la causa de desheredación a que el motivo se contrae; así como con los documentos que se reseñan con los números dos, tres, cuatro y siete, por tratarse de informes policiales o de distintas autoridades, respecto a la persona del demandante, que no pueden ser estimados como documentos auténticos, en cuanto a la casación, según por analogía se declaró en las sentencias de diez de abril de mil novecientos cuarenta y siete y veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, aparte de que, ninguno de ellos demuestra, y mucho menos de forma evidente, como la Ley exige, la equivocación que se dice cometida por el Juzgador de instancia.

### b) *Comentario al primer considerando de la Sentencia.*

La suerte del pleito objeto de la Sentencia estudiada depende, en primer lugar, de una cuestión de hecho, la existencia de las causas de desheredación invocadas en el testamento de don Federico L. M. Denegadas aquéllas por el desheredado, recae la carga de probar ser ellas ciertas en los herederos del tes

tador (art. 850 del C. c.). En el considerando transcrito se aplica correctamente el mandato de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo, para casar, que el recurrente establezca el error de hecho del tribunal de instancia, aduciendo documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador. Se rechazan, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, las alegaciones del recurrente, basadas en documentos sobre cuyo alcance se había discutido en ambas instancias del pleito. También se sigue el criterio de anteriores sentencias al negar carácter de auténticos, a efectos de casación, a los informes periciales y de otras Autoridades (3). Todo lo cual no merece comentario, dada su evidencia.

Merece comentarse la advertencia dirigida al recurrente. Se dice que los documentos considerados por el Tribunal «a quo» se *analizaron e interpretaron* por éste; razonamientos que sólo es posible combatirlos en casación por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con apoyo en las normas de hermenéutica establecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil. No por el cauce del número séptimo de dicho artículo 1.692. La justificación de esta censura no parece clara. Por el contrario, se advierte que en el caso de autos no hay que investigar qué fuera lo querido por unos contratantes, materia propia de las reglas de los artículos 1.281 a 1.289, y que tampoco hay lugar de interpretar una declaración de voluntad, en cuyo caso también por analogía, y según la doctrina común, se aplican dichos artículos. Lo discutido en el pleito fue la *existencia* de las causas de desheredación, es decir, si el desheredado había o no maltratado de obra o injuriado gravemente al testador. Se trata, por tanto, de contrastar el resultado de una prueba documental, sobre si se dieron o no los hechos alegados como causa de la desheredación. Cuestión pura de hecho que ha de llegar a casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692.

Es cierto que en la Sentencia de 11 de diciembre de 1969 (4) se dice estar mal planteado el recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo haber sido canalizado por la vía del número primero de dicho artículo, aduciendo para ello, como infringidas, las normas de hermenéutica citadas en el Código civil. Lo que está justificado porque aquí se trataba de la interpretación de la cláusula de un *contrato* de seguro. La sentencia de 15 de junio de 1970 (J. C., p. 299) recoge la misma doctrina, pero también en ella se trataba de la interpretación y análisis de unos *contratos* (de préstamos, de ejecución de obras) y de documentos justificantes del cumplimiento de tales contratos (5).

---

(3) Esta afirmación se corrobora con la cita de las Sentencias de 10 de abril de 1947 y 27 de septiembre de 1964. En la primera fecha citada no se encuentra sentencia que contenga tal doctrina en las recogidas en *Jurisprudencia Civil*, Edición Oficial, 1947, p. 87-114; en la segunda, se hace referencia a informaciones de la Policía y de los Ayuntamientos, citando respecto de estos últimos a la S. de 24 abril 1964.

(4) El texto del considerando primero transcrito menciona la fecha del 10 de diciembre; pero en las tres sentencias recogidas en *Jurisprudencia Civil*, Edición oficial, p. 121-160, no se encuentra dicha doctrina; ella se contiene en la de 11 diciembre, por lo que es permitido suponer una errata.

(5) La sentencia de 14 noviembre 1975 dice no puede prosperar el motivo del recurso porque «la declaración del Tribunal no interpreta el contrato y por ello no viola el artículo 1284 del Código civil, sino que sienta el hecho de que han sido cumplidas las obligaciones de pago de los plazos parciales».

Cuestión de Derecho, y a llevar a casación por el cauce del número uno del artículo 1.692, es la de la *valoración jurídica* de los hechos considerados probados, según los documentos examinados por el juzgador de instancia. La cuestión de hecho está limitada a averiguar si se dieron o no los hechos alegados; cae fuera de su ámbito decir si los hechos que se dan por probados encajan o no en el supuesto de hecho del artículo 853. La calificación de lo que sea maltrato de obra y que sea injuria grave, al efecto de ser estimados o no como causas de desheredación, es cuestión que habrá de contestarse *interpretando* el dicho artículo 853. El Código civil, como dijera García Goyena, respecto del Proyecto de 1851, deja «cierta latitud al Juez» (6), pero no entrega a su libre arbitrio decidir qué hechos han de considerarse causas de desheredación. Al no haberse planteado, al parecer, debidamente esta cuestión en casación, se nos priva de conocer el autorizado criterio del Tribunal Supremo, sobre el sentido y alcance del número 2.º del artículo 853, y hasta el que se ignore cuáles fueran los hechos que el testador, muy calificado profesional del Derecho, estimara como tan graves ofensas que busca su condena como sancionables ante la jurisdicción penal; no sabemos tampoco qué decidieran y su porqué los tribunales de lo penal, y nos quedamos sin conocer las razones de los tribunales de instancia para negar la existencia de causas de desheredación.

### 3. LA REGLA «ODIOSA SUNT RESTRINGENDA» Y LA DESHEREDACIÓN DEL HIJO.

#### a) *Texto del segundo considerando de la sentencia.*

«CONSIDERANDO: que, lo acabado de exponer lleva consigo la decadencia del segundo motivo del recurso, formulado conforme a lo prevenido en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites, porque al afirmar el Tribunal *a quo*, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, la no existencia de los malos tratos de obra e injurias graves, a que se aluden en la cláusula tercera del testamento de veintitrés de julio de mil novecientos sesenta y cuatro para desheredar al actual recurrido, con apoyo en el número dos del ochocientos cincuenta y tres del Código civil, y al ser precisa la prueba de tales hechos por parte de quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia (sentencias cuatro noviembre de mil novecientos cuatro, y veinte de mayo de mil novecientos treinta y uno), cosa que no se ha realizado en el presente caso, es indudable que dicho Juzgador no violó el mencionado precepto, sino que lo aplicó correctamente, según se expresa en la sentencia de veinte de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de Derecho *Odiosa sunt restringenda* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legítimo establecido en favor de los hijos por los artículos ochocientos seis, ochocientos siete, número uno, y ochocientos ocho, de la Ley Civil sustantiva.»

---

(6) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. 1852, II, p. 116.

b) *Comentario al segundo considerando de la Sentencia.*

Rechazadas en el primer considerando las alegaciones del recurrente y admitida, con el Tribunal de Instancia, la no existencia de las causas de desheredación, invocadas por el testador, resulta lógico e inevitable que el Tribunal Supremo confirme la declaración del inferior sobre la ineficacia de la dicha desheredación.

En el mismo considerando parece haberse tratado de reforzar el criterio de la Audiencia, planteando la cuestión de cómo ha de interpretarse el número 2.º del artículo 853. ¿Cómo han de entenderse los términos «maltratado de obra» e «injuriado gravemente de palabra»? A tal efecto, y a mayor abundamiento, se ha creído oportuno sentar la doctrina de que «estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de Derecho *odiosa sunt res restringenda*».

Este criterio interpretativo creo que bien merece ser estudiado con despacio dada la importancia práctica que puede tener su aceptación en virtud de la autoridad, bien ganada, de todo lo dicho por nuestro Más Alto Tribunal.

La frase antes citada, no más leída, plantea esta duda: ¿tiene naturaleza de principio general de Derecho el dicho «*odiosa sunt restringenda*». Su consagración como regla legal parece encontrarse en la «regula» 15 del libro V, título XII, del «*Liber Sextum Decretalium*»: «*odia restringi, et favores ampliandi*». Con la redacción «*favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*» se le cita continuamente por glosadores y comentaristas y se encuentra recogido en las colecciones antiguas y modernas de axiomas y aforismos jurídicos.

Pero ni su antigüedad ni su carácter, en apariencia equitativo, la convierten en un principio general de Derecho. La utilización indiferenciada de los términos, «*principia*», «*apoteagma*», «*aphorisma*», «*loca communia*», para designar estas y otras semejantes reglas, no debe confundirnos. La condición de las llamadas «reglas de Derecho», había ya sido bien destacada por Paulo. Son máximas que resumen en breves palabras lo dicho en una o varias disposiciones legales; de ellas no mana el Derecho, ellas sólo narran lo que es Derecho (D. 50,17,1). Es cierto que hay reglas que compendian o exponen un principio general, como la de «*pacta sunt servanda*», pero la mayoría de ellas no alcanzan tal significado. El Tribunal Supremo ha enseñado «que por mucha importancia que queramos dar a los aforismos jurídicos y reconocer que la jurisprudencia alemana los tiene en cuenta por ser sabiduría del derecho natural (7), en nuestra legislación no se les admite con fundamento para un recurso de casación en el fondo, a no ser que se hayan elevado a principios de Derecho» (S. 12 julio 1929, J. C., p. 378-379).

Los principios generales del Derecho, a los que aludía el texto de 1889 del Código civil (art. 6.º) y que son mencionados también en el vigente (art. 1.º, 4) tienen el valor positivo de normas fundamentales, orientadoras e informadoras de la ordenación jurídica; del que carece, ciertamente, la regla que nos ocupa.

La doctrina antigua nos ha dejado un cuidado y minucioso estudio de la regla «*odiosa*». De ella se saca la consecuencia de que en el fondo, como tantas otras reglas sobre interpretación, es un cascarón vacío; y más que criterio o principio para orientar la práctica, un adorno retórico, utilizable a discreción. En

---

(7) Esta afirmación es intrigante e ignoro en qué pueda basarse. Probablemente hace referencia a alguna afirmación de los letrados que intervinieron en el pleito.

realidad, para saber si una disposición es odiosa o favorable, habrá que observar, ante todo, su carácter, su sentido, su origen y la finalidad por ella perseguida (8); de esto, se deducirá si ha de dársele una interpretación, extensiva o estricta. En tal respecto, habría de tenerse en cuenta que las enumeraciones establecidas en las leyes con carácter exhaustivo, y que por ello no permiten su ampliación por analogía, no suponen que haya de interpretarse restrictivamente el alcance de cada uno de los supuestos enumerados.

En las listas heterogéneas de disposiciones «odiosas» que encontramos en los libros antiguos, puede verse colocada en primer lugar («in primis») a la desheredación. El origen de ello parece claro. Justiniano, en la Novela 115, capítulo tercero, nos cuenta su propósito de terminar con las dudas y confusiones nacidas de las desperdigadas y poco claras leyes antiguas sobre los casos de ingratitud de hijos y nietos, que justificaban su desheredación por padres y abuelos; para ello, entiende ser necesario enumerarlos y no admitir otros supuestos de desheredación que los mencionados en dicha Constitución (9).

Este preocuparse por la enumeración taxativa de las causas de desheredación y, con ello, evitar se pudieran agregar otras por analogía, será heredado por las Partidas (10). Y será este número cerrado de las causas de desheredación lo que explica que Gregorio López considere «odiosa» en general la desheredación (11). Consideración restrictiva que no se extiende a la interpretación de cada una de las causas de desheredación establecidas. Lo que se advierte en que el mismo Gregorio López, al glosar las razones por las que el padre o el abuelo pueden desheredar a los que descienden de ellos (P. 6, 7, leyes 4 a 7) no acude nunca al criterio de lo «odioso», sino que las interpreta según la letra y la mente de cada pre-

(8) Buen resumen, erudito y completo, de la antigua doctrina, en CASTILLO DE SOTOMAYOR (Juan), *Quotidianorum controversiarum juris*, IV, cap. XLVI, §§ 96-106, ed. Coloniae Allobrogum, 1726, p. 432-433; enseña que para conocer cuándo una disposición es favorable u odiosa, se atenderá a la causa de la que ella resulta, al «propósito et qua mente actum sit»; advierte que una misma disposición puede ser favorable respecto a unos y respecto a otros odiosa (p. ej. las S. C. Macedoniana y Valleiana). En el mismo sentido FONTANELLA (Juan Pedro), *Tractatus de pactis nuptialibus*, cl. 4, glos. 18, pars. 4, §§ 53-62, ed. Genevae, 1762, II, p. 427; «ex principale intentione statutentium»; se refiere también al S. C. Macedoniano, odioso respecto al prestamista y favorable al hijo de familia y al S. C. Valleiano, considerado favorable, como introducido en favor de las mujeres.

(9) «... propterea necessarium esse nobis visum est praesente lege illas nominatim comprehendere, ut praeter eas nemini liceat ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur».

(10) P. 6, 7, 8: «Mas si por alguna razón que no fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre a su hijo, non le valdría tal desheredamiento».

(11) Glosa 3, «Otra razón cualquiera», a P. 6,7,8. GREGORIO LÓPEZ, al emplear este calificativo, cita la glosa de ACCURSO a D. 28,2,2. Ello muestra el modo laxo con el que este calificativo se utilizaba. ULPIANO, en el fragmento citado, ante la exigencia de que se haga «nominatim» la desheredación (también, G. 2, 123, J. 2, 13 proem.), propone una interpretación equitativa («benigna interpretatione») para los casos de que el testador diga: «Filius meus exheredatus esto» en favor de la desheredación (interpretación no restrictiva), si hay un sólo hijo queda desheredado; en contra de la desheredación, si los hijos son varios ninguno se considerará desheredado (solución de acuerdo al consejo: «que no paguen justos por pecadores»). Compárese, J, 2, 13, § 1).



cepto (12). Del mismo modo proceden los glosadores de las disposiciones sobre las causas de desheredación del hijo establecidas en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real (13).

Debe señalarse también que ese carácter «odioso», atribuido a la desheredación, fue negado implícitamente, pero de modo evidente, por la doctrina anterior al Código Civil. Los autores de España y de fuera de España, los que interpretan el capítulo tercero de la Novela 115 como los que estudian la citada ley octava de las Partidas, se plantean como cuestión difícil («pulcrum dubium»), la de saber si además de las causas de desheredación expresamente señaladas en las leyes, habría que considerar también otras causas, cuando éstas fueran de naturaleza semejante o de mayor gravedad. En favor de la solución restrictiva y de la solución extensiva se cuentan autores de la máxima autoridad. Se aduce de una parte lo dicho de modo terminante por el legislador y de la otra se atiende a la razón de lo dispuesto. Ni por la una ni por la otra, he visto que se haya alegado o discutido el supuesto carácter odioso de la desheredación (14). En fin, Antonio Gómez propone como nueva solución: la de que no se podrá agregar otra causa de desheredar al hijo por el padre que no se pueda incluir en la causa segunda de las establecidas por Justiniano (15); es decir, «si gravem et inhonesta, iniuriam (contumeliam) eis ingesserit» (intulerit). O sea, propone interpretar extensivamente esa causa de desheredación.

La idea de la intangibilidad de la legítima aparece reforzada en Derecho castellano por la repetida referencia de Las Partidas (P. 6, 1, 17 y P. 6, 11, 1), a que la legítima era debida por Derecho natural; aunque lo cierto es que los autores discuten sobre la extensión de esa deuda, sobre si podía limitarse a los alimentos y sobre el significado de haberse permitido su prohibición en el caso de mayorazgo (16). En todo caso, la referencia al Derecho natural no parece fuera estimada motivo para interpretar restrictivamente las causas de desheredación establecidas por las leyes. La razón se encuentra en que, si bien la legítima puede considerarse derivada de los deberes de los padres hacia los hijos, habrá también que tener en cuenta las obligaciones de los hijos respecto a los padres, y que las causas de desheredación se establecen por «la ingratitude» del hijo. No deja, por ello, de resultar lógico que, cuando se trata de añadir por el Derecho Real una nueva causa de desheredación (que las menores de edad se casen sin el consejo y con-

(12) En la glosa 2.<sup>a</sup> a P. 6, 7, 4, GREGORIO LÓPEZ aduce como opinión común la de admitir otras causas de desheredación, además de las citadas en la ley, si ellas fueren tan o más graves (ed. Madrid, 1739, III, p. 105).

(13) F. J. 3,4,7, VILLADIEGO, *Forus antiquus Gothorum*, Matriti, 1,600, f. 244 y sig.; F. R. 3,9,2, DÍAZ DE MONTALVO, *Fuero Real de España*, Madrid, 1781, p. 166.

(14) En la primera dirección, COVARRUBIAS, *De Testamentis*, 16, 23, Opera Omnia, 1762, I, p. 84, y allí citados, CEVALLOS, *Practicarum et variarum quaestionum*, q. 509, § 7 y sig., Toleti, 1600, II, p. 65; MOLINA, *De Hispanorum primogeniorum*, 1, 9, 33, Coloniae, 1650, p. 60. En la segunda dirección: PICHARDO, *Super Instituta*, 2, 18, 46, Salamanca, 1600, I, p. 361. P. MOLINA, *Da justitia et jure*, 2, 176, §§ 45-53, Coloniae Allobrogum, 1,733, p. 399-400. AYLÓN, *Additiones a Gomez*, Madrid, 1780, p. 322; con abundantes citas sobre la doctrina.

(15) GÓMEZ, *Variae resolutiones*, cap. 11, 12, Madrid, 1780, I, p. 294-295.

(16) Con mucho detalle, en el excelente, erudito y profundo estudio de VALLET DE GOYTISOLO, *Las Legítimas*, 1974, I, págs. 20-24.

sentimiento paterno), se acuda para justificarla a «la indispensable y natural obligación del respeto a los padres» (17).

En el siglo XIX, y coincidiendo con el movimiento codificador, la actitud de la doctrina castellana hacia la legítima cambia radicalmente. Ahora se discute sobre lo justificado de las legítimas. Diversas y hasta encontradas corrientes del pensamiento de la época coinciden en la defensa de la libertad de testar (18); a lo que se añade, que el propósito dominante hasta 1851 de redactar un Código civil para toda España, traerá como consecuencia la de enfrentarse con el hecho de los Derechos forales. La degradación de la legítima en alguno de ellos, en legítima meramente formal (Navarra, Vizcaya, Ayala) o en legítima colectiva (Aragón), quita cualquier posibilidad de seguir considerando investida la legítima del carácter carismático de norma del Derecho natural o del Derecho de gentes.

El punto de vista más amplio, desde el que entonces se considera la desheredación, puede observarse en lo que García Goyena nos cuenta de los trabajos de la Comisión de Códigos, preparatorios del Proyecto de Código civil de 1851. Ante la diversidad existente entre el Derecho castellano y los Derechos forales, existe el propósito de «suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas» (19); por este motivo, no se sigue el modelo del Código civil francés de abolir la desheredación, ésta se conserva por ser mirada «como una consecuencia del señalamiento de la legítima» (20); su necesidad (21) resulta de que «debe conservarse en manos del padre altamente ofendido esta arma, terrible, si se quiere, pero que la impiedad del hijo hace en algunos casos necesaria» (22); la facultad de desheredar se considera «justa en sí misma y conveniente para conservar el orden y vínculos familiares» (23).

El Código civil se redacta en el ambiente apasionado del enfrentamiento de los partidarios de la libertad de testar y de los del sistema de legítimas castellano (24).

No parece, en cambio, que ocasione dificultades la desheredación. Admitidas las legítimas, parecía natural poner como contrapeso a dicha restricción del poder paterno, unas posibilidades de sancionar las violaciones más escandalosas de los principales deberes familiares.

Los acuerdos de la Comisión general de codificación, recogen el criterio del antiguo derecho castellano y el precedente del Proyecto de 1851 (art. 666), el que conforme a la Ley de Bases (B. 15) pasa al Código civil; se establece así el número cerrado de causas de desheredación (art. 848). Mas ni en el texto del Código ni en sus antecedentes se encuentra motivo alguno para inclinarse por la

(17) Así, en la Pragmática-Sanción, de Carlos III, de 23 de marzo de 1776, recogida en Novísima R. 10, 2, 9, completada y corregida por Real resolución del Consejo de 5 octubre 1790.

(18) Sobre la polémica en torno a la legítima, en el período de la Codificación española, VALLET DE GOYTISOLO, loc. cit., I, p. 24-56.

(19) *Concordancias, motivos y comentarios*, 1852, II, p. 326.

(20) Id. p. 331 (esta página, por errata, lleva el número 431).

(21) Id. p. 346-347.

(22) Id. p. 347.

(23) Id. p. 348.

(24) Buen reflejo de las discusiones en la Comisión de Codificación, ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las Legislaciones forales*, Madrid, 1884, I, p. 48-201.

interpretación restrictiva de *cada una* de las causas de desheredación. El número segundo del artículo 853, el que aquí especialmente interesa, tiene en el Código un fundamento sólido, responde a la obligación de los hijos de obedecer a los padres, mientras permanecen en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre (art. 154) (25). En la importante sentencia de 4 noviembre 1904, el Tribunal Supremo nos dice que «la desheredación es una institución establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle, y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta se haga indigno de sucederle», y ello por incumplimiento de «los deberes de sumisión y respeto en el hijo de que no es dable prescindir en las relaciones del Derecho, aunque por el mismo hayan sido olvidados». La sentencia de 17 de febrero de 1925, añade, de modo general, sobre las faltas que dan lugar a la desheredación, «que todas constituyen, cuando no verdaderos delitos, violaciones de sentimientos de gratitud o infracciones de otras leyes de moral social» (26).

El Tribunal Supremo (sentencia de 3 diciembre 1946), aunque respecto a otra causa de desheredación, ha creído deber rechazar la aplicación de un criterio restrictivo y, por el contrario, salirse de la letra de la ley para buscar su finalidad. Se trataba del testamento de un hijo en el que se establece que deshereda a su madre «por haberme abandonado a la edad de nueve años». El tribunal de instancia rechaza la petición de la madre, de que se declare ineficaz la desheredación, por aplicación de los artículos 854 y 756, núm. 1.º del Código civil. La recurrente alega que no cabe hablar de abandono en el sentido corriente de la palabra, cuando si bien es verdad que la madre dejó el domicilio conyugal, también lo es que no dejó abandonado al hijo, ya que éste quedó al cuidado del padre y en compañía de sus hermanos. El Tribunal Supremo no casa, entendiendo el abandono como incumplimiento del «conjunto de deberes impuestos por el artículo 155 del Código civil» a los padres (27).

La doctrina de los autores, salvo alguna excepción, parece inclinarse no por una interpretación restrictiva de cada causa de desheredación sino más bien por una amplia, atendiendo a su respectiva finalidad. Así, por ejemplo, se sostiene que la referencia al adulterio de la mujer, en el artículo 756, núm. 5.º, debe entenderse también referido al adulterio del marido, la mención de la injuria grave de palabra en el número segundo del artículo 853, comprende también la

(25) En el Proyecto de 1851 se dice que «Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a los padres», precepto puesto por cabeza de Ley, dice GARCÍA GOYENA, porque «*vendrá a ser para los jueces su punto de apoyo en muchas ocasiones*» (subrayado en el texto), loc. cit., I, p. 155.

(26) Se destaca «la correlación de deberes» establecida por el artículo 152, 4.º, entre la obligación del alimentista y las faltas que dan lugar a la desheredación.

(27) En el recurso se trae a colación la autoridad de MUCIUS SCAEVOLE que dice que «el abandono de los hijos —para considerar indigno al padre— es solamente el comprendido en la acepción estrecha y puramente jurídica del vocablo, el de la exposición», *Código civil concordado y comentado*, 1897, XIII, p. 288.

La sentencia de 28 febrero 1947, sobre indignidad para suceder del padre, entendiéndose que el hijo por el padre, aunque por estar éste divorciado el hijo quedara bajo la potestad de la madre (cónyuge inocente) pues «tal circunstancia no exime al culpable de cumplir las obligaciones que, natural y legalmente le incumben», lo mismo antes que después del divorcio.

calumnia y la injuria por escrito y hasta se piensa que la referencia a las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 169, en el artículo 855, número 2.º, habría de extenderse a la privación de la patria potestad por los Tribunales, conforme al artículo 171 (28).

El considerando de la sentencia comentada cita la sentencia de 20 de junio de 1959, en la que se niega estar justificada la causa de desheredación alegada por el testador. Mas en esta sentencia no se interpreta con criterio restrictivo la dicha causa. En efecto, doña Concepción deshereda en su testamento a sus nietos, «por haberla injuriado gravemente y maltratado de palabra y por escrito singularmente al contestar la oposición del juicio ejecutivo...». La cuestión tiene su punto de partida, según se desprende de los resultados de la sentencia, en la testamentaría del marido de doña Concepción (abuelo de los después desheredados); la madre de los nietos rechaza el cuaderno particional y las adjudicaciones hechas por el contador partididor, por omitirse en perjuicio de sus hijos (nietos del causante) el dinero y alhajas existentes en la casa mortuoria, así como una importante pinacoteca, que habían quedado en poder de doña Concepción, y por no estar conformes con la valoración hecha de muebles e inmuebles. Como fórmula transaccional se llega al acuerdo entre doña Concepción, su hijo Fernando (después designado heredero único por doña Concepción) y los nietos, de aceptarse por éstos el cuaderno particional y que doña Concepción por su parte reconociese deber a los dichos nietos 845.000 pesetas, con garantía subhipotecaria. Llegado el vencimiento del crédito y habiéndose doña Concepción negado a pagar, los nietos entablan juicio ejecutivo. Doña Concepción pretende que se le declare en estado de pobreza, resultante de haber vendido sus bienes a su hijo Fernando, lo que origina una querrela. Además, doña Concepción alegará que el reconocimiento de deuda encubre un préstamo usurario o una donación. Los nietos entonces oponen que la cantidad debida lo era en virtud de «la fórmula transaccional» concertada por haberse retenido indebidamente por doña Concepción bienes de la testamentaría de su marido. Las injurias y el maltrato, causas de la desheredación según Fernando (que, como heredero, ha de probarlas), y negadas por los nietos, resultarían implícitamente de haberse imputado dicha ocultación de bienes a doña Concepción. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por Fernando, dado que las manifestaciones, hechas por los nietos en el escrito contestando al de oposición al ejecutivo, formuladas contra su abuela, no podían considerarse como injuriosas, «por ser originadas como defensa de la tesis que sustentaban en cuanto al carácter del documento que les sirvió para promover contra su abuela el procedimiento de ejecución» (29).

Como después dijera la Sentencia de 6 de diciembre de 1963, no pueden considerarse injurias, al efecto de ser causa de desheredación, las manifestaciones hechas en procedimientos judiciales «en defensa más o menos vehemente de los

---

(28) VALLET DE GOYTISOLO, loc. cit., p. 683, N. 140, p. 687, N. 160 y 162, p. 691, N. 178, y autores allí citados.

La sentencia antes citada de 4 noviembre 1904, indica que las injurias a que se refiere el art. 853 no son las penadas en el Código penal, ni requieren haber sido objeto de querrela y sentencia condenatoria, porque la desheredación es una institución de Derecho civil.

(29) Esta sentencia, excepcionalmente extensa (ocupa las páginas 914 a 965 de J. C., Tomo LXXX) se ha resumido, recogiendo los hechos básicos que en ella se han dado por probados.

derechos» propios, y que por su evidente intención no envolvían «animus injuriandi».

El considerando de la Sentencia comentada concluye advirtiendo del peligro que supondría para el sistema de las legítimas, el no interpretar restrictivamente cada causa de desheredación, bajo el estigma de ser odiosos.

Ante esta afirmación, puede preguntarse si esa interpretación restrictiva no vendría a dar al traste con el sistema de la desheredación y dejar sin sanción atentados muy graves o deberes familiares que se consideran sagrados.

La defensa de la legítima se hizo esgrimiendo el recuerdo de casos en los que un padre deja en la miseria a sus hijos, para favorecer a los de su concubina o a los de una madrastra. La desheredación como correctora de la imposición de las legítimas, la explica García Goyena así: «el número de los hijos ingratos es mucho mayor que el de los padres injustos, cuyo corazón está siempre abierto al perdón del hijo arrepentido, y lleva muchas veces hasta la tumba el silencio sobre el extravío del incorregible. No hay, pues, que temer el abuso de esta facultad restringida, por otra parte, a casos gravísimos, y cuya certeza o existencia tiene que probar el heredero» (30).

El legislador se ha encontrado frente a dos principios respetables de piedad familiar, el de la protección del futuro del hijo y el del debido respeto a los padres; ante su posible choque, ha buscado una fórmula equilibrada, que palió la obligatoriedad de la legítima con la facultad de desheredar. No parece, por ello, adecuado calificar de odiosa a esa limitación impuesta por la legítima al poder del padre de disponer libremente de sus propios bienes; por la misma razón, no resulta apropiado para la desheredación adjetivarla de odiosa.

El criterio restrictivo no deberá jugar, parece, para medir la magnitud de la afrenta y considerar si se trata de un maltrato o de una injuria de las sancionadas por la Ley. El Juzgador de instancia habrá de tener presente los usos y costumbres del país, las maneras y modos de la familia de que se trate. No cabe tampoco un cómodo refugiarse en la regla «odiosa sunt restringenda», para rechazar, sin más, los casos en que el supuesto de hecho a valorar no encaje de modo exacto en el sentido literal de la Ley. En la prensa diaria pueden encontrarse sucedidos como los siguientes, o semejantes a éstos: el hijo que trató de impedir que se salvase el padre que se ahogaba, el hijo que intenta envenenar a su padre o que le priva del antídoto adecuado, el hijo que en tiempo de lucha revolucionaria denuncia a su padre o lo entrega a enemigos políticos para que lo maten, el hijo que mediante maniobras adecuadas recluye o pretende recluir a su padre en un manicomio, para así poder disponer de sus bienes. En tales y parecidas hipótesis resultará aconsejable atender a la razón de ser («ratio iuris») de cada una de las causas de desheredación y no sentirse esclavos de la envoltura léxica, del sentido usual de las palabras usadas. El texto reformado del título preliminar del Código civil, establece como regla general y sin reservas, que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (art. 3,2).

---

(30) GARCÍA GOYENA, loc. cit., II, Apéndice, número 9, p. 348. ALONSO MARTÍNEZ, en su defensa de las legítimas cuida de observar que el legislador no ha «desarmado al padre inhabilitándole para ejercer con éxito su sagrada magistratura» y cita como primer medio sancionador a la exheredación, loc. cit., I, p. 129.

## 4. LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

a) *Texto del tercer considerando de la sentencia*

«CONSIDERANDO: que, aun cuando el artículo mil ochenta y nueve del Código Civil, no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene ninguna norma que las prohíba explícita y terminantemente, razón por la cual y con apoyo en algunos preceptos, como los artículos mil doscientos cincuenta y cuatro, mil doscientos cincuenta y ocho, mil trescientos treinta y algunos otros del mismo Cuerpo legal, y de la Ley mercantil sustantiva, la jurisprudencia de esta Sala, rectificando criterios anteriores, los ha admitido en sus sentencias de diez de enero de mil novecientos cuarenta y ocho y veintiseis de mayo de mil novecientos cincuenta, como creadoras del nacimiento de un título a favor de los sujetos a quienes van dirigido, entendiendo que deben obligar a su cumplimiento a los que las emitieron por reflejar su voluntad e intención de asumir los deberes apreciados, si bien con carácter excepcional y exigiendo con relación a ellas, en determinadas ocasiones, la concurrencia de algunos requisitos, como los de que no engendren incertidumbre respecto a su contenido, el que se dirijan a personas determinadas a título dispositivo y no como mera enunciación de un propósito (sentencia veintiuno marzo de mil novecientos cincuenta y siete), el que impliquen el reconocimiento de algún derecho (sentencia quince enero de mil novecientos cincuenta y siete) o de una relación jurídica preexistente (sentencia primero diciembre mil novecientos cincuenta y cinco); o den origen a un acuerdo vinculatorio, si van seguidas de aceptación (sentencias diez y siete octubre de mil novecientos treinta y dos, y cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho); y como el Tribunal *a quo*, en la sentencia recurrida, después de examinar y analizar detenidamente tales preceptos y doctrina legal y compararlo con lo consignado en el apartado cuatro del acta notarial número novecientos veinte, de nueve de febrero de mil novecientos sesenta y siete, entendió que los requisitos a que se ha hecho referencia no concurrían en el apartado expresado, declarando, como consecuencia de ello, su ineficacia, es evidente que al actuar de ese modo no pudo infringir por violación tales normas y jurisprudencia, cual se pretende en el motivo cuarto del recurso, amparado en el número uno del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos, ya que a lo sumo, únicamente lo podría haber transgredido por interpretación errónea, concepto de vulneración a que no se alude en el motivo y que no puede ser acogido por esta Sala, sin contravenir lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Trámites, aparte de no ser insólita ni absurda la labor exegética realizada por dicho Juzgador, por no poderse tomar en consideración como contrapartida de los beneficios ofrecidos a sus hermanos, por el emisor del acta, el que aquella se obligasen a desistir de la denuncia presentada contra él por el delito de injurias, cometido contra uno de ellas (31), o mejor dicho, a perdonarle de sus consecuencias, conforme a lo establecido en el párrafo cuarto del cuatrocientos sesenta y siete del Código Penal, puesto que ya había sido condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de dos de febrero de mil novecientos sesenta y siete, ya que nada se deduce de los

---

(31) Este párrafo se transcribe literalmente, aunque parece contener varias erratas.

hechos que la Sala de instancia declara probados, acerca del cumplimiento de semejante obligación por parte de los demandados; todo lo cual conduce a desestimar el cuarto motivo del recurso y con él el quinto, porque la prohibición de ir contra sus propios actos, a que aluden las sentencias que le sirven de fundamento, no se quebrantó en este caso concreto al haber incumplido los recurrentes la contraprestación, que sirvió de causa a la realización de los actos propios mencionados.»

b) *Comentario al tercer considerando de la Sentencia*

En respuesta al cuarto motivo de casación, este tercer considerando se encara valientemente con el difícil problema de la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad. El Tribunal Supremo se había ocupado ya repetidamente del mismo, forzado por el planteamiento de los recursos de casación. Sus sentencias han sido objeto de especial estudio por algunos autores (32). En general, su doctrina ha parecido insatisfactoria por poco clara y falta de unidad (33); reproche en buena parte inmerecido, porque sus vacilaciones son reflejo de las que se encuentran en la doctrina de los autores.

No es este el lugar para hacer un adecuado estudio sobre cuestión tan compleja y difícil; por ello, este comentario habrá de limitarse a unas escuetas observaciones en torno a ella, siguiendo el hilo de lo dicho en esta notable sentencia.

En el considerando estudiado, se rechaza como superado el antiguo criterio de la Sala, según el cual no se considera causa de obligación la declaración unilateral de voluntad por no estar incluida en la enumeración que hace el artículo 1.089 del Código Civil de las fuentes de obligaciones (34). Se aduce para ello, en primer lugar, que el artículo 1.089 no prohíbe explícita y terminantemente la existencia de otras fuentes, aparte de las por él mencionadas; y se agrega como apoyo de una nueva dirección jurisprudencial los artículos 1.254, 1.258, 1330 del Código civil, y «algunos otros del mismo Cuerpo legal y de la Ley mercantil sustantiva». Ya la Sentencia de 1 diciembre 1955 habla de «los contados casos» en los que «un esfuerzo constructivo» se requiere para afirmar la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad, el cual pudiera apoyarse en los artículos 1.330 y 1887 del Código civil, en las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito y en la pública promesa u otras instituciones similares. En la segunda sentencia en casación, dada en 13 noviembre 1962, se mencionan los artículos 1.158, 1.330 y 1.887 del Código civil y los 587 y 789 del Código de comercio, para llegar a la conclusión de que las declaraciones unilaterales de

---

(32) Así, CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, § 273, p. 213-214; en la reimpresión de 1971, el mismo § y páginas. Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 1966, I, p. 474-491, *Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuentes de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en este ANUARIO*, XXVII-II (abril-junio 1974), p. 456-465.

(33) Sobre el estado de la cuestión, ha de verse el excelente y completo estudio de LALAGUNA, *La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones*, R. D. Pr. octubre, 1975, p. 801-827.

(34) Es de suponer que se refiere a las sentencias de 12 marzo 1924, 25 abril 1925 y 21 julio 1928, que utilizan este argumento como decisivo. La sentencia 21 junio 1945 (ponente el maestro Castán), se refiere al mismo implícitamente.

voluntad, en determinados supuestos pueden dar origen al nacimiento de un título que las legitime y obligue al deudor a su cumplimiento (35).

Este modo de razonar no se explica bien. Los más de los preceptos legales mencionados son relativos a alguna de las fuentes enumeradas en el artículo 1.089 del Código civil. El artículo 1.254 dice cuándo nace el contrato y el 1.258 cuándo se perfecciona. El artículo 1.330 establece por ley una regla por la que se recoge el carácter privilegiado de la donación «propter nupcias» (S.T.S. 15 dic. 1924), no permitiéndose su revocación sino en los casos señalados en el Código (art. 1.333); pero dicha donación conserva en lo demás la condición propia a todas las donaciones (S. T.S. 3 oct. 1949), y, por tanto, está regida en lo demás por las disposiciones generales de los contratos (arts. 1.328, 621). El artículo 1887 no ofrece más que una definición de los cuasi contratos. El artículo 1.158, es cierto que establece la acción de reembolso, mas ésta no nace de una declaración unilateral de voluntad del tercero que paga, sino que resulta del acto de la entrega de la cosa o de haber hecho la prestación en que la obligación consistía (art. 1.157). Los artículos 587 y 789 del Código de comercio se refieren a la facultad de abandono, la que según ellos no consiste en unas declaraciones de voluntad creadoras de obligaciones, antes bien, tiene lugar por medio de actos de disposición de bienes y con el efecto de eximirse el naviero de responsabilidades o con el de poder exigir al asegurado el importe íntegro de la póliza de seguro.

Es cierto, por otra parte, que son declaraciones unilaterales de voluntad las que dan origen a las obligaciones incorporadas en los títulos de crédito, que en tales declaraciones se fundan las obligaciones nacidas de la pública promesa, de la dotación y constitución de la fundación, de la aceptación y repudiación de la herencia, de ciertos cambios de estado civil, y de muchas de las facultades que determinan la modificación y extinción de obligaciones. Mas deducir de la existencia de los tales efectos «ex lege», que *cualquier otra* declaración unilateral de voluntad también los origine, sea de modo general o como excepción, parece dar un salto en el vacío. La eficacia jurídica de las declaraciones unilaterales típicas o nombradas por la Ley, no implica la eficacia de las atípicas, carentes de reconocimiento legal. Esta dificultad no cabe resolverla refiriéndose a lo que ocurre con los contratos, porque respecto de éstos, y no de aquellas, hay una disposición expresa, la del artículo 1.255, que abre expresamente la puerta a los contratos innominados. La verdadera cuestión puede ser formulada así: ¿Son eficaces las declaraciones de voluntad unilaterales atípicas? (36).

Ese silencio de las normas legales sobre las declaraciones unilaterales explica

---

(35) Esta segunda sentencia no ha sido recogida en *Jurisprudencia Civil*, Edición oficial, p. 322; puede verse en Díez-PICAZO, *Estudios sobre Jurisprudencia civil*, p. 490-491. Aunque las segundas sentencias no se consideren doctrina jurisprudencial a efectos de casación, tienen la autoridad propia del Tribunal Supremo.

(36) En la doctrina extranjera viene planteándose de este modo la cuestión. La opinión común en Italia entiende que, a diferencia de los contratos, para las declaraciones unilaterales hay un régimen de rigurosa tipicidad («*numerus clausus*»). Contra esta opinión DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, 1972; sobre este importante estudio, extensa nota crítica de C. B. en este ANUARIO, XVI, IV (octubre-diciembre, 1973), p. 1156-1164. Como la opinión común italiana, la alemana, FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 1965, p. 8, y la francesa, MARTY, RAYNAUD, *Droit civil*, 1961, II, 1, § 319, p. 281.



y justifica que la defensa de los litigantes y los tribunales de Justicia, en consecuencia, se hayan visto obligados a buscar a tientas soluciones a los casos de declaraciones de voluntad que se les han venido presentando. En el considerando comentado, se procura ordenar la doctrina jurisprudencial anterior, y, en base de la sentencia de instancia, se enumeran los requisitos sin los cuales entiende que no pueden ser eficaces las declaraciones de voluntad unilaterales.

Antes de examinar este importante esfuerzo doctrinal, parece necesario destacar y subrayar el sentido con el que se utiliza el término *declaración unilateral*, porque es otro el utilizado por el Tribunal Supremo, que el que se le viene atribuyendo en la doctrina de los autores. Se nos dice por éstos: «La unilateralidad de la promesa no radica sólo en el contenido, o sea, en el hecho de que únicamente una persona resulte obligada —la que realiza la promesa—, sino que la unilateralidad alcanza a la propia declaración de voluntad, pues sólo es una la voluntad que se emite. Por tanto, la promesa es unilateral, no sólo porque es unilateral, no recíproca, su contenido obligatorio, sino porque es una la voluntad que se declara» (37). Precisándose por el acto unilateral, fuente de obligaciones, «el deudor puede quedar obligado por efecto sólo de la manifestación de su voluntad, independientemente de toda aceptación del acreedor» (38). Mientras que, por el contrario, la sentencia estudiada habla de que el acuerdo vinculatorio requiere para ser tal que vaya seguido de aceptación; citando en su apoyo las sentencias de 17 de octubre de 1932 y la de 5 de mayo de 1958.

Esta discrepancia sobre lo que se entiende por *declaración unilateral* de voluntad tiene tanta mayor importancia, cuanto que todas las sentencias citadas del Tribunal Supremo, sin excepción alguna, han venido exigiendo de modo positivo o negativo el requisito de la aceptación. Esta exigencia de la aceptación significa que lo llamado *declaración unilateral* por las dichas sentencias no es lo que los autores vienen llamando así, sino que como dijera la sentencia de 31 de octubre de 1924, se trata de la figura de *contrato unilateral* (39).

En las sentencias citadas de 17 octubre 1932 y de 15 mayo 1958, se tiene en cuenta la aceptación, como elemento necesario y esencial para la eficacia de una promesa de cumplir una obligación moral o de conciencia. Coinciden con ellas otras sentencias. En la de 20 abril 1904 se considera que la promesa de cesión de unas acciones es ineficaz por haber sido revocada unos meses antes de ser aceptada por acta notarial (40); en la antes citada segunda sentencia en

(37) HERNÁNDEZ GIL (Antonio), *Derecho de obligaciones*, 1960, I, p. 252.

(38) MARTY RAYNAUD, loc. cit., II, 316, p. 276.

Con toda la necesaria claridad se nos dice: «Se habla de la *promesa* como *fuente unilateral* por virtud de la cual se perfecciona el negocio jurídico y se *crea* una obligación a cargo del promitente, sin necesidad de aceptación del destinatario de la promesa. El negocio jurídico así creado surge de la sola declaración de voluntad del promitente, en la que se contiene una *obligación* cuya existencia y eficacia se puede contemplar desde un doble punto de vista. Desde el punto de vista del emisor de la declaración, la promesa es *vinculante*, en cuanto de ella no se puede retractar; desde el punto de vista del destinatario de la declaración, la promesa es *exigible*, sin necesidad de una previa aceptación por su parte...». LALAGUNA, loc. cit., p. 807.

(39) La sentencia de 17 octubre 1932, prefiere el término de *negocio jurídico unilateral*.

(40) También en sentencia de 20 noviembre 1959, se considera ineficaz la declaración o promesa del propietario, sobre continuación del arrendamiento, por ser unilateral y no constar la aceptación del inquilino; sus razonamientos no son

casación de 13 noviembre 1962, la promesa hecha por la heredera de cumplir la voluntad del causante, abonando cierta cantidad a la vieja servidora del dicho causante, se declara eficaz por haber sido aceptada por hecho concluyente (papeleta de conciliación) por la beneficiada y no haber sido revocada antes por la promitente de modo tácito o expreso. La sentencia de 3 febrero 1973 dice requerirse, en todo caso, la aceptación, que refleje con claridad la concordancia de voluntades.

Se entiende que la promesa ha sido aceptada, tanto en caso de aceptación expresa o tácita como cuando la promesa ha sido rogada o exigida. En este sentido, además de la sentencia de 17 de octubre 1932 (peticiones de auxilio económico de la abandonada), pueden mencionarse las sentencias de 10 enero 1946 (promesa de indemnizar hecha en carta redactada por el abogado del perjudicado) y de 1 diciembre 1955 (fórmula de transacción exigida).

El primer requisito señalado es que la declaración de voluntad vaya «dirigida a determinada persona a título dispositivo y no de mera enunciación de un propósito», frase recogida de un considerando de la sentencia de 21 marzo 1957 (41); es decir, que se trate, como esta misma sentencia dice de una «declaración de voluntad recepticia». Esta exigencia se manifiesta en realidad con más fuerza (42) en la sentencia de 21 junio 1945; pues en ella se niega valor vinculante a lo escrito, sobre la pertenencia de la nuda propiedad de una finca, en una libreta o cuaderno para uso interno, es decir, a una manifestación no emitida o dirigida a alguien.

Como segundo requisito se cita el de que las declaraciones impliquen el reconocimiento de algún derecho (43) o de una relación jurídica preexistente (44). Al decirse esto, se pone de manifiesto la necesidad de que exista, en cada caso, una causa específica de la obligación contraída; lo que es lógico, dado el sentido que la jurisprudencia viene dando al término declaración unilateral de voluntad, es decir, el de contrato o negocio unilateral *atípico*. Como tales causas de contratos unilaterales atípicos se han venido considerando, la obligación moral (S. 17 octubre 1932), la obligación de conciencia de cumplir el mandato o la voluntad del causante (S. 5 mayo 1958 y S. 13 noviembre 1962), la bilateralidad de la prórroga del arrendamiento (S. 31 octubre 1924), la existencia de una obligación de indemnizar (S. 10 enero 1946), la existencia de mandato (S. 26 mayo 1950) y la existencia de una simulación y una fórmula transaccional (S. 1 diciembre 1955).

---

convincentes, ya que parece que la promesa fue requerida por el inquilino y hecha a cambio de que éste no ejercitara su derecho de retracto.

(41) Las palabras citadas son la reproducción, casi sin diferencias, de la definición dada por WINDSCHEID de la declaración de voluntad, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1873, II, § 304, nota 1, p. 154. Sobre el concepto de declaración de voluntad negocial, CASTRO, *El negocio jurídico*, § 82, p. 65; FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, § 11, 4, 1965, p. 139; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, § 25, 1967, p. 334.

(42) Se dice esto, porque en la Sentencia de 21 marzo 1957, las frases recogidas no son necesarias para fundar el fallo, ya que el Tribunal considera que existe un contrato bilateral perfecto; la finalidad de lo así dicho es la de rechazar uno de los motivos del recurso.

(43) Cita a la sentencia de 15 enero 1957. Esta sentencia no se encuentra en Jurisprudencia civil. Edición oficial, p. 100. Lo que desgraciadamente ocurre a menudo.

(44) Con cita de sentencia de 1 diciembre 1955; después mencionada.

Consecuentemente, la no existencia de causa, siempre según la jurisprudencia, determina el que sea ineficaz la declaración unilateral de voluntad para originar obligaciones jurídicas. Así ya la sentencia de 25 abril 1924. Se trataba de un documento privado, en el que se decía reconocer una deuda de 25.000 pesetas, y haberse convenido el aplazamiento de su pago hasta la muerte del deudor; deuda que deberían abonar sus herederos con preferencia y en metálico. En el pleito se puso en cuestión su causa. Por la demandante se alega la de un préstamo y también la de una liquidación de cuentas. El Tribunal de instancia, apreciando las pruebas según las reglas de la sana crítica, declaró que las causas mencionadas no habían existido; conforme a ello, el Tribunal Supremo entiende también que no existía la obligación unilateral cuyo cumplimiento se pretendía.

En la sentencia de 3 febrero 1973 (45) se plantea la cuestión del valor de una declaración contenida en un documento, fecha de 1 octubre 1962, en el que se dice que reunidos todos los seis socios de una sociedad anónima, en junta general, acuerdan determinar la participación en los beneficios que habían de corresponderle a cada uno de ellos como retribución anual y también, en igualdad con ellos, el porcentaje a recibir por un D. Enrique, que no tiene la condición de socio. D. Enrique demanda el cumplimiento de lo prometido. El Tribunal de instancia no estima la demanda y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por resultar probado que D. Enrique no había prestado servicio alguno a la empresa demandada a partir del año 1962, considerando que «aunque la causa debe ante todo ser considerada en relación con las que nacen del contrato, también debe ser entendida respecto a las que un sujeto asuma por declaración de voluntad unilateral».

Volviendo ahora a lo que nos dice el considerando que se comenta, puede observarse que se refiere a que el Tribunal *a quo*, en la sentencia recurrida, entiende que los requisitos enumerados como necesarios para la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad, no concurren en aquella que hiciera Federico L. C., en el acta notarial de 9 febrero 1967, por la que hacía renuncia de modo expreso a los derechos y acciones de toda clase que pudieran asistirle frente a sus hermanos. El Tribunal Supremo dice ante todo no haber dado lugar al motivo formulado en el recurso contra esta declaración, por haberse éste establecido invocando violación de normas y jurisprudencia, cuando tales preceptos y doctrina legal habían sido examinadas y analizadas detenidamente por el Tribunal inferior. Para la debida formulación del motivo dirigido a criticar este extremo de la sentencia, entiende el Tribunal Supremo que, conforme a su criterio formalista de la casación, debiera haberse alegado la transgresión por interpretación errónea de Ley y doctrina legal.

El haber rechazado el motivo del recurso por la razón formal señalada, no le ha parecido suficiente al Tribunal Supremo y ha querido entrar en el fondo de la cuestión; posiblemente para sentar doctrina, teniendo en cuenta la especialidad del caso de autos. En las anteriores sentencias del Tribunal ya mencio-

---

(45) Sobre esta sentencia, el magistral comentario de Díez PICAZO, en este ANUARIO, XXVIII-II (abril-junio 1973), p. 456-465. Sobre el requisito de la causa, CASTRO, loc. cit., § 272, p. 212 y sig., sobre «la causa justa como fundamento de la obligación creada por voluntad unilateral», LALAGUNA, loc. cit., p. 811 y sigs.

nadas, sobre declaraciones unilaterales de voluntad, la causa del negocio unilateral o de la promesa ya había tenido lugar («ob causam praeteritam»); existía la obligación moral o la relación jurídica reconocida. La declaración de Federico L. C. en beneficio de sus hermanos tiene como causa —se nos dice— la promesa de éstos de desistir de la denuncia presentada contra él por una de las hermanas; es decir, un contrato innominado atípico (D. 19,5,5), de la fórmula «prometo no hacer, si haces» («ob causam futuram»). El haber sido condenado Federico L. C. por sentencia de la Audiencia Territorial, revela no sólo que no se hizo la contraprestación a la prometida renuncia, sino que dicha contraprestación resulta ya imposible; con lo que el negocio queda sin causa. Parece poderse inferir que el Juzgador ha considerado la inexistencia de la causa, para aplicar por analogía el principio de la «condictio causa data causa non secuta» (D. 12,5,16),

Esta sentencia del Tribunal Supremo, y a su luz el análisis de la jurisprudencia anterior, lleva a rectificar algunos juicios hasta ahora comúnmente aceptados. Del estudio hecho, parece deducirse que las vacilaciones y contradicciones de la jurisprudencia —aunque reconocidas expresamente en repetidas sentencias— son verbales o terminológicas, más aparentes que reales en sus conclusiones. De hecho, los fallos de nuestro Más Alto Tribunal vienen aplicando en esta materia, de manera ininterrumpida, los mismos criterios fundamentales. Las referencias al carácter excepcional de la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad y la exigencia de que concurran en ellas determinados requisitos, vienen a resultar en que se consideran eficaces sólo aquellas declaraciones unilaterales integradas en contratos unilaterales atípicos, con causa suficiente para justificar su obligatoriedad.

## 5. LA REPUDIACIÓN DEL DESHEREDADO

### a) *Texto del cuarto y último considerando de la sentencia*

«CONSIDERANDO: que, en cambio, debe prosperar el tercer motivo del recurso, formulado bajo la rúbrica del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos, tantas veces citado, si bien es cierto que los artículos novecientos noventa y siete y novecientos noventa y nueve del Código civil, inspirados en la máxima de Derecho romano: *Semel heres, semper heres*, declara ineficaces las repudiaciones de herencias una vez hubiesen sido aceptadas expresa o tácitamente (sentencias veintitrés de abril de mil novecientos veintiocho, veintitrés mayo de mil novecientos cincuenta y cinco y catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y siete), y que el actor pretende hallarse incluido en el supuesto establecido en el número tres del artículo mil del indicado Cuerpo legal, al consignar en el segundo pedimento de la súplica de su escrito de demanda, que tenía percibida, como parte de la herencia de su padre, la cantidad de trescientas mil pesetas; no lo es menos que la resolución impugnada en su quinto razonamiento jurídico, reconoce la percepción de esa suma por vía presuntiva, pero declarando, expresamente, no haberse acreditado el concepto en virtud del cual le fue entregada, y por consiguiente, que ella representara el precio de la repudiación, y siendo ello así, no puede entrar en juego lo preceptuado en la norma legal últimamente indicada, por lo

cual y teniendo presente que la Sala sentenciadora no da por justificado que la repudiación realizada en el acta número novecientos veintiuno de nueve de febrero de mil novecientos sesenta y siete, no constituyera un acto voluntario y libre del repudiante, ni que su voluntad estuviera afectada por alguno de los vicios que anulan el consentimiento, o que apareciera un testamento posterior desconocido, es indudable que, al no haber reconocido la validez de tal acto, el Tribunal *a quo*, ha infringido los artículos expresados, y los novecientos ochenta y ocho y novecientos ochenta y nueve de la Ley Civil Sustantiva, siendo esa, tal vez, la razón por la que no expresó el fundamento por el que llegó a semejante acuerdo y por la que procede dar lugar a este motivo, y sin que contra ello pueda aducirse con éxito el contenido del artículo novecientos noventa y uno del repetido Cuerpo legal, porque el actor, al repudiar la herencia de su padre, tenía plena conciencia de su fallecimiento y de los derechos sucesorios que le correspondían, con arreglo a los artículos ochocientos siete, número uno, y ochocientos ocho, no deduciéndose, en cambio, de los hechos que se declaran probados en los Considerandos de la Audiencia, y en los del Juzgado de Primera Instancia, aceptados por ésta, su conocimiento, en el instante de emitir aquella declaración de voluntad, de la cláusula tercera del testamento de veintitrés de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, y como el derecho a la legítima constituye la regla general y la facultad de desheredar la excepción, que, por consiguiente, ha de interpretarse en sentido restrictivo, al extremo de invertirse la carga de la prueba en cuanto a las causas en que se apoye (artículo ochocientos cincuenta), de ahí, en el presente caso, el acuerdo judicial adoptado por el Tribunal de instancia no contradiga las presunciones impuestas por el artículo novecientos noventa y uno, sobre todo cuando, aunque se entendiera que la declaración de nulidad de la desheredación constituyera una condición previa para gozar de la legítima estricta, en el supuesto aquí contemplado, tal condición tendría el carácter de resolutoria y no suspensiva, y sería exigible el derecho legitimario del actor, sin perjuicio de los afectos que puedan derivar de una ulterior resolución del mismo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos seiscientos cincuenta y siete y párrafo segundo del mil ciento trece, ambos del Código civil, al igual que ocurre en cuantas hipótesis se anule cualquier disposición testamentaria.»

#### b) *Comentario al cuarto considerando de la Sentencia*

La última cuestión tratada en la sentencia es la de la validez de la repudiación hecha ante Notario por Federico L. C., a la herencia paterna. Revocando las del inferior, la sentencia de instancia declara nula la dicha repudiación. Contra ella se recurre en el tercer motivo por infracción de ley, por violación de los artículos 988, 989 u 997 del Código civil. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Antes de pasar al estudio de las razones aducidas para casación, conviene advertir que la sentencia recurrida no aclara una cuestión fundamental, la del significado jurídico de la entrega de 300.000 pesetas hecha a Federico L. C. por sus hermanos. En la referencia a la demanda, contenida en el primer resultando, se dice: «Que con la misma fecha de las actas notariales a que se refiere el hecho anterior (las de 9 de febrero 1967), su mandante recibió de sus

hermanos *por su herencia* la cantidad de trescientas mil pesetas». El considerando comentado, por su parte, dice que «al consignar en el segundo pedimento de la súplica de su escrito de demanda, que tenía percibida, *como parte de la herencia* de su padre, la cantidad de trescientas mil pesetas» (46). La sentencia recurrida, sigue diciendo en el mismo considerando, que se reconoce la percepción de esa suma por vía presuntiva, pero también declara expresamente no haberse acreditado el concepto en virtud del cual le fue entregada. Todavía, en la segunda sentencia en casación, el Tribunal Supremo, declara no ser «preciso hacer mención en el fallo de las trescientas mil pesetas recibidas por el actor, por no haberse justificado de forma adecuada el concepto en que le fueron entregadas, si bien ello no supone, de ningún modo, que haya de devolverlas».

Con la dicha abstención del Tribunal «a quo», al no considerar en su conjunto la conducta de las partes y al no haber sido ella impugnada por el recurrente, queda flotando la duda: ¿las declaraciones de Federico L. C. en las actas notariales del 9 febrero y la entrega de las 300.000 pesetas en la misma fecha son el resultado de un arreglo o fórmula transaccional entre los hermanos?

Dada la situación de hecho, que resulta de lo que da por probado la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo habrá de concluir que la entrega de las 300.000 pesetas a Federico L. C. no fue hecha en pago de su renuncia a la herencia; con lo que cae la objeción de que la herencia había sido aceptada (art. 1.000, 3.º) y no podía ya repudiarse. No hay nada en contra de que la repudiación fuera un acto libre y voluntario, no afectado de vicios; por lo que habrá que admitir en principio la validez de la repudiación.

Mas el Tribunal Supremo ha de preguntarse todavía si Federico L. C. repudia estando *cierto* de su derecho a la herencia (art. 991). Ello obliga a enfrentarse con una vieja y discutida cuestión, que viene arrastrándose a lo largo de los siglos, dado lo poco claro de los textos recogidos en el Digesto (47), y que no ha sido aclarada en los antecedentes más próximos del Código civil (48). La vacilación se mantiene, además, siempre viva, por lo ambiguo de la frase. El estar cierto puede entenderse de modo subjetivo y entonces se estimará equivalente a creer sin dudas, o bien de un modo objetivo y la certidumbre existirá cuando resulte ser cierto el derecho. Cada una de dichas interpretaciones se ha podido también basar en una apropiada razón jurídica; la subjetiva verá el error como vicio de la repudiación, mientras que la objetiva entenderá que la repudiación resulta inválida por falta de causa.

Entre una y otra interpretación parece más aceptable la objetiva. No es contraria al valor semántico del término «estar cierto» (49) y resulta la única

(46) El subrayado es nuestro en las dos citas hechas.

(47) Me refiero a los fragmentos recogidos en D. 29,2. En especial a D. 29,2,15, en donde se dice que el que se piensa ser heredero necesario y lo es voluntario, no puede repudiar (eficazmente), porque «plus est in opinione, quam in veritate» y a D. 29,2,23, en el que el texto «in repudianda hereditate vel legatus certus esse debet de suo iure is, qui repudiat», es entendido por la glosa como «certitudo pro vehementi opinione».

(48) El art. 823 del Proyecto de 1851, cita a D. 29,2, fragmentos 3, 19, 23 y 93, a P. 3, 6, 14 (sobre el pago por error) y los artículos 973 al 979 de Luisiana; hubiera podido citar también a P. 6,6,19.

(49) «Cierto» es, según el Diccionario de la Academia de la Lengua, «conocimiento seguro y claro de una cosa» y «certeza», «conocimiento como verdadero, seguro, indubitable».

compatible con la referencia hecha en el mismo artículo al «estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar». Por el contrario, la opinión subjetiva o «certeza subjetiva personal» merece la crítica que le hiciera Sánchez Román, pues con ella habría que atenerse al dicho del repudiante, «cuya sinceridad y certeza sólo él puede atestiguar» (50).

El Tribunal Supremo ha seguido la interpretación subjetiva, partiendo de dos hechos, el que Federico L. C. tenía «plena conciencia» de «los derechos sucesorios que le correspondían» como legitimario y el de que no se deducía de los hechos que se declaran probados que conociera su desheredación. Presunción negativa esta última de apariencia poco sólida, dada la tensión entre hijo y padre, durante la vida de éste y los tratos entre los hermanos determinantes de las actas del 9 de febrero. Quizá el Tribunal hubiera podido llegar a la misma conclusión mediante la interpretación objetiva, atendiendo a que la certidumbre del derecho a la herencia se afirma al ser declarada nula la cláusula de desheredación.

Se ha tratado, en fin, de fortificar la conclusión obtenida, agregando como argumento el del juego de la declaración de nulidad de la cláusula de desheredación, como condición previa resolutoria y no suspensiva para gozar de la legítima estricta, ya que, se nos dice «sería exigible el derecho legitimario del actor, sin perjuicio de los efectos que puedan derivar de una ulterior resolución del mismo». Razonamiento nada claro y, en todo caso, difícilmente armonizable con la opinión general sobre la eficacia de la desheredación. Esta ha sido formulada en la sentencia de 20 de marzo de 1931, diciendo que «mientras no sea anulado el testamento de 18 de marzo de 1910 en que el demandante fue desheredado, la desheredación le priva de todo derecho sobre la herencia de su padre». Según esta doctrina, la mecánica de la desheredación se manifiesta produciendo los siguientes efectos. El desheredado, aunque sea legitimario, queda privado de esta condición, mientras la desheredación no sea por él contradicha. Solamente al ser negada por el desheredado la causa de la desheredación cambia la situación en el procedimiento, y la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador (art. 850). Por tanto, Federico L. C., en 9 de febrero de 1967, fecha de su repudiación a la herencia, no ostenta la condición de legitimario y no puede decirse estuviera cierto de su derecho a la herencia. No será hasta la presentación de la demanda, pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula de desheredación, cuando se pone en duda la desheredación; y será la sentencia firme declarando dicha nulidad la que hace que aparezca como cierto el derecho a la herencia de Federico L. C.

Aunque innecesario, creo poder añadir que los comentarios sobre los razonamientos hechos en esta sentencia no significan desconocer lo justo de los resultados obtenidos y la dificultad de llegar a ellos, dado el sistema de la casación, aumentada por el enfoque dado al pleito por los litigantes.

C. B.

---

(50) *Estudios de Derecho Civil*, 1910, VI, 3.º, p. 1792.

## II. SENTENCIAS ANOTADAS

**Cláusula de estabilización de la renta de un local de negocio considerada como ineficaz por falta de una operación aritmética básica.**

*(Sentencia del Tribunal Supremo  
de 11 junio 1974)*

A. *Los hechos*: El propietario de un local de negocio lo arrienda el 17 de mayo de 1967, de acuerdo con las disposiciones de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en cuyo art. 100 se le autoriza a pactar un sistema de actualización, por lo que, en una de sus cláusulas contractuales, establece que: «Ambas partes contratantes convienen que la renta estipulada en el presente contrato se acomodará cada dos años a las variaciones del coste de la vida, de acuerdo con los índices que fija la Dirección General de Estadística, tomando como base la existente en la fecha del contrato».

Pasados cinco años, el arrendador, previo certificado del Instituto de Estadística, donde se concreta que el índice general del costo de la vida en el período de octubre de 1965 a octubre de 1970 supone un incremento del 31 por 100, exige del arrendatario se cumpla el compromiso, sin ser atendido.

B. *Los tribunales de instancia*: Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia, el 2 de octubre de 1972, sentencia que es legítimo el aumento de 660 pesetas con 48 céntimos mensuales, a partir del 1 de enero de 1972 para el precio del arriendo.

Interpuesto recurso de apelación por el arrendatario, la Audiencia Territorial revoca la sentencia y desestima la demanda del arrendador, imponiéndole incluso las costas.

El arrendador, entonces, eleva recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, quien dicta Sentencia el 11 de junio de 1974, declarando no haber lugar al recurso de injusticia notoria en base a los siguientes razonamientos: «Considerando: que la sentencia recurrida rechaza la reclamación referente al aumento de renta, fundamentalmente, por estimar no probado que la revisión en favor de la arrendadora implique la exigencia a la arrendataria de la cantidad solicitada en la demanda, a cuya conclusión llega, considerando el contenido de la certificación del Instituto Nacional de Estadística, acompañado con la demanda como documento número dos, y, además, por no haber aducido la actora ninguna razón, ni indicado el resultado de ninguna operación aritmética básica, para apreciar que es correcto el aumento de renta solicitado».



C. *Anotación*: No acabamos de entender cómo el Tribunal Supremo pueda decir que no queda probada la exigencia de la parte arrendadora respecto de la arrendataria en cuanto a la revisión de la renta, si existe un contrato con una cláusula estabilizadora claramente constatada, por lo demás, legitimada por el art. 100 de la LAU vigente. Más extraño, todavía, es el razonamiento de que no fue indicado el resultado de ninguna operación aritmética-básica, cuando el propio arrendador, ante el Juzgado de Primera Instancia, deja concretada numéricamente, y éste lo ratifica, la cuantía de elevación de la renta, repetida en su alzada ante el Tribunal Supremo.

Si hacer justicia es «*suum quique tribuere*», debiera de tenerse en cuenta, sobre todo en cuestiones patrimoniales constatadas (no vitales, sino nimias, como la presente en autos), más el fondo del asunto que el dar mayor importancia a ciertas apariencias formales que, por lo demás, en el caso presente quedan cubiertas. Legal, dogmática y equitativamente no cabe rechazar actualmente una cláusula de estabilización en un arrendamiento de local de negocio según nuestro Derecho positivo; correctamente pactada, por su naturaleza bilateral y conmutativa, atendida por las partes contratantes en cuanto a sus extremos legales (art. 100 LAU 1964), es eficaz y lícita por quedar concretada y demostrada en el certificado oficial la cuantía del valor del índice de actualización de la renta. Humana y equitativamente —valores esenciales en quienes deben ser los más auténticos veladores de la justicia— tampoco pueden ser desconocidas estas cláusulas, cuando a un arrendador (en este caso representante de unos huérfanos) se le suprime por una consideración formalista (que no llega a ser auténticamente formal) de un justo interés patrimonial que ha dejado de percibir y que mitigaría el rebajado poder adquisitivo de una cuantía arrendaticia muy castigado por la actual inflación imperante.

Si el no haber «indicado el resultado de ninguna operación aritmética-básica, para apreciar que es correcto el aumento de renta solicitado», según dice la Sentencia, es causa de rechazo e ineficacia de una cláusula estabilizadora (que, por lo demás, repetimos, se aportaba con el comprobante del índice o certificación del Instituto de Estadística), pone a los letrados ante una exigencia de que no se equivoquen en sus matemáticas so pena de la nulidad de sus alegaciones y defensas.

Lo triste es el apreciar la crisis de responsabilidad que se agudiza en nuestros días; da la sensación de que prevalece lo accesorio y formal ante lo sustantivo y principal; además del sentido equitativo en el mundo patrimonial, ¿qué se ha hecho de la buena fe del arrendador acogido a las disposiciones legales? Si la cláusula de estabilización pactada por las partes es lícita y válida según el art. 100 de la LAU de 1964 y se aporta el certificado del valor del índice, ¿es que ya no puede funcionar la justicia por no hacerse una multiplicación? Hasta ahora hemos creído que hacer justicia no es hacer una operación aritmética, sino constatación de las acciones humanas dentro de un contexto legal, o consuetudinario, y la primacía de unos principios hasta ahora incommovibles: «*honestum vivere, alrerum non laedere, suum cuique tribuere*». Y si no hay que dañar a otro y dar a cada uno lo suyo, hay que dar el aumento de renta legalmente autorizado, sea indicando o sin indicar el resultado de una operación aritmética (que es cosa accesorio y nimia), pero, hay que darlo.

### III. SENTENCIAS

A cargo de José BARBA DE VEGA, Juan CADARSO PALAU, María Angeles CALZADA CONDE, Pedro DE ELIZALDE, Gabriel GARCIA CANTE-RO, Tomás DE LAS HERAS LORENZO, Angel LUCINI CASALES, Uriel MENDIETA LECLAIRE, José PERÉ Y RALUY, Ricardo RUIZ SERRA-MALERA.

#### I. DERECHO CIVIL

##### 1. Parte general.

1. PRUEBA DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA: LETRA DE CAMBIO: ENDOSO EN BLANCO: *Por lo que respecta a la alegación y prueba de la legislación extranjera en nuestra jurisprudencia, ha proclamado de manera reiterada y uniforme: a) que las leyes extranjeras pueden ser alegadas como medios de prueba ante los Tribunales españoles; b) que la cita aislada de artículos de Códigos extranjeros no es suficiente para justificar la obligación en ellos determinadas; c) que hay que acreditar la existencia y el sentido de la ley que se invoca por medio del dictamen de dos juriconsultos de dicha nación, debidamente legalizado, a) que es preciso, cuando se interese en juicio la aplicación de leyes extranjeras, que se justifique lo que la jurisprudencia del país tenga establecido, ya que es necesario probar no sólo la exacta entidad de tales normas (vigencia actual), sino también el sentido, alcance e interpretación asignados por los Tribunales del respectivo país, y e) que se pruebe el Derecho extranjero con certificación legalizada del Consulado y aclarado su concepto por dos juristas de esa nacionalidad. (Sentencia de 3 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

2. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *El artículo 1.969 C. c., en punto a determinar cuándo debe entenderse cuando ha nacido la acción, acepta el criterio o teoría de la realización al establecer que, salvo que haya disposición especial en contrario, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contara desde el día en que pudieron ejercitarse, siendo constante y uniforme la doctrina jurisprudencial en el sentido de que esa posibilidad es la legal y que las condiciones del individuo u otras circunstancias sólo pueden tenerse en cuenta cuando la Ley así lo determina. En su virtud si, conforme al contrato realizado, la constitución de la SRL "tendrá lugar cuando el señor ... haya aportado las últimas 100.000 ptas.", es evidente que desde ese momento comienza a contarse el tiempo de quince años que para la prescripción de la acción personal de que se trata establece el artículo 1.964 C. c. (Sentencia de 19 de noviembre de 1973; no ha lugar.)*

## 2. Derecho de la persona.

1. TÍTULO NOBILIARIO: HIJO NATURAL LEGITIMADO POR CONCESIÓN REAL: *Según la Ley IV, tít. XIII, de la partida IV, el hijo legitimado por concesión real puede suceder en dignidades nobiliarias siempre que el "rescriptum principis" contuviera el expreso mandato de ser autorizado excepcionalmente en dicha sucesión.*

REAL DESPACHO DE LEGITIMACIÓN: INTERPRETACIÓN: *El Real Despacho de 2 junio 1914, otorgado por Alfonso XIII, por el que se legitimaba después de fallecido a un hijo natural del solicitante, instituye a los descendientes legítimos de éste en todos los derechos, franquicias y prerrogativas que puedan y deban gozar, según las leyes del Reino, los sucesores de un legitimado por concesión Real; pero dicha concesión no contiene la particular autorización exigida por la legislación de Partidas para sanar el viciado eslabón en la cadena sucesoria del actor, otorgándole derecho preferente frente a la línea legítima de hembra, pues su generalidad no puede prevalecer cuando es necesaria una expresa y particular referencia, a manera de privilegio, que elimine toda duda, como ya se mantuvo por esta Sala en Sentencias de 5 julio 1960 y 26 junio 1963, ante lo dispuesto por la citada Ley de Partida. (Sentencia de 20 mayo 1975; no ha lugar.)*

## 3. Obligaciones y contratos.

1. OBLIGACIONES CONDICIONALES: SU NULIDAD Y LA NULIDAD DEL CONTRATO: *El artículo 1.115, inciso 1.º, del C. c., como el siguiente artículo 1.116, párrafo 1.º, no establece la nulidad del contrato, sino únicamente la de la obligación afectada por una condición dependiente de la exclusiva voluntad del deudor.*

NULIDAD PARCIAL DEL NEGOCIO: ALCANCE: *La cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación de tal negocio, que solamente puede abordarse en casación si se ponen en juego por el recurrente las reglas de hermenéutica contractual incorporadas a los artículos 1.281 y siguientes del C. c.*

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124 DEL C. c.: *Es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo que el principio de equidad a que responde el artículo 1.124 del C. c. revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impide. (Sentencia de 4 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

2. PAGO POR CUENTA DE OTRO: CONSIGNACIÓN DE MALA FE: DEFECTOS DEL RECURSO: *El motivo que, por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 LEC, denuncia violación del artículo 1.158 C. c. ha de ser desestimado, toda vez que para justificar dicha violación parte del supuesto, no admitido por la Sala "a quo", de la existencia de mala fe en el demandante que consignó, modificando por tanto las premisas fáctica y haciendo supuesto de la cuestión.*

RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA: PAGO HECHO POR TERCERO: DEFECTOS DEL RECURSO: *Al denunciar el recurrente "violación o interpretación errónea", del artículo 1.210 del Código civil, incide en falta de la claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la ley procesal y por ello en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729, que en este trámite se convierte en causa de desestimación; más aún cuando así no fuera, tampoco podría prosperar, por cuanto es evidente que el demandante, como otorgante de la escritura de hipoteca y demandado en el procedimiento ejecutivo especial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, estaba directamente interesado en la obligación, por lo que no le pudo ser de aplicación el número segundo del artículo 1.210 del Código civil. (Sentencia de 31 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

3. INCONGRUENCIA: *No se produce al existir pronunciamiento absolutorio, porque supone la desestimación de todas las pretensiones formuladas en la demanda.*

COMPENSACIÓN: 1.º *Es un medio simplificado de pago y extintivo de las obligaciones;* 2.º *No exige necesariamente oponerse por medio de reconvencción, y* 3.º *Se produce y opera "ipso iure"; desde que existen dos deudas quedan extinguidas en todo o en parte según el alcance de la compensación, siendo de la exclusiva apreciación del juzgador de instancia.*

VALORACIÓN DE LOS HECHOS POR EL TRIBUNAL "A QUO": *Debe prevalecer a menos que existan documentos que la contradigan de modo evidente y manifiesto, sin necesidad de acudir a interpretación o deducción alguna.*

VALOR PROBATORIO DE LAS CUENTAS: *No queda enervado por el artículo 48 Código de comercio cuando las cuentas no reúnan todos los requisitos señalados.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS Y OTROS ACTOS JURÍDICOS: *No puede detenerse en el sentido literal de las palabras, ha de indagarse cuál fue la intención de las partes y la finalidad de las operaciones, infiriéndolas de las circunstancias y total conducta de los interesados, sin excluir los actos anteriores de éstos, siendo función privativa de los Tribunales de Instancia.*

ARTÍCULO 90 EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 11, 17 Y 91 LEY SOCIEDADES ANÓNIMAS: *Se refieren a aportaciones no dinerarias, no siendo aplicables a las de numerario.*

PRECEPTOS PROCESALES: *No pueden servir de fundamento a un recurso de fondo por infracción de ley.* (Sentencia de 16 de octubre de 1975; no ha lugar.)

4. COMPENSACIÓN: REQUISITOS: CANTIDAD LÍQUIDA: *La doctrina jurisprudencial ha tenido que recordar con insistente reiteración que si bien es indudable que por la compensación se extinguen los créditos en la cantidad concurrente, esto sólo puede operarse con éxito en el supuesto de ser perfectamente conocidos los extremos compensatorios que permitan estimar sin duda el montante de ambas cantidades, y nunca será posible si uno de ellos pende de una liquidación no practicada en el proceso por falta de la oportuna prueba; en el caso de autos la sentencia recurrida destaca que la prueba no consiguió otra cosa que poner de relieve una complejísima relación negocial en la que las partes litigantes aparecen unas veces como acreedores y otras como deudores, sin la existencia cierta de un adeudo.* (Sentencia de 24 de noviembre de 1975; no ha lugar.)

5. COMPRAVENTA DE PARCELA CON OBLIGACIÓN DE CONSTRUIR A CARGO DEL COMPRADOR: ACCIÓN RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO: IMPROCEDENCIA POR NO EDIFICABILIDAD AL FALTAR EL PLAN PARCIAL DE ORDENACIÓN Y PROYECTO DE URBANIZACIÓN: *Por encima de la voluntad de las partes, expresada en las estipulaciones contractuales que obligaban al comprador a edificar en la parcela comprada en un plazo determinado, están las normas generales de obligatorio acatamiento, en virtud de las cuales, al no remover el vendedor los obstáculos que impidieron la aprobación del plan parcial de ordenación y el proyecto de urbanización pertinente, le fue denegada al comprador de la parcela la autorización para edificar.* (Sentencia de 8 de abril de 1975; no ha lugar.)

6. CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS: CUMPLIMIENTO INCORRECTO O DEFECTUOSO: *De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.091 del C. c. "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos", y es que este cumplimiento es el modo normal de extinción de las obligaciones, como lo declara el artículo 1.156 del mismo Cuerpo legal, y así si el acreedor tiene un verdadero derecho a exigir aquello que se le debe, el deudor tiene el deber de prestarlo e, incluso, de no hacerlo o hacerlo contraviniendo su tenor, que se ejerce a su costa, como establece el artículo 1.098 del C. c.; esto es, se equipara al incumplimiento el cumplimiento incorrecto o defectuoso, en razón a la exactitud de la prestación, principio que consagra el artículo 1.166 del expresado Código.*

COMPRA DE PISOS SEGÚN PROYECTO: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN: CUMPLIMIENTO FORZOSO: INCONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que condena al pago de una indemnización, cuando en la demanda se solicita que "...se condene a los demandados a abonar a los actores ... las cantidades que se expresan" y subsidiariamente que "se condene a los demandados a ejecutar en las viviendas y edificios propiedad de los actores las obras que se detallan en la demanda, para dejar los mismos en el*

ser, estado, condiciones y con los materiales pactados en el modo, forma y plazo que se determinará en la sentencia o en ejecución de la misma". La acción que se está ejercitando por los actores, es la de cumplimiento de contrato, ya que sus pretensiones no son otras sino las de que la vivienda de cada uno de ellos y edificio de la comunidad de los respectivos propietarios, queden y respondan a las condiciones, características y calidades pactadas y con arreglo a las que debieron ser entregadas, sin que en forma alguna se pretenda o formule una condena indemnizatoria que lo habría de ser de daños y perjuicios, cuando en todo momento no se está haciendo sino una valoración de las obras a ejecutar, bien por los actores, para lo que piden aquellas cantidades, bien por los propios constructores. No resultando probadas las cantidades en las que los demandados cifran las que deben entregarse a cada uno de ellos (como la correspondiente a los elementos comunes de cada bloque) para dejar las viviendas y edificios en el estado en el que debieron ser entregados, forma de cumplimiento a la que hace referencia el suplico de la demanda formulada en forma principal, no cabe sino acudir al formulado en forma subsidiaria y, consecuentemente, estimando la demanda en tal sentido, condenar a los demandados a ejecutar en las viviendas y edificios propiedad de los actores las obras que se detallan, para dejar los mismos en el ser, estado, condiciones y con los materiales pactados en el modo y forma correspondiente al tipo de construcción. (Sentencia de 30 de enero de 1975; ha lugar.)

7. CRÉDITO REFACCIONARIO: NATURALEZA: *El crédito refaccionario deriva de un contrato de préstamo, por el que se entrega a otro dinero o materiales necesarios para la construcción, conservación o reparación de una finca, entregas que se van efectuando a medida que la construcción se va realizando, así pues, el elemento personal está integrado por el que presta y por el que recibe lo prestado. El acreedor refaccionario puede exigir que sobre la finca refaccionada se vayan anotando las cantidades que, de una vez o sucesivamente, anticipare, siendo necesaria la presentación del contrato por escrito que en cualquier forma haya celebrado con el deudor —artículo 59 de la LH—, por lo que este crédito es inexistente cuando no se da un específico crédito, derivado directamente de ser aportación de obras, en cumplimiento de la prestación convenida, sino a cambio de una participación alícuota en los beneficios que se obtengan.* (Sentencia de 19 de abril de 1975; no ha lugar.)

8. ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: *Para dictar la resolución es preciso hacer patente una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato, o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.*

ÁMBITO DEL RECURSO DE APELACIÓN: ADHESIÓN: *Si hay adhesión a la apelación el tribunal puede conocer del pleito con el alcance, extensión y sentido con que quedó fijado en primera instancia; cuando no la hay sólo puede conocer de los extremos alegados por el apelante, aunque la sentencia de primera instancia haya sido favorable al apelado.* (Sentencia de 21 de octubre de 1974; no ha lugar.)

9. APLICACIÓN ARTÍCULO 1.284 CÓDIGO CIVIL: *No procede cuando el Tribunal no interpreta el contrato, sino que sienta el hecho de que han sido cumplidas las obligaciones de pago de los plazos parciales.*

PAGO DE ENTRADA SUPERIOR A LA FIJADA: *Constituye una forma distinta de cumplimiento de las obligaciones de pago parcial, admitida por la otra parte al tomar el dinero otorgando los correspondiente recibos.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1975; no ha lugar.)

Inmobiliaria vende a plazos un piso y un local de negocio, ambos a la misma persona y con pacto de resolución caso de impago, con pérdida del 50 por 100 de lo ya entregado. El comprador no paga los plazos, pero respecto del piso dio una entrada superior a la fijada, de ahí que no proceda la resolución del contrato de venta de éste y sí la del local de negocio.

10. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL: *Exclusivamente en caso de falta de pago del precio y no al de obligaciones distintas.*

ARTÍCULO 1.124 C. CIVIL: *Será aplicable caso de incumplimiento de obligación distinta del pago del precio, como la de asunción de hipotecas que gravan el inmueble objeto del contrato.* (Sentencia de 10 de junio de 1975; ha lugar.)

Venta de inmueble, parte del precio, aplazado; compradora se obliga a asumir las hipotecas que gravaban inmueble. Compradora reclama entrega (otorgamiento) de escritura. Vendedor alega resolución por incumplimiento obligación de asunción.

11. NATURALEZA DE LA ACCIÓN: *no se determina por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, sino por los hechos y lo pedido en el "suplico" de la misma.*

CULPA CONTRACTUAL: *Existe cuando haya un contrato entre las partes y un daño producido por el cumplimiento negligente del mismo.*

PRUEBA DE PERITOS: *No es combatible en casación, porque: no ostenta el rango de documento o acto auténticos, no acredita por sí solo de modo irrefutable un hecho, y ha de ser apreciada según las reglas de la sana crítica y en relación con otras pruebas.*

PRESCRIPCIÓN: *La regulada en los artículos 124 en relación con el 119 de la Ley de Navegación Aérea no es aplicable a los supuestos de culpa contractual.* (Sentencia de 10 abril de 1975; no ha lugar.)

Fumigación aérea de un campo de trigo y daños causados en otro contiguo de remolacha perteneciente igualmente al que contrató la fumigación.

12. PERFECCIÓN DEL CONTRATO: CONCURRENCIA DE LA OFERTA Y ACEPTACIÓN: *El problema de si la oferta y la aceptación para que haya contrato han de ser simultáneas, es un problema ya superado por la doctrina científica y la jurisprudencia, coincidentes en admitir que la aceptación puede ser expresa o incluso tácita, por ejemplo, en los contratos de adhesión las condiciones de la reglamentación son obra del oferente, quedando sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión; pero en todo caso, como dice la sentencia de 24 de enero de 1957, el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes o de sus declaraciones resulte implícita su aquiescencia.*

MANDATO: RENDICIÓN DE CUENTAS: FORMA DE REALIZARLA: *Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, partiendo de la propia naturaleza de la institución, establecen que "dar cuenta" y "rendir cuentas" son expresiones equivalentes y que si nada se ha pactado será libre la forma de redactar la cuenta, pero deberá en todo caso contener detalladamente los ingresos y los gastos y basarse en documentos o comprobantes (Sentencia de 22 de enero de 1957), como exigen el artículo 283 del C. c. cuando habla de la rendición de cuentas de la tutela y el 1.010 y el 1.012 de la LEC para el caso de la administración del "ab intestato". (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

13. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL: FUERZA VINCULANTE: *No obstante el carácter excepcional y restringido con que se ha reconocido en algunos casos la fuerza vinculante de la promesa unilateral ..., cuando se le considera como expresión de cumplir una obligación preexistente, aunque no puesta hasta entonces de manifiesto, o constituya el decidido propósito de cumplir un deber de conciencia ... esa declaración de voluntad es una promesa formal que tiene fuerza vinculante, como cualquier otro contrato, dado que se dan los requisitos esenciales del artículo 1.261 del C. c. y tratándose de una oferta deliberadamente hecha con firme voluntad de obligarse, su exigibilidad en el orden civil es de todo punto procedente.*

CONTRATO VERBAL: VALOR DEL DOCUMENTO PRIVADO FIRMADO POR UNA DE LAS PARTES: *Cuando tras un detenido análisis de los términos en que aparece redactado un documento privado firmado por sólo una de las partes, se desprende que reitera lo establecido en el previo acuerdo verbal y se redacta de conformidad y garantía de aquel convenio, es notorio que coincidiendo el acuerdo primario y el documento, éste no hace otra cosa que dar forma a lo ya preexistente, a la manera de "specificatio".*

ACEPTACIÓN DE LA OFERTA: VALOR QUE TIENE LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO EN UNA OFICINA PÚBLICA: *La presentación de un documento en una oficina pública, como lo es la Liquidadora de Derechos Reales, es un acto que no revela únicamente el pretender cumplir un requisito fiscal, sino que es una manifiesta expresión de la aceptación del ofrecimiento que en el mismo se hace por parte del destinatario de tal declaración, porque de no ser*



así resultaría totalmente ilógico que pretendiese pagar un impuesto por una transmisión de un derecho a su favor que no había aceptado. (Sentencia de 19 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

14. CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL: VOLUNTAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Si bien es cierto que, por regla general, la inexistencia del consentimiento contractual debe apreciarse por el juzgador de instancia, por ser cuestión de hecho, y que su criterio sólo puede combatirse en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, no lo es menos que cuando lo que se discute es la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas jurídicas reguladoras de la formación de la voluntad contractual de la Administración pública, el cauce procesal adecuado para el debate es el proporcionado por el número 1.º del mismo artículo 1.962.*

FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN: INDEPENDENCIA DE LA REGULACIÓN EL FONDO DEL CONTRATO: *En lo que se refiere a la formación de la voluntad de la Administración, tal voluntad debe surgir de los órganos competentes para ello a través, precisamente, del procedimiento, incluidos los recursos, que las normas administrativas, especiales o generales, prevén, tanto cuando se presente como poder público, revestida de "imperium" como cuando actúe sin tan solemne apariencia, de tal suerte que la competencia y el procedimiento referidos tienen por ello una naturaleza común en todos los procesos contractuales con independencia de la regulación, pública o privada, del fondo del contrato, criterio éste recibido ya en la jurisprudencia de este Alto Tribunal y en el que se inspira la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento.*

ERROR DE HECHO: FUNDAMENTO: *Para que pueda prosperar un motivo de casación amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC citado y en el que se alegue error de hecho en la apreciación de las pruebas es menester que la pretendida equivocación recaiga sobre hechos que constituyan o puedan constituir fundamento esencial del fallo, no bastando que la equivocación pretendida se refiera a datos fácticos o elementos de prueba de carácter secundario.*

ACTOS PROPIOS: *Denunciada la violación del principio general de Derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, no puede prosperar el motivo alegado, toda vez que: A) dado el carácter de normas jurídicas imperativas de las disposiciones reguladoras de la formación de la voluntad contractual de la Administración, les conviene también el carácter autárquico, según el cual su vigencia y eficacia vinculante son independientes de toda sumisión voluntaria de los sometidos a ellas. B) los actos contra lo que no es lícito ir válidamente son aquellos que causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, requisitos que no concurren en los actos de la Administración sujetos a recurso administrativo, y C) respecto al acto del Ministerio por el que se autoriza al Consejo de Investigaciones Científicas para la enajenación de inmuebles, no se advierte contradicción*

entre él y el del propio Departamento que fiscaliza la selección de adjudicatarios efectuada por el mismo Consejo.

**INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL; EFECTOS RESPECTO DEL RECURSO:** *Al quedar subsistente la apreciación de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia del consentimiento contractual es claro que tienen que rechazarse la alegación de haberse violado por inaplicación los artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.279, 1.280 y 1.450 del C. c., todos los cuales presuponen la existencia de tal consentimiento. (Sentencia de 14 de junio de 1975; no ha lugar.)*

15. **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS:** *Alegado por el recurrente, como primer motivo del recurso, error de hecho en la apreciación de la prueba —al amparo del número 7 del artículo 1.692 LEC— hay que desestimarlos, pues todos los documentos que cita como auténticos, para fundamentar su aserto, esto es, la demanda origen del pleito y los dos contratos “en los que se apoyó dicha demanda” son inoperantes para el fin pretendido: la primera porque no reviste caracteres de documento probatorio de ninguna clase, y los segundos, porque aún reconocidos por las partes, constituyen, según expresión del propio recurrente, la base de todo el pleito; lo cual hace que, si bien pueda ser discutida su interpretación al amparo del número 1.º del artículo 1.692, nunca puedan ser invocados para contrastar errores de hecho y porque, al ser básicos, han tenido que ser estudiados, y lo han sido por ambas instancias; de modo que pretender montar sobre ellos un motivo de error de hecho equivale a desvirtuar la naturaleza de este recurso, queriendo sustituir el criterio de la Sala por el de la parte.*

**DEFECTOS DEL RECURSO: ALEGACIÓN GENÉRICA DE PRECEPTOS VIOLADOS:** *Han de decaer aquellos motivos del recurso en los que se invocan como indebidamente aplicados, preceptos genéricos sobre fuente de las obligaciones y eficacia de los contratos sin posible aplicación concreta, dados los hechos probados, al presente caso, o en los que se denuncia la “no aplicación” de diez preceptos del Código civil y de uno de la Ley Hipotecaria, a saber los primeros, a las fuentes de las obligaciones, nacimiento y perfección de los contratos, contrato de permuta, eficacia de los títulos de dominio no inscritos en el Registro, medios de adquirir la propiedad, actos que deben constar en documento público y “tracto sucesivo”, pues con ello se incurre en una confusión de materias incompatible con las formalidades de la casación.*

**VENTA DE COSA AJENA O GRAVADA CON HIPOTECA O EN CONTRAVENCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL:** *Aunque se hubieran dado los supuestos de hecho de que parte el recurso —los cuales, ciertamente, no han sido probados, sino todo lo contrario, en la sentencia de instancia— ni es siempre forzosamente nula la venta de cosa ajena, ni tampoco acarrearía la nulidad, ni la ignorancia de la hipoteca que grava los bienes, ni el haber estado lo construido acogido a los beneficios de las viviendas de renta limitada, como tienen reconocidas, entre otras, las sentencias de esta Sala de 9-1-58*

y 28-4-71, que relegan toda la sanción que el hecho merezca a la esfera administrativa.

**PERMUTA DE COSA AJENA:** *El artículo 1.539 C. c. relativo a la permuta es un precepto —transcripción del artículo 1.502, referente a la compraventa— previsor de la evicción aludida en el artículo siguiente y, según el cual, es necesario para que el adquirente, en permuta de un bien determinado, pueda retener la entrega del suyo que se convino a cambio, que haya descubierto, “con posterioridad al convenio”, que aquel bien no pertenecía a quien prometió entregarlo; por tanto, nunca será aplicable el mencionado precepto, cuando, como en el caso de autos, la sentencia de instancia afirma el conocimiento anterior de forma irrefutable.*

**ILICITUD DEL OBJETO DEL CONTRATO: CESIÓN DE FINCA A CAMBIO DE LA PRODUCCIÓN ARTÍSTICA DE UN PINTOR:** *La amplitud de libertad de contratación que establece precisamente el artículo 1.255 C. c. no tiene otro valladar que aquel que en él se menciona, en el que no incide el caso de autos; pues si bien es cierto que los valores inmateriales, la vida humana cuando se pierde, la producción literaria, la creación científica o artística, tienen un valor teóricamente incalculable, no lo es menos que el hombre de la calle, el intelectual y el artista viven en un mundo de interrelaciones ineludibles que hacen que en ocasiones tengan que ser evaluados; por ello, la ley en unos casos y los tribunales en otros se ven forzados: o a concretar cifras de lo invaluable, cuando no han sido previstos precios o indemnizaciones, o a acatar aquellos en que se fijó, por mutuo acuerdo, la valoración anticipada. (Sentencia de 16 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

**NOTA.**—Como resumen de los complicados hechos de esta curiosa Sentencia, cabe destacar que el pintor demandado, luego recurrente, había cedido su producción pictórica con arreglo a un criterio de valoración muy elemental: a tanto el metro cuadrado. Ello indujo a su representación jurídica en el recurso a introducir como un motivo más de los muchos invocados la violación del artículo 1.255 C. c. por ilicitud del objeto, apoyándose, además, en cierta prensa sensacionalista que había publicado la noticia del pleito con el siguiente comentario: “acres de terreno por metros cuadrados de pintura”. El T. S. rechaza todos los motivos del recurso y respecto de la presunta violación del 1.255 lo hace en los términos que aparecen en el párrafo último de los anteriores extractos. El considerando es sumamente largo y por ello lo hemos limitado a dicho párrafo. No obstante, transcribimos a continuación literalmente el resto del considerando que, aun proyectado sobre el caso concreto, es de gran interés. Dice así el T. S.: En el caso presente juegan tres factores que explican, aunque no justifican legalmente la rebeldía al cumplimiento: Primero. La forma en que se expresó la contraprestación que dio lugar al eslogan publicitario, lo que pudo hacerse con igual eficacia, de forma más respetuosa para el arte, con sólo decir que la selección del número de cuadros a ceder se haría entre lienzos de determinadas dimensiones. Segundo. La cuantía de lo concertado: en los contratos de obligación de hacer, siempre de cumplimiento futuro, el mero transcurso del tiempo, por revalorización de la obra, puede convertir en desproporcionado el cumplir, lo que fue justo y libremente aceptado al contatar e incluso puede suceder que desde el inicio el precio sea lesivo; pero el concepto de lesión, impropio en general en el derecho común y alegable en el foral, dentro de cuyo territorio se produjo el contrato para el caso del vendedor del inmueble cuando rebasa ciertos

límites, ni sería aplicable, ni se ha alegado en ningún momento del pleito. Tercero. La servidumbre humana que supone "obligar a hacer" en un plazo determinado, pero también esta tacha es más aparente que real: en principio se da en todo contrato de ejecución de obra o de prestación de servicio, en el que se tiene en cuenta la condición de la persona; en segundo lugar, no se ha presionado por el actor sobre el cumplimiento del plazo, sin duda porque más bien le favorece y, en definitiva, para caso de incumplimiento voluntario de la entrega de las pinturas convenidas, solamente podría la otra parte ejercitar las acciones de resolución del contrato o el cumplimiento subsidiario mediante la indemnización de daños y perjuicios.

16. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: *La interpretación realizada por el juzgador de instancia no debe prevalecer cuando se acredita la infracción de normas legales de hermenéutica.*

FUNCIÓN INTERPRETATIVA: *Requiere la concreción de los datos que exterioricen la voluntad declarada y la aplicación de las normas legales de hermenéutica para determinar la verdadera voluntad de las partes.*

INTENCIÓN DE LAS PARTES: *Debe prevalecer sobre la literalidad de sus estimaciones.*

TERCERO: *Deja de serlo, respecto de un contrato ajeno, quien resulta favorecido o perjudicado por los efectos del mismo.* (Sentencia de 10 de julio de 1974; ha lugar.)

17. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.285 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.285 del C. c. no es aplicable más que cuando los términos literales del contrato no sean claros.* (Sentencia de 30 de abril de 1974.)

VALORACIÓN DE LA PRUEBA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.214 del C. c., por su carácter genérico relativo al "onus probandi", no permite el éxito de un recurso de casación en el fondo, más que en el supuesto de que se haya invertido en el fallo el principio de la carga de la prueba, pero no cuando lo realmente pretendido por el impugnante consiste en combatir la valoración de la misma realizada por aquél, sustituyéndola por su criterio particular* (Sentencias de 7 de enero de 1966, 13 de noviembre de 1972 y 28 de enero de 1974); *dicho artículo 1.214 del C. c. no se infringe cuando la Sala sentenciadora, en uso de las facultades que le otorga el artículo 360 de la LEC, ordena practicar una liquidación en período de ejecución de sentencia.* (Sentencia de 22 de enero de 1974.)

INCONGRUENCIA: FIJACIÓN DE LA CANTIDAD EXACTA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El uso que los tribunales hagan de la facultad que les concede el artículo 360 de la LEC, dejando para el período de ejecución de sentencia la aplicación de la cantidad a cuyo pago condenan a la parte demandada, no implica incongruencia a efectos del artículo 359 de la misma Ley, porque el primero de los preceptos indicados deja dicha potestad al libre arbitrio de los juzgados* (Sentencias de 28 de enero de 1919, 28 de noviembre de 1928, 26

de octubre de 1962, 30 de octubre de 1963 y 1 de diciembre de 1966), y como esto es lo sucedido en la hipótesis aquí discutida, y tanto la doctrina científica como la jurisprudencia no restringen la aplicación de la mencionada norma legal a los supuestos de que el objeto de la reclamación consista simplemente en el abono de frutos, intereses, daños o perjuicios, sino que la extienden a aquellos otros en que se solicite la entrega de sumas que, aunque concretadas en la demanda, no sean susceptibles de determinarse sin practicar una nueva liquidación (Sentencias de 4 de noviembre de 1961 y 31 de mayo y 22 de diciembre de 1967), sin que a ello se oponga la circunstancia de que en el acuerdo judicial impugnado no se hayan establecido las bases a que debe ajustarse la fijación, porque los artículos 928 y siguientes de la Ley procesal suplen esa deficiencia. (Sentencias de 25 de junio de 1902, 17 de febrero de 1969.)

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: *Las normas de carácter estrictamente procesal no son aptas para fundamentar en ellas un recurso de casación en el fondo.* (Sentencias de 8 de febrero de 1969 y 12 de abril de 1972) (Sentencia de 19 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

17 (bis). INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: CARÁCTER ATÍPICO Y COMPLEJO: *La sentencia recurrida declara la existencia de un puro y simple contrato de compraventa ateniéndose exclusivamente al contenido literal de las palabras, prescindiendo de la intención evidente de los contratantes, resultando de la interpretación sistemática preconizada por el artículo 1.285 C. c. el carácter atípico y complejo de las relaciones jurídicas que mediaban entre los litigantes, las cuales, sin duda alguna, son de carácter oneroso, no teniendo en cuenta la Sala de Instancia la mayor reciprocidad de intereses entre los contratantes.*

RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: REQUISITOS: *La jurisprudencia interpretativa del artículo 1.124 C. c. viene señalando las condiciones necesarias para la resolución, las cuales fundamentalmente pueden concretarse en las siguientes: a) la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego; b) la exigibilidad de las mismas; c) que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía, y d) una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor; en el presente caso no se cumplen dichas condiciones, dada la relativa accesoriedad en el contexto de las complejas relaciones entre las partes, el pago parcial efectuado y la circunstancia del vencimiento posterior del préstamo, y si bien existe una conducta negligente de los demandados, éstos podían confiar en el preaviso a la acción judicial, que no se ha efectuado.* (Sentencia de 30 de octubre de 1975; ha lugar.)

18. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: NATURALEZA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1.285 DEL C. C.: *El artículo 1.285 del Código civil contiene un precepto imperativo, según el cual las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.* (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1975; no ha lugar.)

18 (bis). INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: INTERPRETACIÓN LITERAL: CONTRATO POR ESCRITO: *En materia de interpretación de contratos, viene sentando la doctrina del T. S. que, aun cuando el texto de la ley no lo diga expresamente (artículo 1.281 del C. c.) de su referencia al sentido "literal" de las cláusulas contractuales, se desprende que el precepto parte de la existencia de un contrato escrito.* (Sentencia del Tribunal de 21 de abril de 1975; no ha lugar.)

19. VENTA EN SUBASTA PÚBLICA DE CARRIL USADO A TANTO POR UNIDAD: OBLIGACIÓN DEL MEJOR POSTOR DE ABANDONAR EL EXCESO EFECTIVAMENTE RETIRADO SOBRE LO CONSIGNADO EN EL ANUNCIO: *El rematante debe abonar el importante del carril efectivamente retirado, al precio fijado en la subasta, aunque la cantidad sea superior a la anunciada.*

CARÁCTER NO MERCANTIL DE LA VENTA: *Son inaplicables los artículos 327 y 336 C. comercio; en primer lugar por no tratarse de venta mercantil y además por ser venta en subasta pública, en la cual el postor ha tenido a su vista la mercancía antes de ofertar y, por tanto, no ha de poder rechazarla después de adjudicada y retirada la mercancía sin protesta.* (Sentencia de 3 de julio de 1975; no ha lugar.)

Supuesto interesante, ya que la diferencia de peso, en más, excedía del 10 por 100 del anunciado en la subasta. ¿Cabría aplicar de algún modo por analogía lo dispuesto en los artículos 1.469 siguientes del C. c. para la venta de inmuebles? Por otro lado, no se ha estudiado monográficamente el tema de las ventas civiles en pública subasta. Cfr. las breves indicaciones de RUBINO, *La compravendita*, 2.<sup>a</sup> ed. (Milano, 1962), p. 73 s.

G. G. C.

20. CONTRATO DE COMPRAVENTA: EVICCIÓN: NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA AL VENDEDOR: NOTIFICACIÓN POR EDICTOS: *Si bien es cierto que los artículos 1.481 y 1.482 del C. c. establecen el requisito de la notificación de la demanda de evicción al vendedor, como trámite previo a la de saneamiento, cuando el que demanda al comprador es un tercero, también lo es que uno de los elementos que sirve para determinar la "voluntas legis" es el teleológico, esto es, la "ratio legis", conforme al cual la norma jurídica ha de ser entendida en el sentido que responda mejor a su finalidad..., por lo que al ser el vendedor (en el presente caso se trataba de derechohabientes o sucesores de la Sociedad Anónima) citado por edictos, quedó cumplida la finalidad de que llegara a su conocimiento el litigio promovido.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1975; no ha lugar.)

21. LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM": *Sólo surgiría en el supuesto en que se produjera la transmisión patrimonial del bien inmueble objeto de la opción, pero no antes.*

ESTIMACIÓN DEL ARTÍCULO 1.261 C. c.: *No puede hacerse aisladamente sin relación precisa con los de las demás secciones del capítulo que lo desarrollan.*

CONSENTIMIENTO PRESTADO POR ERROR: ARTÍCULO 1.265 C. c.: *Es una cuestión de hecho, de la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia, sólo impugnabile por la vía del número 7 del artículo 1.692 LEC.*

FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN EN LOS MOTIVOS: *Basta para la desestimación íntegra del recurso.* (Sentencia de 10 de octubre de 1975; no ha lugar.)

22. RESCISIÓN POR LESIÓN "ULTRA DIMIDIUM": *No está legitimado para ejercitar la acción quien realiza una promesa de venta, pues no es enajenante en el sentido del artículo 323 de la Compilación catalana.*

LESIÓN: *Sólo existirá al operarse el cambio real, momento en que se produce un desfase en el patrimonio del vendedor.*

PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL: *No puede fundar por sí un motivo del recurso de casación.* (Sentencia de 20 de junio de 1975; no ha lugar.)

Arrendamiento de finca para construir hotel; posterior contrato de promesa de venta. Arrendatarios exigen el cumplimiento del contrato de promesa y la demanda reconviene en base a ser el precio fijado lesivo en más de la mitad del precio justo.

23. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *No puede alegarse por la vía del número 7, artículo 1.692 LEC, sino por la del número 1, después de haber impugnado debidamente el hecho o hechos en que apoya su deducción el juzgador.*

TERCER ADQUIRENTE: *No puede considerarse tal a quien ostenta un título que tiene su origen, no en una adquisición registrada de quien en tiempos era la propietaria de toda la finca, sino en una transmisión subsiguiente a las segregaciones y agrupaciones de la mitad de la finca que fue donada.*

ARTÍCULO 1.471 DEL CÓDIGO CIVIL: *Al hacer referencia a aquello con respecto de lo cual no tendrá lugar el aumento o disminución, se refiere no a la cosa, sino al precio.*

ARTÍCULO 1.471, PÁRRAFO SEGUNDO, CÓDIGO CIVIL: *Se refiere a la venta conjunta de dos o más fincas por un solo precio.* (Sentencia de 30 de mayo de 1975, no ha lugar.)

Madre dona a hija la mitad de una finca. Donataria vende una parte de lo recibido a su cuñado y, del resto, una parte proindivisa a su hermana. Madre entrega la otra mitad a la donataria a cambio de una renta vitalicia. En los contratos realizados por la donataria se incurrió en errores de extensión y linderos, en perjuicio de la mitad de la finca que ésta recibe después.

24. CONTRATO DE COMPRAVENTA: SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR: NATURALEZA: *La circunstancia de que la subrogación esté establecida con claridad, tal y como requiere el párrafo 2.º del artículo 1.209, del C. c., es una pura cuestión de hecho de la libre apreciación del juzgador. La notificación de la subrogación al deudor, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no es sino un acto unilateral, no*

*recepticio, de puesta en conocimiento, pues la voluntad de aceptación es irrelevante, como declaró la doctrina del T. S., especialmente recogida, entre otras muchas, en las Sentencias de 30 de abril de 1910 y 7 de julio de 1958, de acuerdo con la cual la subrogación puede realizarse sin el consentimiento del deudor y aun contra su voluntad, pues la exigencia de notificarle no tiene otro contenido y alcance que el de hacerle saber la actual titularidad a los simples efectos del pago; siendo, por otra parte, improcedente el apoyo que el recurrente trata de conseguir con la Sentencia de 11 de noviembre de 1950, pues se refiere a un supuesto de promesa bilateral de comprar y vender, con posible repercusión respecto de tercero, cuya aceptación, en estos casos, es indispensable según dispone el artículo 1.257 del C. c., en su párrafo 2.º, que en el caso entonces contemplado no podía afirmarse con los subsiguientes efectos subrogatorios, cuando faltaba, incluso, el conocimiento del contrato que pudiese dar lugar a los mismos.*

**OBLIGACIONES BILATERALES: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO:** *La negativa reiterada y manifiesta del deudor a la efectividad de aquello a que venía obligado y cuya exigencia corresponde jurídicamente al acreedor, que cumplió puntualmente con cuanto a él incumbía, es muestra evidente de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de su prestación ínsita en una obligación bilateral con recíprocas prestaciones, al modo requerido constantemente y uniformemente por la doctrina jurisprudencial del T. S., que justifica la pretensión resolutoria que permite el artículo 1.124 del C. c. (Sentencia de 25 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

**24 bis. RECONOCIMIENTO DE DOMINIO:** *El pago de "canon por labor y siembra" no supone reconocimiento de dominio, pues fue precedido de reclamaciones inmediatas y sólo realizado para evitar el apremio inminente.*

**BUENA FE DEL COMPRADOR:** *Existe cuando el vendedor no hizo constar que la finca era ajena y que sólo tenía su aprovechamiento mediante el pago del canon.*

**AUSENCIA DE BUENA FE:** *Debe probarse de modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas.*

**MOMENTO DE MALA FE:** *El conocimiento de la inexactitud registral debe referirse al momento de la adquisición del inmueble.*

**APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:** *No es lícito al recurrente desarticular las pruebas apreciadas en su conjunto, ni sustituir con su personal criterio el más autorizado del juzgador.*

**DESLINDE ADMINISTRATIVO:** *La Jurisdicción ordinaria no puede decretar modificación alguna del mismo, por estar reservada esta materia a la contencioso-administrativa.*

**CATÁLOGO DE MONTES PÚBLICOS:** *No puede ser modificado por la Jurisdicción ordinaria por corresponder esta materia a la Administración Pública. (Sentencia de 31 de enero de 1975; ha lugar.)*

**Venta de inmueble identificado confusamente en escritura. Ayuntamiento de Fraga pretende se trata de monte público y deslinda, incluye en Catálogo y cobra al adquirente canon de labor y siembra. Adquirente alega su posición de tercero de buena fe.**



25. TRADICIÓN FINGIDA: VALOR DE LA ESCRITURA PÚBLICA O DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN: *Evidentemente, la tradición fingida que supone la escritura pública de compraventa o el auto de adjudicación de bienes, a la cual se refiere el número 2.º, del artículo 1.462, del C. c., puede equipararse a la entrega real de la cosa vendida o adjudicada, cuando de una u otro no resultare lo contrario; es decir, esa equivalencia está basada en una presunción legal "iuris tantum".*

TRADICIÓN: BIENES SUBASTADOS JUDICIALMENTE: ENTREGA REAL DE LA COSA: *De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo establecida en las Sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961, "en las adjudicaciones y venta de bienes muebles corporales subastados judicialmente, en ejecución de sentencia, rige la presunción establecida en el párrafo 1.º del artículo 1.462, del C. c.", según la cual se entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, norma que está de acuerdo con el párrafo 2.º, del artículo 1.509, de la Ley procesal civil, que, expresamente, "ordena la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme el recibo en los autos", lo que es lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste, en todo momento, en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados; así, pues, la tradición exigida respecto a los bienes muebles no es la instrumental, sino la real, la cual, según doctrina del T. S. (Sentencias de 10 de abril de 1927 y 15 de igual mes de 1947, entre otras) es la establecida en el párrafo 1.º, del artículo 1.462, ya citado... y por tanto no puede atribuirse al auto de adjudicación de bienes muebles corporales la eficacia de justo título de dominio. (Sentencia de 2 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

26. CONTRATO DE COMPRAVENTA: PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA: *En el supuesto de transmisiones "inter vivos" la obligación del pago del Impuesto de Plusvalía, conforme al artículo 517 de la Ley de Régimen Local, recae sobre el enajenante, y si bien el apartado b) del artículo 518, de la misma Ley, se hace constar que estará obligado al pago el adquirente, acto seguido agrega que, salvo pacto en contrario, podrá repetir sobre el enajenante el importe del gravamen, y cuando en la escritura de transmisión se hace constar expresamente ser de cargo del vendedor el pago del citado Impuesto, es evidente que, aun sin ser preciso, queda reforzada la expresada obligación.*

RECURSO DE CASACIÓN: NATURALEZA: CUESTIONES NUEVAS: *En razón a su naturaleza específica, el contenido del recurso de casación, en cuanto censura una actividad "in judicando", no puede rebasar los límites en que se ejerció aquella, resolviéndose cosa distinta de los temas que en la instancia fueron planteados y sometidos a la consideración del juzgador. (Sentencia de 28 de noviembre de 1975; no ha lugar.)*

27. ARRENDAMIENTO DE MINAS: ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO, SUBSIDIARIA DE LA DE ENRIQUECIMIENTO: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: *No habiéndose ejercitado ninguna acción para recobrar la posesión, ni la de in-*

demnización de daños y perjuicios fundada en la culpa extracontractual, sino en la "condictio sine causa" o "enriquecimiento torticero" o subsidiaria y alternativamente en el incumplimiento contractual, es aplicable al caso del pleito el plazo prescriptivo de quince años de las acciones personales que señala el artículo 1.964 del C. c.

**ARRENDAMIENTO DE MINAS: INCONGRUENCIA:** Si bien las Sentencias plenamente absolutorias no inciden, en general, en el vicio de incongruencia porque normalmente resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas en el juicio, cuando en aquéllas lo resuelto no tiene apoyo en lo que las partes han expuesto y solicitado en el pleito, por haberse desviado el Juzgador del contenido de las pretensiones, ya por razón de las personas contra quienes van dirigidas, ya del objeto del proceso, o sea, del bien que se reclama o niega, ya por último de la causa de pedir o de los fundamentos de la pretensión misma, son incongruentes por decidir cuestiones no propuestas, o fallar de modo y por fundamentos no aducidos, o desestimar la demanda basándose en una excepción no alegada.

**ARRENDAMIENTO DE MINAS: COSA JUZGADA:** Ejercitada en la demanda la acción principal de enriquecimiento sin causa y alternativa y subsidiariamente la de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 1.101 del C. c. y desestimadas por el Juzgado las excepciones alegadas por el demandado sin haber sido apeladas, esta desestimación ha sido consentida en derecho y pasada en autoridad de cosa juzgada.

**ARRENDAMIENTO DE MINAS: ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:** Frente a la pretensión de daños y perjuicios tiene independencia sustantiva la acción de enriquecimiento que nace normalmente de un hecho jurídico lícito, aunque también puede nacer de un acto ilícito, encaminándose siempre contra el enriquecimiento sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad, y dejando en la penumbra al agente provocador, exigiendo también la jurisprudencia, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio ("lucrum emergens"), como por una no disminución del mismo ("damnum cesans"), un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado, existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejerce sin abuso, o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho; no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente.

**ARRENDAMIENTO DE MINAS: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO:** Convenido en escritura pública el arrendamiento de una parte de una mina de antracita y llegada la fecha de terminación del arriendo, según lo pactado,

y habiendo continuado el arrendatario en la explotación de la mina, pese a los requerimientos hechos por la acreedora-propietaria, la pretensión de ésta de que el demandado le abone el valor del carbón indebidamente extraído de la mina, no encaja en la figura del enriquecimiento indebido, cuya acción debe rechazarse, sino en la de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, ejercitada en forma alternativa y subsidiaria por la hoy recurrente, que hay que estimar, porque el arrendatario que, una vez finalizado el período contractual, continúa en la posesión de la cosa arrendada, contraviniendo la obligación de restituir la cosa al arrendador, explotándola y extrayendo de ella sus frutos y productos, es manifiesto que incurre en el incumplimiento contractual tipificado en el artículo 1.101 del C. c. (Sentencia de 24 de enero de 1975; ha lugar.)

28. FIANZA; NATURALEZA: REQUISITOS PARA QUE LA ACCIÓN POR LA QUE SE RECLAMA SEA VÁLIDA: *La fianza, por su naturaleza subsidiaria y accesoría, respecto de la obligación principal garantizada, requiere, para que la acción dirigida contra el fiador sea eficaz, que la misma se haya dirigido previamente o a la vez contra el primer responsable (Sentencias de 22 de noviembre de 1916 y 31 de enero de 1958), acreditándose no sólo la insolvencia de éste (Sentencia de 6 de julio de 1897), sino el haberse agotado todos los recursos legales para el cobro de la deuda. (Sentencia de 2 de enero de 1891.)*

FIANZA; BENEFICIO DE EXCUSIÓN: REQUISITOS: NO SE PUEDE APLICAR DE OFICIO POR LOS TRIBUNALES: *El beneficio de excusión únicamente producirá el efecto de enervar la obligación del fiador de satisfacer el importe de la deuda garantizada, en los casos en que proceda, cuando, además de reunir los requisitos legales exigidos a tal fin, haya sido opuesto oportunamente en el pleito o, como dice la jurisprudencia con relación a los problemas que deben resolver los acuerdos judiciales, durante el período expositivo del mismo (Sentencias de 13 de febrero de 1930 y 3 de mayo de 1961), y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 de la LEC, y mucho menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal (Sentencias de 14 de junio de 1911, 27 de septiembre de 1930, 22 de diciembre de 1932, 10 de abril de 1940, 22 de enero de 1960 y 6 y 28 de junio de 1969), porque si esto último sucediera, o el indicado beneficio se aplicara de oficio por los Tribunales, se produciría una verdadera incongruencia con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la mencionada Ley, y se provocaría la indefensión del otro litigante, que se vería impedido para formular sus alegaciones y utilizar sus medios de prueba, doctrina que, en este caso, se encuentra reforzada por el artículo 1.832 del C. c., que no sólo exige para su aplicación el requisito de que el fiador se oponga luego de ser requerido para el pago de la deuda por el acreedor (Sentencias de 19 de diciembre de 1919 y 10 de noviembre de 1972), sino que impone además el deber de señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, lo que no se cumple mediante una simple referencia a la relación del activo que el deudor haya presentado en un expediente de suspensión de pagos (Sentencias de 29 de octubre de 1915) o con la designación imprecisa e insuficiente de tales bienes. (Sentencia de 22 de enero de 1971).*

**FIANZA: EXTINCIÓN POR PRÓRROGA DEL CRÉDITO SIN CONSENTIMIENTO DEL FIADOR:** *Para que una fianza pueda declararse extinguida por aplicación del artículo 1.851 del C. c., es preciso que, con relación a ella, concurren los siguientes requisitos: a) que la deuda garantizada sea líquida y exigible y no se refiera a operaciones futuras que produzcan indeterminación respecto a su cuantía y plazo de vencimiento, para evitar que de otra forma entre en juego lo dispuesto en el artículo 1.825 del mencionado cuerpo legal (Sentencias de 13 de diciembre de 1934, 17 de febrero de 1962 y 23 de mayo de 1973); b) que dicho plazo se haya prorrogado voluntariamente (Sentencia de 5 de febrero de 1955) y de forma expresa por el acreedor, sin que a tal fin sea suficiente con la mera tolerancia de éste en percibir con retraso el pago de lo adeudado (Sentencias de 22 de noviembre de 1916, 24 de junio de 1970 y 3 de noviembre de 1955), y c) que el fiador no haya prestado su consentimiento a dicha prórroga (Sentencia de 6 de octubre de 1908), por lo que carece de acción para invocar el precepto mencionado quien la propuso (Sentencia de 2 de junio de 1909), o quien hizo gestiones para su concesión, consintiendo de modo más o menos explícito, pero cierto (Sentencia de 2 de julio de 1917).*

**FIANZA MERCANTIL: NO TIENE CARÁCTER SOLIDARIO:** *La fianza reconocida por el artículo 439 del C. de c., pese a su condición de mercantil y a la corriente casi unánime de la doctrina científica, no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento positivo al no existir en nuestro Código de comercio disposición alguna en tal sentido, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones extranjeras como la italiana (artículo 40) y la argentina (artículo 480), incluso en los afianzamientos cambiarios, según indica el artículo 487 de dicho cuerpo legal, por lo que la solidaridad no puede presumirse conforme al artículo 1.137 del C. c. y al criterio mantenido por la jurisprudencia en Sentencias de 10 de diciembre de 1915, 12 de julio de 1919, 18 de noviembre de 1963 y 10 de noviembre de 1972. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1975: no ha lugar.)*

**29. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INEXISTENCIA DE AUTORÍA: RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO:** *La acción ejercitada al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 C. c. postula la indemnización de daños y perjuicios producidos por culpa extracontractual o aquiliana de las empresas demandadas o sus agentes, en dos ocasiones, la primera como consecuencia de una voladura realizada en las obras de construcción de la autopista de Barcelona a La Junquera, que produjo averías en la conducción de energía eléctrica y que obligó a un corte en el suministro de fluido, paralizando el funcionamiento de la actividad de la entidad actora, y la segunda como consecuencia del tránsito de maquinaria o vehículos pesados al servicio de las demandadas por viales propios de la actora; pero la sentencia recurrida desestima ambas peticiones por la nota común de la falta de imputabilidad de las demandadas, de su relación a causa a efecto, por lo que falta el hecho que pueda subsumirse en los artículos 1.902 y 1.903 del C. c., mientras no se demuestre por el cauce adecuado el error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. (Sentencia de 26 de junio de 1975; no ha lugar.)*

30. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR DESPRENDIMIENTO DE DEPÓSITO IZADO POR GRÚA: CUMPLIMIENTO MEDIDAS SEGURIDAD: *La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 marzo 1971 obliga a que las grúas y demás aparatos elevadores estén provistos de los dispositivos y mecanismos de seguridad adecuados para impedir la caída de los materiales transportados, obligación que se incumple cuando se iza un depósito cuya deslizante superficial plastificada obsta a la debida fijación de los tornillos, soporte de las pinzas que sujetaban la carga, provocando su caída y la muerte de un obrero que transitaba por el lugar, teniendo en cuenta además que la operación se realizó por un aprendiz, sin intervención ni adecuada comprobación de ningún trabajador cualificado y especializado al efecto, lo que revela falta de cuidado o diligencia exigible en tan delicada operación.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1975; no ha lugar.)

31. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR PRECIPITACIÓN AL VACÍO A TRAVÉS DE HUECO EN TERRAZO: FALTA MEDIDAS DE SEGURIDAD: *La sentencia recurrida declara que es un hecho plenamente probado que la demandada no adoptó las medidas de seguridad necesarias o convenientes para evitar el riesgo o daño que, para los obreros o cualquier otra persona, podía ocasionar la existencia de un hueco o apertura de unos cincuenta centímetros en cuadrado, existente en la terraza por donde se precipitó la víctima cuando, acompañado y con el consentimiento del encargado de la obra, tomaba medidas para la instalación de anuncio luminoso; hechos que al no haber sido desvirtuados obligan a la aplicación del artículo 1.902 y 1.903 C. c.*

COMPENSACIÓN DE CULPAS: *Además de tratarse de una cuestión nueva, de los hechos declarados probados por la Sala, no aparece culpa alguna por parte de la víctima, lo que impide en todo caso la apreciación de la compensación invocada.* (Sentencia de 6 de octubre de 1975; no ha lugar.)

32. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CAÍDA POR HUECO DE ASCENSOR CON RESULTADO DE MUERTE: PRESUNCIÓN DE CULPA: *Una constante jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 20 de octubre de 1963, 23 de marzo de 1968 y 11 de marzo de 1971, entre otras muchas) declara de forma cada vez más acusada, en el camino de la objetivación de la culpa civil, que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que el artículo 1.902 C. c. se refiere, se presume siempre culposa, a no ser que el autor acredite en debida forma haber actuado e. el caso concreto con diligencia irrefragable.*

FALTA DE VIGILANCIA DEL USO Y CONSERVACIÓN DEL ASCENSOR: *La víctima pudo llegar al lugar en que fue encontrada partiendo desde el piso en que habitaba —el tercero— por el hueco del ascensor sólo a través de su puerta en ese piso, la cual hubo de poder abrirse cuando el ascensor estuviera más alto, pues de estar en dicho piso hubiera entrado en él sin precipitarse en el vacío, y de haber estado el ascensor en piso más bajo, hubiese caído sobre su cubeta, y como dichas puertas, por razones de seguridad, no deben jamás poder abrirse, cada una, sino cuando el ascensor está en ellas, sólo el mal estado de conservación de la puerta del piso tercero puede explicar el suceso.*

**ERROR DE HECHO: DOCUMENTO NO TENIDO EN CUENTA:** *El error de hecho no sólo ha de prosperar cuando los documentos auténticos invocados contradigan de forma manifiesta las afirmaciones de la instancia, sino también cuando suplan omisiones esenciales contenidas en la relación fáctica que se impugna (Sentencias de 9 de mayo de 1890, 30 de diciembre de 1946 y 2 de abril de 1947); en el presente caso la duda manifestada por ambas instancias sobre la persona a cuyo cargo corriera la vigilancia y conservación del ascensor se disipa por completo ante la carta de la Compañía de Seguros, según la cual la demandada no puso en conocimiento de aquélla la reclamación judicial con el tiempo previsto en la póliza para defenderse, pues tal póliza no tendría razón de ser si la conservación del ascensor no corriera a cargo de la asegurada. (Sentencia de 10 de octubre de 1975; ha lugar.)*

A destacar la afirmación general de que la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> sigue el camino de la objetivación de la culpa civil con carácter general. Sobre este tema pueden verse las matizadas conclusiones de BONET RAMÓN, *Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado* (Madrid, 1975), págs. 156 ss. En todo caso quizá fuera conveniente un estudio selectivo de la jurisprudencia según los diversos supuestos de hecho (explosión de butano, electrocución, ascensores, etc.), pues el aumento de su frecuencia o mayor peligrosidad social pueden motivar una mayor rigurosidad jurisprudencial. También es notable que en la 2.<sup>a</sup> sentencia la petición de indemnización de medio millón se rebaja a la mitad, "en atención a la edad de la víctima".

G. G. C.

**33. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: INCENDIO: NEGLIGENCIA EN LA OMISIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS:** *Se cumplen las condiciones para la perfecta aplicación del artículo 1.902 C. c., al declararse probado —en afirmaciones fácticas ni siquiera combatidas por el adecuado cauce del número 7.º del artículo 1.692 LEC— que el titular de la industria en que se originó el incendio no había instalado los medios necesarios para sofocarlo, tales como extintores, tomas de agua para mangueras, etc. —a que venía obligado reglamentariamente (Reglamento de 30 de septiembre de 1961)—, omisiones que retrasaron la intervención de los bomberos, motivando que el fuego adquiriese grandes proporciones que determinaron las destrucciones producidas. (Sentencia de 12 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

**34. RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑOS CAUSADOS A INMUEBLE VECINO CON OCASIÓN DE TRABAJOS DE EXCAVACIÓN PARA NUEVA EDIFICACIÓN: NECESIDAD DE MUROS DE CONTENCIÓN: RESPONSABILIDAD COMPARTIDA DE ARQUITECTO Y CONSTRUCTOR: DILIGENCIA ESPECIAL DEL ARQUITECTO: CRITERIO RIGUROSO Y RESTRICTIVO EN LA ESTIMACIÓN DEL CASO FORTUITO:** *No obstante, la baja calidad del terreno, agravada por la presencia de un nivel freático abundante, se llevó a cabo la obra de excavación sin poner la diligencia adecuada, mediante muros de contención en evitación de corrimientos de tierras que eran previsibles, comportamiento en que descansa la calificación de culpabilidad del arquitecto director, compartida por la empresa constructora por su demora en la ejecución del muro de contención con preferencia a cualquier cimentación, pero que no exime de responsabilidad a aquél por el daño sufrido por la finca contigua del actor*

*situada enfrente, ya que la responsabilidad del arquitecto se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos que no cabe confundir con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general definida en el párrafo 2.º del artículo 1.104 C. c., y debiendo hacerse la estimación del caso fortuito con criterio riguroso y restrictivo.*

**CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS:** *No lo son a estos efectos los mismos documentos debatidos en el pleito y que han sido objeto de interpretación.*

**DEFECTOS DEL RECURSO: DENUNCIA DE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 C. c.:** **CAUCE PROCESAL INADECUADO:** *Incurrir en defecto procesal el motivo que ampara en el número 7.º del artículo 1.692 LEC la pretendida infracción del artículo 1.253 C. c. que, según reiterada jurisprudencia, ha de seguir la vía del número 1.º del citado artículo 1.692.*

**INCORRECTA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 1.247-1.º C. c.:** *Esta norma no es susceptible de acogerse en un recurso de casación en el fondo.*

**FUERZA PROBATORIA DE LA CASACIÓN JUDICIAL:** *No es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse por el tribunal en relación con las otras pruebas y no con independencia. (Sentencia de 24 de enero de 1975; no ha lugar.)*

**NOTA.**—En cuanto a la diligencia exigible al arquitecto y la rigurosa estimación del caso fortuito, vid. doctrina conforme en las Sentencias de 29 de marzo de 1966 y 22 de noviembre de 1971 (ambas en un supuesto casi idéntico al aquí contemplado).

J. C. P.

**35. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN: ACCIDENTE POR DERRAME DE GRASA: CARGA TRANSPORTA POR CONDUCTO DEPENDIENTE DEL PATRIMONIO FORESTAL DEL ESTADO EN VEHÍCULOS DEL PMM: COMPETENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y NO DE LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:** *Aunque los vehículos y la carga que transportaban fuesen de un organismo oficial autónomo al que igualmente pertenecía el conductor de los mismos y aunque el transporte tuviera como última finalidad atender las necesidades públicas encomendadas al Patrimonio Forestal del Estado, ni el transporte en sí a la manera realizado era un servicio regular y continuo que como público pudiera conceptuarse, ni al efectuarlo se ejercitaba acto de poder o soberanía que pudiese diferenciarlo del que en circunstancias semejantes llevase a cabo un simple particular. Por ello, la competencia para conocer de la consiguiente responsabilidad es de la jurisdicción civil ordinaria y no de la contencioso-administrativa, ya que la de ésta queda circunscrita a los casos en que el daño se produzca con motivo de una actividad o servicio público que se preste de una manera regular y continua, empleando un procedimiento especial, para satisfacer una necesidad pública, directa e inmediata (Sentencias de 3 de julio de 1941, 2 de febrero y 10 de noviembre de 1942), lo que excluye de esta consideración las actividades*

*que sólo de manera esporádica, mediata o indirecta contribuyen a la ejecución de una obra o prestación de un servicio público, casos en los que la atribución de competencia a la jurisdicción ordinaria atiende al hecho de que la Administración actúe como persona jurídica privada al igual que cualquier particular (Sentencias de 15 de diciembre de 1961, 15 de noviembre de 1962, 30 de marzo de 1965, 7 de junio de 1967 y 14 de octubre de 1969).*

**OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO: CONDENA SOLIDARIA DEL PMM COMO ORGANISMO PROPIETARIO DE LOS VEHÍCULOS: MATRÍCULA DE ÉSTOS Y PRUEBA DE LA PROPIEDAD:** *Con independencia de que las obligaciones de esta índole son siempre solidarias cuando hay varios sujetos intervinientes desde el lado de la producción del daño, la inclusión del organismo denominado PMM resulta inconvertible como cuestión de hecho en cuanto que los vehículos portaban la matrícula del mismo, sin que haya sido ni siquiera aportada en el pleito prueba bastante en relación con la pertenencia de los mismos en favor de un ente distinto.*

**RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: RELACIONES CON EL ACTO DE CONCILIACIÓN: SIMILAR FINALIDAD: SU FALTA ES SUBSANABLE: APLICACIÓN ANALÓGICA DEL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 462 LEC: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL HOMOGÉNEA:** *Si alguna vez la doctrina del Tribunal Supremo sostuvo la disparidad entre ambas instituciones, afirmando que la falta de reclamación previa constituye un vicio insubsanable (Sentencias de 22 de marzo de 1963 y 26 de abril de 1974); sin embargo, en su inmensa mayoría, que constituye un cuerpo de doctrina homogénea que debe mantenerse, se inclinó por la tesis de que los dos institutos eran equiparables por su finalidad (evitar que el particular o la Administración se vean envueltos en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo), que no podía decirse alterada por el hecho de que en un caso interviniese la Administración pública, justo porque en estos supuestos (de acuerdo con el artículo 41 LRJAE) no lo hace con la potestad o imperio que le es característica, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público, sino privado, como pueda serlo el de cualquier particular; de lo que se deduce que el conflicto que se trata de evitar es un puro conflicto de intereses privados, sin que la falta, subsanable en todo instante pueda implicar la nulidad de lo actuado, por razones de economía de toda índole y para evitar las graves consecuencias, que caso contrario podrían producirse (Sentencias de 30 diciembre 1953, 17 febrero 1954, 23 enero 1959, 23 marzo y 12 mayo 1961, 9 enero, 20 febrero y 12 mayo 1962, 15 marzo 1965, 10 junio 1968 y 17 febrero 1972).*

**CARÁCTER NO VINCULANTE PARA LA JURISDICCIÓN CIVIL DE LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS EN VÍA PENAL:** *A los efectos de la responsabilidad civil, no es vinculante para esta jurisdicción la apreciación que de los hechos se haya realizado en vía penal.*

**LA SENTENCIA PENAL COMO DOCUMENTO PÚBLICO:** *La fuerza probatoria de la sentencia penal en este pleito civil es la que determina el párrafo 1.º del*



*artículo 1.218 C. c., alcanzando por consiguiente al hecho del otorgamiento y fecha de la resolución, sin que afecte legalmente a su contenido.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY O DE DOCTRINA LEGAL: NO LE PUEDE SERVIR DE BASE EL APARTADO 7.º DEL ARTÍCULO 533 LEC: *El defecto denunciado de falta de reclamación previa en la vía gubernativa se refiere a una actividad meramente formal que no tiene ni puede tener otra repercusión en la esfera judicial que la de su acogida en el apartado 7.º del artículo 533 LEC, el cual, por su carácter adjetivo, no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO; INVOCACIÓN DE UN ARTÍCULO COMO INFRINGIDO SIN CONCRECIÓN DEL PÁRRAFO: *Se incumple la exigencia del párrafo 1.º del artículo 1.720 LEC cuando se afirma la infracción por violación del artículo 1.218 C. c., sin precisar en cuál de sus dos párrafos se ha cometido.* (Sentencia de 20 de marzo de 1975; no ha lugar.)

Se transportaba por carretera, en vehículo y remolque matrícula del PMM, conducido por un sobreguarda dependiente del Patrimonio Forestal del Estado, una carga constituida por una máquina pesada y tres bidones de gas-oil atados en la parte trasera del remolque. En un punto del trayecto, y al parecer a causa de la defectuosa sujeción de los bidones, se derramó el contenido de uno de ellos sobre la carretera. Al pasar posteriormente otro automóvil esa zona de la calzada, pisando sus neumáticos la mancha de grasa, derrapó yendo o colisionar con un árbol próximo a la carretera. Resultó del accidente la muerte de uno de los ocupantes del vehículo, así como lesiones en la persona del conductor y de los demás ocupantes. Demandaron los perjudicados, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios al conductor transportista de los bidones, y al abogado del Estado en nombre del Parque Móvil de Ministerios y de ICONA (por fusión del Patrimonio Forestal del Estado). Estimando en parte la demanda, el Juez de Primera Instancia condenó al conductor y para caso de insolvencia de éste, de manera solidaria a ICONA y al PMM, a satisfacer a los demandantes las indemnizaciones que se fijaban. En grado de apelación, fue confirmada esta sentencia por la Audiencia Territorial. No prosperó el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado.

36. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: SEGURO VOLUNTARIO, COMPLEMENTARIO DEL OBLIGATORIO: CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR PARENTESCO: SU COMPATIBILIDAD CON LA PARTICULAR ALUSIVA AL CARÁCTER COMPLEMENTARIO: *Es perfectamente compatible la declaración de la cláusula final de las condiciones particulares del seguro voluntario (en la que se dice que "el seguro de responsabilidad establecido por la presente póliza se entiende suplementario del Seguro Obligatorio de automóviles y para garantizar las indemnizaciones pecuniarias de que pueda resultar civilmente responsable el asegurado") con la primera de las exclusiones del seguro contenidas en el artículo tercero de la misma póliza (excluyendo del seguro a la víctima que tiene parentesco con el asegurado), sobre la que no prevalece, no habiendo violado la sentencia recurrida ninguna norma hermenéutica en la interpretación de este negocio jurídico entre asegurador y asegurado en el que la recurrente no es parte ni tiene acción directa contra la entidad aseguradora.* (Sentencia de 26 de abril de 1975; no ha lugar.)

En el accidente origen de la reclamación había perdido la vida el marido de la actora, ocupante del vehículo conducido por el hermano de ésta. Combatió la recurrente la absolución de la Compañía aseguradora en cuanto a la indemnización que, en concepto de seguro voluntario, se le demandaba. Prevaleció la cláusula de exclusión por parentesco que, en las condiciones generales de la póliza, se había estipulado. Denunciando la violación por inaplicación del artículo 50 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1.281 y 1.285 del Código civil, argumentó sin éxito la recurrente que debían haber sido preferidas las condiciones particulares de la póliza, "donde se estipula—advierte el motivo primero del recurso—, en su penúltimo párrafo, claramente separado de los precedentes, que este contrato es suplemento, extensión, del obligatorio. Que en la cláusula especial no se hace más excepción de la cobertura de este seguro de responsabilidad civil que la indemnización no sobrepase el límite de quinientas mil pesetas sobre el del seguro obligatorio.

37. SEGURO INDIVIDUAL DE ACCIDENTES: PETICIÓN DE ANULACIÓN DE PÓLIZA DENEGADA POR LA COMPAÑÍA: *No puede ir contra sus propios actos la Compañía que deniega la petición del asegurado de darse de baja en la póliza por estar formulada fuera del plazo pactado en las condiciones generales, lo que motivó su prórroga por un año más, y luego rehúsa pagar la indemnización en razón al siniestro ocurrido durante ésta.*

LUGAR DE PAGO DE RECIBOS: ALTERACIÓN DEL FIJADO EN LAS CONDICIONES GENERALES: *La libertad contractual autoriza que entre las condiciones generales figure la de que el pago de los recibos se haga en el domicilio de la Compañía, pero la misma libertad ampara la posibilidad de alterar de común acuerdo las cláusulas primitivamente convenidas.*

CADUCIDAD POR IMPAGO: *El transcurso de treinta días sin pagar uno de los recibos, suficiente para que el contrato quede en suspenso, no puede apreciarse cuando la falta de pago es imputable exclusivamente a la entidad aseguradora que dejó de enviar los recibos en la forma en que hasta entonces lo venía haciendo, a pesar de haber denegado de modo expreso la petición de anulación. (Sentencia de 7 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

38. RESPONSABILIDAD POR CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR: MUERTE EN ACCIDENTE: CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: *La colisión causante de la muerte se produjo al irrumpir el motorista unos dos metros y medio en la mitad izquierda de la calzada, en el sentido de la marcha, por donde circulaba el camión, bien porque no se detuvo ante la obligatoria señal del "stop" o lo hizo incompletamente, no deteniéndose al borde de la calzada y adentrándose con exceso evidente e innecesario, interponiéndose en la trayectoria que seguía el camión, cuya velocidad—de 50 a 55 kilómetros por hora—no era excesiva al no estar limitada, careciendo de influencia práctica en la ocurrencia del hecho la circunstancia de circular el camión por el centro de la calzada. (Sentencia de 2 de julio de 1975; no ha lugar.)*

39. RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: INTERRUPCIÓN POR PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA SIN CER-

**TIFICACIÓN DEL ACTO DE CONCILIACIÓN:** *El artículo 1.973 C. c. debe interpretarse en el sentido de que se interrumpe el plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad civil por la presentación de la demanda, aun sin certificación del acto de conciliación, cuando el Juez la tiene por promovida y aparece que respecto de uno de los directamente responsables no era exigible la conciliación, dándose además razón de analogía con la doctrina jurisprudencial recaída a propósito de la acción de retracto.* (Sentencia de 7 de noviembre de 1975; no ha lugar.)

En el único motivo del recurso se denuncia interpretación errónea del artículo 1.973 C. c. por no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial, según la cual, la mera presentación de una demanda ante el órgano judicial correspondiente no es suficiente para interrumpir la prescripción del derecho si la misma no reúne los requisitos necesarios para su admisibilidad, entre los que se encuentran la aportación de los documentos y copias que la ley exige, y la certificación del acto de conciliación.

El T. S., en el único y extenso considerando, rechaza tal motivo con base en la doctrina extractada, apurando la argumentación, ya sea en base a defectos formales del recurso (no impugnación de los hechos por la vía adecuada), ya sea acumulando razones de tipo procesal y sustantivo (fundamento de la prescripción extintiva, analogía) que, por su interés, reproduzco literalmente: "2.º) El Juez de Primera Instancia, por providencia de 28 de abril de 1973, tuvo por promovida la demanda, y como el verbo promover, según el Diccionario Oficial de la Lengua, significa "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", es indudable que, a partir de ese momento tal escrito fue admitido plenamente, con la producción de todos los efectos jurídicos que de ello se derivan, incluso los consignados en el referido artículo 1.973 C. c., razón por la cual las Sentencias de esta Sala de 25 abril 1969 y 26 noviembre 1970, expresaron que como de la redacción del número 6.º del artículo 533 de la Ley de Trámites, sólo existe defecto legal en el modo de proponer la demanda, cuando no se llenen los requisitos del artículo 524, al no estar comprendidos en ellos la celebración del acto conciliatorio, su falta no convierte aquélla en ineficaz, cuando el Juez, con infracción del 462, párrafo 1.º, las haya admitido a trámite sin ser acompañadas de este documento, puesto que tal falta puede ser corregida incluso de oficio, convirtiendo en válido lo practicado antes de su subsanación. 3.º) Al servir de fundamento a la prescripción, regulada en el artículo 1961 y concordantes del mencionado Código, la presunción de abandono del derecho que se esté prescribiendo, por parte de su titular, tal efecto no se produce cuando, como aquí ha sucedido, dicho señor acude ante los Tribunales para ejercitarlo, por implicar tal conducta el cese de su inactividad y la exteriorización de su deseo de hacerlo efectivo, mediante la puesta en marcha de la actividad judicial, que es precisamente lo que interrumpe la prescripción (Sentencias de 9 febrero 1954 y 3 febrero 1968). 4.º) Si para el ejercicio de algún derecho, como el de retracto, se ha estimado suficiente la presentación de la papeleta conciliatoria ante el Juzgado correspondiente (Sentencias 30 octubre 1965, 3 diciembre 1966 y 7 noviembre 1967), no existe motivo alguno para que no se consiga idéntico resultado mediante la interposición de la demanda,

ante el organismo jurisdiccional a quien esté atribuido su conocimiento, puesto que de otra forma se vulneraría el principio general de derecho *Ubi eadem ratio, debet esse eadem iuris dispositio*, y 5.º) La exigencia del acto de conciliación no entra en juego más que en los casos concretos que determina el artículo 460 de la Ley rrituarria, de los que según el núm. 5.º de su párrafo 2.º, se exceptúan los juicios que se promuevan contra personas que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba entablarse la demanda, indicándolo así expresamente la S. de esta Sala de 26 noviembre 1970, y encontrándose en semejante situación la entidad aquí demandada, no puede ponerse en duda que, respecto de ella, aquel requisito resultaba innecesario, y como la responsabilidad de la misma como aseguradora, al igual que la del propietario del vehículo, con que se produjeron los daños indemnizables, es directa y no subsidiaria respecto a la víctima del accidente y solidaria entre sí, en cuanto a la indemnización que ambos deban satisfacer, como consecuencia del resarcimiento de los daños y perjuicios emanados de los artículos 1.902 y 1.903 C. c., de ahí que, de todas formas, la disposición contenida en el párrafo 1.º, del artículo 462, antes mencionado, no puede originar los efectos pretendidos por dicho recurrente, y que el recurso debe ser desestimado”.

En la doctrina reciente se ha ocupado incidentalmente del tema, en un sentido coincidente con el de esta sentencia, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2.º, 4.ª ed., Barcelona, 1975, p. 472: “En mi opinión, conteniendo la demanda una reclamación del derecho en prescripción, ya sería interruptoria de por sí, aunque, por no reunir los requisitos legales, no valiese como demanda”. Argumento que puede concluirse diciendo que, con mayor razón en este caso en que el Juez la tuvo por promovida.

G. G. C.

40. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR ARROLLAMIENTO DE TREN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: DIES ACUO: PROCEDIMIENTO CRIMINAL: *Si bien es cierto que la acción derivada del artículo 1.902 C. c. ha de ser ejercitada dentro del plazo de un año, es igualmente cierto que el perjudicado no puede instarla sino desde la fecha en que se dictó el auto firme de sobreseimiento provisional del procedimiento penal que se instruyó para depurar la forma en que ocurrió el accidente, pues antes lo impide el artículo 114 LECrim. (S. 20 marzo 1930), no empezando a correr el plazo de un año sino desde la fecha de la sentencia o auto de sobreseimiento que ponga fin al proceso criminal (SS., entre otras, de 3 diciembre 1931, 24 diciembre 1941, 21 noviembre 1955, 16 diciembre 1961, 29 diciembre 1962 y 6 mayo y 26 octubre 1963), siendo inoperante para el ejercicio de una acción civil el conocimiento que el perjudicado pudiera tener de los hechos que determinan aquélla, pues la subsistencia de la causa criminal condiciona o impide el ejercicio de la misma.*

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR DEMANDA DE POBREZA: *Conforme a la jurisprudencia interpretativa del artículo 1.973 C. c., la presentación de la demanda incidental de pobreza interrumpe la prescripción si en ella se designa con claridad suficiente el objeto de la demanda principal para cuyo planteamiento se solicitó aquel beneficio, porque ello equivale a una interpelación judicial, circunstancias que se dan en el caso presente; el plazo de un año debe darse desde que se dicta la sentencia otorgando el beneficio de pobreza*

*hasta la presentación de la demanda principal, lo que tampoco ocurre en este pleito. (Sentencia de 9 de julio de 1975; ha lugar.)*

Sobre la interrupción por demanda de pobreza, vide ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2.º, 4.ª ed., Barcelona, 1975, p. 470, quien opina que la interrupción en este caso vale sólo como adelanto de la que se produce por verdadero ejercicio de la acción en el juicio correspondiente. Hay que destacar también el cuidado de esta sentencia en precisar que se trata de verdadera *interrupción* y no de mera *suspensión* del plazo prescriptivo.

#### 4. Arrendamientos.

1. INCONGRUENCIA: *Sólo el actor está legitimado para acusar la supuesta incongruencia que pudiera resultar por no haber sido dilucidada la petición, en la demanda, de declaración de la ineficacia de un contrato. El requisito de congruencia no exige que el Juez haya de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para dejar resueltos todos los puntos del debate. La incongruencia fundada en el carácter contradictorio del fallo requiere que éste —no sus fundamentos— abarque varios extremos, por lo que no puede darse en el fallo de instancia que contiene uno solo.*

CASACIÓN: FORMALISMO DE LOS CAUCES UTILIZABLES: *El error de derecho que ampara el número 7.º es en la estimación de la prueba y no en la interpretación. El error de derecho con infracción de los artículos 1.218 y 1.225 Código civil no existe cuando en la sentencia no se niega el valor probatorio de los documentos en cuestión y lo que se hace es darles interpretación y alcance distinto del que pretenden los recurrentes. El error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se da cuando la sentencia infringe precepto legal sobre el valor que deba concedérseles, no teniendo por ciertos los hechos que con tales pruebas se patentizan, pero no hay tal error cuando de lo que se trata no es de la certeza y realidad de tales hechos, sino de la trascendencia y eficacia que puedan tener, siendo lo que realmente se impugna la interpretación que se da de los actos cuya realidad en esa forma se justifica.*

CASACIÓN: FALTA DE CLARIDAD: INVOCACIÓN SIMULTÁNEA DE DOS PRECEPTOS DISTINTOS: *La infracción de los artículos 1.249 y 1.253 C. c. no puede aducirse en forma simultánea por el cauce exclusivo de un solo motivo. (Sentencia de 12 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

2. PRUEBA DE PRESUNCIONES: INDICIOS: *Afirmado por la sentencia recurrida que a falta de prueba directa hay que acudir a presunciones o indicios, precisa indicar que esto último no es admisible, conforme al estatuto jurídico vigente, y, en cuanto a las presunciones, hay que afirmar que constituyen un silogismo, un proceso lógico que, partiendo de una premisa constituida por hechos probados, induce a una consecuencia necesaria racional y lógica según las normas del criterio humano. Las meras "suspicias" no revelan certidumbre alguna, por lo que no pueden ser fuente de prueba.*

**INCONGRUENCIA: MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMANDA EN LA RÉPLICA:** *Hay que estimar incongruencia en la sentencia recurrida al aceptar que en la réplica prevalezca una modificación sustancial de las peticiones formuladas en la demanda como consecuencia de la cual la sentencia recurrida se consideró obligada a adoptar una posición sincrética y distinta en el fallo, sin razonarla en los considerandos ni aceptar los del Juzgado.* (Sentencia de 20 de octubre de 1975; ha lugar.)

**NOTA.**—En la demanda se pidió la declaración de la nulidad radical de un subarriendo, en tanto que en la réplica se postuló la anulación parcial de un contrato complejo escindiendo uno de sus elementos integrantes modificando su contenido y creando con ello una posición jurídica y procesal incomprensible, según la calificación del T. S.

**3. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO RELATIVO A OBJETO MÚLTIPLE, COMPUESTO DE PARTE PRINCIPAL Y PARTE ACCESORIA; RUINA DE ESTA ÚLTIMA:** *Si aunque el contrato litigioso tiene unidad documental y comprende un solo precio y un solo plazo ofrece las notas a) de estar integrado por dos cosas de naturaleza jurídica diferente —una un verdadero local de negocio y otra un simple almacén accesorio— y b) de que tales cosas son de muy distinta entidad e importancia a los fines del arrendamiento litigioso, pues una, el local de negocio, es principal y sin ella el contrato no podría subsistir, en tanto que la otra es simplemente accesoria y su falta no produce la inutilidad del arriendo concertado según el propio arrendatario reconoce, al mostrarse dispuesto a seguir en el arriendo sin reducción del precio por la pérdida del almacén accesorio ruinoso —situado en lugar distinto y sin conexión física con el local principal—, no procede la resolución del arriendo por ruina del citado almacén secundario.* (Sentencia de 28 de junio de 1975; no ha lugar.)

Se invoca en ella una Sentencia de 4 de febrero de 1963 de doctrina análoga.

Hay que destacar el acierto de esta resolución que, con un adecuado criterio espiritualista, resuelve un problema no siempre solucionado acertadamente: el de la novación objetiva —por reducción del objeto— de un contrato arrendaticio sin extinción del mismo y producida por el concurso de un hecho físico y la voluntad de una de las partes y contra la voluntad de otra parte. Cierto es que, por lo general, la novación simplemente modificativa del arriendo, por reducción del objeto sobre el que el mismo recae, sólo es posible por convenio de las partes, pero no lo es menos que la práctica muestra la existencia de supuestos particulares en que la aplicación de los criterios generales conduciría a soluciones contrarias a la equidad. Uno de tales supuestos fue el afrontado por la sentencia objeto de esta nota en el que si ciertamente se había producido la ruina y la pérdida, por tanto, de parte de la cosa arrendada, se daba la circunstancia de que el arrendatario se conformaba con la subsistencia del arriendo con objeto reducido y con el mismo precio, y, por otra parte, al no haber continuidad física entre la parte del objeto del arriendo siniestrada y la principal ningún perjuicio podría derivar para el arrendador del mantenimiento del contrato con la renta íntegra sobre la parte principal de la cosa arrendada, quedándole libre la disponibilidad de la parte ruinoso y físicamente independiente de la principal. La resolución total del arriendo hubiera supuesto un abuso de derecho manifiesto.

4. JUICIO DE DESAHUCIO: SUPUESTA COMPLEJIDAD: *No puede hablarse de negocio jurídico complejo si, a la contemplación del juzgador, no se ofrece más que la cesión del uso o disfrute del objeto arrendado —industria o local de negocio— por cierto tiempo y precio determinado y sin que aparezcan incorporadas otras obligaciones o contraprestaciones diferentes que pudieran alterar la naturaleza del contrato y convertirlo en complejo. Tampoco engendra complejidad la discrepancia de los contratantes sobre la naturaleza y determinación del objeto del arrendamiento, ni la falta de documentación del contrato de arriendo litigioso.* (Sentencia de 2 de julio de 1975; no ha lugar.)

5. LITIS PENDENCIA: ACCIÓN DE RESOLUCIÓN POR RUINA Y ACCIÓN SOBRE REPARACIONES: *La Sala 1.<sup>a</sup> del T. S. viene sentando que la acción resolutoria derivada de la causa 10.<sup>a</sup> del artículo 114 LAU, está condicionada por el requisito previo de la declaración firme administrativa que constituye el presupuesto inexcusable y que, por tanto, al iniciarse el expediente contradictorio se pone en ejercicio la acción resolutoria dentro del ámbito de la LAU y no puede decirse que se trata de materia distinta, sino de una etapa del mismo proceso que determina y vincula las decisiones de la jurisdicción civil, y por ello, si no se diera lugar a la excepción de litis pendencia propuesta, se dividiría la continencia de la causa.* (Sentencia de 17 de mayo de 1975; ha lugar.)

NOTA.—Los antecedentes del caso fueron los siguientes: El propietario promovió expediente contradictorio de ruina ante el Ayuntamiento el 27 marzo 1973, siendo denegada la petición el 21 mayo siguiente y ratificada el 26 agosto siguiente; la parte arrendataria, sin esperar el transcurso de los dos meses que la Ley concede para formalizar el recurso contencioso-administrativo —recurso que el propietario formalizó el 22 octubre del mismo año—, ejercitó una acción de condena al arrendador a realizar determinadas reparaciones, por entender que no había situación de ruina, oponiendo el propietario la excepción de litis pendencia que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimada por la Audiencia y estimada por el T. S.

6. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR OBRAS: SUPUESTA INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: *No hay incompetencia de la jurisdicción civil, por ser el tema jurídico de la controversia estrictamente civil, si la acción ejercitada es la de resolución de arriendo concertado entre un particular y un Ayuntamiento —éste como arrendatario— por razón de las obras realizadas por el Estado, cesionario del local para los servicios escolares que se prestan en la finca arrendada, puesta al servicio del Estado por el Ayuntamiento arrendatario en virtud de las obligaciones que al Municipio incumben por la Ley de Enseñanza Primaria.* (Sentencia de 17 de junio de 1975; no ha lugar.)

7. RESOLUCIÓN ARRENDATICA POR RUINA: IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN MUNICIPAL DE RUINA: *El acuerdo municipal de declaración de ruina de un edificio y consiguiente derribo sólo es susceptible de impugnación en la vía contencioso-administrativa, pero cuando ha ganado firmeza vincula a los Tribunales del orden civil, cuya misión no alcanza a revisar el acuerdo admi-*

nistrativo del que, una vez firme, ha de partirse como presupuesto determinante de la resolución del contrato.

**INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CLARIDAD:** *Incorre en falta de claridad determinante de inadmisión y, en su caso, de desestimación el recurso en que se acusan de modo indiscriminado dos conceptos distintos de infracción, cuales son la violación y la aplicación indebida de la norma.* (Sentencia de 10 de junio de 1975; no ha lugar.)

8. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR DE NUEVO: DERECHO DEL ANTIGUO ARRENDATARIO A LOCAL DE ANÁLOGAS CONDICIONES EN EL INMUEBLE RECONSTRUIDO:** *Lo que la LAU exige es que el arrendador reserve al antiguo arrendatario, local o vivienda que disponga, por lo menos, de extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de la que anteriormente ocupaba y con iguales instalaciones y servicios, sin que pueda apreciarse que no hay igualdad por la falta, en el local reservado, de ventanas que, en sí y por sí, no constituyen una instalación o servicio propiamente dichos y sin que se haya acreditado que el local reservado no se útil al fin, a que se destina el local.* (Sentencia de 27 de septiembre de 1975; no ha lugar.)

**NOTA.**—No queda muy claro en la sentencia si el antiguo local carecía o no de ventanas. Lo que sí resulta claro, en cambio, es que la regulación legal de la resolución de arriendo para reedificar y del derecho de retorno es muy poco satisfactoria para los arrendatarios desalojados a los que la normativa legal, particularmente con la interpretación que a la misma suele darse, deja prácticamente inermes, en muchos casos, frente a las maquinaciones del arrendador.

9. **RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: APERTURA DE VENTANA Y HUECO DE AIREACIÓN:** *Constituye cambio de configuración, que es causa de resolución, la apertura, por el arrendatario, no autorizada por el arrendador, de una ventana y un hueco para la extracción del aire, sobre la parte posterior del local y dando al patio de la finca.* (Sentencia de 17 de mayo de 1975; no ha lugar.)

10. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE DEL LOCAL: CONVERSIÓN DE LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO EN ALMACÉN:** *Si se varió la utilización del local, inicialmente destinado a la relación con el público y luego destinado simplemente a almacén accesorio de la actividad principal del arrendatario—que se desarrolla en otro lugar desde el cambio de destino del local arrendado—, aunque en él se guarde el archivo, ello equivale al cierre del local, porque por tal hay que entender no sólo el hecho material de no abrir el local durante seis meses en el plazo de un año, sino la transformación en almacén auxiliar o depósito cerrado permanentemente al público y sin asistencia de empleados que sólo esporádicamente acuden para llevar o recoger enseres o documentos.*

**INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CLARIDAD:** *Es causa de desestimación, por falta de claridad, la cita global de documentos como prueba de error, en vez*



*de especificar separadamente cada uno de ellos. (Sentencia de 14 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

11. CLÁUSULAS SOBRE REVISIÓN CONVENCIONAL DE RENTAS ARRENDATICIAS: VALIDEZ: *El pacto por el que las partes de un arriendo de local de negocio concertado como consecuencia de la realización de un traspaso convienen en que a efectos de ulteriores revisiones o aumentos de renta se tome como fecha de ese nuevo negocio jurídico la del primitivo arriendo y como base de los futuros incrementos, distinta suma dineraria, según aquellos se produzcan en el primero o segundo quinquenio de su vigencia, no puede estimarse contraria a las prevenciones contenidas en el artículo 96 LAU ni prohibidas por el artículo 6 LAU, porque representan, simplemente, la adopción de un sistema de estabilización de la renta distinto del legal, aunque en cierto modo acomodado a éste, admitido por la jurisprudencia de la Sala I.*

ACCIONES SOBRE ELEVACIÓN DE RENTA; CADUCIDAD; ACTOS PROPIOS: *Si bien el artículo 101 LAU establece que las acciones que en él se conceden al arrendador caducaran a los tres meses..., pasado el cual carecerán de eficacia jurídica y si también es cierto que la jurisprudencia ha declarado que no es dable admitir que por análogos conceptos y cuantía a los rechazados por el arrendatario en la primitiva notificación llevada a efecto, se pueda repetir ésta, porque ello equivaldría a convertir en ilusorio aquel plazo de caducidad (Sentencias de 30 de enero de 1965 y 28 de junio de 1973), no lo es menos que si la propuesta de elevación se comunicó al demandado por acto de conciliación, y aunque éste la rechazó, rectificó luego su conducta aceptando explícitamente la elevación, al consignarla en su totalidad, de forma incondicional y sin reserva de clase alguna, en un proceso de resolución instado por el arrendador con base en el artículo 101 LAU, consignación que fue aceptada por el arrendador; ello implicó el reconocimiento de la legitimidad de la elevación, quedando sin efecto las consecuencias derivadas de la iniciación del plazo de caducidad respecto de las dos acciones reguladas en el artículo citado.*

INJUSTICIA NOTORIA; CUESTIONES NUEVAS: *No cabe discutir en el recurso cuestiones no aducidas en el período expositivo del pleito. (Sentencia de 21 de abril de 1975; no ha lugar.)*

12. ABUSO DE DERECHO; CONCEPTO; CARACTERÍSTICAS DE SU APLICACIÓN: *El abuso de derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan protección específica de la Ley y no puede estimarse de oficio, por lo que no habiéndose alegado oportunamente en la instancia no procede admitirla, por tratarse de cuestión nueva. Aun si, como entiende algún tratadista, se estimara que el abuso de derecho es una cuestión jurídica, como derivada de un mandato legal destinado a los Jueces, con lo que resultaría privilegiado o de mejor condición que el titular de un derecho, el de un simple interés, siempre sería necesario que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida resultase manifiesto el abuso en las*

*circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo del actor o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. No puede invocarse el abuso de derecho cuando la sanción del exceso pernicioso está garantizado por un precepto legal; es decir, que no se puede invocar en favor de quien sea responsable de una acción antijurídica.*

**INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTO DE FORMALIZACIÓN:** *La base de hecho de la presunción a que se refiere el artículo 1.249 C. c., ha de tratarse por un cauce distinto —la causa 4.ª— que el que corresponde al artículo 1.253 C. c., que trata de los requisitos que han de concurrir para la eficacia legal de la presunción y no pueden tratarse conjuntamente, sin incidir en defecto de formulación. (Sentencia de 5 de junio de 1975; no ha lugar.)*

13. **TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: IRREGULARIDAD POR RETRASO EN LA NOTIFICACIÓN:** *Si la parte arrendataria, al redactar la escritura de traspaso, requirió al Notario autorizante para que notificara su contenido al administrador de la finca, ello no quiere decir que por esa relación de mandato quedarán liberados, respecto a tercero, de las consecuencias de que la notificación no se verificase dentro del plazo previsto en la Ley, de los ocho días siguientes y no constando los motivos o circunstancias que dieron lugar a que la notificación se verificara a los diez días y que pudiera atribuirse a sucesos imprevistos, o que previstos fueran inevitables, no cabe liberar de responsabilidad a los contratantes del traspaso. (Sentencia de 3 de mayo de 1975; ha lugar.)*

**NOTA:** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia dio lugar a la resolución por incumplimiento de los requisitos legales del traspaso; la Audiencia de Barcelona desestimó la demanda y el T. S. ha dado, finalmente, lugar a la resolución, sentando un criterio amparado, sin duda, en la letra de la Ley, pero muy alejado del sentido espiritualista y de equidad de que estimo ha de imperar en la aplicación de las normas jurídicas. Una vez más se advierte lo poco propicios que se muestran los Tribunales, en especial el T. S., a aplicar las normas del artículo 9 de la LAU, que tanto juego podrían dar para moderar las consecuencias de una aplicación rigurosa de los preceptos legales.

J. P. R.

14. **ABUSO DE DERECHO: ACCIÓN RESOLUTORIA:** *Es uno de los elementos esenciales del abuso del derecho la inmoralidad o antisocialidad del daño causado a un tercero manifestado en forma subjetiva —cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sin fin serio y legítimo— o bajo forma objetiva —cuando el daño proviene de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho—. No concurre abuso de derecho en el ejercicio normal de un derecho de resolución de un coarrendador frente a un arrendatario que no merece ser protegido en cuanto a su pretensión de continuar indefinidamente en el uso de la cosa arrendada.*

**RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR RUINA: PRESUPUESTOS Y REQUISITOS:** *El éxito de la resolución arrendaticia por ruina precisa que haya precedido declaración de ruina de la finca acordada por resolución que no dé lugar a ulterior recurso y en expediente contradictorio tramitado por la Autoridad Municipal con las*

*debidas citaciones de arrendatarios, sin que se exija; que antes del ejercicio de la acción por el arrendador, sea notificada por la Administración a los arrendatarios la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se pronuncie o confirme la declaración de ruina. De la comparación de los dos párrafos del apartado 10, del artículo 114, LAU; resulta que por resolución "que no dé lugar a ulterior recurso", locución empleada en el primer párrafo, debe entenderse resolución "firme", palabra utilizada en el segundo, debiendo estimarse que la resolución es firme cuando el acuerdo municipal no es susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa ni en la contencioso-administrativa o, cuando habiéndose interpuesto el recurso de esta última clase, haya recaído sentencia firme, por no ser atacable en el mismo proceso mediante un recurso ordinario.*

**ACCIONES RESOLUTORIAS: LEGITIMACIÓN DE COMUNEROS:** *Es jurisprudencia de la Sala I que cualquier comunero puede comparecer en juicio en beneficio de la comunidad y que la sentencia recaída en su favor aprovecha a los restantes copartícipes sin que les perjudique la adversa, principio aplicable tanto al caso de la comunidad hereditaria como al de las acciones resolutorias de contrato de arriendo regido por la LAU. (Sentencia de 24 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

**15. LEY DEL SUELO: INCLUSIÓN DE FINCA EN REGISTRO DE SOLARES: EFECTOS: LICENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE OBRA:** *La solicitud y expedición de la licencia para la ejecución de la obra produce "ex lege" la resolución del arriendo, modificando en este sentido la legislación anterior. Cuando el propietario de una finca incluida en el Registro de solares se propusiera acometer o terminar la edificación, el otorgamiento de la licencia produce la definitiva extinción de los arriendos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación a los mismos y sin que hayan de reservarse locales a los antiguos ocupantes, doctrina que no puede estar afectada por el hecho de que el acuerdo de inclusión de fincas en el Registro de solares estuviere pendiente de un recurso contencioso-administrativo que no puede impedir la ejecución, si así lo acuerda la Autoridad Municipal. Resuelto o extinguido un arriendo como consecuencia de la inclusión de la finca en el Registro de solares y otorgamiento de la licencia de obra y derribadas las anteriores edificaciones se hace jurídica y físicamente imposible el restablecimiento de la posesión arrendaticia. (Sentencia de 30 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

**NOTA:** La sentencia no sólo rechaza el restablecimiento de la antigua posesión arrendaticia, sino también la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (que se basaba en que el Tribunal Supremo dio lugar al recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la decisión de inclusión de la finca en el Registro de solares), alegando: que al solicitar el propietario la inclusión en el Registro de solares no hizo más que ejercitar un derecho sin que el conocimiento que el mismo tuvo del recurso contencioso-administrativo pudiera ser obstáculo a la solicitud de la licencia de obra, dada la obligatoriedad del acuerdo y subsiguiente obligación de construir, ejecutoriedad amparada por la resolución municipal sobre el particular, cuya suspensión no fue solicitada por el arrendatario—si el acuerdo lo reputaba lesivo—, como pudo verificarlo al amparo del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-

administrativa, por lo que en cierto modo con su omisión y abstención consintió la ejecutoriedad del acuerdo sin tratar de salvar sus posibles consecuencias por cuantos medios tuvieran a su alcance. Resulta de gran interés la lectura íntegra de la sentencia que confirma los criterios restrictivos de nuestros Tribunales—en relación, sobre todo, a la tónica dominante en los extranjeros— en cuanto a las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios y que pone de manifiesto los tremendos riesgos que entraña la actual legislación urbanística.

J. P. R.

16. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO; INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Para la calificación del arriendo de una finca urbana como de local de negocio o almacén ha de estarse al destino del local que, a su vez, no depende directamente de las condiciones del local al tiempo de celebrarse el contrato, sino del pacto expreso o tácito de las partes. No incurre en vicio de interpretación la sentencia que entiende que estipulado que se alquila el local "sólo y exclusivamente para exposición y venta de muebles y bazar en general", el arriendo no es de local para almacén o depósito de mercancías.*

RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE: *Para que haya cierre en sentido legal no es preciso el cese de toda actividad en el uso del local o que éste permanezca inerte o inactivo, siempre que la actividad que en él se desarrolle tenga carácter accidental, secundario o accesorio, como en el caso de utilización eventual del local, a iniciativa del arrendatario, para raras entrevistas con algunos clientes.*

SUPUESTA JUSTA CAUSA DEL CIERRE: *El hecho de la autorización conferida al arrendatario para realizar las obras de acondicionamiento necesarias para la utilización del local arrendado no estuviera sujeta a plazo o condición no le exime de la sanción resolutoria por cierre del local, pues la autorización de obras no puede interpretarse en el sentido de que el local pueda estar cerrado indefinidamente a pretexto de obras.*

ACTOS PROPIOS; LEGITIMACIÓN: *No puede impugnar o desconocer la personalidad o legitimación de un litigante quien, dentro o fuera del pleito, se la tenga reconocida.*

CONFESIÓN EN JUICIO; VALOR: *Es doctrina jurisprudencial que la confesión prestada bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro actual ordenamiento un valor decisivo, ya que su graduación, como elemento de juicio, corresponde a los Tribunales de Instancia en uso de su facultad soberana en materia de la apreciación de la prueba. (Sentencia de 4 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

17. NULIDAD DE ARRIENDO POR SIMULACIÓN; ILICITUD DE CAUSA; ARRIENDO OTORGADO POR USUFRUCTUARIO: *Si el Tribunal "a quo" basa su decisión de estimar nulo el arriendo, no sólo en el precio arrendaticio desproporcionado con lo usual en relación a la situación y circunstancias del local, sino en un conjunto de hechos probados de cuya concurrencia deriva un juicio de valor suficiente para sentar la presunción de que el negocio jurídico constituía una simulación, una mera apariencia de contrato, tendente a impedir la recuperación normal de su disfrute por los propietarios una vez extinguido el usufructo—lo que constituye la ilicitud de causa del artículo 1.275 C. c.—, tal presunción, que no puede desvirtuarse por la mera afirmación del arren-*

*datario, ha de prevalecer mientras no se demuestre que la conclusión es absurda o ilógica.*

**PROCESOS ARRENDATICIOS URBANOS: ACCIONES SOBRE NULIDAD DE ARRIENDO:** *La LAU parte del supuesto de la existencia inicial de un contrato de arriendo y no regula las cuestiones sobre nulidad o validez de tales contratos. (Sentencia de 16 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

## 5. Derechos reales.

1. **DERECHO DE PROPIEDAD: DOMINIO DE LA SUPERFICIE: INTERPRETACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 350 DEL C. C.:** *Según el artículo 350 del C. c., "el propietario de un terreno es dueño de su superficie", lo que quiere decir, como proclaman las Sentencias de 3 de julio de 1907 y 1 de febrero de 1909, que existe una presunción "juris tantum" de que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de la propiedad pertenece al propietario y que quien alegue la pertenencia de cualquier construcción que esté ubicada dentro de ella habrá de probarla. (Sentencia de 3 de julio de 1975; ha lugar.)*

2. **BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE:** *Según el artículo 339, número 1.º, del C. c., son bienes de dominio público los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos, en cuya relación, meramente enunciativa, se encuentra sin género de duda comprendida la zona marítimo-terrestre, que la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, al igual que lo hacía la anterior de 7 de mayo de 1880, en su artículo 1, define como el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujó, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, en donde no lo sean, y se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles las mareas, zona marítimo-terrestres que, en virtud del propio precepto legal, es de dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares.*

**ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: A QUIÉN CORRESPONDE LA PRUEBA DE SU NO ADSCRIPCIÓN:** *En Sentencia de 28 de noviembre de 1973 se tiene declarado que estando la zona marítimo-terrestre calificada por la Ley de bien de dominio público, al particular que se oponga a tal adscripción corresponde probar, no al Estado, los hechos obstructivos a la misma, o, en su caso, el derecho que sobre los mismos reclame.*

**DERECHOS NO REGISTRABLES: BIENES DE DOMINIO PÚBLICO; EFECTOS QUE PRODUCEN SU INSCRIPCIÓN:** *En virtud del principio de la fe pública registral, proclamado fundamentalmente en el artículo 34 de la LH, en relación con otros, entre ellos el 32, el contenido del Registro se reputa exacto en provecho de tercero, siempre que la inexactitud registral esté provocada por la no registración de un título, derecho o acción registrable, pero no en otro caso..., porque el artículo 5, número 1.º, del Reglamento de la Ley Hipotecaria exceptúa de la inscripción los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del C. c., ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras están destinados a algún servicio público, al*

fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio, precepto cuya "ratio legis" es fácilmente comprensible, porque la adscripción de esos bienes a fines de carácter público los sitúan fuera del comercio de los hombres, haciéndolos inalienables e imprescriptibles, llevan a su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad o inmunidad, no necesitando de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido, por ende, tampoco puede perjudicarles, normativa que rige mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, ya que, acontecido éste, se modifica la naturaleza de la propiedad, los bienes pasan al dominio privado y entran en el comercio de los hombres, con todas las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan.

**FE PÚBLICA REGISTRAL: NO ALCANZA A LOS DATOS O CIRCUNSTANCIAS DE HECHO: MERA PRESUNCIÓN "IURIS TANTUM":** *En todo caso, según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de 31 de mayo de 1955, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961, entre otras), la fe pública registral no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que se constatan en el Registro, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie de la finca inscrita, ni siquiera a que ella exista en la realidad, y si bien esa misma doctrina, aunque con alguna desviación, en las Sentencias de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958, establece que tales circunstancias de hecho, materiales o físicas, están amparadas por el principio de legitimación registral formulado en el artículo 38 de la LH, ello es sólo con la fuerza y virtualidad de una presunción "iuris tantum". (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1974; ha lugar.)*

**3. PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS:** *Es intrascendente cuando el Juzgado impone la obligación de pagar la parte de gastos porque las obras son requeridas para la conservación y habitabilidad del inmueble.*

**OBRAS NECESARIAS:** *Las mejoras que implican su más perfecta ejecución, evitando arreglos posteriores, son requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango.*

**CAUCE PROCESAL:** *No es adecuado el núm. 7, artículo 1.692, LEC, para alegar el incumplimiento del artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal.*

**ARTÍCULO 1.214 CÓDIGO CIVIL:** *No puede servir de fundamento al recurso de casación, salvo que se incurra por el juzgador de instancia en imponer la inversión de la carga de la prueba. (Sentencia de 30 de mayo de 1975, no ha lugar.)*

Falta de pago de las cantidades debidas por gastos en régimen de propiedad horizontal. El demandado alega que los gastos realizados no eran necesarios.

**4. PROPIEDAD HORIZONTAL: REFORMA DE ESTATUTOS: CONSENTIMIENTO TÁCITO:** *Es fundamental para legitimar la vigencia del Estatuto presentado a la Junta el 8 de mayo de 1973, el acuerdo de 6 de abril de 1972, en el que se plasmaron las modificaciones fundamentales respecto al anterior y que ganó la unanimidad, por el consentimiento tácito del hoy recurrente, al no haber*

*mostrado su disconformidad dentro de los 30 días siguientes a su notificación. (Sentencia de 7 de noviembre de 1975; no ha lugar.)*

5. ACCIÓN REIVINDICATORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: RECIBOS DE CONTRIBUCIÓN Y DECLARACIONES MUNICIPALES SOBRE DOMINIO: *Denunciado el error de hecho en la apreciación de la prueba con base en la notificación municipal, en la que se declara que los Servicios Técnicos han comprobado que la propiedad de la Escuela reivindicada corresponde a la Asociación recurrente y no al Ministerio de la Vivienda y en un recibo de contribuciones especiales extendido a favor de dicha Asociación, debe perecer el motivo, pues ni tales documentos tienen el concepto de auténticos a efectos de casación, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, ni aun cuando lo tuvieran demuestran el error del Tribunal "a quo", puesto que ni el Ayuntamiento puede hacer declaraciones de propiedad civil ni, aun hechas éstas, pueden en caso alguno constituir título bastante de dominio, ni por otra parte, el pago de impuestos o contribuciones acredita tal dominio.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: ACCESORIEDAD: COOPERATIVA DECLARADA FUERA DE LA LEY: LEGITIMACIÓN PROCESAL "AD CAUSAM" Y "AD PROCESSUM": *Alegada por los recurrentes, en sendos motivos, la accesoriad de la escuela reivindicada respecto de sus viviendas y su legitimación activa, ambos motivos han de correr la misma suerte desestimatoria, puesto que la pretendida accesoriad desapareció al declarar la Ley de 23-9-39 a la Cooperativa original, fuera de la Ley, mandando que todos sus bienes pasaran a formar parte del Patrimonio del Instituto Nacional de la Vivienda, y la alegada legitimación activa, al tratarse de "legitimatío ad causam" y "no ad processum" es cuestión de fondo, que quedó resuelta al desestimar la acción ejercitada. (Sentencia de 11 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

6. RETRACTO DE COLINDANTES: VALOR PROBATORIO DE LA CONCESIÓN JUDICIAL: DECLARACIONES DESFAVORABLES: EXCEPCIONES A LA INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN: *Tanto en el párrafo 3.º del artículo 580 de la Ley Procesal Civil como en el 1.232 del C. c., se establece el valor positivamente tasado de las declaraciones desfavorables al litigante, sujeto pasivo de la confesión judicial, que obligan al órgano jurisdiccional a reconocer justificada la existencia o inexistencia de los datos procesales confesados en los que sean perjudiciales al confesante, y por ello, según doctrina reiterada de esta Sala, incurre en error de derecho el Juez o Tribunal que desconozca, en el supuesto mencionado, la eficacia probatoria de dicho medio de prueba, máxime cuando, como sucede en el caso concreto, la Sala de Instancia formó su convicción de que la finca del recurrido es de extensión superficial superior a una hectárea, como resultado de diversas pruebas y, sin embargo, se abstuvo de examinar la prueba de confesión judicial mencionada, pese a las contestaciones, en sentido afirmativo, dadas a las posiciones primera a sexta desfavorable al confesante, y si bien es cierto que respecto a la séptima y última de ellas, contestó negativamente, al declarar que la finca adquirida es de cabida superior a una hectárea, también lo es que esa declaración no enerva o debilita, en lo más mínimo, el dato referente a que la finca retraída fue agregada a la colindante, propiedad*

de la madre del recurrido, para lo cual éste hizo desaparecer la pared de piedras sueltas que la delimitaban y también un camino de explotación; en definitiva, por tratarse hechos de significación distinta concurre la primera de las tres excepciones al principio general de la indivisibilidad de la confesión, establecida en el artículo 1.233 del C. c.

**RETRACTO DE COLINDANTES: PUBLICIDAD REGISTRAL: PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE DATOS FÁCTICOS (CABIDA):** *Adquirida mediante escritura pública de compraventa una finca en la que se expresó como cabida la de 85 a. y 68 ca., e inscrita la misma en el Registro de la Propiedad; desde la fecha de inscripción se originó, por el principio de publicidad —artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento— la formal de la “totalidad” del asiento, y por el de la fe pública y de legitimación registral la presunción legal de exactitud del Registro y habiéndose atendido el recurrente para el ejercicio de la acción retracto, al contenido del Registro, por integrar suficiente base probatoria del dato físico de la cabida, no estaba obligado a acreditarlo con la medición de la finca objeto del retracto, porque, además de lo expresado, esa prueba podría ser de imposible realización, de oponerse a ella el adquirente de la finca, supuesto que haría ilusorio el ejercicio de la acción mencionada, teniendo en cuenta también lo reducido del plazo para ejercitarla.* (Sentencia de 20 de mayo de 1974; ha lugar.)

**7. CAPTACIÓN DE AGUAS: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS:** *En el sentir de la jurisprudencia, el espíritu que inspira al artículo 23 de la Ley de Aguas no es otro que el de subordinar el derecho del dueño del fundo para alumbrar aguas de él, a la no preexistencia de un derecho de aprovechamiento anterior. Constituyen ejemplo de esta correcta interpretación, entre otras, las siguientes clásicas sentencias: a) la de 29 de octubre de 1907, que declara que el sentido y espíritu de la Ley de Aguas revelado en varios de sus artículos, como el 5.º, el 6.º... y el 23 autorizan para afirmar que el uso y aprovechamiento de las aguas... se halla subordinado al reconocimiento de un derecho anterior preexistente, sin que sea, por tanto, lícito intentar el ejercicio de derecho alguno de los reconocidos por la misma Ley para tal objeto, cuando con él se menoscaba otro preferente..., consistiendo en eso, precisamente, la principal razón reguladora de toda clase de aprovechamientos de aguas, principio especialmente consignado en el artículo 23 antes citado, a tenor del que el derecho reconocido en su primer párrafo desaparece con el supuesto del segundo; b) la de 29 de octubre de igual año, que reitera que los derechos reconocidos en la Ley de Aguas a los propietarios de los terrenos donde emergen o se alumbran, están subordinados al principio fundamental del respeto debido a otro derecho preexistente, y c) la de 22 de diciembre de 1913, que mantiene la misma doctrina interpretativa de ese precepto.*

**DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: PRUEBA PERICIAL:** *Para comprender su alcance hay que tener en cuenta lo siguiente: a) la naturaleza totalmente potestativa de la facultad que el artículo 340 de la LEC otorga a los Jueces y Tribunales, y que, como dispone el párrafo final de ese precepto, “contra ésta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán*



en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda"; b) que aunque el referenciado precepto no señala de manera expresa el dictamen pericial, alude, sin embargo, a "cualquier reconocimiento o avalúo que se reputa necesario", y la doctrina científica, la jurisprudencia y la práctica constante de los Juzgados y Tribunales proclaman al unísono, que en esas frases vienen comprendidos, lo mismo el reconocimiento judicial que el dictamen pericial que se juzguen necesarios a los fines de justicia; c) que el criterio legislativo en materia de pruebas es muy amplio, pues el artículo 567 de la LEC, con carácter general, dispone que "contra la providencia en que se otorgue alguna diligencia de prueba, no se dará recurso alguno", y d) que, en último término, el precepto invocado es de naturaleza adjetiva, y nunca podría posibilitar un recurso de casación de fondo, y para posibilitar el de forma tendría que venir señalado específicamente en el artículo 1.693.

**VALOR DE LA PRUEBA PERICIAL:** El artículo 1.243 del C. c. es un precepto de mero reenvío, es un norma civil en blanco, y su invocación en casación, sin la cita de los que lo desarrollan, es totalmente inoperante, pues como dice la Sentencia de 25 de noviembre de 1935, sólo contiene una referencia al artículo 632 de la Ley de Enjuiciar. Ni éste precepto ni aquél constituyen normas valorativas de prueba que pudieran ser infringidos por el Juzgador y, además, la apreciación de la prueba pericial es facultad soberana de los Tribunales de instancia, no censurable en casación —sentencias de 11 de diciembre de 1964 y 11 de junio de 1963—. Como reiteradamente tiene proclamado la jurisprudencia, contra la libre apreciación de la prueba pericial, realizado por los juzgadores de instancia, no cabe recurso alguno. (Sentencias de 2 de diciembre de 1964 y 11 de junio de 1963.)

**CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA:** Con referencia a la congruencia conviene tener presente que, como ha tenido buen cuidado de señalar la doctrina jurisprudencial, no depende de que en el fallo se empleen las mismas palabras de la demanda o de la contestación, si las declaraciones del fallo tienen la eficacia jurídica necesaria para dejar resueltos los puntos objeto del debate (Sentencias de 11 de febrero de 1920, 29 de enero y 28 de junio de 1934), y no se falta a ella aunque se agreguen en el fallo extremos accesorios que coadyuven a su efectividad (Sentencias de 7 de enero de 1920, 28 de noviembre de 1933, 11 de diciembre de 1940 y 3 de junio de 1965), o aunque se otorgue una específica condena fijando la cuantía de los daños y perjuicios, a pesar de que se hubiera pedido sólo la genérica (Sentencia de 3 de mayo de 1961). (Sentencia de 29 de septiembre de 1975; no ha lugar.)

8. EFICACIA, DOCUMENTOS PÚBLICOS: Lo determinado en documentos públicos debe prevalecer sobre la confusión con que la sentencia recurrida se produce en orden a las fechas.

**INTERRUPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Se produce por la reclamación realizada por el Estado y dirigido a los poseedores.

**GASTOS NECESARIOS:** Lo son el pago de la contribución y cánones de las fincas poseídas, realizado por los poseedores.

**REALIZACIÓN DE GASTOS NECESARIOS:** Se entiende probada cuando talcs

*gastos se consideran probados en la sentencia recurrida, sin que haya sido impugnado tal extremo.*

**ACCIÓN DE REINTEGRO DE FRUTOS:** *Es una acción personal con plazo de prescripción de quince años.*

**INCONGRUENCIA:** *No existe cuando, al decidir sobre la reconvencción, la sentencia estima uno de sus pedimentos desestimando los restantes. (Sentencia de 27 de enero de 1975; ha lugar.)*

El Estado es declarado heredero abintestato. Los bienes hereditarios son poseídos de mala fe por los demandados. El Estado reclama los frutos, los demandados los gastos necesarios realizados. Algunos gastos y frutos tienen prescrita la acción para reclamarlos.

9. **POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO Y DE BUENA FE PARA LA USUCAPIÓN: PRESUNCIÓNES DEL CÓDIGO CIVIL:** *Es inoperante que los vendedores continuaran con la posesión de la finca después de la compraventa, pues a partir de entonces no podían serlo con la intención de dueño, entendida en sentido objetivo y legal, sino como simples detentadores, sin que, consiguientemente, pueda afectar a la verdadera posesión de acuerdo con lo establecido en los artículos 444 y 1.942 del C. c.; concepto posesorio que no es posible transformar por la mera voluntad de quien la ostenta, según dijo ya la máxima romana "nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest", reproducida por todos los ordenamientos modernos, entre otros el nuestro, donde el artículo 436 del C. c. preceptúa que "se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario"... El significado del término "concepto de dueño" referido a la entrada o adquisición en la situación posesoria, nunca puede referirse a la pura motivación volitiva, que llegaría a amparar el despojo cuando se conoce o sabe que hay un legítimo dueño frente o contra el cual se pretende consolidar una posesión sin título alguno, que es cosa distinta del conocimiento o ignorancia requeridos para nutrir el concepto de la buena fe según los artículos 433 y 1.950 del C. c., que parten de la existencia de un título, pero con vicios o defectos que no se conocen". (Sentencia de 6 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

10. **SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS: DISTINCIÓN: NATURALEZA DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS:** *Según reiterada doctrina del T. S., lo que caracteriza y distingue a las servidumbres positivas en las negativas, consiste en que en éstas el dueño del predio sirviente no tiene parte activa alguna y sólo le es prohibido hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, y aplicando este principio a las de luces y vistas, si los huecos se abren en pared exclusivamente propia, es negativa, porque el dueño del predio dominante no impone al dueño del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o hacerla por sí mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos, levantando pared en su terreno; pero si se abren en pared ajena o medianera, la servidumbre es positiva, porque no puede constituirse sin el asentimiento presunto del otro medianero o del dueño de la pared, según Sentencias de 8 de febrero de 1889,*

9 de febrero de 1907, 8 de enero de 1908, 12 de octubre de 1909, 8 de junio de 1918, 20 de abril de 1923, 15 de marzo de 1934 y 19 de junio de 1951.

PRUEBA DE CONFESIÓN: VALORACIÓN: *Según la jurisprudencia del T. S., la prueba de confesión no ha de apreciarse aisladamente en uno solo de sus extremos, sino conjuntamente toda ella.* (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975; ha lugar.)

11. RESTITUCIÓN DE LAS COSAS EMPEÑADAS: *Se consigue por quien acredite la legítima propiedad de los objetos y la tenencia, también legítima de los resguardos, aunque extendidos a nombre de tercera persona, previo reintegro al Monte de Piedad de capital e intereses.*

"MONTE DE PIEDAD", SITUACIÓN: *Queda al margen de las contiendas que se susciten sobre la legítima propiedad de las cosas pignoradas.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Cuando el demandado se funde en un título dominical debe instarse la declaración de invalidez o ineficacia del mismo, pero esto no es preciso: a) si el título del demandante es anterior y la nulidad del título del demandado es consecuencia indispensable de la acción ejercitada, y b) si la ineficacia del título del demandado es efecto natural de un derecho que se reconoce como preexistente e indebidamente lesionado.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Los hechos impeditivos u obstructivos frente a la acción ejercitada, opuestos por el demandado, deben ser probados por éste. Los hechos en que convengan las partes no necesitan probarse.* (Sentencia de 4 de julio de 1975; no ha lugar.)

Madre reclama papeletas de empeño de unas joyas a su hija, que las había pignorado por encargo de la primera.

12. PRENDA DE ACCIONES DE SOCIEDAD FAMILIAR: PRECEPTOS APLICABLES: *Cuando el préstamo no se garantiza con efectos cotizables hechos en pólizas con intervención de agentes colegiados, sino con acciones de una sociedad familiar, pignoradas por contrato extendido ante Notario, no son de aplicación los artículos 320, 324 y 545 del C. de c., sino los preceptos contenidos en el título XV, capítulo II del C. c.* (Sentencia de 8 de abril de 1975; no ha lugar.)

13. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS: *La cualidad de terceros protegidos por sus asientos registrales se da cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1.º Buena fe; 2.º Onerosidad en su adquisición; 3.º Adquisición de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir, y 4.º Haber inscrito su derecho.* (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1975; no ha lugar.)

14. NATURALEZA DEL REGISTRO: FALTA DE CONCORDANCIA DE LO REGISTRADO CON LA REALIDAD: NECESIDAD DE SOLICITAR LA NULIDAD DE LA INSCRIPCIÓN: *El artículo 38 de la Ley Hipotecaria no establece más que una presunción, la que puede destruirse cuando a través de un juicio contradictorio se demuestra que los asientos registrales, en cuanto no reflejan linderos, cabida, etcétera, no coinciden con la realidad física, sin que la inscripción tenga en nuestro derecho carácter constitutivo, lo que posibilita poner de acuerdo la realidad física con la registral, como se desprende del precepto antes aludido,*

que autoriza o previene la necesidad de solicitar la nulidad o rectificación de la inscripción registral, cuando se ejercite la acción reivindicatoria de dominio en todo o en parte de una finca inscrita.

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CUESTIÓN DE HECHO: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL "A QUO": *Las cuestiones de hecho competen al Tribunal "a quo", cuyo criterio interpretativo de la prueba practicada sobre el particular ha de prevalecer sobre el de la parte, a menos que acuse un evidente error de hecho que se desprenda de documento auténtico.* (Sentencia de 28 de junio de 1975; no ha lugar.)

15. VALOR DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: TERCERÍA DE DOMINIO: *La finalidad de las anotaciones preventivas de embargo es la de asegurar los resultados de un juicio y garantizar un derecho constituido. Esa función aseguradora está establecida en el artículo 9 y la regla 3.ª del artículo 166, ambos del Reglamento Hipotecario, y en 71 de la L. H., según el cual el adquirente del dominio de una finca posteriormente a la anotación del embargo sobre la misma ha de respetar el derecho del anotante, y ha de tenerse en cuenta también que si a todos los efectos legales no existe más sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro (artículos 1 y 38 de la L. H.) no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste. Por esta razón, según lo razonado anteriormente y lo sostenido por la doctrina jurisprudencial, el adquirente del dominio posterior a la anotación del embargo ha de aceptarlo, dando las anotaciones mencionadas preferencia al acreedor anotante, en cuanto a los bienes anotados, respecto a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación (así lo disponen las Sentencias de 5 de noviembre de 1927, 20 de noviembre de 1928 y 29 de noviembre de 1962, entre otras).* (Sentencia de 26 de junio de 1975; ha lugar.)

16. ACCIÓN REIVINDICATORIA: TERCERÍA DE DOMINIO: PROTECCIÓN DE TERCERO A CUYO FAVOR SE ACUERDA EMBARGO: EL TERCERO REGISTRAL: *A los efectos de la acción reivindicatoria, es cierto que el artículo 38 de la L. H. establece una presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y que, en su virtud, tal presunción "juris tantum" es enervable o susceptible de ser desvirtuada mediante prueba o demostración de que el Registro está equivocado por discrepar de la realidad jurídica extrarregistral; pero conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la citada Ley Hipotecaria, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero, y a estos efectos hay que considerar como tal a todo aquel que no haya intervenido en el contrato sobre el que se funda la acción ejercitada ni haya tenido conocimiento de su existencia y contenido* (Sentencias de 26 de febrero de 1949, 18 de mayo de 1953, entre otras muchas, añadiendo el artículo 34, en su párrafo 3.º, que

la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se demuestre lo contrario.

**FE PÚBLICA REGISTRAL: FINALIDAD DEL REGISTRO:** *El adquirente tiene la facultad de acudir o no a inscribir en el Registro el cambio de titularidad, manteniendo la discordancia entre la realidad y el Registro, pero también es cierto que habrá de atenerse a las consecuencias, cuando de bienes registrables se trate, porque lo contrario implicaría la inadmisibles conclusión de negar la propia razón de ser del Registro, que tiene como objetivo la publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, evitando la inseguridad y los pleitos consiguientes al desconocimiento de aquéllas.* (Sentencia de 20 de junio de 1975; no ha lugar.)

**17. ACCIÓN REIVINDICATORIA: ERROR DE HECHO: DEFECTOS DEL RECURSO:** *No pueden ser acogidos los motivos que, amparados en el núm. 7.º del artículo 1.692, de la LEC, denuncian el error de hecho, porque ninguno de los documentos invocados como fundamento del mismo son auténticos, a efectos de casación, ya que no contienen la demostración irrefutable, sin necesidad de acudir a analogías, deducciones, interpretaciones o hipótesis, de la falta de identidad del inmueble objeto de la reivindicación, por lo cual, no acreditan la equivocación atribuida al Tribunal de Instancia.*

**DOBLE INMATRICULACIÓN; IDENTIDAD DE LAS FINCAS:** *Según reiterada doctrina de la Sala, se neutralizan los efectos que la inscripción registral confiere a sus respectivos titulares, derivados de la aplicación de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de dos inscripciones señaladas bajo números diferentes, relativas al mismo inmueble, por ser incompatibles entre sí, supuesto que es el de la doble inmatriculación, que requiere, de conformidad con lo que se establece en el artículo 313 de la referida Ley, se acredite que la finca reivindicada y la adquirida por el recurrente, no existe identidad, ya que en las inscripciones aportadas por el hoy recurrente se observan imprecisiones constantes de linderos, el Tribunal "a quo" no interpreta erróneamente el artículo 1.473 del C. c., sino que lo aplica correctamente.* (Sentencia de 27 de febrero de 1975; no ha lugar.)

**18. FALTA DE CONCORDANCIA DEL REGISTRO CON LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL: NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 34 DE LA L. H.:** *Cuando no es de aplicación lo previsto en el artículo 34 de la L. H., si la realidad registral no es conforme con la extrarregistral, ha de prevalecer ésta sobre aquélla cuando así se demuestre a través de la prueba practicada.*

**RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA:** *Es cuestión nueva toda aquella que no ha sido planteada en la fase expositiva de la "litis".* (Sentencia de 10 de noviembre de 1975; no ha lugar.)

## **6. Derecho de familia.**

**1. RUPTURA DE NOVIAZGO: DEVOLUCIÓN DE MUEBLES: COMPETENCIA TERRITORIAL:** *Los demandantes, vecinos de Puerto Real, demandan a don Anto-*

nio P. R., vecino de Melilla, con el fin de que éste sea condenado a devolver a aquéllos unos bienes muebles que dicen haber comprado con vistas al matrimonio que uno de los actores iba a contraer con la hija del demandado y que, según aquéllos manifiestan, depositaron en el domicilio que el demandado tiene en Puerto Real, acompañando a la demanda varias facturas de compra; los actores alegan que, terminadas las relaciones entre los novios, prometieron verbalmente, tanto el demandado como la hija, devolver los muebles referidos.

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO: El Tribunal Supremo ante el dilema que se le presentaba frecuentemente en el momento de tener que resolver las cuestiones de competencia por razón del territorio —conocer el fundamento de la pretensión, lo cual exigía un largo proceso, o atenerse a las simples manifestaciones del actor—, optó por exigir que el fundamento de la pretensión venga corroborado por un principio de prueba por escrito, entendiéndose por tal todo elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de determinados hechos, induzcan, sin embargo, a una creencia racional de su certeza; entre esos principios de prueba por escrito ha admitido en ciertos casos las facturas, los extractos de cuentas, las notas de pedido y sus copias, que de algún modo vinculan al demandado; si bien es doctrina reiterada que no pueden servir de base otros documentos que aquellos que oportunamente fueron presentados, salvo cuando se trate de juicios verbales; en el caso de autos, de los documentos presentados con la demanda de cognición no puede deducirse ni la existencia del alegado depósito, ni la realidad de un convenio en que se haya estipulado por los ex novios y el padre de ella, la devolución de los objetos que se hubieren entregado, ni cuáles fueron éstos, ni dónde se encuentran, y, en consecuencia, no puede entenderse derogado el fuero del domicilio del demandado. (Sentencia de 29 de noviembre de 1975, resolviendo cuestión de competencia territorial.)

Se destaca aquí esta sentencia competencial, no obstante su mínima cuantía, para llamar la atención sobre la falta de regulación adecuada de las relaciones jurídicas preparatorias del matrimonio. Acaso la mayor parte de los esfuerzos doctrinales han ido encaminados a poner de relieve la existencia del principio de orden público de la libertad matrimonial en las legislaciones del Occidente europeo (cfr. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, p. 36). Y sin perjuicio del mantenimiento actualizado de esta institución en Códigos recientes (como ha demostrado CASTÁN VÁZQUEZ, en la puesta al día de la 9.<sup>a</sup> ed. del *Derecho de Familia*, V-1.º, de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1976, p. 141), acaso sea llegado el momento de ampliar la materia de esponsales a la posibilidad de establecer el régimen económico de los bienes que se adquieren en atención al futuro matrimonio y su forma de liquidación si el matrimonio no llega a celebrarse, sin que ello pueda perjudicar a terceros (como propone CORTEZO, *Situación jurídica de la mujer casada*, Madrid, 1975, p. 114).

G. G. C.

2. BIENES GANANCIALES: DISPOSICIÓN: *Anulabilidad de los contratos celebrados por el marido sin consentimiento de la mujer.*

Merecen destacarse, entre otras, las Sentencias siguientes: a) la Sentencia de 13 de marzo de 1964, que declaró que “al ser la destinataria del sistema pro-

lector instaurado por el nuevo artículo 1.413, es la única legitimada para ejercitar la correspondiente acción, por lo que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida, ... por lo que siendo el marido responsable frente a su contratante de los compromisos de contrato, al instar éste el cumplimiento de ellos no tiene por qué demandar para ello a la mujer, contra la que carece de acción, mientras la esposa no lo impugne en forma adecuada"; b) la Sentencia de 28 de abril de igual año, que proclamó que "el poder de disposición de los bienes gananciales, que tradicionalmente ha correspondido al marido, no ha pasado a corresponder a ambos cónyuges, sino que, continuando en él la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, correspondiendo a ella, o en su caso, a sus herederos... el impugnar los actos en que no haya sido prestado su consentimiento"; c) la Sentencia de 22 de junio de 1966, que estableció que "como el artículo 1.413, reformado, no dice si es sancionable y en qué grado el acto de disposición realizado por el marido sin consentimiento de la mujer, la Jurisprudencia ha llenado esta laguna legal declarando en las Sentencias de 20 de febrero de 1961, 7 y 13 de marzo de 1964, que el acto dispositivo así realizado es sólo anulable a instancia de la mujer", y d) la Sentencia de 8 de enero de 1968, que puntualizó que "a pesar de la reforma del artículo aludido, sigue siendo el marido el administrador de la sociedad de gananciales, con las amplias facultades que le están reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos que se susciten en relación con bienes gananciales, puesto que el no tener la mujer dominio "in actu" ni derecho que ejercitar sobre tales bienes, no tiene por qué ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido al defenderse éste, defiende a la vez a aquélla".

**RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: LO SON LAS QUE SE FORMULAN EN EL ESCRITO DE CONCLUSIONES:** *Las alegaciones que se formulan por vez primera en el escrito de conclusiones no pueden reputarse hechas en el momento procesal oportuno, por lo que merecen la calificación de cuestión nueva, que no pueden ser examinadas en casación a tenor de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.729, de la LEC, y jurisprudencia concordante, como la contenida en las Sentencias de 29 de noviembre de 1968, 20 de enero de 1966, 20 de febrero de 1963 y 7 de marzo de 1962, entre otras muchas.* (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1975; no ha lugar.)

3. **DEDUCCIONES LÓGICAS:** *No son contrarias a los artículos 1.249 y 1.253 Código civil.*

**SIMULACIÓN RELATIVA:** *Sólo existe cuando la causa real disimulada es verdadera y lícita, y ésta no lo es cuando en el contrato de que se trata se llega a sustraer la totalidad de gananciales a la mujer.*

**CAUSA ILÍCITA:** *Existe si en el contrato se llega a privar de la totalidad de gananciales a la mujer.*

**DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS:** *No es aplicable frente a quien no ha conocido el contrato respecto del cual se alegan sus actos anteriores.* (Sentencia de 31 de octubre de 1975; no ha lugar.)

## 7. Derecho de sucesiones.

1. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *No puede alegarse la aplicación indebida de los artículos 1.269, 1.273 y 673 del Código civil cuando la sentencia no los aplica por no haber apreciado los supuestos de hecho necesarios para ello. Tales preceptos no contienen normas valorativas de prueba y, así no pueden invocarse como demostrativos de un error de derecho en la apreciación de la misma.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El artículo 1.243 del Código civil no es invocable en casación.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El artículo 1.248 del Código civil contiene una norma admonitiva y no vinculante para los juzgadores de instancia.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El artículo 1.253 del Código civil no puede denunciarse como infringido por la vía del número 7 del artículo 1.692 LEC.*

AFIRMACIONES NO COMPAGINABLES: *Lo son decir: que la testadora fue engañada y firmó lo que no conocía, y que la rúbrica estampada en el testamento no es de su propia mano; así como invocar dolo y falta de capacidad de la testadora.*

CASACIÓN: MOTIVOS DE NULIDAD: *Dolo e incumplimiento de formalidades deben ser planteados en motivos diferentes del recurso.*

IDENTIFICACIÓN TESTADORA: *No tiene que ver con la carencia de Documento Nacional de Identidad la imposibilidad a que se refiere el artículo 686 C. c.*

CONOCIMIENTO DE LA TESTADORA POR LOS TESTIGOS: *No debe probarlo quien sostenga la validez del testamento cuando se impugna la afirmación del Notario en este sentido. (Sentencia de 7 de junio de 1975, no ha lugar.)*

Testamento instituyendo herederas a dos hijas y mejorando a una de ellas con perjuicio de la legítima de la otra, que impugna el testamento.

2. FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO ABIERTO: *Tienen carácter esencial, de tal modo que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad.*

TESTIGOS DEL TESTAMENTO ABIERTO: *Deben estar domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos. (Sentencia de 8 de marzo de 1975; ha lugar.)*

Se otorga testamento abierto por en enfermo en un hospital de Valladolid; es impugnado en base a incumplimiento de requisitos formales y falta de capacidad del testador.

3. TESTAMENTO ABIERTO: REQUISITOS: OMISIÓN DE SOLEMNIDADES: INVALIDEZ: *Para que un testamento de los regulados por los artículos 694 a 699 del C. c. se entienda dotado de autenticidad y goce de la eficacia que nuestro Ordenamiento jurídico le atribuye, es indispensable que el Notario autorizando garantice fehacientemente en el instrumento que al efecto extiende, no sólo la verdadera voluntad del testador, sino, además, el conocimiento de éste o el medio de suplirlo, y que se han cumplido cuantas formalidades se expresan en los preceptos indicados, de suerte tal que, como ha declarado*



la Jurisprudencia, al interpretar el artículo 687, en relación con el 4 del mencionado Cuerpo Legal, la omisión de cualquiera de esas solemnidades le priva de validez, aun en el supuesto de que racionalmente no pudiera dudarse de que su texto literal constituye la fiel expresión de lo manifestado por dicho señor, según se ha hecho constar entre otras muchas razones en las Sentencias de 18 de noviembre de 1915, 1 de noviembre de 1927, 4 de junio y 4 de noviembre de 1947, 19 de junio de 1958, 24 de octubre de 1963 y 6 de febrero de 1969.

**TESTAMENTO ABIERTO: REQUISITOS: TESTIGOS INSTRUMENTALES: FIRMA:** Entre los requisitos legalmente exigidos para que las expresadas disposiciones testamentarias sean válidas y de cuyo cumplimiento debe dar fe el Notario, figuran A) que los testigos instrumentales que concurren a su otorgamiento se hallen en presencia del testador (art. 679) y le vean (art. 694, párrafo 1.º), o, como se indicó en la Ley Primera, Título XVIII, Libro X, de la Novísima Recopilación, “estén presentes a lo ver”; tanto para que el acto se celebre con la unidad —“uno contextu actus testari oportet”— a que aludía el fragmento 21, núm. 3, del Título I, Libro XXVIII del Digesto, y que actualmente impone el párrafo 1.º del artículo 699 del referido Código, como para que tales señores puedan garantizar la verdadera personalidad del otorgante, evitando de ese modo la posibilidad de suposiciones o suplantaciones, razón por la cual no pueden ejercer esa función los ciegos (arts. 681, núm. 1, y 1.246, núm. 2) y las monjas de clausura deben descubrir su rostro ante quienes intervengan en los documentos públicos de esta clase en que sean protagonistas (arts. 168, núm. 3, del Reglamento de 2 de junio de 1944), habiéndose, además, declarado en la Sentencia de 3 de diciembre de 1904, la nulidad de un testamento por no hallarse simultáneamente reunidas la totalidad de las personas anteriormente relacionadas; B) que los referidos testigos entiendan al testador (art. 694, párrafo 1.º) y queden enterados de sus manifestaciones (art. 679), para lo cual habrán de oírle y comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esas condiciones (art. 681, núms. 3.º y 4.º), puesto que su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél, que, para su confrontación, deberán serleídas en alta voz (art. 695, párrafo 2.º); C) que, aun cuando, siguiendo el criterio adoptado por la Ley 11, Título V, libro II, del Fuero Juzgo, el testamento pueda ser firmado por persona distinta del testador, es imprescindible, para que tal sustitución no se sancione con la nulidad, como expresan las Sentencias de 16 de febrero de 1956 y 27 de septiembre de 1968, en armonía con el párrafo 2.º del artículo 695, de la Ley Civil Sustantiva, que dicho señor manifieste no poder o no saber hacerlo, que ruegue a aquél lo haga en su nombre, y que, ambas circunstancias se hagan constar bajo fe del autorizante.

**TESTAMENTO ABIERTO: DACIÓN DE FE POR PARTE DEL NOTARIO: ES SUFICIENTE QUE LO HAGA AL FINAL DEL TESTAMENTO:** Al declarar el Tribunal “a quo” que en la cláusula 2.ª del testamento se expresó con claridad la manifestación del testador de no saber firmar, de que a su ruego lo hizo en su nombre el primero de los testigos instrumentales, y de que el Notario dio fe “del cumplimiento de formalidades”, de conocer a cuantas personas intervinieron

en dicho acto y "de todo lo demás consignado", es evidente que, en esta última frase, se recogen cuantos requisitos se han enunciado, toda vez que en ella se incluye la presencia simultánea de los testigos que concurrieron a la celebración de la disposición testamentaria, su conocimiento del idioma castellano en que la misma fue redactada —puesto que hicieron constar sus circunstancias personales, vecindad y relación con el otorgante— y que uno de ellos firmó, a petición de éste, por su manifestación de no saber hacerlo, con lo que la dación de fe mencionada abarcó a todas y cada una de las exigencias establecidas en los artículos 694, 695 y 699 del C. c., en la forma que autoriza el 188 del Reglamento a que antes se ha hecho referencia, no modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, que elimina la necesidad de que dicho funcionario dé fe, en cada cláusula, de las estipulaciones o circunstancias que, según las leyes, precisen de ella, siendo suficiente, a tal fin, con que lo haga al final de la escritura con relación a todas, conjuntamente, habiéndolo reconocido así, en caso de bastante analogía con el presente, la Sentencia de 11 de febrero de 1929 y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de enero de 1931.

**TESTAMENTO ABIERTO: DACIÓN DE FE: CUESTIÓN DE HECHO:** *La realidad del cumplimiento de todas las solemnidades constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al Juzgador de instancia, según las Sentencias de 31 de enero de 1930 y 12 de mayo de 1945. (Sentencia de 17 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

RUIZ SERRAMALERA

4. **INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA: RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS:** **CUESTIÓN NUEVA:** *Alegada por el recurrente, infracción, por falta de aplicación, del artículo 808 del C. c., es inviable el motivo, porque se plantea la cuestión relativa a la intangibilidad de la legítima estricta, que no fue planteado en la instancia y, por tanto, no fue objeto de controversia, cuyo ámbito fue, según las alegaciones de las partes, la reclamación de la cantidad prestada por el actor, hoy recurrido, respecto de cuyo impago y cuantía estuvieron conformes los dos demandados, quedando circunscrita la discrepancia a la determinación de si incumbía la devolución a los dos, por mitad, o sólo a uno de ellos —tesis del recurrente—, de conformidad con la estipulación 3.ª del contrato de préstamo, aportado, con la demanda, que la parte recurrente interpreta como limitación convencional de la responsabilidad patrimonial universal, establecida en el artículo 1.911 del C. c., por aplicación del artículo 1.205 de igual cuerpo legal, por la cual el actor no puede dirigir su acción de manera indiferenciada, sobre cualquiera de los bienes del deudor, sino con relación a la finca expresada en dicha estipulación, que fue adjudicada a su codemandado, todo lo cual evidencia el planteamiento de una cuestión totalmente nueva que, según doctrina reiteradísima de esta Sala, no puede ser objeto de casación. (Sentencia de 6 de noviembre de 1975; no ha lugar.)*

**NOTA.**—El supuesto de hecho que motiva esta sentencia se contrae a un préstamo que A hizo a su hermano B para comprar determinada finca. Fallecido B sin devolver el principal préstamo ni los intereses convenidos, A demanda a sus sobrinos C y D, hijos y herederos del difunto, reclamándoles

solidariamente el pago de la deuda. Ambos admiten la existencia de ésta, pero mientras uno de ellos, C, alega que su obligación es mancomunada y por ello sólo cree deba pagar la mitad, el otro D, aduce que nada debe, porque la obligación recae íntegramente sobre su hermano, por haber resultado éste adjudicatario de la finca en la partición hereditaria. En primera instancia y en apelación, la sentencia acoge la tesis del actor y, en casación, D aduce que si hubiere de pagar la mitad de la deuda ello afectaría a su legítima estricta. El T. S. considera este alegato como cuestión nueva.

5. **REVOCACIÓN DE DONACIONES CON CARGAS; INTRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN A LOS HEREDEROS:** *Respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad a los herederos del donante de la acción revocatoria de la donación modal, acción fundada en el incumplimiento de las cargas impuestas al donatario (ex artículo 647 C. c.), la Sentencia de esta Sala de 16-5-1957, resumiendo el sentido de nuestra jurisprudencia anterior y posterior al Código civil (Sentencias de 4-3-1872, 3-12-28 y 6-2-50), establece que tal acción es intransmisibile en el supuesto de que el donatario, habiendo podido ejercitarla, no la hubiese ejercitado, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los herederos deben respetar; doctrina que no puede estimarse haya sido afectada, en uno u otro sentido, por la de la Sentencia de 29-11-69, ya que si en ella se alude al artículo 647 del mencionado Código, que prevé la revocación por incumplimiento de "condiciones", el supuesto en la misma decidido se refiere a la revocación de una donación por la ingratitud del donatario. (Sentencia de 11 de diciembre de 1975; no ha lugar.)*

NOTA.—Es de advertir que un gran sector de nuestra doctrina (MANRESA, CASTÁN, PUIG BRUTAU, entre otros) defiende la tesis contraria a la sostenida por nuestro T. S. acerca de la intransmisibilidad de esta acción revocatoria de donaciones con carga.

## II. DERECHO MERCANTIL

1. **REGLAS Y USOS UNIFORMES: CALIFICADAS COMO PRÁCTICAS BANCARIAS: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN COMO NORMA DE DERECHO OBJETIVO:** *Las reglas y usos uniformes (es de suponer, aunque no lo expresa, que se refiere a las redactadas por la Cámara de Comercio Internacional en Viena en 1933, en Lisboa en 1951 y revisadas en noviembre de 1962) no están incorporadas a nuestro sistema legislativo, por lo que han de ser consideradas como meras prácticas bancarias y, por tanto, no constituyen, a efectos de casación (artículo 1.692 número 1 LEC), la ley, ni tampoco la doctrina legal, cuando no se ha citado ninguna Sentencia en que apoyarla, a que se refiere el cauce utilizado por el recurrente, y si se pretendiera invocar reglas como costumbre, al amparo del artículo 6 del título preliminar del Código civil, y el 1.º del vigente reformado, ambos preceptos exigen que sean invocada como tal y resulte probada. (Sentencia de 14 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

2. **CONTRATO POR CORRESPONDENCIA: PERFECCIÓN:** *Conforme al artículo 54 del C. de c., los contratos que se celebren entre comerciantes por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.*

CLÁUSULA DE LA OFERTA NO ACEPTADA: CONTRAOFERTA: ACEPTACIÓN TÁCITA: *Que en el caso de autos la propuesta de contrato, en cuanto a la materia a que la reconvencción se refiere, está contenida en la carta-pedido de 18-9-1970, por la cual la demandada y recurrente pide determinadas piezas de fundición, carta en cuyo respaldo es cierto que se insertan unos condicionados del pedido, pero es que dicha cláusula no fue aceptada por el proveedor "Fundiciones Metálicas" en la aceptación del pedido en carta de 10-10-1970, lo que quiere decir que a los términos de esta aceptación, con los condicionados que le acompañan, hay que atenerse, según lo prescrito por el artículo 54 del C. de c., y más cuando por parte del cliente no se puso objeción alguna a que la mercancía le fuera suministrada, después de conocer la contraoferta, y una vez suministrada la aceptó y montó las piezas de fundición suministradas en los aparatos para los que eran destinadas; por lo cual han de decaer los tres primeros motivos del recurso alusivos al tema que fue objeto de la reconvencción. (Sentencia de 15 de diciembre de 1974; no ha lugar.)*

3. COMPRAVENTA: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: *Conforme a lo dispuesto por el artículo 1.255 del C. c., que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, el pacto por el que los compradores de ciertas partidas de patatas de siembra, al recibir éstas deben comprobar la preparación y estado sanitario y en caso de disconformidad manifestarlo por escrito o personalmente a la entidad vendedora en el plazo de ocho días, transcurridos los cuales no se podrán atender reclamaciones de aquéllos, es perfectamente válido, y, por consiguiente, la sentencia que le niega eficacia sin haberse alegado ni demostrado por nadie que sea contrario a la Ley, a la moral o al orden público, infringe por violación el citado precepto, pues no es admisible interferir la voluntad pactada de las partes por razones distintas a las que el antedicho artículo autoriza.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: RESOLUCIÓN POR CAUSA DE VICIOS OCULTOS: RENUNCIABILIDAD DE LA ACCIÓN: CADUCIDAD: *Si se estima que en el caso de autos se trata de una compraventa mercantil, como la califica la sentencia recurrida y aceptan las partes, nos encontramos con que el artículo 342 del Código de Comercio dice que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios de la cosa vendida, dentro de los 30 días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor; y en su virtud se presenta esta alternativa, cualquiera que sea el concepto que merezca la antedicha obligación: si se trata de un plazo de preaviso para el ejercicio de la acción y, en virtud del artículo 345 del propio cuerpo legal, la acción de saneamiento y evicción es renunciable, con mayor razón puede limitarse o condicionarse su ejercicio; si, por el contrario, se considerase que el plazo de treinta días para repetir toda acción contra el vendedor es de caducidad, tanto en uno como en otro caso el plazo contractual o el legal habían transcurrido con exceso desde la entrega de la cosa vendida, las patatas, que lo fueron para su siembra en el mes de abril, siendo así que la demanda fue presentada en el mes de septiembre. (Sentencia de 15 de marzo de 1975; ha lugar.)*

4. SEGURO OBLIGATORIO DEL AUTOMÓVIL: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LAS COSAS: *Ante la alegación hecha por el recurrente de que se había aplicado, en relación con la responsabilidad por daños en las cosas, el artículo 12 del Reglamento del Seguro Obligatorio, sin estar dicho precepto en vigor, se declara "que efectivamente la sentencia de primer grado —aceptada por la Sala de apelación—, en el fundamento quinto parece apoyarse en el artículo 12 del Reglamento del Seguro Obligatorio, para rebajar la cuantía del importe de la reparación de los daños sufridos por el automóvil del demandante, que ha de correr a cargo de la entidad aseguradora demandada; pero con referencia a este motivo conviene destacar que ese precepto no carece de vigencia, pues ha sido reproducido y ampliado en su texto en el artículo 3.º del Decreto de 6 de mayo de 1966".* (Sentencia de 2 de abril de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—El artículo 12 citado está en vigor únicamente en relación con la responsabilidad por daños a las personas. Esto es así porque por Decreto 4/1965 de 22 de marzo se declaró en suspenso el sistema de la responsabilidad y el seguro obligatorio establecido en la ley de 24 de diciembre de 1962, en cuanto se refiere a la responsabilidad por daños en las cosas. Precisamente el Decreto en que se apoya el Tribunal (de 1965 y no 1966) tiene por finalidad adaptar la Ley y el Reglamento al Decreto anteriormente citado, declarándose en suspenso los preceptos correspondientes en cuanto hacían referencia a la responsabilidad por daños en las cosas. El que el artículo 12 se haya reproducido en dicha norma no es una razón válida, porque estando en suspenso todo el sistema en relación con aquella responsabilidad, es completamente inviable declarar en vigor un precepto concreto que depende obviamente de aquél para su aplicación.

M. A. C. C.

5. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: SUS CARACTERES: *Las características esenciales del contrato de "cuentas en participación", según la Ley (artículos 239 y 240 C. de c.) y la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 8-4-1890 y 30-6-1941, entre otras), son precisamente las de que, por dicho contrato, no se crea una persona jurídica con razón social determinada, ni se forma un fondo común de bienes, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad, "los cuentapartícipes" se interesan en la proporción que convengan en un negocio ajeno que continúa perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las aportaciones que aquellos efectúan para dedicarlas al negocio en cuyas operaciones no tienen intervención alguna.*

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD CIVIL: *Al no existir colaboración personal en una actividad económica común, y siendo uno de los contratantes el gestor del negocio, es decir, el que hace y dirige las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad individual al colaborar con su capital al desarrollo de una empresa o negocio, queda reducido, en este aspecto, a una participación pura y meramente capitalista, y claro está, que ello en ningún momento da lugar a la formación de un fondo patrimonial común, porque el capital puesto en la cuenta por el "partícipe" pasa al dominio del gestor o dueño o condueño del negocio, sin perjuicio de que aquél pueda conservar contra éste un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda.*

**CUENTAS EN PARTICIPACIÓN; INEFICACIA DE LA DEMANDA DE CONCILIACIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN:** *La demanda de "conciliación" no lleva en sí una decisión comprendida en el número 4.º del artículo 1.700 C. c., sino que constituye un intento de rescisión condicionado a determinadas exigencias impuestas al demandado de conciliación referidas a cuestiones derivadas de contratos y actos ajenos a los de la Sociedad de Cuenta en participación (sic.), que al no ser aceptadas por éste —así lo acredita su incomparecencia al acto judicial— es ineficaz para extinguir dicha cuenta.*

**DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD POR FALLECIMIENTO DE UN SOCIO: LIQUIDACIÓN: PLAZO DE RENDICIÓN DE CUENTAS:** *Si bien es cierto que la doctrina de este Tribunal viene estableciendo que la disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual la entidad social sigue existiendo, no lo es menos, que tal liquidación presupone su realización con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del socio determinante de la disolución de la sociedad, pero ello sólo debe ser así cuando las operaciones divisorias se produzcan rápidamente y obtengan un positivo resultado logrando su inmediata efectividad, pero cuando como en este litigio, se demora esa liquidación, produciéndose con ello una indefinida prolongación de las actividades negociales, y durante ese lapso de tiempo se constituye una nueva entidad social, que lleva aparejada la extinción de aquella otra, es lógico que el período de "rendición de las cuentas" que, según la sentencia recurrida, el demandado ha de cumplir, ha de tener su límite precisamente en la fecha en que se constituyó la nueva sociedad. (Sentencia de 24 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

**NOTA.**—En el complejo supuesto de hecho de esta Sentencia se barajan tres contratos distintos: uno de cuentas en participación, otro de sociedad civil y, finalmente, un tercero de sociedad mercantil anónima. El de C. en p. lo establecen el actor y el demandado principal y tiene por objeto la mitad que a éste pertenecía en una emisora de radio que explotaba en régimen de sociedad civil con otra persona, a cuyo fallecimiento, momento en que se disuelve la sociedad civil, se constituye en sociedad anónima entre el demandado principal y la viuda de su consocio fallecido que también es demandada por el actor alegando que entre él y el demandado principal existía no una cuenta en participación, sino otra sociedad civil que impedía la aportación de su parte a la sociedad anónima.

**6. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: VICIOS DE LA CONVOCATORIA: NULIDAD DE LA JUNTA GENERAL:** *El presunto conocimiento de la convocatoria por los accionistas carece del pretendido efecto subsanatorio de los vicios de que adolece la convocatoria, al no haberse dirigido a los accionistas comunicación personal de la misma como exigían los estatutos. Y este vicio en la convocatoria, al incidir en la validez de la Junta general, determina la nulidad de todos los acuerdos adoptados en ella. (Sentencia de 3 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

**7. SOCIEDAD ANÓNIMA: CONVOCATORIA JUDICIAL DE LA JUNTA GENERAL:** *Al contemplar el artículo 57 LSA el supuesto de que la Junta general ordinaria, o en su caso extraordinaria, no fuese convocada dentro del plazo legal y con-*

*ceder el derecho para que con audiencia de los administradores puedan solicitar del Juez de Primera Instancia que la convoque y designe la persona que haya de presidirla, está instituyendo un acto de jurisdicción voluntaria con que cumplir la inactividad de quien incumbe tal obligación.*

**COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO:** *Una vez determinada por dicho artículo 57 LSA la competencia del Juez de Primera Instancia del domicilio social ha de sujetarse a las normas que con carácter general (o de aplicación analógica), establecen los artículos 2.109 y siguientes de la LEC. Y de conformidad con el artículo 1 de la Ley de 20 de junio de 1968, la competencia para conocer de las apelaciones contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia, en materia de actos de jurisdicción voluntaria contenidos en el libro tercero de la LEC, y cualesquiera otros que se tramiten por las disposiciones generales de dicho libro, sin excepción alguna, la ostentan las Audiencias Provinciales. (Sentencia de 13 de mayo de 1975.)*

**8. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: VICIOS EN LA TITULARIDAD DE LAS ACCIONES:** *La enajenación voluntaria de acciones por un accionista a otro persona no es un acuerdo social, sino un acto individual del enajenante que mientras no se anule surte todos sus efectos, y en su virtud no es adecuado el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, ni puede negárseles el ejercicio de los derechos inherentes a los titulares de las acciones mientras no hayan sido privados de su carácter de tales en el proceso ordinario correspondiente. (Sentencia de 20 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

Antecedentes de hecho. En la demanda se ejercita la acción derivada del artículo 68 LSA, cuya finalidad exclusiva es la impugnación de los acuerdos sociales a que se refiere el artículo 67 LSA, es decir, los que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la Sociedad. Y, al amparo del citado precepto pretende que se declaren nulos los acuerdos de la Junta general extraordinaria de la Sociedad demandada por los que se nombraron administradores y accionistas censores, alegando el demandante y recurrente que las acciones de que los nombrados eran titulares estaban viciadas de nulidad por haberseles transferido en contra de lo dispuesto en los Estatutos sociales.

**9. SOCIEDADES ANÓNIMAS: IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES: COSTAS DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN:** *La sentencia recurrida estimó la demanda sólo en parte, por lo que, al condenar expresamente a la parte demandada al pago de todas las costas procesales devengadas, aplicó indebidamente lo estatuido en el artículo 70, regla 11, párrafo 1.º inciso 1.º, LSA. (Sentencia de 29 de enero de 1975; ha lugar.)*

**10. SOCIEDAD ANÓNIMA: CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL: JUNTA UNIVERSAL:** *Si bien es cierto que las juntas generales de accionistas de las Sociedades Anónimas, tanto sean ordinarias como extraordinarias, habrán de convocarse mediante anuncios publicados en el "BOE" y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia donde hayan de celebrarse, sin*

*cuyo requisito, de carácter necesario e imperativo, carecerán de validez y eficacia, no es menos exacto que las partes interesadas aceptaron la celebración de la Junta, y los titulares de todas las acciones representativas del capital desembolsado concurrieron a ella sin oposición de ninguna clase, por lo que la misma debe entenderse aprobada por unanimidad, de acuerdo con el artículo 55 de LSA, ya que la circunstancia de no firmar el acta no implica oposición a la celebración de la Junta.*

**REPRESENTACIÓN PARA CONCURRIR A LAS JUNTAS UNIVERSALES: NOTICIA DEL ORDEN DEL DÍA:** *Aunque la representación para concurrir a la Junta general de accionistas de las Sociedades Anónimas deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada una de ellas, para que el que se hace representar tenga conocimiento previo de la celebración de aquélla y de los asuntos a tratar a fin de dar las instrucciones que crea pertinentes, en relación con el voto a emitir, a la persona a quien confiera su representación, lo que parece incompatible con las Juntas espontáneas o imprevistas a que alude el artículo 55 LSA, lo cierto es que en la hipótesis aquí contemplada los anuncios se publicaron, aunque sin la antelación requerida por el artículo 53 LSA y que por consiguiente el recurrente tuvo noticias fidedignas del orden del día, pudo hacer uso de su derecho de información y no careció de los elementos de juicio precisos para dar a su apoderado las órdenes que estimó pertinentes respecto a la emisión de su voto, requisitos todos ellos que son suficientes a tales fines. (Sentencia de 30 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

**11. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: VOTOS POR ACLAMACIÓN:** *Establecido con toda claridad tanto el número de votos asistentes como el de aquellos que votaron en contra de cada acuerdo es evidente que se cumplieron los requisitos legales atinentes a la forma en que han de tomarse los acuerdos, sin que a ello afecte en forma alguna la expresión de "por aclamación" contenida en el acta, puesto que dada la diferencia entre unos y otros no era precisa la votación nominal, cumpliéndose lo dispuesto en la Ley (art. 48) al hacer constar el número de los que votaron en contra junto con sus nombres. (Sentencia de 29 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

**12. SOCIEDAD ANÓNIMA: ACUERDOS DE LIMITACIÓN DEL PLAZO DE UN MES PARA LA PRÁCTICA DE LA CENSURA POR LOS CENSORES JURADOS DE CUENTAS:** *Independientemente de las diferencias que separan a los accionistas censores de los jurados de cuentas, es lo cierto que cuando ambos concurren, la Ley les señala, sin distinción, el plazo máximo de un mes (art. 108 LSA) que se ha de entender anterior cuando menos a los quince días precedentes a la celebración de la Junta, conforme a lo dispuesto en el artículo 110, y a partir de cuando los administradores les sometan a examen e informe las cuentas, sin que ese plazo del artículo 108 pueda ser reducido ni por la Junta general ni por ningún otro organismo.*

**DERECHO DE INFORMACIÓN:** *Al limitarse ese plazo a veintidós días se hizo imposible la práctica de la censura, con lo que los accionistas minoritarios se vieron privados de su derecho de información, necesario para emitir su voto. (Sentencia de 26 de febrero de 1975; ha lugar.)*



13. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: IRREGULARIDAD DE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA: *Según reiterada jurisprudencia la falta de comunicación individual de la convocatoria a los socios, requisito expresamente exigido por los Estatutos, incide en la validez de la celebración de la Junta determinando la nulidad de los acuerdos adoptados en ella, sin que el presunto conocimiento de dicha convocatoria por los accionistas tenga efecto subsanatorio.* (Sentencia de 24 de febrero de 1975; no ha lugar.)

14. SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL: INFORMACIÓN: *La negativa a proporcionar información en la Junta es contraria a la ley, cuando se pide con relación a un punto del orden del día (cuenta de acreedores) y se rechaza con el pretexto de dejarlo para otra ocasión por no estar presente el contable, estando presentes los dos Consejeros-delegados y no haciéndose la petición con fines obstruccionistas.* (Sentencia de 19 de mayo de 1975; no ha lugar.)

15. MARCAS: LA VIOLACIÓN DEL NÚM. 1 DEL ART. 124 DEL EPI ES IMPUGNABLE EN CASACIÓN: *La doctrina de esta Sala viene admitiendo que la circunstancia de semejanza de sonido que resulta de la pronunciación del nombre de las marcas, si bien implica originariamente, una labor comparativa entre dos hechos predominando en su apreciación el elemento fáctico, por lo que ha de concederse un margen de libertad al Tribunal de Instancia para apreciarla, no lo es menos, que tal apreciación está condicionada por la Ley, que llega a dar una regla para efectuarla en el número 1.º del art. 124, del Estatuto, por lo que cabe traer el problema a casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, y, siendo así, solamente cuando el Tribunal de Instancia, de manera notoria y evidente, haya vulnerado improcedentemente tal norma, será eficaz la denuncia de la infracción cometidas a efectos de este recurso extraordinario.* (Sentencia de 14 de marzo de 1975; ha lugar.)

16. MARCAS: ACCIÓN DE ANULABILIDAD: PRESCRIPCIÓN: *Si el derecho al uso de una marca de las comprendidas en el artículo 124 del EPI es enajenable, la acción derivada del mismo título para su defensa ha de ser prescriptible, puesto que está en el comercio de los hombres.*

NATURALEZA DE ESTA ACCIÓN Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: *No se trata de una acción que encaje dentro del marco clásico del derecho real, ya que se trata del ejercicio de acciones atípicas que persiguen la protección de bienes inmateriales, como declaró la sentencia de este Tribunal de 1-6-1971, la cual en su considerando segundo habla de la prescripción de quince años y del momento a partir del cual se ha de computar.*

SIMILITUD: *La sentencia recurrida desestima la impugnación de la marca "Evax" núm. 221, 709, al no haber confusión posible, ni siquiera contemplando exclusivamente las palabras "Eva" y "Evax", por la diferencia de acento tónico que, según las reglas gramaticales ortográficas, ha de recaer en la primera letra y sílaba en "Eva" y en la segunda en "Evax".*

*Igualmente se desestima la impugnación de la marca "Evax", núm. 568:806, en cuanto que no induce a error, pues, aun prescindiendo de los argumentos*

de tipo gramatical, no debidamente combatidos, por el hecho de que el número 1.º del artículo 124, es inseparable de lo dispuesto en el artículo 130, según el cual cada expediente de marca no podrá comprender más que una sola clase del nomenclátor oficial, es decir, de la relación o catálogo de objetos que abarca y, según el artículo 144, la petición de la marca ha de contener la enumeración concreta de los productos que ha de distinguir; y en su virtud no es admisible en el caso de autos la impugnación, porque la marca que se combate tiene por objeto material de instrucción y enseñanza, que no tienen nada de común con el nomenclator de la marca del impugnante, y es lógico que nadie se dirija a una papelería para adquirir objetos de perfumería, con lo cual la confusión no es posible. (Sentencia de 12 de mayo de 1975; no ha lugar.)

17. PATENTES DE INVENCION: NO IMPUGNABILIDAD DEL CERTIFICADO DE ADICION CON INDEPENDENCIA DE LA PATENTE PRINCIPAL: Como quiera que no pueden ser impugnadas las patentes de modo parcial, esto es, atacando unas reivindicaciones y respetando otras, puesto que el objeto patentado resulta de las reivindicaciones que lo integran, ha de deducirse como lógica consecuencia que, unido un certificado de adición a su patente, no cabe que pueda ser impugnado aquél aisladamente si al mismo tiempo no se combate la patente completa, de la cual ha llegado a formar parte, lo que consagra por entero la indivisibilidad objetiva. (Sentencia de 8 de febrero de 1974; no ha lugar.)

18. PROPIEDAD INDUSTRIAL; NULIDAD POR SEMEJANZA DE MARCAS: JURISDICCION COMPETENTE: El artículo 13 del Estatuto de la Propiedad Industrial se limita a establecer que "las cuestiones de propiedad y dominio serán de conocimiento de los Tribunales de Justicia", con lo cual únicamente se pretende excluir de otras jurisdicciones dichas cuestiones de propiedad y dominio, atribuyéndolas de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria, pero sin determinar cuándo una cuestión es de propiedad y dominio y cuándo no lo es, y mucho menos autoriza a suponer que, según el grado de semejanza de dos marcas, pueda atribuirse la competencia a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa; después de algunas vacilaciones esta Sala, se ha pronunciado en el sentido de que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las acciones de nulidad de marcas, sin discriminación de los motivos en que aquéllas se basan, e incluso de si el actor había o no formulado oposición en el expediente administrativo, siendo ejemplo de esta orientación la Sentencia de 26 de septiembre de 1963, cuya doctrina también proclaman las de 26 de mayo y 23 de octubre de 1962, 21 y 23 de abril de 1966, 29 de noviembre de 1968, 1.º de junio de 1971, 7 de mayo de 1973 y 12 de mayo de 1975.

PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD DE MARCA INSCRITA CON INFRACCION DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 124 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: El tema de la susceptibilidad de prescripción de la acción ejercitada debe ser examinado y resuelto con prioridad a la de la semejanza gráfica o fonética de las marcas discutidas; si bien es verdad que esta Sala en varias resoluciones ha proclamado la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad

de marcas registradas, ello ha sido en aquellos supuestos en que la inscripción se había practicado con infracción de alguna de las prohibiciones contenidas en los números 2.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial, mas no cuando tal inscripción se verificó vulnerando la prohibición del número 1.º, porque en este supuesto la marca inscrita, aun con esa vulneración, está en el comercio de los hombres y es susceptible de apropiación, por lo que la acción de impugnación tiene que reputarse prescriptible, como así lo declaró la Sentencia de 12 de mayo de 1975 que cita en el mismo sentido la Sentencia de 26 de septiembre de 1963.

**PLAZO DE PRESCRIPCIÓN; DERECHO SOBRE BIENES INMATERIALES:** Por lo que respecta a la naturaleza especial del derecho protegido por el Estatuto de la Propiedad Industrial, conviene destacar, como ya declaró la Sentencia de 1.º de junio de 1971, que "si bien el artículo 30 de la Ley de 16 de mayo de 1902 otorgaba la consideración de cosas muebles a las marcas industriales, el vigente Estatuto en su artículo 14 prescinde de dicha calificación, en homenaje, como dice acertadamente la Sentencia de 24 de diciembre de 1940, a una dirección científica que tras no pocas vacilaciones ha conferido al derecho de autor un rango especial, agrupándolo en la categoría de derechos sobre bienes inmateriales"; por lo que, consiguientemente, en el caso de marcas, debe entenderse aplicable el plazo de prescripción de los quince años, por no existir otro especial en el Estatuto, como en un caso de nulidad de patente ha entendido esta Sala en su Sentencia de 16 de mayo de 1958. (Sentencia de 20 de mayo de 1975; ha lugar.)

El presente litigio —de resonancia incluso internacional, pues la demanda de nulidad se interpone por la conocida fábrica escocesa de whisky *White Horse Distillers Limited*— plantea y resuelve importantes cuestiones relacionadas con la propiedad industrial, que nuestra doctrina civilista no suele tratar. Hay autores que remiten, en general, el estudio de las llamadas propiedades especiales al Derecho Administrativo (así PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1953, p. 34, nota 8), o al Derecho Industrial como parte del Derecho Mercantil (cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones*, II, Madrid, 1974, pp. 157 s.). Son bastantes, sin embargo, los autores que aceptan la calificación de derechos sobre bienes inmateriales (CASTÁN, II, 1.º, 10.ª ed., Madrid, 1971, p. 418; ALBALADEJO, *Instituciones*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1975, p. 151; ESPÍN, *Manual*, II, 4.ª ed., p. 302).

G. G. C.

### III. DERECHO PROCESAL

1. ESCRITO DE CONCLUSIONES: CONTENIDO: HECHOS FIJADOS POR LAS PARTES: INCONGRUENCIA: Constituye doctrina del T. S. que para la debida eficacia de la facultad que otorga el párrafo 2.º del artículo 670 de la LEC, en armonía con lo que disponen los artículos 524, 540 y 548 de la misma, es indispensable que aparezca claramente que las nuevas leyes o doctrinas legales alegadas en el "escrito de conclusiones" se relacionen de modo directo con los supuestos de hecho de los que nacen las cuestiones debatidas en el pleito, según tales hechos hayan sido fijados por las partes en los escritos fundamentales y a que

*se hubiere contraído la prueba, pero no a los que... impliquen razón o causa distinta de pedir, porque en este caso es obvio que se produce una antinomia entre el artículo 670 y los demás ya citados anteriormente, originándose el vicio de incongruencia, ya que en tal caso queda indefensa la parte a la que sorprende con la alegación de preceptos y excepciones, dejándose sin medios de probar la existencia o inexistencia de hechos decisivos ante la aplicación de las leyes o doctrinas invocadas al amparo de un trámite que no es apto para plantear cuestiones nuevas, sino que lo regula la ley para proporcionar a las partes una última y definitiva elaboración del material instructorio (Sentencias de 13 de febrero de 1930 y 12 de abril y 22 de noviembre de 1955)..., ya que de no ser así se llegaría a la conclusión absurda de quedar sustituidos aquellos escritos fundamentales de "demanda" y "contestación", "réplica" y "duplica" por los de conclusiones.*

**INCONGRUENCIA: FALLO FUNDADO EN UNA EXCEPCIÓN NO ALEGADA POR LAS PARTES:** *Reiteradísima doctrina del T. S. viene sentando que la congruencia exigida por el artículo 359 de la LEC se rompe y quebranta cuando el fundamento del fallo es una excepción no alegada ni discutida, dado que la jurisdicción es por esencia rogada —Sentencias de 26 de febrero de 1934, 10 de marzo de 1948 y 30 de mayo de 1974—. (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1975; no ha lugar.)*

**2. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *Tal excepción debe apreciarse cuando no ha sido demandada la entidad sobre la que gravitarían los contratos de arrendamiento, que quedarían en vigor caso de ser desestimada la demanda.*

**LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: EFECTOS:** *Al no estar presente en el pleito una persona jurídica a la que habría de afectar la resolución, se carece de facultades para conocer del fondo del pleito. (Sentencia de 16 de junio de 1975; no ha lugar.)*

**División de fincas en dos distintas y venta de una de ellas;** *la restante se proyecta derribar y, al efecto, se pacta con dos arrendatarios la resolución de sus contratos y venta de dos locales que en el futuro resulten de la edificación. No se concede licencia de derribo; las propietarias venden la finca y pretenden se entienda resuelto el contrato celebrado con los arrendatarios.*

**3. PRUEBA: MANIFESTACIONES DE LAS PARTES EN UNA ESCRITURA:** *La declaración que hace el vendedor en una escritura pública de "haberse vendido parte de la finca" si bien carece de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, ha de ser destruida en su fuerza probatoria por la parte que la impugne.*

**CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES:** *Falta a la claridad el recurso en que se mezclan conceptos y cuestiones distintas. Falta a la precisión debida, el recurso en que se acumula un gran número de preceptos relativos a distintas cuestiones en un mismo motivo.*

**CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO:** *La escritura impugnada, al ser la misma sobre la que las partes discuten sus derechos y es interpretada por el juzgador*

"a quo", no es documento auténtico a efectos de casación. (Sentencia de 24 de octubre de 1975; no ha lugar.)

4. TERCERÍA DE DOMINIO: VALOR DEL DOCUMENTO PRIVADO FRENTE A TERCERO: INCORPORACIÓN A UN REGISTRO PÚBLICO: *Según el artículo 1.227 del C. c. el documento privado tiene eficacia respecto a terceros desde la fecha en que, directamente o por medio de xerocopia y cotejo, ha sido incorporado a un registro público.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1975; ha lugar.)

5. RECURSO DEL ARTÍCULO 1.695 LEC: *Tiene por finalidad que no se desnaturalice el fallo ejecutoriado; se compara el fallo de la sentencia ejecutoria con la parte dispositiva de la resolución interlocutoria dictada para ejecutar aquél.*

INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA: *Es necesario analizar los fundamentos jurídicos que le sirven de base, pues revelan la "ratio decidendi".*

PROVEER EN CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO: *Se produce cuando, a pesar del reconocimiento que hace la sentencia ejecutoria del derecho legal preferente del propietario, el juzgador resuelve en sentido contrario en el auto que ahora se impugna.*

PUNTOS NO CONTROVERTIDOS EN EL PLEITO NI DECIDIDOS EN LA EJECUTORIA: *Lo son aquellos alegados por primera vez en el escrito de oposición al recurso de reposición interpuesto frente al auto dictado en ejecución de sentencia.* (Sentencia de 10 de junio de 1975; ha lugar.)

Sentencia que declara la nulidad de un traspaso de local de negocio y otros extremos. El auto de la Audiencia, ejecutando la sentencia, provee en contradicción con lo ejecutoriado, ignorando el derecho preferente que ésta reconoce al propietario.

6. INCONGRUENCIA: SENTENCIA ABSOLUTORIA: *Es conocida por lo reiterada la doctrina del T. S. contenida en tantas sentencias que hace innecesaria su cita particularizada, en el sentido de que no cabe apreciar el vicio de incongruencia cuando se trata de una sentencia absolutoria que desestima la demanda que en su día se interpuso, y si bien es cierto que esta doctrina general ha hecho excepción en algunos supuestos concretos, no lo es menos que lo fue en hipótesis específicas y particularísimas, que no pueden darse cuando la pretensión que se dice deducida y quedó incontestada no fue formulada por quien alega la incongruencia.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO NO AUTÉNTICO: PROPOSICIÓN DE SEGURO: *El escrito de proposición de seguro que forma parte, junto con la póliza del contrato discutido, por sí solo es inhábil para el fin pretendido, por carecer del indispensable requisito de autenticidad a los efectos de la casación civil.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTO DE FORMA POR FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *La denuncia, por infracción, de todas las normas sustantivas que nues-*

tro legislador civil dedica a la hermenéutica contractual, que tampoco se especifica después en su desarrollo, es contraria a la exigencia de claridad y precisión que para esta clase de recursos extraordinarios establece el artículo 1.720 de la Ley Procesal, con la consiguiente concurrencia de la causa de inadmisión del número 4 del artículo 1.729 del propio texto legal, que en este trámite lo es de desestimación.

INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS CONTRACTUALES: POSIBILIDAD DE IMPUGNAR LO DEDUCIDO POR EL JUZGADOR: *La constante y reiterada doctrina jurisprudencial tiene proclamado que, en materia de interpretación de los actos jurídicos contractuales, partiendo de unos hechos que quedan incólumes en casación y frente a la particular e interesada de las partes, debe prevalecer la del juzgador de instancia, a menos que se acredite que es absurda, ilógica, contradictoria o contraviene algún precepto legal.*

CONTRATO DE SEGURO: ROBO Y EXPOLIACIÓN: INTERPRETACIÓN: *No debe irse más allá de los términos literales del contrato, cuando en las diversas partes de que consta, específicamente se distinguen dos tipos de riesgo, que son los que fueron asegurados: en este caso, uno el transporte del dinero desde el Banco a la fábrica, y otro su permanencia en la caja fuerte, sin que para nada se incluya la posibilidad de robo o expoliación fuera de ésta y del edificio en que está sita (en los traslados dentro de la empresa), y sin que a la localización o "situación" del riesgo en el domicilio de ésta pueda atribuirse otro significado que el propio de la designación del domicilio de la asegurada, al estar puesto, como lo está, en el encabezamiento del contrato, que en modo alguno puede prejuzgar los específicos tipos de riesgo que el seguro comprende. (Sentencia de 18 de octubre de 1975; no ha lugar.)*

7. CASACIÓN: REVISIÓN DE COSTAS: *La apreciación de temeridad a los efectos de la expresa imposición de costas no es materia revisable en casación. (Sentencia de 20 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas  
Extranjero, 1.650,— pesetas  
Número suelto: España, 550,— pesetas  
Extranjero, 650,— pesetas